

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLVII

Број
1-3
2010

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Миле ВРАЊЕШ

Осигурање за случај незапослености и проблеми његовог финансирања 7

Вук РАДОВИЋ

О оправданости прихватања института дисквалификације директора..... 26

Велизар ГОЛУБОВИЋ

Евазија доприноса и мере за њено спречавање 57

Слободан НЕНАДОВИЋ

Документарни акредитив у електронској ери 74

Брајислав СТАНКОВИЋ

Уговорна одговорност железничког превозника 84

Горана КРШИКАПА, Милош АНДРОВИЋ

Недостаци усвојених решења у новом Закону о заштити конкуренције..... 111

Богдан ГЕЦИЋ

Значај новог *SIEC* теста у поступку контроле концентрација 125

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Дарка В. ВУЈОВИЋ

Професионална одговорност консултанта – решавање
проблема или стварање нових..... 141

Дамир ШИТЕ

Превара и општи услови пословања 150

ПРИЛОЗИ

Мирослав ПАУНОВИЋ

Међународно пословно право 167

Душан ПОПОВИЋ

Право конкуренције 177

Љубинка КОВАЧЕВИЋ

Радно и социјално право..... 182

Најша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

Право осигурања..... 190

ПРАВНА ПРАКСА

Снежана ВУЈИНОВИЋ

Мишљења Министарства рада и социјалне политике 197

Милица ЂОСОВИЋ-КИТИЋ

Извод из праксе Суда части при Привредној комори
Београда 209

ПРИКАЗИ

Благоје БАБИЋ

Гордана Гасми, „Право и основи права Европске уније“,
Универзитет Сингидунум, Београд, 2010, 406 стр..... 217

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 221

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Mile VRANJEŠ

Social Security for Unemployed Persons and Problems of Its Financing 7

Vuk RADOVIĆ

Necessity of Accepting Directors' Disqualification 26

Velizar GOLUBOVIĆ

Contribution Evasion and Measures for Its Averting 57

Slobodan NENADOVIĆ

Documentary Letter of Credit in the Electronic Era 74

Bratislav STANKOVIĆ

Contractual Responsibility of Railway Carrier 84

Gorana KRŠIKAPA, Miloš ANDROVIĆ

Default Solutions Adopted in the New Law on Protection of Competition 111

Bogdan GECIĆ

Significance of the New *SIEC* Test in the Procedure for Merger Control 125

COMMENTS

Darka V. VUJOVIĆ

Professional Responsibility of Consultants – Solving Problems or
Creating New Ones 141

Damir ŠITE

Fraud and General Terms and Conditions 150

NOTES

Miroslav PAUNOVIĆ

International Business Law 167

Dušan POPOVIĆ

Competition Law 177

Ljubinka KOVAČEVIĆ

Labour and Social Law 182

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ

Insurance Law 190

LEGAL PRACTICE

Snežana VUJINOVIĆ

Opinions of the Ministry of Work and Social Policy. 197

Milica ĆOSOVIĆ-KITIĆ

Practice of the Court of Honour of the Belgrade Chamber of
Commerce. 209

BOOK REVIEWS

Blagoje BABIĆ

Gordana Gasmi, “Law and Basics of Law of the European Union”,
University Singidunum, Belgrade, 2010, 406 pages 217

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 221

ЧЛАНЦИ

УДК 364.334(497.11) ; 331.56/.57(497.11)

др Миле ВРАЊЕШ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ОСИГУРАЊЕ ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ И ПРОБЛЕМИ ЊЕГОВОГ ФИНАНСИРАЊА*

Резиме

У раду су анализиране неке теме на подручју осигурања за случај незајослености с посебним освртом на проблеме финансирања у домену осигурања за случај незајослености у Србији.

На темељу анализе формулисани су предлози за превазилажење тешкоћа у финансирању осигурања за случај незајослености.

Кључне речи: финансирање, осигурање за случај незајослености, незајосленост, зајосленост, приходи, расходи.

І Увод

За разлику од друга два подсистема социјалног осигурања – пензијско и инвалидско осигурање и здравствено осигурање – осигурање за случај незапослености не привлачи посебну пажњу финансијских стручњака, привредника и читаве јавности у Србији. Наиме, мали је број књига и студија, чланака и других радова који су посвећени осигурању за случај незапослености и проблемима његовог финансирања.

Међутим, оно што захтева одговарајућу пажњу свих када се приступа анализи осигурања за случај незапослености и проблемима његовог финансирања јесте ситуација на тржишту рада у Србији. Ова

* Рад је посвећен пројекту *Право Србије у европској перспективи*, бр. 149042 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

ситуација је неповољна, јер је стопа незапослености висока, а стопа запослености ниска. Истини за вољу, висока незапосленост и ниска запосленост карактеришу и многа друга друштва у нашем и ширем окружењу, па чак и најразвијеније земље данашњег света, пре свега САД, Немачку, Француску и Шведску. Светска финансијска криза директно продукује повећање стопе незапослености и спуштање стопе запослености. Наведено указује, дакле, на зависност финансирања осигурања за случај незапослености и тржишта рада.

II Тржиште рада у Србији

Кад год се задре у проблем финансирања осигурања за случај незапослености, готово да није могуће мимоићи питање тржишта рада. На том подручју присутне се бројне теме и дилеме,¹ од којих у доминирајуће теме спадају незапосленост и запосленост, односно мере активне и пасивне политике запошљавања.

У већини земаља, па тако и у Србији, обично постоје два извора података о кретању незапослености. То су административни и анкетни извори података. Административни извори података о незапослености у Србији су подаци о евидентираним незапосленима који су пријављени код Националне службе за запошљавање. Анкетни извори података о незапосленима у Србији су подаци из Анкета о радној снази који спроводи Републички завод за статистику. Између ова два извора података постоје методолошке разлике. Тако, на пример, променом у упитнику, односно увођењем додатних питања у Анкету о радној снази обухваћене су граничне категорије запослених (помажући чланови домаћинства, неформално samozапослени и сл.), смањен је број незапослених. То не доприноси реалном утврђивању броја незапослених. Овакви подаци могу да створе привид неког повећања или смањења броја незапослених и запослених, што не мора увек да буде тачно. Не умањујући значај анкетних податка о стању на тржишту рада у Србији, у овом раду анализираћемо само административне податке о том стању.

Поред тих података, постоје и правила и упутства Међународне организације рада (МОР) и Европског уреда за статистику (*Eurostat*) о стању на тржишту рада. Према правилима МОР-а незапосленим се сматра особа између 15. и 74. године живота која је без посла, али је у протеклих месец дана активно тражила посао и способна је да почне да ради током следећа два дана. У Србији, пак, према Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености незапослено лице је лице од 15

1 Вид.: Данило Шуковић, *Тржиште рада и економска неједнакост*, Институт друштвених наука, Београд, 2006.

година живота до испуњавања услова за пензију, односно најкасније до 65 година живота, способно и одмах спремно да ради, које није засновало радни однос или на други начин остварило право на рад, а које се води на евиденцији незапослених и активно тражи запослење, а незапослени активно тражи запослење ако уредно испуњава обавезе које има по закону и индивидуалном плану запошљавања, а незапосленим се не сматра редовни ученик, студент основних студија до 26 година живота, лице коме мирују права из радног односа у складу са законом и лице које је испунило услов за пензију у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању.²

Колика је незапосленост у Србији најбоље се може видети из доњих табела.

Табела 1.
Месечне стопе незапослености у 2009. години

Месец	Незапослени, стање на дан	Запослени, месечне процене			Осигурани пољопривредници, стање*	Стопа незапослености, у %
		Укупно	У предузећима, установама и организацијама	Приватни предузетници и запослени код њих		
I	739,213	1,983,139	1,415,567	567,572	314,925	24.34
II	746,237	1,980,765	1,413,193	567,572	314,925	24.53
III	758,387	1,859,906	1,428,268	431,638	233,385	26.59
IV	762,674	1,856,202	1,424,564	431,638	233,385	26.74
V	767,547	1,848,589	1,416,951	431,638	233,385	26.94
VI	763,062	1,845,306	1,413,668	431,638	233,385	26.85
VII	756,662	1,842,149	1,410,511	431,638	233,385	26.72
VIII	747,456	1,835,250	1,403,612	431,638	233,385	26.54
IX		0				
X		0				
XI		0				
XII		0				

* Подаци о осигураним пољопривредницима: јануар и фебруар – стање 31.12.2007. године, март и даље – стање 31.3.2009. године

Извор података:

Запослени – Републички завод за статистику

Осигурани пољопривредници – Фонд пензијског и инвалидског осигурања

2 Вид.: Службени гласник РС, бр. 36/2009.

Табела 2.
Незапосленост према административним подацима
Unemployment according to the administrative data

Година <i>Year</i>	Број незапослених на евиденцији (стање на крају године) <i>Number of registered unemployed persons (at the end of year)</i>	Мушкарци <i>Men</i>	%	Жене <i>Women</i>	%
2001	780.541	346.028	44,33	434.513	55,67
2002	904.494	408.078	45,12	496.416	54,88
2003	944.939	431.656	45,68	513.283	54,32
2004	859.728	392.740	45,68	466.988	54,32
2005	895.697	409.319	45,70	486.378	54,30
2006	916.257	422.017	46,06	494.240	53,94
2007	785.099	362.876	46,22	422.223	53,78
2008	727.621	334.888	46,03	392.733	53,97

Извор: Национална служба за запошљавање, Република Србија

Source: National Employment Service, Republic of Serbia

Табела 3.
Стопа регистроване незапослености (према административним подацима)
Officially registered rate of unemployment (according to the administrative data)

Година <i>Year</i>	Стопа регистроване незапослености (просечна стопа) <i>Officially registered rate of unemployment (average)</i>
2001	23,21
2002	25,32
2003	27,83
2004	25,86
2005	26,83
2006	27,92
2007	26,84
2008	24,62

Извор: Национална служба за запошљавање, Република Србија

Source: National Employment Service, Republic of Serbia

Табела 4.
Дуготрајна незапосленост на годишњем нивоу за оба пола (у процентима)

	Аустрија	Белгија	Бугарска	Чешка	Данска	Естонија	Финска	Француска
2007	1.2	3.8	4.1	2.8	4.7	1.7	1.6	3.4
2008	0.9	3.3	2.9	2.2	3.8	2	1.2	2.9

	Грчка	Холандија	Италија	Мађарска	Пољска	Словачка
2007	4.1	1.3	2.9	3.4	4.9	8.3
2008	3.6	1	3.1	3.6	2.4	6.6

Укупно за ЕУ 27 у 2007. години 3.1, а у 2008. години 2.6

Извор: Eurostat

Табела 5.
Структура незапослених лица према стручној спреми и полу у 2008.
Structure of unemployed persons by qualifications and gender in 2008

Напомена: стање на крају године

Note: situation at the end of year

Напомена: Свака држава уноси своју квалификациону структуру према степену образовања

Note: Each country enters its own qualification structure according to education level

Стручна спрема Qualifications	Укупно Total	% учешће у укупној незапослености % participation in registered unemployment	Укупно мушкарци Total Men	% учешћа participation	Укупно жене Total Women	% учешћа participation
I	228.400	31,39	104.070	31,08	124.330	31,66
II	38.787	5,33	16.899	5,05	21.888	5,57
III	194.107	26,68	110.274	32,93	83.833	21,35
IV	195.107	26,81	71.930	21,48	123.177	31,36
V	8.936	1,23	7.414	2,21	1.522	0,39
VI	30.104	4,14	11.903	3,55	18.201	4,63
VII	32.150	4,42	12.380	3,70	19.770	5,03
	30.01	0,00	18	0,01	12	0,00
Укупно Total	727.621	100,00	334.888	100,00	392.733	100,00

Извор: Национална служба за запошљавање, Република Србија

Source: National Employment Service, Republic of Serbia

Табела 6.
Учешће у регистрованој незапослености према дужини чекања на
запослење и полу у 2008.
*Participation in registered unemployment by duration
of unemployment and gender in 2008*

Напомена: стање на крају године

Note: situation at the end of year

Дужина чекања <i>Duration of unemployment</i>	Укупно <i>Total</i>	%	Мушкарци <i>Men</i>	%	Жене <i>Women</i>	%
УКУПНО:	727.621	100,00	334.888	100,00	392.733	100,00
До 1 године <i>Up to 1 year</i>	168.109	23,10	85.417	25,51	82.692	21,06
1–2 године <i>1–2 years</i>	158.785	21,82	77.267	23,07	81.518	20,76
2–3 године <i>2–3 years</i>	85.609	11,77	41.475	12,38	44.134	11,24
3–5 година <i>3–5 years</i>	114.524	15,74	51.911	15,50	62.613	15,94
5–8 година <i>5–8 years</i>	93.167	12,80	40.158	11,99	53.009	13,50
8 и више година <i>Over 8 years</i>	107.427	14,76	38.660	11,54	68.767	17,51

Извор: Национална служба за запошљавање, Република Србија

Source: National Employment Service, Republic of Serbia

Табела 7.
Учешће у регистрованој незапослености према старости и полу у 2008.
Participation in registered unemployment by age and gender in 2008

Напомена: стање на крају године

Note: situation at the end of year

Старосна доб <i>Age</i>	Укупно <i>Total</i>	%	Мушкарци <i>Men</i>	%	Жене <i>Women</i>	%
	727.621	100,00	334.888	100,00	392.733	100,00
15–18	8.708	1,20	4.921	1,47	3.787	0,96
19–25*	114.471	15,73	53.326	15,92	61.145	15,57
26–30*	92.200	12,67	36.641	10,94	55.559	14,15

Старосна доб Age	Укупно Total	%	Мушкарци Men	%	Жене Women	%
31-40	177.650	24,42	69.393	20,72	108.257	27,57
41-50	172.731	23,74	74.940	22,38	97.791	24,90
50+	161.861	22,25	95.667	28,57	66.194	16,85

Извор: Национална служба за запошљавање, Република Србија

Source: National Employment Service, Republic of Serbia

Приказани интервали према националној класификацији.

Showing intervals according to national classification.

Изнети подаци о незапослености у Србији довољно јасно и уверљиво показују да се у Србији срећемо са низом проблема када је реч о стопи запослености, односно незапослености радно способног становништва.

Прво, *стопа незапослености је висока*. Стопа регистроване незапослености (просечна стопа) у 2008. години износила је 23,62%, а у августу 2009. године 26,54%. У поређењу са земљама Европске уније, Србија има највећу стопу регистроване незапослености. Тако, у земљама Европске уније хармонизирана стопа незапослености по полу % (оба пола) у 2008. години износила је 7,6%, а у августу 2009. године 9,1%.³ Највећу хармонизовану стопу незапослености у 2008. години имале су Француска (14,8%), Летонија (11,3%) и Словачка (9,3%), а најмању Холандија (2,8%), Кипар (4,0%) и Данска (4,1%). Међутим, ако се узме у обзир велик обим сиве економије у Србији (према процени Савета Европе око 38% прихода остварује се од рада на црно), онда је стварна стопа незапослености у Србији нешто мања. Али и поред тога, стопа незапослености у Србији је висока.

Друго, *дугорочна незапосленост* представља велики проблем у Србији. У августу 2009. године број дугорочно незапослених лица (незапослени који траже посао преко две године) на евиденцији Националне службе запошљавања био је 747.456 лица, што чини 40,73% у односу на укупно запослене, док је у 2008. години број дугорочно незапослених лица био 727.621, што чини 36,39% у односу на укупно запослене. Произлази да је број незапослених у 2009. године већи у односу на 2008. годину. У периоду јануар-мај 2009. године број незапослених се повећавао из месеца у месец (у мају је то повећање у односу на јануар износило 28.334 лица), а у периоду јун-август 2009. године оно се смањивало (у августу је то смањење у односу на јун износило 16.406 лица). Укупна стопа дуготрајне незапослености (%) – дуготрајна незапосленост (12 месеци и више) особа које су старе најмање 15 година у неким европским земљама у 2008. години у просеку износи 2,6%, с тим да је различита од земље до

3 Вид.: Source: Eurostat.

земље. Најнижу стопу дугорочне незапослености имају Аустрија (0,9%), Холандија (1,0%), Финска (1,2%), Естонија (2,0%), а највећу Словачка (6,6%), Данска (3,8%), Грчка (3,6%) и Мађарска (3,6%).

Треће, *своја незапослених младих* од 15. до 24. године већа је од опште стопе незапослености у Србији. Број незапослених младих у наведеном узрасту је у 2008. години износио 114.382 лица, што чини 15,73% у односу на укупну незапосленост. Стопа незапослености младих у Србији већа је од просека ЕУ.

Четврто, *незапослених жена* израженија је од незапослености мушкараца. Тако, у 2008. години број незапослених жена износио је 53,97%, а број незапослених мушкараца 46,03%.

Пето, *структура незапослених према нивоима образовања* је, такође, неповољна. Наиме, у укупној незапослености стручна незапослена лица (III–VIII степен спреме) учествују са 63,28%, а нестручна (I и II степен стручне спреме) са 36,72%. Међу стручно незапосленим лицима најбројнија су лица са средњом стручном спремом (III и IV степен стручне спреме) који у укупној незапослености учествују са 58,82%.

Шесто, *структура незапослених према чекању на запошлење* неповољна је. Наиме, дужина чекања на посао до једне године је 23,10%, а 1–2 године је 21,82%.

Седмо, неповољна је и *старосна структура незапослених*. Тако, 161.861 незапослено лице старије је од 50 година, што чини 22,25% од укупног броја незапослених лица у Србији.

Горе наведеном могу се додати и друге неповољности, па тако број *особа са инвалидитетом* на евиденцији Националне службе за запошљавање на крају године био је 22.464 особа, а од тога броја највише је инвалида рада са око 50%. *Регионалне разлике у економској развијености* које су веома изражене у Србији негативно утичу на незапосленост.

Дакле, основне карактеристике постојећег тржишта рада у Србији су: „неусаглашеност понуде и потражње радне снаге; велико учешће дугорочне незапослености; велики прилив вишка запослених из предузећа која се реструктурирају и приватизују; неповољна старосна структура незапослених; неповољна квалификациона структура незапослених; висока стопа незапослених младих; велико учешће жена у укупној незапослености; велике разлике између регионалних тржишта рада; велики број ангажованих у сивој економији; ниска мобилност радне снаге; велики број незапослених који припадају теже запошљивим категоријама (особе са инвалидитетом, Роми, избегла и расељена лица и др.).“⁴

4 Вид.: Светлана Аксентијевић, *Тржиште рада у Републици Србији*, Национална служба за запошљавање, Београд, 2009, стр. 2.

Не мањег значаја за проучавање тржишта у једној земљи има и запосленост. Запосленост у Србији је релативно ниска. Може се слободно и без устегања изнети констатација да ниска запосленост у Србији још више брине него висока стопа незапослености. Према подацима из Табеле 1 види се да је број запослених у Србији у августу 2009. године износио 1.835.250 лица, што је за 164.226 лица мање у односу на децембар 2008. године. Смањење броја запослених у Србији забележено је у 2002, 2003, 2006, 2007, 2008. години и у периоду јануар-август 2009. године. Притом, запосленост жена је много мања од запослености мушкараца. Стопа запослености жена у 2008. години износила је 43,69%, а 56,31% за мушкараце, што се види из доње табеле.

Табела 8.

Запосленост према административним подацима
Employment according to the administrative data

Година Year	Број запослених (годишњи просек) Number of employed persons (annual average)	Мушкарци Men	%	Жене Women	%
2001	2,101,668	1,201,106	57.15	900,562	42.85
2002	2,066,721	1,172,981	56.76	893,740	43.24
2003	2,041,391	1,154,865	56.57	886,526	43.43
2004	2,050,854	1,161,003	56.61	889,851	43.39
2005	2,068,964	1,168,563	56.48	900,401	43.52
2006	2,025,627	1,152,719	56.91	872,908	43.09
2007	2,002,344	1,134,215	56.64	868,129	43.36
2008	1,999,476	1,125,828	56.31	873,648	43.69

Извор: Републички завод за статистику, Република Србија

Source: Statistical Office of the Republic of Serbia

Другу страну проблема тржишта рада у Србији која је итекако значајна и актуелна представља питање огромног вишка радне снаге, наслеђеног из деведесетих година XX века. Према неким проценама „уз ниво продуктивности из 1990. у индустрији Србије постоји *вишак њреко 150 хиљада радника* за које нема продуктивног посла у производњи која би била конкурентна на тржишту и чије су плате условљене државним субвенцијама. Успостављање социјалног мира на овај начин директно подрива неопходну буџетску равнотежу у наредном периоду и угрожава одрживост јавног дуга.“⁵

5 Вид.: Стојан Стаменковић, Миладин Ковачевић, Владимир Вучковић, Махмуд Бушатлија, *Извод из Студије „Модел равнојтеже мора да се мења“*, Економски институт, Београд, септембар 2009.

У вези са проблемима тржишта рада у Србији поставља се и питање мера политике запошљавања. Постоје активне и пасивне мере у функцији запошљавања. *Мере активне политике запошљавања* спроводи Национална служба за запошљавање (НСЗ) и средства за те намене обезбеђује Министарство економије и регионалног развоја. Ове мере обухватају: 1) посредовање у запошљавању лица која траже запослење; 2) професионална оријентација и саветовање о планирању каријере; 3) субвенције за запошљавање; 4) политика samozapošljavanja; 5) додатно образовање и обука; 6) подстицај за кориснике новчане накнаде; 7) јавни радови; 8) друге мере усмерене ка запошљавању лица која траже запослење.⁶ У укупној структури издатака за мере активне политике запошљавања, највећи издаци опадају на субвенционисано запошљавање (око 2/3 средстава). Постоје субвенције за samozapošljavanje и субвенције за отварање нових радних места. Субвенције за samozapošljavanje су у функцији оснивања привредних друштава, радњи и других облика предузетништва од стране незапосленог лица или лица које спада у вишак запослених. Оне су у 2009. години одобраване у једнократном износу од 130.000,00 РСД по кориснику. Субвенције за отварање нових радних места су у функцији запошљавања до 50 незапослених лица у предузећима. Оне су у 2009. години износиле, у зависности од развијености општина, 160.000,00 РСД по кориснику у најнеразвијенијим општинама, 130.000,00 РСД по кориснику у неразвијеним општинама и 80.000,00 РСД по кориснику у осталим општинама.

Поред наведених субвенција за запошљавање, мере активне политике запошљавања обухватају и једнократну исплату новчане накнаде, рефундацију доприноса за обавезно социјално осигурање на терет послодавца, запошљавање особа са инвалидитетом, и слично.

У Србији, као и у другим земљама у окружењу, мере активне политике запошљавања су се чешће примењивале за привремено смањивање незапослености (нпр. субвенције и јавни радови), него што се незапосленима пружала могућност стицања знања и способности и информација потребних за проналажење посла.

У том контексту, занимљиво би било осврнути се на решења која постоје у Словенији када је реч о субвенционисању запошљавања. За мере субвенционисаног дела радног времена у Словенији у овој години пријавило се око хиљаду фирми, чиме је очувано 67.000 радних места, а што се у тој фази показало добрим, јер су избегнути социјални потреси, а неке фирме су са повећањем тражње поновно запослиле своје људе. Ова мера у садејству са другим средњорочним и дугорочним мерама,

6 Вид.: чл. 43–58 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

са улагањем државног и европског новца у обуку и преквалификацију запослених, требало би, између осталог, да омогући да се не повећава незапосленост која се подигла на 89.000, а и да допринесе планираном расту БДП-а од један одсто у 2010. години. Словенија ће наставити и у 2010. години са мерама субвенционисања дела радног времена, јер ове субвенције доносе нову вредност. Поред кризе, буџет Словеније за 2010. годину, како се најављује, биће развојно оријентисан, али са јасно утврђеним приоритетима, а то су улагања у подизање конкурентности микро и малог предузетништва, затим у науку и технологију ради технолошког продора, као и у повећање енергетске ефикасности. То ће, свакако, допринети и смањењу незапослености.

Једно од централних питања мера активне политике запошљавања јесте питање колика се средства издвајају за спровођење мера политике запошљавања. У Србији опредељена средства за спровођење мера активне политике запошљавања износе само 0,1% БДП-а. То је веома ниска и недовољна стопа. У поређењу са развијеним земљама то је чак десетоструко мања стопа. Колико износе средства издвојена у буџету Републике Србије за активне мере запошљавања може се видети из доње табеле.

Табела 9.
Средства издвојена у буџету Републике Србије
за активне мере запошљавања
(у милијардама РСД)

Буџет у милијардама динара	2006. година	2007. година	2008. година	2009. година
Активне мере	1,5	2,384	3,014	3,0

Извор: Закон о буџету Републике Србије за односне године

Изнети подаци довољно јасно и уверљиво показују да су се средства опредељена буџетом Србије повећавала у периоду 2006-2008. године, али не и у 2009. години. У 2009. години она су готово иста као и у 2008. години, а што се може тумачити као последица рестриктивности српског буџета у 2009. години. Тешко је очекивати да ће та средства бити значајно већа у 2010. години. Ова средства су апсолутно недовољна и са њима се не може много учинити на повећању запошљавања. Другим речима, са оваквим средствима, и поред њиховог оптималног искоришћавања и максималног утицаја, тешко да се могу предузимати адекватне мере политике запошљавања у Србији.

Пасивне мере на њржишију рада су у функцији побољшања односно заштите материјалног статуса незапослених лица. Тако, постоји више облика материјалних права као што су новчана накнада, право на здравствено осигурање, право на пензијско и инвалидско осигурање. Од свих тих материјалних права, новчана накнада има највећи утицај на стопу запослености. Но, какав ће тај утицај бити, зависи од услова под којима незапослени има право да прима новчану накнаду, од висине новчане накнаде и од трајања права на новчану накнаду. У Србији према новом Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености и општим актима Националне службе за запошљавање утврђена су права из осигурања за случај незапослености, као и услови и начин остваривања тих права.⁷

Право на новчану накнаду има обавезно осигурано лице ако је било осигурано најмање 12 месеци непрекидно или са прекидима у последњих 18 месеци.

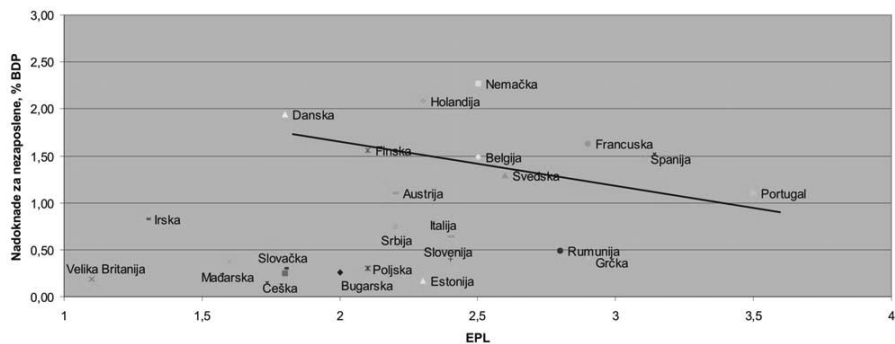
Трајање њрава на новчану накнаду је три, шест, девет или дванаест месеци, у зависности од тога колики је стаж осигурања незапосленог лица. Иначе, дужина трајања права на новчану накнаду у Србији је све до пре неколико месеци износила 24 месеца, дакле двоструко дуже него данас. Трајање права на новчану накнаду утиче на ефикасност незапослених у тражењу посла, а ако је то трајање неограничено или претерано дуго, онда то утиче на стварање дугорочне незапослености. Због тога је смањење трајања права на новчану накнаду мера за повећање ефикасности тражења посла. Право на новчану накнаду према подацима НСЗ (подаци из 2007. године) остварује само око 8% незапослених лица на евиденцији, а средства која се троше у ове сврхе износе чак 67% буџета НСЗ, или 0,75% од БДП-а у 2007. години.

Основица за утврђивање висине новчане накнаде јесте просечна зарада, односно плата или накнада зараде незапосленог у складу са законом у последњих шест месеци који претходе месецу у којем је престао радни однос, односно осигурање. Новчана накнада утврђује се у висини од 50% горе наведене основице, с тим да она не може бити виша од 160% нити нижа од 80% минималне зараде утврђене у складу са прописима о раду за месец у којем се врши исплата новчане накнаде.

Издаци за накнаде за случај незапослености у Србији су ниски и далеко су испод просека западноевропских земаља, као што се из доњег графика и табеле може видети.

7 Вид.: чл. 66–77 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

Графикон 1.
Учешће издатака за накнаде у случају незапослености у БДП



Извори: Eurostat, OECD (2004), Nesporova, A., Cazes, S. (2006), Nesporova, A. (2008), NSZ, *Employment in Europe* (2006)

Табела 10.
Издаци за активне и пасивне политике тржишта рада у Србији

	Новчане накнаде (% БДП)	Укупно – активне мере политике тржишта рада (% БДП)
2002.	0,46%	0,13%
2003.	0,67%	0,08%
2004.	0,80%	0,03%
2005.	0,72%	0,09%
2006.	0,74%	0,08%
2007.	0,75%	0,11%

Извор: Национална служба за запошљавање Републике Србије

Изнети подаци показују да Данска има високе издатке за накнаде за случај незапослености (праћене високим издацима за активне мере политике тржишта рада), што није случај са Ирском и Великом Британијом које имају ниске издатке за случај незапослености. Немачка и Француска имају од средњих до високих издатака за накнаде за случај незапослености. У земљама у транзицији издаци за накнаде за случај незапослености су ниски. У Србији издаци за накнаде за случај незапослености далеко су испод западноевропских земаља, док су у односу на остале земље у транзицији релативно високи.

Према студији Светске банке *Serbia: labour market assessment* из 2006. године у Србији је: 1) релативно мали део незапослених прима новчану накнаду за незапослене (5,5% у 2005. години), а као узроци за то наводи се да многи незапослени немају право на новчану накнаду и

да је висок удео дугорочно незапослених којима истиче право на новчану накнаду, 2) просечна вредност новчане накнаде за незапослене је релативно ниска у односу на зараду: 47% просечне нето зараде.⁸ Наведена студија наводи и кашњење у исплати прве⁹ новчане накнаде за незапослене, што ствара мотив за укључивање у неформалну незапосленост. Према неким стручњацима: „Општи закључак је да систем накнаде за случај незапослености у Србији не врши адекватно улогу, сигурносне мреже’ за раднике који су привремено без посла и у потрази за новим запослењем.“¹⁰ На другој страни, издаци за активне мере политике тржишта рада у Србији и поред њиховог раста су на релативно ниском нивоу и износе тек 0,1% БДП-а, док је у европским земљама удео ових издатака у 2006. години износио 0,73% БДП-а. Због тога проценат издатака за активне мере политике тржишта рада у Србији „мора бити удвостручен у наредне две године, а затим постепено повећан за неких 0,4% БДП-а до 2014. године“.¹¹

III Финансирање осигурања за случај незапослености

Правни прописи којима се уређују права и обавезе из осигурања за случај незапослености и систем финансирања осигурања за случај незапослености у Србији су: горе поменути Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање¹² и Статут Националне службе за запошљавање.¹³

Национална служба за запошљавање спроводи обавезно осигурање за случај незапослености. Послове запошљавања, осигурања за случај незапослености, остваривање права из области осигурања за случај незапослености и других права у складу са законом, као и вођење евиденције у области запошљавања обавља Национална служба за запошљавање. Дакле, политика запошљавања у Србији спроводи се

8 Вид.: *Serbia: labour market assessment*, The World Bank, Washington D.C., 2006, стр. 80.

9 Вид.: *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09.

10 Вид.: Маја Јандрић, Светлана Аксентијевић, Ђорђе Митровић, „Флексибилност и сигурност на тржишту рада у Србији“, *Економска политика Србије у 2009. години и изазови светске економске кризе*, Научно друштво економиста и Економски факултет, Београд, 2008, стр. 7.

11 Вид.: Михаил Арандаренко, Горан Крстић, *Анализа утицаја политике запошљавања и активних мера тржишта рада у Републици Србији 2003–2007*, Влада Републике Србије, Тим потпредседника Владе за имплементацију Стратегије за смањење сиромаштва, Београд, септембар 2008, стр. 42.

12 Вид.: *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09.

13 Вид.: *Службени гласник РС*, бр. 8/04, 35/04 – испр., 70/04, 20/08, 8/09 и 9/09 – испр.

преко Националне службе за запошљавање, која је главна посредничка институција на тржишту рада у Србији. Поред посредничке улоге, Национална служба за запошљавање обезбеђује новчану накнаду, здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање и друга права, а води и активну политику запошљавања.¹⁴

Обавезним осигурањем за случај незапослености обезбеђује се новчана накнада свим лицима која су била осигурана најмање 12 месеци непрекидно или с прекидима у последњих 18 месеци. Незапослени има право на новчану накнаду у случају престанка радног односа или престанка обавезног осигурања, по основу престанка радног односа отказом од стране послодавца, у складу са прописима о раду, уз испуњење прописаних услова, престанка радног односа на одређено време, привремених и повремених послова, пробног рада, престанка функције изабраних, именованих и постављених лица, уколико није остварено право на мировање радног односа или накнаду плате, у складу са законом, преноса оснивачких права власника, односно члана привредног друштва, отварање стечаја, покретање ликвидационог поступка и у другим случајевима престанка рада послодавца, у складу са законом, премештаја брачног друга, у складу са посебним прописима, престанка радног односа у иностранству, у складу са законом, односно са међународним споразумом.

Приход Националне службе за запошљавање чине средства:

1. доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености;
2. из буџета Републике Србије;
3. остварена улагањем капитала;
4. домаћих и иностраних кредита, у складу са законом;
5. поклона, донација и легата;
6. друга средства остварена у складу са законом.

Програми и мере активне политике запошљавања финансирају се из:

1. буџета Републике Србије;
2. средстава територијалне аутономије и јединица локалне самоуправе;
3. поклона, донација, легата, кредита, камата и других средстава, у складу са законом;
4. доприноса за случај незапослености;
5. других извора, у складу са законом.

14 Вид.: чл. 36-58 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

Наведена средства територијалне аутономије и јединица локалне самоуправе воде се у оквиру буџетског фонда који аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе отвара у складу са Законом о буџетском систему.¹⁵ Територијална аутономија, односно јединица локалне самоуправе која, у оквиру покрајинског, односно локалног акционог плана запошљавања, обезбеђује више од половине средстава потребних за финансирање одређеног програма или мере активне политике запошљавања може поднети захтев Министарству за рад и запошљавање РС за учешће у финансирању тог програма или мере о коме одлучује министар надлежан за послове запошљавања у складу са расположивим средствима и критеријумима из Акционог плана с тим да министар може одобрити тај захтев и ако територијална аутономија, односно јединица локалне самоуправе, обезбеђује мање од половине потребних средстава за финансирање одређеног програма или мере активне политике запошљавања уколико је тај програм или мера усмерен на неразвијену општину, а што је утврђено у складу са посебним прописом Владе РС.

Обавезно осигурање за случај незапослености је део система обавезног социјалног осигурања грађана којим се обезбеђују права за случај незапослености на начелима обавезности, узајамности и солидарности. Обавезним осигурањем за случај незапослености обезбеђују се права за случај незапослености, и то:

1. новчана накнада;
2. здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање у складу са законом;
3. друга права у складу са законом.

Средства за остваривање права из обавезног осигурања за случај незапослености обезбеђују се доприносима за обавезно осигурање за случај незапослености и других средстава обезбеђених у складу са законом. Када се доприноси за обавезно осигурање за случај незапослености плаћају истовремено из основице (нпр. из зараде, од стране запосленог) и на основицу (нпр. на зараду, од стране послодавца), обрачун доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености врши се по стопи од 0,75%. Када се доприноси за обавезно осигурање за случај незапослености плаћају само из основице (нпр. из опорезиве добити), обрачун доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености врши се по стопи од 1,5%.

Занимљиво би било осврнути се на структуру прихода и расхода Националне службе за запошљавање. Подаци у доњим табелама то показују.

15 Вид.: чл. 64–67 Закона о буџетском систему, *Службени гласник РС*, бр. 54/09.

Табела 11.
Примања Националне службе за запошљавање у мил. РСД

Период	Укупни приходи и примања	Социјални доприноси	Донације и трансфери	Остали приходи
	1 = 2 + 3 + 4	2	3	4
2003. Укупно	9,813.0	4,644.9	5,116.4	51.7
2004. Укупно	15,272.9	6,397.4	8,811.6	63.9
2005. Укупно	17,364.4	8,461.8	8,820.7	81.9
2006. Укупно	21,338.3	10,404.9	10,812.0	121.4
2007. Укупно	26,467.3	12,422.8	13,782.2	262.3
2008. Укупно	30,937.1	14,626.6	16,055.6	254.9

Извор: *Билџен јавних финансија* за месец јул 2009., бр. 59, стр. 58.
 Република Србија, Министарство финансија, Београд, 2009.

Табела 12.
Издаци Националне службе за запошљавање у мил. РСД

Период	Укупни расходи и издаци	Текући расходи	Расходи за запослене	Коришћење роба и услуга	Отплата камата	Донације и трансфери
	1 = 2 + 9 + 10 + 11	2 = 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8	3	4	5	6
2003. Укупно	9,802.8	9,720.3	459.7	550.7	0.0	2.1
2004. Укупно	14,556.1	14,421.3	633.9	398.6	0.0	2.6
2005. Укупно	17,057.5	16,848.6	920.0	512.5	0.0	0.0
2006. Укупно	21,168.6	21,051.7	1,106.4	723.3	0.0	0.0
2007. Укупно	26,702.9	26,519.7	1,623.4	762.1	0.0	0.0
2008. Укупно	31,274.1	31,046.6	1,902.4	752.8	10.4	0.0

Период	Права из социјалног осигурања	Остали расходи	Капитални издаци	Отплата главнице	Набавка финансијске имовине
	7	8	9	10	11
2003. Укупно	8,688.9	18.9	40.2	42.3	0.0
2004. Укупно	13,373.9	12.3	79.2	55.6	0.0
2005. Укупно	15,409.8	6.3	132.7	0.0	76.2
2006. Укупно	19,212.9	9.1	116.9	0.0	0.0
2007. Укупно	24,116.4	17.8	183.2	0.0	0.0
2008. Укупно	28,322.3	58.7	227.5	0.0	0.0

Извор: *Билџен јавних финансија* за месец јул 2009., бр. 59, стр. 58.
 Република Србија, Министарство финансија, Београд, 2009.

Изнети подаци довољно јасно и уверљиво показују да су у 2008. години приходи остварени из донација и трансфера доминантни са 51,90%, док доприноси за обавезно осигурање за случај незапослености износе 47,28% а остали приходи 0,82%. У односу на 2007. годину донације и трансфери и доприноси за обавезно социјално осигурање за случај незапослености су повећани, с тим да је нешто веће повећање код донација и трансфера. Што се тиче структуре јавних издатака, највећи део јавних издатака отпада на права из социјалног осигурања која износе у 2008. години 90,56%, на другом месту су расходи за запослене са 6,08%, а на трећем месту су коришћење роба и услуга са 2,41%. Наведени подаци показују да су средства којима располаже Национална служба за запошљавање недовољна и да се њима не може учинити много, поготово када се има у виду величина и сложеност проблема пред којима ова институција стоји. Због тога је нужна реформа финансирања обавезног осигурања за случај незапослености, а која треба да обезбеди сигурност, поузданост и предвидивост функционисања фонда обавезног осигурања за случај незапослености.

IV Закључак

Спроведена анализа показала је сву сложеност проблематике финансирања осигурања за случај незапослености у Србији.

У том контексту, основни проблеми осигурања за случај незапослености у нашој земљи повезани су с високом стопом незапослености. Мере активне и пасивне политике тржишта рада не могу да реше проблем високе незапослености у Србији. Главно средство за превладавање проблема незапослености је оживљавање привредне активности. При том треба имати у виду макроекономску стабилност, институционални оквир и институције тржишта рада.

Посебан проблем у домену осигурања за случај незапослености представља његово финансирање које захтева квалитетна средства и знатно веће издатке и за активне и за пасивне мере на тржишту рада. Садашњи издаци за активне мере на тржишту рада су на релативно ниском нивоу, тек 0,1% БДП-а, док је у европским земљама удео ових издатака 0,73% БДП-а. Србија мора у годинама која су пред нама постепено повећавати удео тих издатака како би они за пет година достигли 0,4% БДП-а. Садашњи издаци за пасивне мере на тржишту рада (накнаде за случај незапослености и др.) ниски су и далеко су испод нивоа у западноевропским земљама. У структури прихода Националне службе за запошљавање у 2008. години донације и трансфери имају учешће у укупним приходима 51,90%, а социјални доприноси 47,28%, при чему је

у односу на претходне године забележен тренд пораста и једних и других прихода. Због тога политици запошљавања у смислу финансирања треба дати већи значај него што она има данас, а што неће бити нimalo лако у условима глобалне кризе и одлучног заокрета ка смањивању јавне потрошње у 2010. години.

Mile VRANJEŠ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

SOCIAL SECURITY FOR UNEMPLOYED PERSONS AND PROBLEMS OF ITS FINANCING

Summary

The research has proven the complexity of financing social security for persons having the unemployed status in Serbia.

Fundamental problems regarding social security in our country have been linked to the high rate of unemployment in Serbia. The most effective tool for fighting unemployment is the revival of economy. In this respect due regard needs to be paid to macroeconomic stability, institutional framework and labour market institutions.

A specific problem regarding social security is its financing which requires substantial funds for both active and passive measures on the labour market. Current expenditures for active measures on labour market are relatively low, around 0.1% of the GDP in Serbia, while other European countries spend around 0.73% of their GDP for these measures. Serbia will have to increase these expenditures in the years to come in order to reach the level of 0.4% of its GDP. Current expenditures for passive measures on the labour market (allowances for unemployment, etc.) are low and far below the level in the Western European countries. The structure of revenues of the National Employment Service for year 2008 shows that donations and transfers take up to 51.90% of all revenues, while social contributions up to 47.28%. Both sources of revenues have shown the trend of growth comparing to previous years. Therefore, employment policy should be prioritized as the source of financing, which will be quite a difficult task in the face of global crisis and cutting down public expenditures in year 2010.

Key words: *financing, social security for unemployed persons, unemployment, employment, revenues, expenditures.*

УДК 347.72.036 ; 331.108.644.6-057.177.3(497.11)

др Вук РАДОВИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

О ОПРАВДАНОСТИ ПРИХВАТАЊА ИНСТИТУТА ДИСКВАЛИФИКАЦИЈЕ ДИРЕКТОРА

Резиме

Основни циљ овог рада је да укаже на вредности увођења индустријске дисквалификације директора у правни поредак Србије. Дисквалификација је једна од дисциплинарних санкција која се може изрицати против чланова управе који су прекршили неке од законом прописаних дужности, а састоји се у привременом искључењу тог лица из пословног послова. Упоредноправна анализа показује да највећи број држава познаје неки вид дисквалификације директора, а мали број међу њима овај институцију уређује детаљно и целивитно.

У уводним деловима овог рада аутор је указао на вишеструке циљеве који се остварују увођењем индустријске дисквалификације директора. Реч је о профилактичкој санкцији која представља начин заштите акционара, поверилаца и јавних интереса. Представљена су и два могућа модела законског уређивања дисквалификације, а извршен је и покушај да се овај институцију лоцира у оквире неке од postojećih права управе (компанијског, стечајног, берзанског или казненог права). У централним деловима овог рада се анализирају основни елементи законског уређења дисквалификације: домен примене, субјекти забране, садржина забране, разлози за дисквалификацију, период дисквалификације и правне последице изрицања ове санкције. Указано је и на проблеме унификације ове материје на нивоу Европске уније. На крају рада су даће препоруке о оптималним начинима будуће имплементације индустријске дисквалификације директора у српско право.

Кључне речи: *дисквалификација, директор, недостојности, забране избора.*

І Појам дисквалификације директора

Органи управљања и пословођења привредног друштва морају своје дужности извршавати савесно у складу са законом прокламованим дужностима. Поступање противно прописаним дужностима се санкционише разноврсним казним и грађанским санкцијама. За већину тих санкција је карактеристично да су оптерећене бројним процедуралним и материјалним условима, дејство им је најчешће закаснело, примена у државама показује фундаменталне различитости, а у пракси најчешће не представљају довољну гаранцију да директори неће наставити са истим или сличним активностима. Због тога се актуелизује питање увођења делотворнијих санкција у корпоративни амбијент, које би могле да буду препознате и ван националних граница. У том смислу се дисквалификација директора може посматрати као ефикасно средство у борби против нежељених понашања директора.

Највећи број националних законодавстава познаје неки вид дисквалификације директора.¹ Међутим, мали број међу њима има детаљнију регулативу у том погледу. Углавном се неки аспекти овог института фрагментарно уређују кроз друге прописе и институте који нису у директној вези са правом привредних друштава. Велика Британија представља изузетак у том погледу, јер је реч о држави која овом институту традиционално приступа систематично и студиозно.² Дисквалификација је у овој држави примарна санкција, јер се поступак води искључиво у том циљу, док је у другим државама она најчешће секундарна (споредна) санкција, која се изриче узгредно у неким другим поступцима против директора.³ Но, без обзира на степен уређености и потпуности регулативе дисквалификације, свим државама је заједничко да преко овог института покушавају да санкционишу непоштовање законских стандар-

1 Види: John Armour, Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Transactions with Creditors“, у: Reiner Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law – a Comparative and Functional Approach*, second edition, Oxford University Press, 2009, стр. 137.

2 Сам појам дисквалификације се први пут појавио у енглеском компанијском праву 1928. године. Види: Andrew Hicks, „Disqualification of directors – forty years on“, *Journal of Business Law*, 1988, стр. 27.

3 Види: Eilis Ferran, „The Role of the Shareholder in Internal Corporate Governance: Shareholder Information, Communication and Decision-Making“, у: Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Jaap Winter, Eddy Wymeersch, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004, стр. 430, фуснота 34.

да, тако што забрањују директорима који су прекршили конкретне дужности наведене законом да обављају делатности управљања друштвом у одређеном будућем периоду. Према томе, дисквалификовани директори се привремено искључују из пословног света.

II Дисквалификација као начин заштите акционара, поверилаца и јавних интереса

Дисквалификација је институт којим се остварују вишеструки циљеви. Који ће се циљеви остварити његовом применом, зависи од прописаних дужности чије неиспуњење води привременој забрани обављања делатности. Како различите дужности штите различите интересе, заштитна функција дисквалификације може имати разноврсна оправдања.⁴

На теоријском плану, дисквалификација се пре свега може посматрати као начин умањења сваког од три агенцијска проблема.

1) Као што је познато, у системима дисперзованог акционарства доминира први агенцијски проблем, који се манифестује у односу акционара и управе.⁵ Чланови управе радње врше опортунистички, јер воде рачуна првенствено о сопственим интересима, а занемарују или стављају у други план интересе друштва и његових акционара. Међу бројним начинима умањивања првог агенцијског проблема посебно се истиче одговорност чланова управе због поступања противно законом прописаним дужностима. Дужности чланова управе се третирају као *ex ante*, а одговорност као *ex post* начин умањења првог агенцијског проблема.⁶ Како дисквалификација подразумева да је директор прек-

4 Види: Heribert Hirte, Tim Lanzius, Sebastian Mock, „Directors’ Disqualification and Creditor Protection“, у: Marcus Lutter (ed.), *Legal Capital in Europe*, De Gruyter Recht, 2006, стр. 255.

5 Више о првом агенцијском проблему и начинима његовог разрешења види: Paul L. Davies, *The Board of Directors: Composition, Structure, Duties and Powers*, Company Law Reform in OECD Countries – A Comparative Outlook of Current Trends, Штокхолм, 2000, интернет адреса: www.oecd.org/dataoecd/21/30/1857291.pdf, стр. 4–11; Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (уредници), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008, стр. 239–251.

6 У ширем смислу, дужности се могу посматрати као *ex ante* и *ex post* регулаторна стратегија. У прву категорију би спадала тзв. правила, док би у другу спадали стандарди. Правила прописују конкретне радње које се очекују од агената у одређеним ситуацијама (на пример, чланови управе имају обавезу да у случају одређеног губитка сазову седницу скупштине), док се стандарди користе за уређивање комплекснијих односа, који се не могу уредити конкретизованим правилима, а чија се садржина накнадно утврђује (на пример, стандард савесног понашања, добре вере,

ршио неке изричито поменуте дужности, из тог угла се она може посматрати као начин накнадног умањења првог агенцијског проблема. Преко дисквалификације држава покушава да смањи агенцијске трошкове који произлазе из конфликта интереса акционара и чланова управе.⁷

2) Други агенцијски проблем претпоставља постојање контролног акционара и изражава се у односу већинског и мањинских акционара. Између већинског акционара и чланова управе постоји нераскидива повезаност, која се манифестује у спајању својине над друштвом и управљања друшвом. Међу бројним начинима разрешења другог агенцијског проблема посебно се истичу тзв. стратегије принуде, које се остварују законским прописивањем дужности и одговорности чланова управе.⁸ Дисквалификација би се могла посматрати као једна од стратегија принуде, а посредно и као начин заштите мањинских акционара. Дисквалификација у системима концентрисаног акционарства има посебан значај, јер примена овог института није искључиво везана за чланове управе друштва, већ се подједнако може применити и на директоре из сенке и фактичке директоре. На тај начин је омогућено да се забрана обављања делатности протегне и на контролне акционаре, што је у складу са модерним тенденцијама развоја фидуцијарних дужности контролног акционара према друштву,⁹ а у најразвијенијим правним системима и према мањинским акционарима.¹⁰

3) Трећи агенцијски проблем, који се јавља и у системима концентрисаног и дисперзованог акционарства, указује на конфликт између друштва (његових акционара и/или чланова управе) и других носилаца ризика пословања (запослени, повериоци, потрошачи, суседи, заједница у целини, и сл.). Дисквалификација директора се у теорији доминантно посматра у контексту овог проблема, јер се основни смисао и оправдање постојања овог института налази у заштити интереса поверилаца,¹¹ а

правичности, разумности, и сл.). Више види: Louis Kaplow, „Rules versus Standards: an Economic Analysis“, *Duke Law Journal*, бр. 42/1992, стр. 557–629; John Armour, Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „Agency Problems and Legal Strategies“, у: R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. J. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *нав. дело*, стр. 39–40.

7 Види: Richard Williams, „Disqualifying Directors: a Remedy Worse Than the Disease?“, *Journal of Corporate Law Studies*, бр. 7(2)/2007, стр. 218.

8 Види: Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2009, стр. 18.

9 Види: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004, даље у фуснотама: ЗОПД), чл. 31(1)(2).

10 Види: Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, стр. 373–375.

11 О дисквалификацији као начину смањивања агенцијских трошкова који произлазе из конфликта интереса друштва и његових поверилаца види: R. Williams, *нав. чланак*, стр. 218.

посредно и у заштити јавних интереса.¹² Заштита поверилаца је посебно актуелна у ситуацијама када друштво улази у зону инсолвентности. Што је друштво ближе инсолвентности, то акционари и чланови органа управљања имају већи подстицај да ризикују, улазећи у све неизвесније пословне подухвате, или да смишљају начине како да већи део имовине друштва ставе ван домашаја поверилаца у касније отвореном стечајном поступку. У циљу дестимулисања вршења радњи на штету поверилаца друштва у пословној кризи, право акционарских друштава је развило бројне институте, међу којима и дисквалификација има запажено место. Међутим, не треба сметнути са ума чињеницу да услови за примену забране обављања делатности чланова управе нису везани само за вршење радњи у време пословне кризе или за евентуално касније отварање стечајног поступка.¹³ Дисквалификација је замишљена као општи институт, који нема за циљ да штити повериоце само у ситуацијама када се друштво налази у финансијским потешкоћама. Напротив, доминантан профилактички ефекат дисквалификације омогућава заштиту јавности и поверилаца без обзира на финансијски положај друштва. Претњом забране обављања делатности у будућем периоду се превентивно утиче на директоре да савесно извршавају законом прописане дужности, док се изрицањем забране штите будући повериоци од директора који су у претходном периоду прекршили своје обавезе или су се на други начин показали као неподобни за вршење тих функција. Према томе, дисквалификацијом се не остварује директан ефекат на повериоце друштва, јер се њена последица не састоји у накнади штете повериоцима због учињених пропуста, већ у њиховој заштити *pro futuro*.

Као најчешће оправдање постојања дисквалификације се истиче заштита јавности, а нарочито поверилаца, због злоупотреба ограничене одговорности. Ограничена одговорност је појам који се у теорији компанијског права уобичајено везује за правну позицију акционара, јер је њихова одговорност за обавезе друштва ограничена, и то до висине уговореног а неунетог улога. Овакво објашњење има смисла ако се пође од чињенице да се примена института дисквалификације примарно везује за једночлана друштва и друштва са мањим бројем чланова, код којих у економском смислу не постоји јасно разграничење својине над друштвом од својине друштва.¹⁴ Када се томе додају евентуални

12 О начинима на које правила о дисквалификацији штите потрошаче и запослене више види: Adrian Walters, Malcolm Davis-White, *Directors' Disqualification & Bankruptcy Restrictions*, 3rd edition, Sweet & Maxwell, 2005, стр. 33.

13 Директор може бити дисквалификован у било ком тренутку током постојања привредног друштва. Види: Jassmine Girgis, „Corporate Directors' Disqualification: The New Canadian Regime?“, *Alberta Law Review*, бр. 46/2009, стр. 683.

14 У системима у којима се дисквалификација примењује само на јавна друштва (на пример, у САД), њена улога је ограничена и нема за циљ заштиту поверилаца. Види: J. Armour, G. Hertig, H. Kanda, *нав. pag*, стр. 137.

финансијски проблеми у којима се друштво налази, добијамо сценарио у коме су злоупотребе најчешће, а заштита поверилаца потребнија него у другим случајевима.¹⁵

Дисквалификација као санкција може имати несагледиве негативне последице на репутацију и будући каријеру члана управе. Међутим, предност дисквалификације у односу на друге санкције (на пример, осуду за кривично дело или обавезу накнаде штете) није у њеној оштрини, тј. последицама по члана управе, већ у њеној ефикасности. Наиме, поступак за дисквалификацију је бржи, због чега се очекује да се овим институтом могу остварити бољи превентивни ефекти на рад чланова управе, што искуство Велике Британије на најбољи начин потврђује.¹⁶ Овакав закључак подупиरे и чињеница да су у пракси ретки случајеви кривичних поступака против чланова управе због извршења тежих казних дела, као и да је подношење деривативне тужбе оптерећено бројним условима и ограничењима, а нарочито то што су правила о сношењу трошкова неповољна, при чему је увек приступан и проблем колективног одлучивања.¹⁷

Дисквалификација се развила поред института противправне трговине (енг. *wrongful trading*), са којим има доста додирних тачака. Међутим, за разлику од противправне трговине, која има за циљ да подстакне чланове управе да благовремено покрећу стечајне поступке, одредбе о дисквалификацији обухватају знатно већи дијапазон ситуација. Уосталом, овај институт је и уведен како би се одговорило на широко распрострањено јавно незадовољство због начина на који су директори одговорни за инсолвентност привредног друштва успевали да оснују нова друштва и наставе са пословањем, а да при том нико не одговара повериоцима претходног (инсолвентног) друштва.¹⁸

III Два модела законског уређивања дисквалификације

Увођење института дисквалификације пред законодавца неминовно намеће дилему између једног од два могућа модела, а зависно од изабраног модела конкретни обриси овог института ће бити различити.¹⁹ Према првом моделу, управљање друштвима са ограниче-

15 Види: R. Williams, *нав. чланак*, стр. 218–219.

16 Види: E. Ferran, *нав. чланак*, стр. 427.

17 Види: E. Ferran, *нав. чланак*, стр. 428.

18 Види: J. Girgis, *нав. чланак*, стр. 684–685.

19 Види: Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law – Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, 2002, стр. 522–523.

ном одговорношћу се посматра као право које завређује заштиту, јер се остваривањем овог права ствара друштвено богатство. Директор је лице које преузима пословни ризик, а компанијско право му даје слободу да доноси пословне одлуке које неће бити преиспитиване од стране суда. Други модел посматра оснивање и управљање друштвима са ограниченом одговорношћу као привилегију, коју треба користити водећи рачуна о јавним интересима. Овакво становиште даје компанијском праву перспективу социјалне одговорности, која у свом фокусу нема искључиво интересе акционара, директора и поверилаца, већ у обзир долазе и интереси других носилаца ризика пословања друштва (на пример, потрошача, запослених, и сл.).

Последице примене једног од два модела на институт дисквалификације су дијаметрално супротне. Први модел полази од поставке по којој је мешање у право на управљање друштвима са ограниченом одговорношћу оправдано само у случају несавесног поступања (кривице) одређеног лица. Отуда се дисквалификација посматра као казнена мера, а кључну улогу у том погледу игра утврђивање намере, непажње или крајње непажње директора. Степен кривице и тежина повреде ће директно утицати на дужину трајања забране. Супротно томе, модел који управљање друштвом посматра као привилегију, сврху дисквалификације не види у кажњавању и стигматизацији директора, већ у потреби заштите јавних интереса. Дисквалификација није нужно повезана са кривицом, јер се забрана обављања делатности може оправдати и некомпетентношћу директора.²⁰ Неодговорност у одређеним случајевима може штитити директоре од последица њихове некомпетентности, а на штету поверилаца. Због тога се и истиче да је заштита пословног морала један од циљева увођења института дисквалификације.²¹ Нажалост, корпоративно управљање још увек није пронашло адекватне механизме чија би примена гарантовала избор стручног и одговорног лица на управљачке позиције у друштву.²² Према неким истраживањима, мање од 10% директора је прошло одговарајућу обуку пре започињања обављања својих дужности, а мање од 25% поседује било какве професионалне или менаџерске квалификације.²³

20 Види: V. Finch, *нав. дело*, стр. 523.

21 Види: A. Walters, M. Davis-White, *нав. дело*, стр. 23.

22 О неким правилима добре праксе корпоративног управљања у том погледу више види: Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије (*Службени гласник РС*, бр. 1/2006), чл. 163–169.

23 Види: Fiona Tolmie, *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998, стр. 236–237.

IV Дисквалификација као део казненог, компанијског, стечајног или берзанског права

Зависно од гране права у којој је дисквалификација директора уређена, она може бити део компанијског, стечајног, берзанског или казненог права.

1. Дисквалификација као део компанијског права

Најприродније и најлогичније је да одредбе о дисквалификацији директора буду део права привредних друштава. Ова грана права дефинише дужности директора и услове за њихов избор, те се дисквалификација као санкција надовезује на те одредбе. Формалноправно се правила о дисквалификацији могу наћи у закону који уређује привредна друштва (уобичајено одвојена глава под називом дисквалификација директора) или могу бити детаљно прописана у посебном закону. Највећи број држава код којих је дисквалификација део права привредних друштава прихвата први приступ (на пример, Аустралија и Нови Зеланд),²⁴ док је усамљени представник другог приступа Велика Британија, која је 1986. године донела посебан Закон о дисквалификацији директора компанија (енг. *Company Directors Disqualification Act*, даље у тексту: CDDA).

Закон о привредним друштвима је увео у наш правни систем институт забране избора, који делимично представља вид дисквалификације.²⁵ Према њему, лица која су осуђена за одређена кривична дела из области привреде и службене дужности, не могу бити бирана у органе управљања привредног друштва.²⁶ Основни услов је да су та кривична дела извршена у вези са вршењем дужности у привредном друштву.

2. Дисквалификација као део стечајног права

Под дисквалификацијом у стечајном праву се у најширем смислу подразумевају разне врсте стечајних последица које погађају лич-

24 Види: аустралијски Закон о акционарским друштвима (*Corporations Act*, даље у фуснотама: СА) из 2001. године, чл. 206А–206НВ; новозеландски Компанијски закон (*Companies Act*, даље у фуснотама: СА) из 1993. године, чл. 382. Више о концепту дисквалификације Аустралије и Новог Зеланда види: John Farrar, *Corporate Governance in Australia and New Zealand*, Oxford University Press, 2001, стр. 217–226.

25 Види: Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду и Профинвест, 2007, стр. 241, фуснота 30.

26 Види: ЗОПД, чл. 45(1).

ност стечајног дужника.²⁷ Међу њима запажено место имају забране обављања одређених делатности. За примену дисквалификације у стечајном праву се уобичајено захтева да је реч о стечају над имовином физичког лица (индивидуални стечај). То, наравно, не значи да корпоративни стечај не може имати за последицу дисквалификацију одговорног директора. Напротив, те ситуације су у пракси и најчешће, али су оне покривене превасходно правилима компанијског, а не стечајног права. Компанијско право уобичајено забрањује лицу које у стечајном поступку није ослобођено од одговорности за плаћање преосталих обавеза да управља и води послове привредног друштва.

3. Дисквалификација као део берзанског права

Регулаторни приступ по коме је дисквалификација део права тржишта капитала се данас примењује у праву САД. Оваквим приступом се превасходно санкционишу чланови управе за преварно финансијско извештавање јавних друштава. Чини се да став Немачке асоцијације правника и препорука Високе групе експерата говоре у прилог оправданости прихватања дисквалификације као дела берзанског права.²⁸ Основни аргумент против оваквог законодавног приступа је сужен домен примене правила о дисквалификацији, јер се забране односе само на мали број друштава (јавна друштва), а санкционисана су углавном правила о објављивању података о друштву. Два основна аргумента се истичу у прилог дисквалификације као дела берзанског права: прво, тржиште капитала је идеалан амбијент за ефикасно спровођење правила о дисквалификацији, јер улогу извршног органа може да преузме национална комисија за хартије од вредности; и друго, како постојеће санкције због необјављивања или незаконитог објављивања података нису у довољној мери успеле да заштите инвеститоре, а реч је о обавези друштва која има изразито велики значај,²⁹ дисквалификацијом би се могли остварити позитивни ефекти на тржишту капитала.³⁰

27 Више о ограничењима која се намећу дужнику по отварању стечајног поступка види: Вук Радовић, *Индивидуални стечај – стечај над имовином физичког лица*, Досије, Београд, 2006, стр. 224–232.

28 Види: Holger Fleischer, „The Responsibility of the Management and Its Enforcement“, у: G. Ferrarini, K. J. Hopt, J. Winter, E. Wymeersch, *нав. дело*, стр. 414.

29 Више о значају објављивања информација на тржишту капитала види: Небојша Јовановић, „Извештавање о пословању акционарског друштва“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (уредници), *Корпоративно управљање – групи део (зборник радова)*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2009, стр. 191–192.

30 Више о аргументима у прилог ове регулаторне стратегије види: H. Fleischer, *нав. чланак*, стр. 414–415.

4. Дисквалификација као део казненог права

Модерна кривична законодавства познају забрану обављања делатности као једну од могућих кривичних санкција. Међутим, дисквалификација као део казненог права има другачији смисао у односу на дисквалификацију уређену компанијским, стечајним или берзанском правом. Разлика је у циљевима који се желе постићи, јер казнене санкције имају другачију сврху и смисао у односу на имовинске. У сваком случају, дисквалификацију као део казненог права треба сматрати корисном допуном регулативе дисквалификације директора у праву привредних друштава, стечајном и берзанском праву. Међутим, она не би требало да буде једина врста дисквалификације, јер се кривичним санкционисањем не могу остварити све погодности које нуди овај институт. Нажалост, у многим државама, међу којима је и Србија, дисквалификација као институт егзистира искључиво у оквирима казненог права.

У српском кривичном праву постоји мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности, која зависно од конкретних околности може представљати дисквалификацију, тј. забрану вршења послова управљања и пословођења привредним друштвима у будућем периоду. Основно ограничење кривичноправне дисквалификације се односи на чињеницу да се ова мера безбедности може изрећи само учињоцу кривичног дела.³¹ Најчешће је то неко од кривичних дела против привреде, а посебно долазе у обзир кривична дела проузроковања стечаја, проузроковања лажног стечаја и оштећења поверилаца. За разлику од неких других права (на пример, немачког), код којих је кривичноправна дисквалификација директора повезана са извршењем тачно одређених кривичних дела,³² у српском праву се мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности може изрећи ако је учињоцу изречена казна, условна осуда, судска опомена или је учинилац ослобођен од казне, без обзира на врсту учињеног кривичног дела.³³ Према томе, реч је санкцији допунског карактера,³⁴ а њено изрицање је увек факултативно.³⁵

31 Види: Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, даље у фуснотама: КЗ), чл. 79(1)(5).

32 Види: Н. Hirte, Т. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 260.

33 Види: КЗ, чл. 80(4).

34 Види: Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 263.

35 Види: Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006, стр. 272.

V Предмет (садржина) забране

Дисквалификација подразумева да се руководећим (*i.e.* најодговорнијим) лицима у друштву забрањује обављање одређених делатности у будућем периоду. Које делатности ће бити предмет забране може зависити од бројих околности, и у основи ће бити условљено прихваћеним системом дисквалификације у националном законодавству. Начелно се дисквалификација везује за временски ограничену забрану управљања и пословођења друштвима. Међутим, опсег појма управљања и пословођења друштвима може бити разнолико постављен, а највећим делом зависи од тога да ли је дисквалификација самосталан институт права привредних друштава, стечајног или берзанског права или интегрални део кривичног законодавства.

Системи у којима је дисквалификација самосталан институт прецизно одређују предмет забране. Када надлежни орган установи да су испуњени услови за дисквалификацију, аутоматски се примењују унапред прописане забране, што значи да у погледу њихове садржине орган који их изриче нема дискрециону оцену. У британском систему, као најразвијенијем, дисквалификованим директорима се забрањује обављање следећих делатности:³⁶

- прво, обављање делатности директора друштва;
- друго, управљање имовином друштва;
- треће, обављање делатности стечајног управника; и
- четврто, учествовање на било који други начин, директно или индиректно, у оснивању или управљању друштвом.

Практично се дисквалификованим лицима забрањује не само да заузимају руководеће позиције у друштвима (на пример, чланови управног и извршног одбора) и да обављају делатности које су са њима изједначене (на пример, делатност ликвидационог или стечајног управника), већ и да на друге (посредне) начине учествују у управљању друштвима. Посредно учествовање у управљању друштвом се може остварити: доношењем или учествовањем у доношењу одлука које утичу на пословање друштва у целини или у претежном делу, коришћењем овлашћења којима се остварује значајан ефекат на финансијску позицију друштва, давањем налога, упутстава или савета директорима друштва знајући да су директори навикнути да раде у складу са тим упутствима или са намером да директори поступе у складу са њима.³⁷ Из тога

36 Види: Закон о дисквалификацији директора компанија (енг. *Company Directors Disqualification Act*, даље у фуснотама: CDDA) из 1986. године, чл. 1(1).

37 Види: аустралијски Закон о акционарским друштвима (енг. *Corporations Act*, даље у фуснотама: CA) из 2001. године, чл. 206A(1).

се може закључити да се наведеном забраном радње фактичког директора и директора из сенке третирају на истоветан начин као и радње пуноважно изабраног директора.³⁸ Оваква допуна је била нужна, јер би забрана само формалног управљања друштвом била претерано ограничена, имајући у виду да постоје други начини контролисања управљања друштвом без статуса директора.³⁹ Такође, овим лицима се забрањује да буду консултанти органа управљања, због посредне могућности да утичу на доношење одлука.⁴⁰ Према томе, ефекти дисквалификације могу бити такви да се лице коме је изречена забрана не може запослити у корпоративном сектору.⁴¹

Ширина постављене забране, ма колико на први поглед била оправдана и смислена, се може у неким случајевима показати као неадекватна. Примера ради, екстензивним тумачењем би се могао извести закључак по коме дисквалификованом лицу треба забранити да постане (већински) члан друштва са ограниченом одговорношћу, имајући у виду да скупштина овог друштва може да доноси одлуке обавезујуће за органе управљања.⁴²

Садржину забране највећим делом прописује закон који матично уређује дисквалификацију. Међутим, то не значи да се другим законима не могу увести и друге забране које би се примењивале према дисквалификованом појединцу.⁴³

Француско право прописује најшири круг ограничења, јер дисквалификованом појединцу забрањује да обавља било какву врсту активности која је повезана за трговином, пољопривредом или занатством.⁴⁴ Истом појединцу, под условом да је акционар, може бити забрањено да остварује право гласа на годишњим седницама скупштине, у ком случају ће суд именовати лице које ће та права остваривати. Суд може

38 Види: Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, second edition, Sweet & Maxwell, London, 1997, стр. 478.

39 Види: Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, eighth edition, Sweet & Maxwell, London, 2008, стр. 240.

40 Види: Н. Hirte, Т. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 264.

41 Види: F. Tolmie, *нав. дело*, стр. 237.

42 Види: Peter O. Mülbart, „A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, бр. 7/2006, стр. 400.

43 О оваквој законодавној пракси у Великој Британији види: Stephen Mayson, Derek French, Christopher Ryan, *Company Law*, 23rd edition, Oxford University Press, 2007, стр. 835.

44 Види: француски Трговински законик (*Code de Commerce*, даље у фуснотама: CC), чл. L. 653–2.

у конкретном случају да ограничи и друга чланска права акционара, па чак и да принудно прода акције дисквалификованог акционара.⁴⁵

На супротној страни у односу на британско и француско право налази се америчко право, које сужава круг ограничења само на чланство у органима управљања јавних друштава. Оваква концепција је последица регулисања дисквалификације у оквирима берзанског права.

У системима у којима је дисквалификација саставни део кривичног законодавства, предмет забране најчешће није прецизиран, већ је суду дата велика слобода одлуђивања у том погледу. Тако у Србији суд може учиниоцу кривичног дела да изрекне забрану вршења одређеног позива, одређене делатности или свих или неких дужности везаних за чување, располагање, коришћење, управљање или руковање туђом имовином.⁴⁶ Потенцијални домен примене ове мере безбедности је такав да се њоме могу обухватити сви начини директног или индиректног управљања туђом имовином, при чему се забрана може протегнути и на друге активности. Међутим, домен примене изречене мере безбедности ће зависити од изреке пресуде којом је она одређена, јер не постоји законска претпоставка њеног опсега.⁴⁷ Који ће се позиви, делатности и дужности забранити, у великој мери зависи од природе учињеног кривичног дела, процене да ли би се оправдано могло сматрати да би даље вршење такве делатности било опасно,⁴⁸ али и од сврхе која се жели постићи изрицањем ове кривичне санкције (да се отклоне стања и услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела, као и да се сузбијају дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством).⁴⁹ Према томе, домен примене конкретно изречене мере безбедности може бити потенцијално шире или уже постављен у односу на у упоредном праву прописане забране директног или индиректног управљања друштвима. Овоме погодује и чињеница да законик не захтева постојање каузалног односа између извршеног дела и вршења позива, делатности или дужности.⁵⁰ Основни проблем са изрицањем мера безбедности оваквог типа се тиче недовољне квалификованости кривичног суда да из угла корпоративног права са прецизношћу утврди све делатности које тре-

45 Види: француски СС, чл. L. 653–9.

46 Види: КЗ, чл. 85(1).

47 Види: З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 272.

48 „Опасност треба схватити у смислу опасности од вршења кривичних дела у вези са вршењем неког позива, делатности или дужности.“ З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 272.

49 Види: КЗ, чл. 4(2), 78, 85(1).

50 Види: Љ. Лазаревић, *нав. дело*, стр. 271.

ба обухватити забраном, тј. да дефинише појам управљања привредним друштвом.

Закон о привредним друштвима, у оквиру института забране избора, прописује да лица на која се ова норма примењује не могу бити заступници, чланови управног одбора, прокуристи и ликвидациони управници привредног друштва.⁵¹ Дисквалификација је законом прописана као негативан услов за именовање, односно избор оних лица, која су као заступници друштва овлашћени да у име друштва врше правне радње, тј. да управљају туђом имовином.

Као последице покретања поступка индивидуалног стечаја познате су разноврсне забране обављања делатности стечајног дужника. Ту, пре свега, спадају ограничења дужника да управља привредним друштвима, јер се оправдано очекује да ако лице није у стању да управља сопственим имовином, неће бити у стању ни да управља туђом. Слична ограничења су познавали и неки наши ранији законски прописи.⁵² Поред забране управљања привредним друштвима, стечајни прописи често забрањују дужнику да обавља одређена занимања (професије), без обзира што је за то квалификован. Свака држава одређује која су то занимања, на која отворени стечајни поступак над дужниковом имовином делује као спречавајући фактор, те се та професија одређено време не може обављати. Ту спадају углавном оне делатности за које се претпоставља да их морају обављати лица која су вична и успешна на пољу финансија. То је и разлог због кога следеће професије могу бити забрањене за стечајног дужника: адвокатура,⁵³ стечајни управ-

51 Види: ЗОПД, чл. 45(1).

52 Закон о принудном поравнању и стечају из 1965. године је познавао две мере против дужника, које се односе на ову забрану: а. забрана вршења функција на руководним местима у радним организацијама за време од две до пет година, и б. губитак права да буде биран у органе управљања радних организација за време од једне до три године (чл. 16(1)(2–3)).

Први српски Закон о акционарским друштвима из 1896. године је прописивао да лица, над чијом је имовином стечај отворен не могу бити бирана за чланове управног и надзорног одбора, прокуристи и ликвидатори акционарских друштава, нити могу бити постављени за чиновнике при овим друштвима. Ако су већ у служби тих друштава у време стечаја, биће привремено удаљени из службе (чл. 36). Оваква строгост потиче из изгубљеног поверења у презадуженика, а и из материјалних немогућности да у будућности накнади причињене штете. Види: Дионисије Продановић, *Стечајно право*, издање књижарнице Р. Д. Буковића, Београд, 1937, стр. 60–61.

53 Све док се не оконча стечајни поступак дужник не може да обавља адвокатску делатност. Види: енглески Закон о адвокатима (*Solicitor Act*) из 1974. године (наведено према: F. Tolmie, *нав. дело*, стр. 156); српски Закон о правозаступницима у чл. 62(2) је забрањивао обављање адвокатске професије све док се стечај не заврши (наведено према: Велизар Митровић, *Стечајно право с нарочитим освртом на српско законодавство*, главна продаја у књижари С. Б. Цвијановића, Београд, 1926, стр. 60).

ник,⁵⁴ старалац над имовином малолетника или лица које је лишено пословне способности (као и старалац у посебним случајевима старатељства), посредник на берзи, итд. Неке земље иду и знатно даље те забрањују и обављање послова фармацеута (на пример, Италија), рад у обезбеђењу и полицијским снагама (неке аустралијске земље), вршење државно-службеничких послова, итд.

VI Субјекти забране

Под субјектима забране се подразумева круг лица на која се може применити институт дисквалификације. У кривичном праву се забрана везује за учиниоце прописаних кривичних дела,⁵⁵ док се у стечајном праву она примењује на стечајне дужнике који нису ослобођени од одговорности за плаћање преосталих обавеза. У компанијском праву дисквалификација треба да елиминише са тржишта менаџера она лица чији је претходни рад на пословима управљања у привредним друштвима показао да они нису у стању да се брину о туђим интересима (интересима друштва), као и да би њихово бављење тим пословима могло неповољно да се одрази на интересе поверилаца. Круг лица која потпадају под удар дисквалификације обавезно обухвата директоре привредног друштва, а у системима у којима је дисквалификација део берзанског права, она обухвата само директоре јавних друштава. Упутно би било да се појам директора схвати на најшири могући начин, тако да обухвата сва она лица која су чланови административних, управљачких или надзорних органа у друштву.⁵⁶ У пракси се највећим делом дисквалификација везује за чланове управног одбора, извршног одбора и генералног директора у системима једнодомне управе, односно чланове надзорног и управног одбора у системима дводомне управе. Поред лица која су директори у формалном смислу те речи, правила о дисквалификацији треба да се примењују и на она лица која фактички обављају функцију директора без обзира што нису изабрана на законом прописан начин (фактички директори)⁵⁷

54 Види: енглески Инсолвенцијски закон (енг. *Insolvency Act*, даље у фуснотама: IA), чл. 390(4).

55 У српском праву се мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности може изрећи урачунљивом и неурачунљивим учиниоцу. Види: З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 272.

56 На наведени начин је директоре дефинисала Препорука Европске комисије о неизвршним директорима и комисијама управног одбора. Види: Commission Recommendation of 15 February 2005 on the Role of Non-executive and Supervisory Directors of Listed Companies and on the Committees of the (Supervisory) Board, *Official Journal L 52* од 25.2.2005. године, тач. 2.2.

57 Према британској судској пракси, *de facto* директор може или самостално да обавља дужности или да то чини поред ваљано изабраног директора. Види: F. Tolmie, *нав. дело*, стр. 244.

или која иза паравана оркестрирају управљањем друштва (директори из сенке).⁵⁸ Дисквалификација није везана искључиво за физичка лица, већ се може применити и на правна лица.⁵⁹

VII Разлози за дисквалификацију

Под разлозима за дисквалификацију се подразумевају све оне околности чије испуњење оправдава забрану обављања делатности управљања привредним друштвима у одређеном периоду. Зависно од врсте разлога, разликујемо дискрециону, обавезну и аутоматску дисквалификацију.⁶⁰ Код дискреционе дисквалификације надлежан орган има слободу да забрани обављање делатности управљања привредним друштвима када утврди постојање прописаног разлога, док у случају обавезне дисквалификације надлежан орган нема слободу у том погледу, већ је у обавези да донесе одлуку о дисквалификацији.⁶¹ Аутоматска дисквалификација не зависи од одлуке надлежног органа, већ наступа по сили закона испуњењем прописаног разлога (на пример, правноснажна пресуда којом се неко лице осуђује због извршења одређеног кривичног дела).⁶²

Разлози за дисквалификацију су различито уређени у упоредном праву. Највећим делом они се везују за неке обавезе које су садржане у компанијском, стечајном или берзанском законодавству.⁶³ У даљем тексту ће бити више речи о разлозима за дисквалификацију у британском и америчком праву.

1. Британско право

Најразгранатији списак разлога познаје британско право. Према тим решењима, одлука о дисквалификацији се може заснивати на следећим околностима:

58 На овај начин је омогућено да се дисквалификација примењује на „силу иза силе“. Директори из сенке су најчешће банке и велики акционари. Наведено према: Н. Hirte, T. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 262, фуснота 31.

59 Види: случај *Official Receiver v Brady*, [1999] BCC 258. Наведено према: S. Mayson, D. French, C. Ryan, *нав. дело*, стр. 834.

60 Види: R. Goode, *нав. дело*, стр. 478–479.

61 Обавезна дисквалификација не значи да суд нема никакву дискрециону оцену у погледу садржине одлуке (на пример, да одреди период забране сразмерно тежини повреде).

62 О аутоматској дисквалификацији у Аустралији види: J. Farrar, *нав. дело*, стр. 219–220.

63 G. I. Douvelos, „Director’ Disqualification: defining Directors’ Duties – or mere alliteration from a Dickensian heritage?“, *Journal of South African Law*, 2003, стр. 113.

- учињено је кривично дело у вези са оснивањем, управљањем или ликвидацијом друштва;⁶⁴
- континуирано се не испуњавају обавезе друштва у вези са објављивањем информација, тј. достављањем потребне документације регистру привредних субјеката (претпоставља се да лице континуирано не испуњава ове обавезе ако је правоснажно осуђено због тога или је у протеклих пет година суд три пута обавезао лице на достављање података);⁶⁵
- лице је одговорно за преварно трговање, противправно трговање или је одговорно за било коју другу превару у вези са друштвом или за поступање противно дужностима, под условом да је то утврђено у поступку престанка друштва;⁶⁶
- поступање противно неким нормама права конкуренције;⁶⁷
- лице у стечајном поступку није ослобођено одговорности за плаћање преосталих обавеза;
- недостојност директора да обавља дужности управљања друштвом.⁶⁸

64 У једном случају (*In R. v. Goodman* [1994] BCLC 349), председник управног одбора и највећи акционар јавног друштва је поклонио своје акције пријатељу, који их је продао три дана пре него што је објављена вест да је друштво у финансијским проблемима. То лице је касније осуђено за кривично дело коришћења повлашћених информација и дисквалификовано за обављање послова управљања друштвима у наредних 10 година. У жалби он је навео да коришћење повлашћених информација није било учињено у вези са управљањем друштвом. Суд је одбио жалбу, јер је применио тест по коме се поставља питање да ли је кривично дело имало неку фактичку повезаност са управљањем друштвом, а не да ли је учињено у оквиру обављања делатности управљања друштвом. Види: Janet Dine, *Company Law*, 5th edition, Palgrave Macmillan, 2005, стр. 220–221. О другим случајевима који објашњавају домен примене синтагме „у вези са управљањем друштва“ више види: Jonathan Fisher, Jane Bewsey, *The Law of Investor Protection*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2003, стр. 470–471.

65 Види: британски CDDA, чл. 3. Британска пракса континуираност схвата као трајност или понављање истих или различитих пропуста. Код овог основа за дисквалификацију не тражи се установљивање кривице, што не значи да њено непостојање неће утицати на одлуку о дисквалификацији (на пример, краћи рокови забране). Види: R. Goode, *нав. дело*, стр. 480; J. Dine, *нав. дело*, стр. 221.

66 Није неопходно да компанија буде инсолвентна. Види: J. Dine, *нав. дело*, стр. 222.

67 Види: британски CDDA, чл. 9А-Е. Повезивање дисквалификације са правом конкуренције говори у прилог томе да постоји поверење у ефикасност ове санкције. Види: E. Ferran, *нав. чланак*, стр. 429.

68 Сви разлози за дисквалификацију се у британском праву могу поделити у три категорије, а они обухватају: 1) случајеве лошег управљања друштвима; 2) недостојност директора; и 3) друге разлоге за дисквалификацију. Види: H. Fleischer, *нав. чланак*, стр. 410.

Недостојност директора (енг. *unfitness*) се у пракси показала као најчешће коришћен разлог за дисквалификацију.⁶⁹ Његов значај је појачан чињеницом да је недостојност једини разлог за тзв. обавезну дисквалификацију, док сви остали разлози само дају могућност надлежном органу да забрани лицу обављање делатности. Такође, ово је разлог код кога се као обавезан услов за дисквалификацију захтева да је друштво постало инсолвентно, било за време док је то лице било директор или касније.

Концепт недостојности је флуидног карактера. Реч је о појму са отвореном садржином, који се мора утврђивати у сваком појединачном случају.⁷⁰ Закон је само дао одређене смернице у правцу његовог тумачења, али без ближих објашњења.⁷¹ Ове смернице нису потпуне, јер суд може узети у обзир и друге критеријуме.⁷² Због тога је британска судска пракса била приморана да прецизира опсег овог појма. Из мноштва судских одлука није једноставно извући јасне закључке, јер се пракса често колебала и одступала од раније заузетих ставова.⁷³ Међутим, и поред одређених недоследности, сумарно се може рећи да се недостојност везује за поступање противно пословној етици или нестручност и немар члана управе.

а) Под поступањем противно пословној етици се подразумева очигледно вођење послова друштва на штету поверилаца. Оно посебно обухвата случајеве преварног и непоштеног понашања, али и оснивање тзв. феникс компанија.⁷⁴ Синдром феникс компаније⁷⁵ подразумева настављање пословања финансијски посрнулог друштва (старо друштво) преко оснивања новог друштва. Значи, лица одговорна за пропаст (стечај) старог друштва коришћењем новог друштва настављају да послују као да се ништа није десило. Нова компанија најчешће послује под истим или сличним пословним именом као друштво које је у стечају, експлоатише његов углед и пословне могућности, при чему користи имовину старог друштва коју је стекло испод тржишне вредности. Основни проблем феникс компанија је у томе што су повериоци старог друштва приморани да остварују своја потраживања у односу

69 У периоду између 1997–2002. године близу 90% случајева дисквалификације су се односили на разлог недостојности.

70 Види: Н. Hirte, Т. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 264.

71 Види: британски CDDA, Sec. 9 (Schedule 1).

72 Види: Н. Hirte, Т. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 263.

73 Види: J. Dine, *нав. дело*, стр. 223.

74 Види: F. Tolmie, *нав. дело*, стр. 245.

75 У Немачкој се за феникс компаније користи термин *GmbH* штафета. Види: Н. Fleischer, *нав. чланак*, стр. 410.

на безвредну стечајну масу, а чланови управе на овај начин прикривају од јавности свој претходни пословни неуспех. Правно уређење феникс синдрома има првенствено за циљ да заштити повериоце новог друштва.⁷⁶ Основна правила у вези са овим проблемом се најчешће налазе у стечајном закону, и своде се на забране коришћења пословног имена друштва у стечају од стране лица одговорних за стечај старог друштва.⁷⁷ Међутим, поред регулативе стечајног права, коришћење феникс компанија може бити и основ за дисквалификацију директора, из разлога недостојности, и то тако што би се ове радње посматрале као радње противне пословној етици.

б) Нестручност или немар су други основ за недостојност. Реч је о два одвојена основа, који се најчешће заједно проучавају. Свака некомпетентност и немар не чине члана управе недостојним за вршење те дужности. Уобичајено се као услов захтева утврђивање већег степена показане нестручности или крајња непажња (немар). Судови не треба олако да санкционишу директоре са позивом на овај разлог дисквалификације. Свака пословна пропаст друштва није *prima facie* доказ немара или нестручности одговорних лица. У супротном би се „обесхрабрило преузимање пословних ризика, што мора бити жила куцавица корпоративних активности“.⁷⁸

Нестручност и немар дају велику слободу судовима приликом одређивања недостојности. Преношење овлашћења директора на друга лица није основ за ослобађање од одговорности, јер је директор у обавези да у великим друштвима обезбеди примену адекватних система интерне контроле. Такође, и поред поделе одговорности између чланова управе (на пример, између извршних и неизвршних чланова), сваки директор мора бити упознат са основним информацијама везаним за пословање друштва. Посебну пажњу судови обраћају на обавезу сачињавања финансијских извештаја, а њено неипуњавање третирају одразом нестручности и немара.⁷⁹ У сваком случају, треба имати на уму да немар или нестручност члана управе не значи да је то лице поступало противно пословној етици, већ је реч о два одвојена схватања појма недостојности.⁸⁰

76 Види: P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 225–226.

77 Види: енглески IA, чл. 216–217.

78 Види: P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 247.

79 *Idem.*, стр. 248–249.

80 Види: John Birds, Tony Boyle, Eilís Ferran, Charlotte Villiers, *Boyle & Birds' Company Law*, 4th edition, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2000, стр. 481.

2. Америчко право

Дисквалификација је у САД релативно нов институт. Он се појавио тек 1990. године, када је усвојен закон (енг. *Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act*),⁸¹ који је у америчко право тржишта капитала увео санкцију забране обављања делатности члановима управе јавних друштава.⁸² До тада америчка Комисија за хартије од вредности (енг. *Securities and Exchange Commission*) није имала законско овлашћење да покреће сличне поступке.⁸³ Према решењу из 1990. године, захтева се испуњеност два услова за дисквалификацију члана управе.⁸⁴

- Први услов се састоји преварном поступању члана управе на примарном и секундарном тржишту капитала, за које се уобичајено захтева намера или крајња непажња,⁸⁵
- Поред преварног поступања, за дисквалификацију се тражи да суд утврди да је члан управе суштински (битно) недостојан (енг. *substantial unfitness*) за обављање делатности управљања и пословођења јавним друштвима. Међутим, законом није дефинисан појам суштинске недостојности, а из историје доношења закона из 1990. године, као и ранијих судских одлука које су разматрале питање недостојности, не могу се са сигурношћу извести закључци који би служили као путоказ приликом тумачења овог правног стандарда.⁸⁶ Професорка *Jayne Bernard* је у свом утицајном чланку предложила да судови у циљу утврђивања

81 Закон је постао интегрални део два најзначајнија америчка закона који уређују издавање и трговину хартијама од вредности, Закона о хартијама од вредности (*Securities Act*, чл. 20(e)) из 1933. године и Закона о тржишту хартија од вредности (*Securities and Exchange Act*, чл. 21(d)(2)) из 1934. године. Уведене одредбе у оба закона су идентичне, а разлика је у томе што се прва односи само на примарно, а друга само на секундарно тржиште хартија од вредности.

82 Више о новинама овог закона види: Matthew Scott Morris, „The Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990: By Keeping Up Eith the Joneses, the SEC’s Enforcement Arsenal is Modernized“, *The Administrative Law Journal*, бр. 7/1993, стр. 151–211.

83 О историјату дисквалификације у САД пре доношења закона из 1990. године више види: Philip F. S. Berg, „Unfit to Serve: Permanently Barring People from Serving as Officers and Directors of Publicly Traded Companies After the Sarbanes-Oxley Act“, *Vanderbilt Law Review*, бр. 56/2003, стр. 1875–1877.

84 Види: P. F. S. Berg, *нав. чланак*, стр. 1878–1879; H. Fleischer, *нав. чланак*, стр. 412–413.

85 У суштини, овде је реч о поступању противно чл. 17(a)(1) Закона из 1933. године, односно чл. 10(b) Закона из 1934. године.

86 Више види: Jayne W. Barnard, „When is a Corporate Executive ‘Substantially Unfit to Serve?’“, *North Carolina Law Review*, бр. 70/1992, стр. 1489–1492.

суштинске недостојности узимају у обзир следећих седам фактора: 1) тежину повреде; 2) ранија кршења правила о хартијама од вредности и друге повреде фидуцијарних обавеза; 3) улогу коју је члан управе имао у кршењу законске забране; 4) степен кривице члана управе; 5) личну корист коју је члан управе имао од забрањене радње; 6) вероватноћу да ће се понашање поновити; и 7) степен поштовања фидуцијарних дужности директора.⁸⁷ Каснија судска пракса је прихватила већину ових фактора као меродавних за утврђивање суштинске недостојности члана управе.⁸⁸

Као одговор на финансијске скандале, амерички Конгрес је усвојио Сарбејнс-Окслијев закон (*Sarbanes-Oxley Act*), који је председник Буш потписао 2002. године. Две одредбе овог закона су у значајној мери промениле дотадашња правила о дисквалификацији чланова управе.⁸⁹

а) Према првој одредби, снижен је стандард за дисквалификацију чланова управе, јер се више не тражи суштинска недостојност, већ је довољно утврђивање недостојности за обављање делатности. Брисање једне речи може деловати као безначајна промена, али ако се имају у виду дебате вођене у Конгресу, јасно је да је упућен сигнал незадовољства високим захтевима које су судови у прошлости постављали пред Комисију у поступцима дисквалификације.⁹⁰ Данас је у теорији доминантан став по коме је услов недостојности нижи стандард од ранијег услова суштинске недостојности, а на судовима и Комисији за хартије од вредности је да одреде његове границе.

б) Према другој одредби, Комисији за хартије од вредности је омогућено да под одређеним условима сама спроведе поступак и забрани обављање делатности члану управе. Према томе, поступак дисквалификације више није искључиво судски поступак.

Новине које је увео Сарбејнс-Окслијев закон неминовно воде повећању броја поступака против чланова управе. Основне замерке овим

87 Види: J. W. Barnard, *нав. чланак*, стр. 1510–1522.

88 Види: *Securities and Exchange Commission v. Posner* из 1994. године, United States Court of Appeals, Second Circuit, 16 F.3d 520; *Securities and Exchange Commission v. K. Patel* из 1995. године, United States Court of Appeals, Second Circuit, 61 F.3d 137; *Securities and Exchange Commission v. First Pacific Bankcorp* из 1998. године, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 142 F.3d 1186. Више о развоју стандарда суштинске недостојности у америчкој судској пракси види: P. F. S. Berg, *нав. чланак*, стр. 1879–1884.

89 Види: Сарбејнс-Окслијев закон, § 305 и § 1105. Овим параграфима су измењене одговарајуће одредбе Закона о хартијама од вредности и Закона о тржишту хартија од вредности.

90 Види: P. F. S. Berg, *нав. чланак*, стр. 1874.

решењима своде се на велике могућности Комисије за хартије од вредности, која може злоупотребити своја овлашћења, као и на нејасне обрисе појма неподобности, који могу обесхрабрити лица да се прихватају руководећих положаја у друштву.⁹¹

VIII Дужина трајања забране (период дисквалификације)

Забрана обављања делатности је увек привременог карактера. Дисквалификованим лицима се забрањује да одређен број година обављају делатности које чине предмет забране. Законодавства најчешће одређују максималан рок за забрану, остављајући тако надлежном органу могућност да класификује понашања директора према тежини повреде.⁹² Максимални рокови се изричу у случајевима најтежих кршења прописаних норми компанијског, стечајног или берзанског права. У том погледу се као посебно отежавајуће околности истичу: утврђена намера члана управе (степен кривице) и раније изречена дисквалификација (повратници).⁹³ Законодавство може да пропише јединствен максималан рок за дисквалификацију или да предвиди различите рокове зависно од разлога за дисквалификацију⁹⁴ или органа надлежног за његово одмеравање.⁹⁵ Разгранатија правила о дисквалификацији подразумевају прихватање другог приступа (тако поступају, на пример, Велика Британија и Аустралија).

Дисквалификованом поједницу треба дозволити да пре истека периода забране покрене одговарајући судски поступак, како би одређене активности, које у садржинском смислу потпадају под предмет забране, могао да обавља и поред дисквалификације. Изузетак се може односити на све привредне субјекте, одређену категорију привредних субјеката (на пример, друштва лица) или конкретно друштво.⁹⁶

САД одступају од правила по коме забрана мора бити привременог карактера. Наиме, суд, односно Комисија за хартије од вредности имају слободу да трајно или привремено забране обављање делатности члановима управе. Трајна забрана се изриче у посебно озбиљним

91 Више види: P. F. S. Berg, *нав. чланак*, стр. 1899–1902.

92 Максимални рокови се крећу између пет и 20 година.

93 Види: H. Hirte, T. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 264.

94 У Великој Британији период дисквалификације зависи од разлога, а може бити или пет или 15 година. За неподобност директора је прописан и минималан рок од две године, док у осталим случајевима није. Види: R. Goode, *нав. дело*, стр. 479.

95 Ово правило се примењује само у оним државама у којима постоји подела надлежности између више органа (по правилу, суда и неког управног органа).

96 Слично види: J. Farrar, *нав. дело*, стр. 223.

случајевима, а уобичајено се захтева постојање ранијих кршења закона и вероватноћа да ће се такво понашање поновити.⁹⁷ За чланове управе ова санкција може имати вишеструке негативне последице, а многи од њих ће је доживети као „затвор без решетака“.⁹⁸ Због тога треба бити веома опрезан приликом њеног изрицања.⁹⁹

У Србији суд може изрећи меру безбедности забране вршења позива, делатности и дужности у оквирима рокова прописаних законом. Наиме, према Кривичном законнику ова мера не може бити краћа од годину дана, нити дужа од десет година,¹⁰⁰ при чему се рок рачуна од дана правоснажности одлуке.¹⁰¹ Владајуће је мишљење да се дужина трајања ове мере одређује у пуним годинама.¹⁰² Протеком рока од три године од дана почетка примене, суд може под одређеним условима накнадно скратити трајање ове мере.¹⁰³

У српском праву непремостив проблем је везан за дужину трајања забране избора из Закона о привредним друштвима. Наиме, према том закону, дисквалификација траје све док трају правне последице осуде.¹⁰⁴ Проблематика дужине трајања периода дисквалификације се мора одвојено посматрати за правоснажну осуду за кривична дела против привреде и службене дужности од повреде законских дужности о ограничењима плаћања. Осуда за кривична дела против привреде и службене дужности према Закону о привредним друштвима има

97 Види: Н. Fleischer, *нав. чланак*, стр. 413. О критеријумима које судови могу да користе за изрицање доживотне забране више види: Jayne W. Barnard, „Rule 10b-5 and the ‘Unfitness’ Question“, *Arizona Law Review*, бр. 47(9)/2005, стр. 9–60.

98 Наведени израз је искористио бејзбол играч Pete Rose, један од најбољих америчких бејзбол играча свих времена, након изрицања доживотне забране играња бејзбола и уласка у кућу славних због кршења правила о забрани клађења. Види: Pete Rose, Rick Hill, *My Prison Without Bars*, Rodale Books, 2004.

99 Након доношења Сарбејнс-Оклијевог закона, америчка Комисија за хартије од вредности рутински тражи трајну забрану обављања делатности за све чланове управе који су са намером прекршили законску забрану. Види: Stephen J. Crimmins, „Where are we going with SEC Officer and Director Bars?“, доступно на адреси: <http://www.bingham.com/Media.aspx?MediaID=2778>, 18.3.2010, стр. 1.

100 У теорији се критикује дужина максималног рока, што прихвата и судска пракса, јер се ова мера не изриче у сувише дугом трајању. Види: Љ. Лазаревић, *нав. дело*, стр. 273.

101 Види: КЗ, чл. 85(2).

102 Види: З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 272–273.

103 Види: КЗ, чл. 90.

104 Види: ЗОПД, чл. 45(1). Правне последице осуде нису кривичне санкције, не изриче их суд, а предвиђају их прописи други (ванкривични) прописи. Види: Љ. Лазаревић, *нав. дело*, стр. 295; Илија Симић, *Кривични законик – њрактична њримена*, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 119.

за правну последицу забрану избора на одређене функције у друштву док трају правне последице осуде. Међутим, основни проблем је у томе што Кривични законик прописује само да правне последице наступају даном правоснажности пресуде, а ако се састоје у забрани стицања одређених права њихово трајање не може бити дуже од десет година.¹⁰⁵ Законик експлицитно не одређује дужину трајања правних последица осуде.¹⁰⁶ То питање је, баш као и сама садржина забране, препуштено посебним законима.¹⁰⁷ Како Кривични законик нема опште правило о дужини трајања правних последица осуде, то је ова норма Закона о привредним друштвима неприменљива.

Поступање противно правилима о ограничењима плаћања је такође основ за дисквалификацију у нашем праву, а траје док трају правне последице осуде. Ова одредба је троструко неприменљива; прво, због непостојања посебног рока трајања правних последица осуде (исто као и код кривичних дела против привреде и службене дужности); друго, правне последице осуде се везују за осуду за кривично дело одређеног лица, а према нашим прописима, поступање противно ограничењима плаћања је санкционисано привредним преступом;¹⁰⁸ и треће, правне последице осуде не могу наступити када је учиниоцу изречена новчана казна, а за поступање противно правилима о ограничењу плаћања је као једина санкција прописана новчана казна.¹⁰⁹

IX Последице поступања противно одлуци о дисквалификацији

Дисквалификацију члана управе морају да прате строге санкције за случај поступања противно забрани. Најуређенији систем санкција које прате норме о дисквалификацији чланова управе познаје британско право, које се у овом домену може сматрати узорним.¹¹⁰ Оно разликује санкције према субјекту забране од санкција према трећим лицима.

а) *Санкције према субјекту забране.* Дисквалификовано лице које прекрши забрану је санкционисано казненоправним и имовинскоправним санкцијама. Казненоправне санкције се састоје у казни затвора

105 Види: КЗ, чл. 96 (1, 3).

106 У српској теорији кривичног права изнето је становиште по коме је рок од 10 година општи рок, који се примењује у случају да посебним законом није одређен краћи рок. Види: З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 288.

107 Види: Љ. Лазаревић, *нав. дело*, стр. 297.

108 Упореди: КЗ, чл. 94(1) са ЗОПД, чл. 450(2) у вези са чл. 450(1)(11).

109 Упореди: КЗ, чл. 94(2) са ЗОПД, чл. 450(2).

110 Види: британски CDDA, чл. 13–15.

до две године и/или новчаној казни.¹¹¹ Имовинскоправна санкција се испољава у виду солидарне одговорности дисквалификованог лица за све обавезе друштва настале у периоду кршења забране. Иако одредбе о дисквалификацији немају за циљ кажњавање чланова управе, оне имају потенцијал да у значајној мери ограниче њихову слободу.¹¹²

б) *Санкције према трећим лицима*. Трећа лица могу бити субјекти само имовинских санкција. Тако, свако лице које ради по инструкцијама дисквалификованог члана управе, а зна за постојање забране, је солидарно одговорно за све обавезе друштва настале као резултат датих инструкција.

У Србији би уговор са лицем на које се примењује институт забране избора за заступника, члана управног одбора, прокуристу или ликвидационог управника за време трајања правних последица осуде био ништав. Овде је реч о уговору који је противан принудним прописима и који је забрањен за обе уговорне стране.¹¹³

Х Дисквалификација директора у комунитарном праву

Европска комисија је септембра 2001. године формирала седмочлану Високу групу експерата компанијског права (енг. *High Level Group of Company Law Experts*, даље: Висока група експерата) са циљем да пронађе начине и формулише конкретна решења за модернизацију европског компанијског права.¹¹⁴ Висока група експерата је 2002. године поднела Извештај о модерном регулаторном оквиру за компанијско право у Европи (даље: Винтеров извештај),¹¹⁵ у коме је међу бројним темама анализирао и перспективе наднационалног уређивања института дисквалификације директора.¹¹⁶ Овај институт Висока група експерата посматра као потенцијално ефикасну алтернативу разнородним казним и имовинским санкцијама. Европској комисији је препоручено да испита у којој мери се дисквалификација може наметнути као санкција за објављивање нетачних или непотпуних финансијских и кључних нефинансијских информација, као и за непоштовање других дужности

111 Слично је и у француском праву. Види: француски СС, чл. L. 627–4.

112 Види: J. Girgis, *нав. чланак*, стр. 685.

113 Забрана за друштво се извлачи из одредбе по којој се привредно друштво кажњава за прекршај ако повреди правила о забрани избора. Види: ЗОПД, чл. 451(1)(5).

114 За председника је именован *Jaap Winter*, а за остале чланове *Jan Schans Christensen*, *José Maria Garrido Garcia*, *Klaus J. Hopt*, *Jonathan Rickford*, *Guido Rossi* и *Joëlle Simon*.

115 *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* од 4.11.2002. године.

116 Види: Винтеров извештај, стр. 69–70.

директора. При том, посебно је истакнуто да нарочиту пажњу треба обратити на уставну допуштеност оваквих санкција у неким државама чланицама.

По детаљној анализи Винтеровог извештаја, Европска комисија је 2003. године саставила допис Савету и Европском парламенту под називом „Модернизација компанијског права и унапређење корпоративног управљања у ЕУ – план за будућност“ (уобичајен скраћени назив овог документа је „Акциони план компанијског права“).¹¹⁷ Овај акт је од великог значаја, јер је у њему Европска комисија навела шта, како и када намерава да регулише у области компанијског права.¹¹⁸ За дисквалификацију директора је планирано да буде уређена новом директивом или изменама неке од постојећих директива, и то у средњем року.¹¹⁹

Постојеће европске форме друштава (Европска компанија и Европска задруга) и предложена нова форма (Европско затворено друштво) изричито помињу дисквалификацију чланова управе као један од негативних критеријума за избор, односно за даље обављање те функције.¹²⁰ Најшири домен примене у том погледу има Предлог уредбе о Европском затвореном друштву, јер се њоме лицу дисквалификованом за обављање функције директора у било којој држави чланици забрањује да буде члан органа управљања овог друштва.¹²¹ На тај начин се ефекти поступка дисквалификације спроведеног у некој држави чланици директно односе и на чланство у органима управљања Европског затвореног друштва. Такође, предложено је и правило по коме ће меродавно национално право одлучивати у погледу дисквалификације члана органа управљања Европског затвореног друштва. Регулатива Европске компаније и Европске задруге је у погледу дисквалификације истоветна, а од предложене регулативе Европског затвореног друштва се двоструко

117 *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – „Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward“*, Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final.

118 Види: Klaus J. Норт, „Модернизација компанијског права и унапређење корпоративног управљања у ЕУ“, *Право и њивреда*, бр. 9–12/2004, стр. 4.

119 Све даље планиране активности су у Акционом плану подељене у три групе: краткорочне (2003–2005), средњорочне (2006–2008) и дугорочне (од 2009). Види: Акциони план компанијског права, стр. 24–25.

120 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *Official Journal L 294/1* од 10.11.2001. године, чл. 47(2); Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Society (SCE), *Official Journal L 207/1* од 18.8.2003. године, чл. 46(2); Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company, presented by the Commission, SEC(2008) 2098, SEC(2008) 2099, Commission of the European Communities, Brussels, COM(2008) 396/3 (даље у фуснотама: Предлог SPE), чл. 30(3–4).

121 Види: Предлог SPE, стр. 8–9.

разликује: прво, изречена дисквалификација је применљива на органе управљања Европске компаније и Европске задруге само ако се у држави у којој је изречена односи на забрану обављања делатности управљања у одговарајућим органима отворених друштава капитала, и друго, није прописана могућност покретања поступка дисквалификације против члана органа управљања Европске компаније и Европске задруге. У сваком случају, без обзира на форму европског друштва, нису предвиђена материјална правила о дисквалификацији чланова органа управљања, већ се регулатива у потпуности ослања на национална решења.

Недавно је Европска комисија извршила опсежне консултације којима је између осталог желела да утврди какви су ставови националних законодавстава у погледу могућности хармонизације правила о дисквалификацији директора широм ЕУ.¹²² Већина консултованих лица је заузела негативан став у односу на усвајање јединствених комунитарних правила о дисквалификацији директора. Супротно томе, мањина је подржала идеју потенцијалне хармонизације на нивоу ЕУ, а међу заговорницима се нарочито истичу министарства, теоретичари, рачуновође и удружења рачуновођа, синдикати и асоцијације за унапређење корпоративног управљања. Према њиховом мишљењу, јединствена правила о дисквалификацији директора треба да обезбеде једнак третман директора широм ЕУ, унапређење заштите акционара и поверилаца, као и да дестимулишу *forum shopping*. Сви су се сложили да је претпоставка за хармонизацију ове области развој система размене података, што подразумева бољу сарадњу надлежних органа различитих држава чланица. У том погледу се посебно истиче објављивање информација о дисквалификованим директорима, што може бити учињено коришћењем Интернет страница националних регистара привредних субјеката. Суштина је у томе да се забрана вршења послова управљања не сведе само на границе једне државе чланице, већ да се санкционисаном лицу онемогући обављање делатности и у другим државама чланицама.¹²³

Британско право је скорашњим законодавним новинама покушало да разреши ову проблематику. Закон о дисквалификацији директора се примењује само на органе управљања друштава која су основана у Великој Британији, као и друштава над којима се у овој држави може покренути поступак ликвидације. Међутим, оваква регулатива не покрива ситуације у којима је једном лицу у другој држави забрањено да обавља послове управљања друштвима, што значи да би таква лица

122 Directorate General for Internal Market and Services, „Consultation on Future Priorities for the Action Plan on Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union: Summary Report“, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/consultation/index_en.htm, 3.1.2010.

123 *Idem.*, стр. 14–15.

могла да буду директори друштава основаних у Британији. На тај начин не би био повређен ни Закон о дисквалификацији директора, јер лице није дисквалификовано према овом закону, а најчешће тиме неће бити повређен ни закон друге државе. Имајући у виду слободу кретања лица, а нарочито у оквиру Европске заједнице, ово је била значајна правна празнина Закона о дисквалификацији директора.¹²⁴ Овај недостатак је откоњен изменама Компанијског закона из 2006. године.¹²⁵

Јединствена будућа регулатива на нивоу Европске уније пати од једног тешко отклоњивог недостатка. Наиме, земље са развијенијом праксом и већим искуством у овој области (на пример, Велика Британија, Ирска и Француска) ће дисквалификацију примењивати на начин који у овом тренутку не може бити достигнут од стране других држава. Тиме ће ефекат стандардизације бити умањен.¹²⁶

XI О оправданости увођења дисквалификације директора у српско право

Дисквалификација као институт има јасно дефинисано место и улогу у систему санкција које се могу применити против чланова управе који крше законом прописане дужности. У рудиментарном облику дисквалификација постоји и у српском праву. Међутим, та регулатива ни у ком случају не може да одговори високим захтевима који се постављају пред овај институт. Због тога је српско право у овом домену неопходно суштински реформисати.¹²⁷ У том погледу се чини прихватљивим констатација по којој је време за увођење ове санкције у Србији „у зони ‘крајњег’ и неодложног. Превише нашим просторима у зони компанијске власти лута институција неспособности и неодговорности, у приличној мери и законом и праксом заштићена и несанкционисана, која промовише интерес који не треба промовисати и не штити интерес који мора штитити – интерес јавности као општи интерес и интерес инвеститора као подгрупу тог интереса.“¹²⁸

Одговором на питање да ли треба увести институт дисквалификације нису разрешене кључне дилеме везане за његове евентуалне будуће законодавне обресе. Природно се намеће питање у којој мери

124 Види: P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 253.

125 Види: британски *Companies Act*, Part 40 (чл. 1182–1191). Више види: P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 253–254.

126 Види: E. Ferran, *нав. чланак*, стр. 430.

127 Сличан закључак важи и за немачко право. Види: H. Hirte, T. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 276.

128 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – њравни аспекти*, стр. 240.

би британски приступ, као најдетаљнији и најсофистициранији, могао бити уподобљен нашој правној традицији и култури. Потребно је успоставити баланс између онога што је реално и онога што је на папиру најпожељније. Ако се англосаксонски модел може оценити као преамбicioзан подухват у нашим условима, чињеница је да ни постојећа опрезност и законска неуређеност нису у складу са модерним тенденцијама и захтевима тржишта.¹²⁹ У том погледу не треба гајити илузије да је британски систем дисквалификације савршен. Напротив, постоје аутори који га критички посматрају, налазећи да он није остварио превентиван ефекат, едукацију и заштиту која се од њега очекивала.¹³⁰ Посебно треба имати у виду да увођење британског концепта дисквалификације може имати и низ негативних последица, међу којима се посебно истичу следећи:¹³¹ прво, утврђивање и вођење поступака дисквалификације захтева велика средства;¹³² друго, ова правила се теже примењују на чланове управе затворених друштава; и треће, негативан ефекат претерано строгих правила се може манифестовати у неспремности талентованих појединаца да улазе у пословне подухвате и преузимају ризик руковођења друштвом. Због тога, многи теоретичари у овом тренутку нису спремни да прихвате екстензивне одредбе о дисквалификацији у земљама континенталне Европе.¹³³

На основу свега до сада изложеног за будућу имплементацију института дисквалификације директора у српско право могу се дати следећих девет препорука:

- *ирейорука број 1*: дисквалификација директора треба да буде интегрални део права привредних друштава, било тако што ће се интегрисати у Закон о привредним друштвима или тако што ће бити део новог закона (на пример, Закона о дисквалификацији директора или Закона о одговорности директора);
- *ирейорука број 2*: санкција дисквалификације треба да буде примарног карактера, тј. донета у поступку коме је то примарни циљ, што не искључује и могућност њеног секундарног изрицања у неком другом поступку (на пример, у кривичном или стечајном поступку);

129 *Idem*.

130 Види: Andrew Hicks, „Director Disqualification: Can it Deliver“, *Journal of Business Law*, 2001, стр. 459.

131 Види: Н. Fleischer, *нав. чланак*, стр. 415–416.

132 У Великој Британији држава финансира спровођење истражних радњи у случају сваког корпоративног стечаја, а све у циљу иницирања могућих поступака дисквалификације. Види: J. Armour, G. Hertig, Н. Kanda, *нав. чланак*, стр. 137.

133 Види: Р. О. Mülberty, *нав. чланак*, стр. 400.

- *йрейорука број 3*: поступак дисквалификације у овом тренутку треба да буде судски поступак, што не значи да *pro futuro* он не може да прерасте у управни поступак, који би спроводила специјализована и стручна агенција;¹³⁴
- *йрейорука број 4*: поред чланова управног одбора, извршног одбора и генералног директора, субјекти забране, слично британском и француском праву, треба да буду и фактички директори и директори из сенке;¹³⁵
- *йрейорука број 5*: потребно је што прецизније одредити садржину забране, како не би било недоумица око тога шта све не сме да ради дисквалификовано лице, а упутно би било да се обухвате све руководеће позиције у друштвима (чланови управног и извршног одбора), обављање делатности које су са њима изједначене (делатност ликвидационог или стечајног управника) и други (посредни) начини учествовања у управљању друштвима;
- *йрейорука број 6*: законом треба методом енумерације одредити разлоге за дисквалификацију, при чему британска искуства у том погледу могу бити од велике помоћи;
- *йрейорука број 7*: забрана обављања делатности треба да буде привременог карактера, при чему је упутно одредити законски максималан рок који би се примењивао у најтежим ситуацијама кршења забране;
- *йрейорука број 8*: потребно је увести посебан регистар дисквалификованих лица, који би функционисао у складу са принципима јавности и доступности;
- *йрейорука број 9*: санкције за случај поступања противно забрани треба да обухвате дисквалификована лица и трећа лица, при чему оне треба да буду казног и имовинског карактера.

134 Управни поступак не мора да замени судски, већ могу конкурентно егзистирати. Законодавне промене у Великој Британији и САД то на најбољи начин демонстрирају. Штавише, у Великој Британији поступак дисквалификације који спроводи управни орган (енг. *undertaking*) је далеко чешћи од судског поступка дисквалификације. Види: S. Mayson, D. French, C. Ryan, *нав. дело*, стр. 837.

135 За сличан закључак у контексту немачког права види: H. Hirte, T. Lanzius, S. Mock, *нав. чланак*, стр. 276.

Vuk RADOVIĆ, PhD, LL.M.

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

NECESSITY OF ACCEPTING DIRECTORS' DISQUALIFICATION

Summary

The main goal of this paper is to show the advantages of introducing directors' disqualification into Serbian legal system. Disqualification is one of the available sanctions that can be imposed against directors that haven't worked in accordance with their statutory duties, and it consists of temporary or permanent exclusion of that individual from the business world. Comparative analysis shows that vast majority of states have some kind of disqualification of directors, but only few of them regulate this question thoroughly and completely.

In introductory part of this paper the author shows multiple goals that can be achieved by introducing disqualification of directors. This is a sort of prophylactic measure that serves to protect shareholders, creditors and public interests. Two possible regulatory models of directors' disqualification are introduced, and the author tries to locate this legal institute in the framework of existing branches of law (company law, bankruptcy law, securities regulation or criminal law). In central parts of this paper the focus is oriented towards basic elements of disqualification of directors such as area of application, content of the prohibition, grounds for disqualification, period of disqualification and legal consequences. It has been pointed to the problems of unification of this question on EU level. The last part of this paper contains author's recommendations in connection with desirable ways of future implementation of directors' disqualification into Serbian law.

Key words: *disqualification, director, unfitness, ineligibility for appointment.*

УДК 364.3:343.721

др **Велизар ГОЛУБОВИЋ**
Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање
Покрајински фонд Нови Сад

ЕВАЗИЈА ДОПРИНОСА И МЕРЕ ЗА ЊЕНО СПРЕЧАВАЊЕ

Резиме

У раду су разматрана основна обележја и одреднице евазије доприноса. Првенствено је анализиран облик евазије доприноса који настаје приликом исцртања зарада запосленима. Такође су анализирани мере које је држава предузела да би ублажила последица непланираних доприноса, односно да би сиречила утицај доприноса. Посебно је наглашена неопходност давања привредних мера за одлагање дугова у односу на мере за отплату дугова по основу доприноса. Такође је истакнут значај унапређења система плаћања доприноса и јачања административних капацитета организација социјалног осигурања и јореске управе, као и њиховог повезивања у јединствен информациони систем.

Кључне речи: *евазија доприноса, измирење обавеза по основу доприноса, плаћања доприноса, сива економија, организације социјалног осигурања.*

І Увод

Евазија доприноса социјалног осигурања (у даљем тексту: евазија доприноса) је већ скоро две деценије широко распрострањена појава у фискалној пракси Србије и услед тога је веома актуелна тема у стручној и политичкој јавности. Но, упркос томе, феномен евазије доприноса, за

разлику од евазије пореза, остао је у теорији и пракси у великој мери неистражен. Разлог томе су вероватно и теоријска схватања која су поистовећивала порезе и доприносе, па и њихову евазију.¹

Када се говори о евазији доприноса, важно је разликовати евазију или утају доприноса (*contribution evasion*) као незаконито понашање (које додуше није инкриминисано као утаја пореза) од избегавања доприноса (*contribution avoidance*) као легалне активности, којом се користе законске могућности за смањење обавезе плаћања доприноса.

Обим евазије доприноса није могуће егзактно одредити, јер је сама природа сиве (неформалне) економије таква да се она не може евидентирати. С обзиром да је евазија доприноса највећим делом присутна у сегменту неформалне економије, то се из истог разлога не може тачно одредити ни евазија доприноса која настаје на тај начин. Стога се ове две појаве могу само проценити са мањом или већом вероватноћом.

Једно истраживање које је обухватило 21 земљу ОЕЦД-а и 22 земље у транзицији са циљем процене величине сиве економије показало је изузетно високо просечно учешће неформалне економије у друштвеном производу у 2000/01 – 16,7% у земљама ОЕЦД-а и 29,2% у земљама у транзицији средње и источне Европе. Просечна величина радне снаге ангажоване у сивој економији (у проценту радно-активног становништва) у седам земаља ОЕЦД-а била је 15,3%, а у девет земаља у транзицији 23,3%, што указује на обим евазије доприноса.² При том су повећање оптерећења дохотка порезом и доприносима социјалног осигурања, заједно са растом нормативне (регулаторне) активности државе, оцењени главном покретачком снагом раста обима сиве економије.³

Према неким проценама учешће сиве економије у Србији достиже 39% друштвеног производа (у 2002/2003. години), што указује на велики обим ангажовања радне снаге у овој области, и самим тим велики обим неплаћених доприноса социјалног осигурања.⁴

Други, веома распрострањен облик евазије доприноса раширио се у нашој пракси током последње две деценије. Реч је о пракси (насталој

1 Дејан Поповић, „Теоријске основе разграничења између појединих облика јавних прихода“, *Правни животи*, Београд, бр. 10/2000, свеска IV, стр. 256–258.

2 Србија није обухваћена овим истраживањем. Вид.: Friedrich Schneider, *The size and development of the shadow economies of 22 transition and 21 OECD countries*, (IZA Discussion paper No. 514), Bonn, Institute for the Study of Labour, University of Bonn, 2002, стр. 7–19.

3 *Idem*, стр. 25–32.

4 Grega Strban, „Draft National strategic memorandum in the social security field for the Republic of Serbia“, Social institutions support programme, CARDS, Council of Europe, European Commission, 2007, стр. 14.

још за време СФРЈ) неплаћања доприноса за социјално осигурање за запослене код послодаваца који се налазе у економским тешкоћама. У условима продубљене економске кризе и развоја приватног сектора долази до честих појава непријављивања радника на социјално осигурање и исплате зарада (потпуне или делимичне) неизмиривањем прописаних обавеза, што доводи до све веће евазије доприноса.

У наставку рада биће разматрана основна обележја евазије доприноса, њени облици, узроци и последице. Такође ће бити анализирани мере Владе Србије предузете ради ублажавања последица неплаћених доприноса, као и мере за спречавање евазије доприноса. Посебна пажња посвећена је могућем унапређењу система наплате доприноса и јачању административних капацитета организација социјалног осигурања и пореске управе, као и њиховом повезивању у јединствен информациони систем.

У раду ће првенствено бити анализирана евазија доприноса која настаје неизмиривањем прописаних обавеза приликом исплате зарада запосленима – регистрованим осигураницима социјалног осигурања.

II Основна обележја и мерила евазије доприноса

Допринос као јавна дажбина, за разлику од пореза обезбеђује противчинидбу по принципу *do ut des*, па постоји много мањи интерес осигураника као обвезника доприноса да избегне њено плаћање. Наравно, када је послодавац обвезник доприноса, мотив за плаћање доприноса је мањи, али је још увек значајно већи него за плаћање пореза, јер утајом доприноса послодавац ускраћује укупну корист (*benefit*) запосленима. То проистиче из саме природе доприноса као јавне дажбине која даје противчинидбу (противуслугу) и представља учешће осигураника у финансирању ризика социјалног осигурања, односно основицу за обезбеђење накнада из овог осигурања.

Специфичност евазије доприноса састоји се у чињеници да захтева сагласност послодавца и запосленог, па подразумева постојање заједничког интереса. На страни радника интерес је у већој заради, док је интерес послодавца у смањењу трошкова рада. *Eo ipso*, што је већа стопа доприноса, већа је заинтересованост и радника и послодавца да избегну плаћање доприноса. Посебно је то случај са само-запосленима када су та два субјекта сједињена у једном лицу.

Постоје многе сличности и аналогije између евазије пореза и евазије доприноса. Евазија доприноса се најпре дефинише аналогно евазији пореза. Евазија (утаја) доприноса, као и евазија пореза представља незаконито смањење обавезе услед смањења основице, које се може извршити

на различите начине. Последице евазије доприноса се донекле разликују од последица евазије пореза. Обвезник доприноса евазијом остварује корист, као и евазијом пореза, с том разликом да осигураник услед тога трпи штетне последице у виду делимичног или потпуног изостанка будућих накнада из социјалног осигурања. Постоји значајна подударност између евазије доприноса и евазије пореза на доходак од рада (пореза на зараде запослених). Истовремено се врши избегавање плаћања ових дажбина, јер се плаћају на исту основицу и у истом тренутку.

Евазију доприноса која настаје неплаћањем доприноса приликом исплате зарада и других облика дохотка од рада могуће је мерити на два начина – стопом измирења обавеза по основу доприноса, и величином заосталог дуга по основу доприноса.

Мерење евазије доприноса за регистроване осигуранике социјалног осигурања у суштини представља показатељ измирења обавеза по основу доприноса (*contribution compliance*). Разлика између наплаћених доприноса и укупног износа обавеза по основу доприноса представља мањак доприноса (*contribution gap*), тј. износ дуговања за допринос.⁵ На исти начин долази се и до ефективне стопе доприноса која представља однос између стварних прихода од доприноса и израчунате укупне основице доприноса за све запослене која се добија множењем укупног броја запослених, просечне зараде и прописане стопе доприноса.⁶ Поређење ефективне стопе доприноса са прописаном стопом показује стопу измирења обавеза при чему висока вредност односа ефективне стопе доприноса и прописане стопе доприноса указује на високу стопу измирења обавеза по основу доприноса.⁷

Утврђивање величине заосталог дуга (*size of arrears*), по општем признању, представља мање користан индикатор за мерење евазије доприноса из разлога што заостали дуг у великој мери зависи од политике отписа дуга, казнених (затезних) каматних стопа, метода обрачуна, и сл.⁸

5 Waren R. McGillivray, „Contribution evasion: Implications for social security pension schemes“, *International Social Security Review*, Vol. 54(4)/2001, стр. 9–10.

6 У Србији није могуће утврдити ефективну стопу доприноса на горе наведени начин, јер се просечна зарада утврђује дељењем збира исплаћених зарада са укупним бројем запослених.

7 Tine Stanovnik, Elaine Fultz, „The Collection of pension contributions – a comparative review“, у: Elaine Fultz, Tine Stanovnik (ed.), *Collection of pension contributions: Trends, issues, and problems in central and eastern Europe*, Budapest, International Labour Office – Central and Eastern European Team, 2004.

8 Tine Stanovnik, „Contribution compliance in central and eastern European countries: Some relevant issues“, *International Social Security Review*, Vol. 57(4)/2004, стр. 55–58.

Просечна годишња стопа измирења обавеза по основу доприноса (*rate of compliance*) у Србији је ниска и износи око 80% за категорију осигураника запослених. Евазија доприноса је присутна у енормном обиму међу пољопривредницима, где чак 85% осигураника избегава обавезу плаћања доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, што говори о незаинтересованости пољопривредника за овај облик осигурања.⁹ Повољну околност за наплату доприноса представља чињеница да је Републички завод за здравствено осигурање у одређеној мери условио остваривање права на здравствену заштиту пружањем доказа о плаћеним доприносима за здравствено осигурање.¹⁰ Додатни проблем је што принудна наплата доприноса готово да и не постоји, јер пореска управа као надлежни орган само спорадично врши контролу наплате доприноса.¹¹

Ако се у погледу стопе измирења обавеза по основу доприноса изврши поређење са другим земљама добија се потпунија слика. Тако је ситуација у најразвијенијим земљама много повољнија – у Јапану је стопа добровољне уплате доприноса 98,6%, док је у САД стопа принудне наплате процењена у 1997. години на 10,3%, при чему за запослене износи 4,2%, а за само-запослене чак – 58,7%. Међутим у неким земљама у транзицији ситуација је у претходној деценији била још неповољнија него у Србији – нпр. у Русији је удео неплаћених доприноса повећан са 26% у 1997. години на 53% у 1998. години.¹² Стопа измирења обавеза по основу доприноса у Хрватској је нешто боља него у Србији – 82% за запослене, 73% за само-запослене и 40% за пољопривреднике.¹³

9 Интерни подаци Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање за 2007. годину. Подаци за запослене су процењени на основу предатих извештаја послодаваца о плаћеним доприносима. Претпоставља се да је веома мали број послодаваца који је платио доприносе, а да при том није поднео извештај Фонду.

10 Неповољна страна оваквог вида контроле наплате доприноса, у условима непостојања јединствене базе података, јесте у томе што се докази о плаћеним доприносима прибављају од Пореске управе што захтева велико губљење времена за обвезнике доприноса (или за саме осигуранике) и ствара огромне гужве на шалтерима обе институције.

11 Најзначајнији облик принудне наплате спроводи се у извршном поступку правоснажних судских пресуда донетих по тужбама запослених против послодаваца због неисплаћених зарада или због неплаћених доприноса за пензијско и инвалидско осигурање. Својеврстан облик принудне наплате доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за категорије осигураника самосталних делатности и пољопривредника (који су сами обвезници доприноса) спроводи Фонд за пензијско и инвалидско осигурање приликом утврђивања права на пензију, при чему врши умањење пензије за износ неплаћених доприноса.

12 W. R. McGilivray, *нав. чланак*, стр. 10.

13 Предраг Бејаковић, „Обиљежја и одреднице евазије мировинских доприноса“, *Мировинско осигурање*, бр. 9/2005, стр. 47.

Посебан облик евазије доприноса (као и пореза) постоји приликом готовинских исплата зарада или исплата дела зарада у натури кроз додатне накнаде запосленима (*fringe benefit*).¹⁴ Највећи део ових накнада (коришћење службеног стана, употреба службеног возила, бонова за гориво, обезбеђеног одмора) у Србији сада је опорезован, али допринос се само делимично плаћа. Такође, почев од средине 2003. године, све врсте уговорених накнада по основу обављања ауторског рада, привремених и повремених послова и других послова по уговору обухваћени су доприносом за пензијско и инвалидско осигурање, али не и другим доприносима.¹⁵

III Главни разлози евазије доприноса

Евазија доприноса је, као што је напред речено, у највећој мери проузрокована постојањем сиве економије тј. обављањем нелегалне делатности. Велики проблем Србије представља драстичан пад нивоа економске активности и запослености у условима распада јединствене државе, економских санкција Савета безбедности ОУН, одвијања ратних сукоба у окружењу, ваздушне агресије НАТО пакта и спровођења економских, политичких и социјалних промена у периоду транзиције на отворену тржишну привреду и вишестраначки политички систем. Сасвим је разумљиво да је држава у таквим условима била толерантна према нарастању сиве економије, јер је ангажовање људи у овим активностима значило извор егзистенције за многе раднике и њихове породице. Уједно је то био један од начина очувања социјалног мира. Уосталом, висок степен толеранције сиве економије, како је то напред наведено, карактеристичан је за све земље у транзицији.

Евазију доприноса, као и евазију пореза углавном изазивају исти чиниоци – висок ниво утврђених обавеза, мала вероватноћа да буду откривени учиниоци утаје, ниске запрећене казне за утају, као и лоша организованост и неефикасност пореске администрације. Специфичност евазије доприноса огледа се у чињеници да евазију доприноса посебно подстичу неке карактеристике система социјалног осигурања или укупног привредног система. Тако неправедан и нестимулативан пензијски систем, у коме постоји недовољна повезаност између доприноса и накнада које пензијско осигурање обезбеђује у највећој мери, подстиче евазију доприноса. Уколико разлог лежи у нестимулативном пензијском

14 Сања Маџаревећ-Шустер, „Процена пореске евазије у Хрватској“, *Финансијска теорија и пракса*, бр. 26(1)/2002, стр. 121.

15 Члан 12 ст. 1 т. 3 Закона о пензијском и инвалидском осигурању (*Сл. гласник РС*, бр. 34/2003... 5/2009).

систему, њега је могуће отклонити законодавним интервенцијама, уколико такве измене не доносе веће проблеме од оних које решавају. Тако гарантована пензија може створити подстицај код осигураника, који је испунио услове за ово право, да избегне даље плаћање доприноса. Међутим, укидање овог права оставило би без заштите оне чији доходак је низак.

Висок дефицит пензијског система изазива неповерење, а овај недостатак је тешко отклонити. Недостатак поверења у пензијски систем у великој мери изазивају и негативне друштвене појаве као што су инфлација и корупција.

Када је реч о пензијском систему Србије мора се истаћи висок степен присуства принципа индивидуалне правде, који је наглашен и чињеницом да обрачун пензије узима у обзир сва остварена примања на која је плаћен допринос до навршених 45 година стажа осигурања. При том је прописана стопа замене – однос између просечне зараде и просечне старосне пензије – изузетно висока и износи око 78%.¹⁶ Стимулативност се огледа и у могућности да се користи пензија и за време запослења, односно само-запослења. Такође, принцип индивидуалне правде је доминантан и у правима на накнаду зараде и новчану накнаду, које се остварују по основу здравственог осигурања и осигурања од незапослености.

Евазију доприноса такође подстичу низак ниво зарада (нарочито код младих људи), скраћење радног времена и превремено пензионисање. Најчешћи случајеви евазије доприноса срећу се код привремених и повремених (нередовних) послова, код послова са непуним радним временом, као и послова који се обављају по уговору о делу. Најчешће нелегални рад прихватају само-запослени и млади радници са ниским зарадама, као и домаћице. Тако млади радници који имају привремене финансијске тешкоће да би обезбедили своју породицу, морају да претпоставе тренутне потребе будућој пензији.

Евазију доприноса лако прихватају пензионери, нарочито они млађе старосне доби који су остварили превремену или инвалидску пензију. Такође су заинтересовани за нелегални рад и они радници који су испунили минимални услов за пензију, па чекају да наврше потребну старост да би остварили пензију.

Захваљујући изузетно ефикасној контроли уплате јавних прихода од стране Службе друштвеног књиговодства, (касније Службе платног промета), преко које се одвијао платни промет и код које су се нала-

16 Просечна стопа замене у Србији већа је од просечне стопе замене у земљама ОЕЦД-а. Вид.: Велизар Голубовић, *Реформе пензијских система у државама сукцесорима СФРЈ*, Будућност, Нови Сад, 2009, стр. 50.

зили текући рачуни свих учесника платног промета, евазија доприноса приликом исплате зараде, била је могућа само ако се исплата зарада обављала изван канала платног промета. Преласком платног промета у банке (од 2003. године) престала је и претходна контрола што омогућава несметану исплату зарада без плаћања јавних дажбина.

Осим смањења броја запослених, једна од последица транзиције јесте и промена структуре запослених, тј. повећање броја само-запослених. Слично земљама Латинске Америке и Јужне Европе (Португалија и Италија), број само-запослених (укључујући и пољопривреднике) у Србији достигао је скоро једну четвртину укупног броја запослених.¹⁷ Са становишта плаћања доприноса, проблем представља то што је највећи број осигураника из реда само-запослених изабрао најнижу основицу за плаћање доприноса.¹⁸ Истовремено, знатан део радника ангажован је у породичним радњама и предузећима, где најчешће само један члан домаћинства има социјално осигурање. На тај начин се и у легалном привређивању налази зона нелегалног рада и евазије доприноса.

Такође, високе стопе доприноса представљају снажан подстицај за евазију доприноса. Њихов збир у Србији износи 35,8% што се може сврстати међу стопе умерене висине. Посматрано у окружењу веће стопе доприноса имају Хрватска (37,2%), Словачка (37,6%), Словенија (38,2%), Италија (40,86%), Аустрија (42,2%), Албанија (42,3%), Мађарска (49%), Пољска (42,07%), Чешка (47,5%), Румунија (53,25%), а мање Молдавија (29%), Бугарска (32,9%) и Грчка (33,65%).¹⁹

С друге стране, још је теже решити разлоге евазије доприноса изазване ниским нивоом зарада. Напред наведено истраживање показује да је обим нелегалне економије значајно мањи у развијеним земљама ОЕЦД-а него у земљама средње и југо-источне Европе – на основу чега се може закључити да је у земљама са вишим нивоом дохотка мања евазија доприноса. Стога се може рећи и да је подстицање економских активности сигуран начин борбе против избегавања плаћања доприноса.

Широко распрострањена евазија доприноса представља, како је то напред наведено, заједничку одлику свих земаља у транзицији. Економ-

17 Број само-запослених у односу на укупан број осигураника у земљама Латинске Америке креће се од 27% у Мексику до 55% у Боливији, у Португалији је 25%, у Италији 23%, док је у Немачкој, Шведској и В. Британији око 10%. Нав. према: Milko Matijascic, Stephen J. Kay, „Social security at the crossroads: Toward effective pension reform in Latin America“, *International Social Security Review*, Vol. 59(1)/2006, стр. 15.

18 Т. Становник наводи пример Словеније, где је чак 80% свих само-запослених (изузимајући пољопривреднике) осигурано на најнижу основицу за плаћање доприноса. Т. Stanovnik, *нав. чланак*, стр. 59.

19 Подаци се односе на 2007. годину, и наведени су према: Social Security Administration, *Social Security Programs Throughout the World: Europe*, Washington, 2008, стр. 23–24.

ске тешкоће кроз које су пролазиле или још пролазе ове земље донеле су нередовност исплате пензија, а тиме и неповерење у јавни пензијски систем.²⁰

IV Последице евазије доприноса и мере за њихово ублажавање

Сива економија не само да лишавала државу пореских прихода, већ лишавала остваривања права из социјалног осигурања (права на здравствено осигурање, пензијско и инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености) све оне који су ангажовани у тим активностима. Уједно, нелегални рад наноси штету функционисању система социјалног осигурања због изостанка прихода, тако да терет финансирања овог осигурања пада на леђа све мањег броја осигураника.

Висок ниво евазије доприноса указује на низак степен поверења у систем социјалног осигурања и одражава квалитет управљања овим системом и неефикасност администрације. С друге стране, дестабилизација система социјалног осигурања смањује поверење у овај систем и доводи до повећаног избегавања доприноса. Држава као гарант функционисања овог система мора да повећава порезе или мора да се задужује да би обезбедила његово функционисање. Ова спирала се временом може претворити у зачарани круг из кога је тешко наћи излаз.

Социјално осигурање може функционисати само уз подршку његових учесника. Ширење круга осигураника на оне категорије радника који нису заинтересовани да буду учесници социјалног осигурања може довести до незадовољства ових учесника и до избегавања плаћања доприноса. Ово се односи на неке категорије само-запослених, пре свега на пољопривреднике у погледу пензијског осигурања. Занимљиво је да измене у броју обавезно осигураних чланова пољопривредног домаћинства, уведене Законом о пензијском и инвалидском осигурању из 2003. године, по коме је само један члан пољопривредног домаћинства обавезно осигуран, нису довеле до побољшања наплате доприноса.

Кратковидо понашање запослених у сивој економији, које претпоставља тренутну потрошњу будућим потребама, доводи до интервенције државе која подешава ниво накнада из социјалног осигурања да би обезбедила такве осигуранике, понекад и на терет оних савесних. Обезбеђење минималне пензије ради заштите минимума социјалне сигурности подстиче морални хазард и евазију доприноса, код једног броја осигураника

20 Опширније видети: Предраг Бејаковић, „Евазија доприноса за мировинско осигурање“, *Финансијска теорија и пракса*, 26(1)/2002, стр. 327.

који одустају од даље уплате доприноса у циљу коришћења ове минималне пензије.

У циљу ублажавања последица евазије доприноса донет је Закон о уплати доприноса за пензијско осигурање за поједине категорије осигураника – запослених којим је омогућено да држава уплати допринос уместо послодавца (на износ најниже основице) и тиме обезбеди осигураницима стаж осигурања.²¹ Овај Закон је дао могућност подношења захтева свим осигураницима – запосленима којима послодавац није уплатио допринос у периоду од 1991. до 2003. године. Тако је из буџета плаћен допринос за пензијско осигурање за 264.000 осигураника, чиме је покривено укупно 650.000 година стажа осигурања навршеног у периоду 1991–2003.²² При том треба имати у виду чињеницу да један број осигураника са натпросечним зарадама, услед ниске основице доприноса (износ гарантоване зараде), није затражио уплату доприноса да тиме не би умањио просек својих зарада на основу којих се одређује висина пензије.

Како се процес неплаћања доприноса наставио, синдикати захтевају од државе да се на исти начин обезбеди плаћање доприноса и у наредном периоду. С обзиром да држава није обезбедила извршење својих закона, она је објективно одговорна за фискалну недисциплину, па је донела закључак којим се обавезује да уплати доприносе за пензијско осигурање за запослене код привредних субјеката који се налазе у државној или друштвеној својини, или су били у друштвеној својини пре спровођења поступка приватизације.²³ Ови послодавци би добили одлагање плаћања доприноса на четири године уз камату од 8,5% на годишњем нивоу (са грејс периодом од једне године). Овај пут Влада је предвидела и мере обезбеђења у виду меница и хипотека на непокретној имовини дужника.²⁴

21 Овај Закон – у јавности назван Законом о повезивању стажа – објављен је у *Сл. гласнику РС*, бр. 85/2005.

22 Доприноси су обрачунати на најнижу основицу, тако да је јавном пензијском фонду уплаћено око 20 милијарди динара. Овај износ доприноса, сходно одредбама Закона, требало је да буде наплаћен од послодавца, али је влада одустала од принудне наплате. На тај начин је предвиђено одлагање дуга претворено у његов отпис, што без обзира на добру намеру, представља неправедну и дестимулативну меру фискалне политике, која наставља дугогодишњу праксу награђивања неуспешних привредних субјеката (губиташа) и оних који крше закон.

23 Држава је одговорна и за спорост у спровођењу стечајног поступка која је проузроковала значајан део неплаћених доприноса, иако у тим случајевима најчешће нема извршених исплата зарада.

24 Закључак Владе 05 бр. 43-6265/2009-001 од 2. октобра 2009. године којим је прихваћена Информација о потреби и начину регулисања неуплаћених доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине привредне субјекте, за период од

Једна од мера за ублажавање евазије доприноса, насталог у домену сиве економије, јесте могућност добровољног и безусловног приступа обавезном пензијско-инвалидском осигурању установљена Законом о пензијском и инвалидском осигурању из 2003. године.²⁵ На тај начин сваки појединац може обезбедити себи потребан период осигурања како би остварио право на пензију.²⁶ Проблем је међутим у томе што могућност безусловног приступа обавезном осигурању уједно и подстиче рад на „црно“.

V Мере за спречавање евазије доприноса

Висок степен евазије доприноса повећао је значај овог проблема у тој мери да је он постао прворазредно политичко питање. Једном створене навике тешко се мењају и држава упркос бројним контролама тешко успева да легализује неформалне привредне активности. Успех на овом плану све више представља основно мерило успеха сваке владе, што говори о високој свести у друштву о потреби легализације сиве економије.

Србија је слично неким државама у окружењу (Хрватска и ентитети БиХ) у циљу спречавања евазије доприноса прописала обавезу послодавца да уплати доприносе за социјално осигурање за запослене сваког месеца (на најнижу основицу), и када нису исплатили зараду.²⁷ Међутим, у условима отежаног пословања, ниске ликвидности и непостојања чврсте фискалне дисциплине, ова прагматична мера остала је мртво слово на папиру.

Ако је евазија доприноса широко распрострањена и ако је држава толерише, онда обавезно социјално осигурање у стварности постаје добровољно осигурање. Заоштравање казнене политике, при чему би се утаја доприноса третирао као и утаја пореза, такође би у условима функционисања правне државе могло довести до ефикасније наплате

1. јануара 2004. године до 30. јуна 2009. године. Претходно се Влада обавезала на уплату доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за субјекте приватизације у стечају: Закључак Владе 05 бр. 43-1343/2007-7 од 20. новембра 2008. године.

25 Члан 15 Закона о пензијском и инвалидском осигурању из 2003. године. Ранији прописи су условљавали могућност укључивања у пензијско-инвалидско осигурање у погледу постојања претходног осигурања, преклузивног рока за подношење захтева за приступање осигурању, ограничењу трајања осигурања, радног и породичног статуса и сл.

26 Према подацима Републиког фонда за пензијско и инвалидско осигурање могућност добровољног приступа обавезном осигурању тренутно користи око 30.000 осигураника.

27 Члан 51 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање.

доприноса. Међутим, с обзиром на природу доприноса као јавне дажбине која обезбеђује противуслугу, поставља се питање сврсисходности изједначавања санкције за утају пореза и доприноса. Нагласак би требало да буде на већем обиму контроле наплате доприноса и спровођењу принудне наплате.

Евазија доприноса могућа је у већој мери ако је организације социјалног осигурања не спречавају, или ако немају овлашћења или средства да јој се супротставе. Уколико поседују оваква овлашћења, организације социјалног осигурања могу уобличити административне процедуре извештавања о плаћеним доприносима, које им омогућавају да поједноставе и убрзају, односно, правовремено обаве поступак контроле наплате доприноса. У Србији је, као и у свим државама – сукцесорима бивше Југославије, обједињена наплата свих доприноса социјалног осигурања са порезом на доходак у оквиру пореског органа. Међутим, контрола плаћених доприноса је у периоду 1995–2002. године била поверена организацијама социјалног осигурања које су тај посао обављале у много већем обиму него што то сада ради Пореска управа. Стога би у поступак контроле порески органи морали посредно или непосредно укључити организације социјалног осигурања.

Такође, организације социјалног осигурања могу да покрену прекршајни поступак против послодаваца који не испуњавају своје обавезе. Висина запрећених казни и ефикасност казненог поступка у таквим ситуацијама могу бити озбиљна претња и значајан подстицај послодавцима да избегну евазију доприноса. Такође, може бити корисно покретање медијских кампања са циљем подстицања плаћања доприноса.

Питање ефикасније администрације, подразумева постојање добро устројених и опремљених пореских органа и организација социјалног осигурања са потпуним евиденцијама о плаћеним доприносима. Добра сарадња међу овим институцијама подразумева, поред добре међусобне размене података, и постојање јединственог информационог система. У том циљу се, са великим закашњењем, припрема формирање јединственог регистра обвезника доприноса, осигураника и плаћених доприноса који би користили сви заинтересовани субјекти.

За разлику од пореза, доприносе не карактеришу кредити, олакшице, ослобађања и одлагања плаћања. Међутим, у пракси Србије, у циљу стимулсања запошљавања држава је ослободила послодавце обавезе плаћања доприноса за социјално осигурање који се плаћају на основицу, уколико запосле млађе од 30 година, било на неодређено време, било као приправнике у трајању од две, односно три године. Сличне повластице постоје и за послодавце који запосле старије од 50 година и

лица са инвалидитетом, док за оне млађе од 45 година повластица износи 80%.²⁸

Држава је ослободила обавезе плаћања доприноса запослене на премије уплаћене за добровољно осигурање до износа од 3.000 динара. Такође је ослободила и послодавца на износ пензијског доприноса до 3.000 динара уплаћеног добровољном пензијском фонду за запослене чланове овог фонда.²⁹ Ослобађање износа премије за добровољно осигурање од пореза представља у суштини одлагање пореза, јер ће порезом бити захваћен износ пензије остварен по основу добровољног осигурања. Међутим, ослобађање од обавезе плаћања доприноса може значити само фаворизовање добровољног у односу на обавезно пензијско осигурање, што свакако нема оправдање.

Држава је такође у циљу подстицања уредног плаћања доприноса донела Закон о отпису камате на доспеле обавезе по основу одређених пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање, којим је предвиђен отпис камате за неплаћене доприносе у ранијем периоду уколико је до краја 2008. године извршена уплата доспелих обавеза (главног дуга).³⁰ Још веће повољности омогућила је држава за неплаћене доприносе за обавезно здравствено осигурање у виду отписа доспелог а неплаћеног дуга (укључујући и камате) који је настао до краја 2008. године, оним обвезницима доприноса који у периоду 2009-2011. буду уредно измиривали текуће обавезе.³¹ У погледу отписа дуга мора се истаћи да овакав начин представља јединствен начин дотација приватног сектора без критеријума и мерила. Једноставно, награђена је нечија неодговорност или тржишни неуспех, што је неприхватљиво за сваку тржишну привреду, јер се тиме нарушава конкуренција и једнаки услови пословања за све учеснике.

Као позитивну меру на спречавању евазије доприноса треба истаћи условљавање приступа подстицајним средствима за пољопривредну производњу достављањем потврде о плаћеним доприносима пензијског и инвалидског осигурања.³² Заједнички резултат ове мере, као и За-

28 Држава уплаћује организацијама социјалног осигурања износе доприноса уместо послодавца. Чл. 45, 45а и 45б Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање.

29 Члан 13 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање.

30 Уколико је уплата главног дуга извршена у првој половини 2009. године, отписане су камате у износу од 70%, односно 50%. Закон о отпису камате на доспеле обавезе по основу одређених пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање (Сл. гласник РС, бр. 102/2008).

31 Закон о мировању и отпису дуга по основу доприноса за обавезно здравствено осигурање (Сл. гласник РС, бр. 102/2008 и 31/2009).

32 У 2009. години Влада је донела више уредби за подстицај пољопривредне производње, нпр. Уредбу о коришћењу средстава за подршку развоју села кроз подршку

кона о отпису камате представља побољшање наплате доприноса од пољопривредника у првој половини 2009. године за 165% у односу на исти период претходне године.³³ Стога би овакву врсту подстицаја условљених уредним плаћањем доприноса требало применити на свим конкурсима за средства из јавних фондова.

Бројне су мере које се предлажу у борби против сиве економије које истовремено доприносе и спречавању евазије доприноса. Тако Дени Питерс (*Danny Pieters*) и Пол Шукенс (*Paul Schoukens*) предлажу чак 70 мера у борби против сиве економије. Најпре, мере на плану јачања поверења у систем социјалне сигурности што захтева јачање административних капацитета организација социјалног осигурања, пореских органа, обезбеђење бољег протока информација међу њима, затим организовање едукативних и медијских кампања усмерених на подизање опште свести о значају социјалне сигурности и потпуније информисање. На плану јачања контроле рада на црно предлаже се чак и укључивање институција које имају највеће поверење становништва, као што су цркве и синдикати, или удружења послодаваца. Део подстицајних мера односи се на давање погодности делатностима које традиционално ангажују рад на црно, подстицање јавних радова и напуштање илегалног карактера неких делатности, док се за одређене групе предвиђа толеранција уз обезбеђење неког облика социјалне заштите.³⁴

За Србију је веома занимљиво искуство Словеније, која је онемогућила правна лица да постану дужници организација социјалног осигурања, на тај начин, што је обавезала агенцију одговорну за све финансијске трансакције правних лица да спречи исплату зарада, ако доприноси за социјално осигурање нису плаћени.³⁵

VI Закључак

Евазија доприноса представља изузетно велики проблем за систем социјалног осигурања, јер терет финансирања пада на леђа све мањег броја осигураника. Широко распрострањена сива економија главни је узрок ове појаве. Евазија доприноса лишава организације социјалног осигурања прихода, а осигуранике остваривања права из социјалног осигурања.

инвестицијама у пољопривреди у 2009. години (*Сл. гласник РС*, бр. 14/2009).

33 Извештај о финансијском пословању Републичког фонда за ПИО за период 1.1. – 30.6.2009. године.

34 Danny Pieters, Paul Schoukens, Regional strategic memorandum on social security, „Social institutions support programme“, CARDS, Council of Europe, European Commission, 2007, стр. 3–6.

35 Т. Stanovnik, *нав. чланак*, стр. 58.

Кључни разлози евазије доприноса у Србији, поред сиве економије, везани су за ниске зараде, финансијску недисциплину, недовољну контролу и принудну наплату доприноса. Неповерење у владу и рад државних органа, уз инфлацију и корупцију, такође представља важан узрок ове појаве.

Мере које је држава предузела на плану ублажавања последица евазије доприноса, кроз уплату доприноса из општих прихода, изнуђене су политичким потребама решавања синдикалних захтева предузетих у циљу решавања егзистенцијалних питања запослених (не и других категорија осигураника). Без обзира на извесну оправданост синдикалних захтева (иако захтеви нису упућени на праву адресу) и одговорност државе за фискалну недисциплину, примењене мере имају палијативни карактер и не спречавају наставак евазије доприноса. Као последица такве политике, једном примењене мере морају периодично да се обнављају и тако у недоглед, што најбоље говори о квалитету предузетих мера. Порез на зараде и доприноси за здравствено осигурање и осигурање од незапослености су на овај начин фактички отписани. Осим тога уплата доприноса за пензијско и инвалидско осигурање из буџетских средстава дубоко је неправедна, јер не само да су награђени они који су кршили закон, већ су они који су га поштовали морали да плате два пута – једном за себе, а други пут за оне који нису извршили своје обавезе. Такве мере делују дестимулативно на обвезнике доприноса да уредно извршавају своје обавезе.

У погледу мера за спречавање евазије доприноса треба рећи да мерама за одлагање дуга треба дати првенство у односу на мере за отпис дуга по основу доприноса, при чему је неопходно утврдити објективна мерила за њихову примену. Условљавање приступа подстицајним средствима за пољопривредну производњу плаћеним доприносима за пензијско и инвалидско осигурање, као и ослобађање обавезе плаћања доприноса за запослене млађе од 30 година и старије од 45, односно 50 година, представљају пример позитивних мера на спречавање евазије доприноса.

Унапређење система наплате и евидентирања доприноса, јачањем административног капацитета организација социјалног осигурања представља једну од значајних мера за спречавање евазије доприноса. У циљу ефикасније контроле плаћених доприноса порески органи би морали посредно или непосредно укључити организације социјалног осигурања.

Слично пореској евазији нестабилно окружење и негативне друштвене и економске појаве (корупција и инфлација) погодују приступању евазији доприноса, док је повратак легалном поступању спор и условљен

постојањем многих погодности. Смањење дефицита пензијског система, сасвим сигурно, допринело би јачању поверења у овај систем.

На основу чињенице да је у развијенијим земљама мањи обим сиве економије може се закључити да је у земљама са вишим нивоом дохотка мања евазија доприноса. Стога се може рећи и да је подстицање економских активности сигуран начин борбе против избегавања плаћања доприноса.

Литература

- Предраг Бејаковић, „Евазија доприноса за мировинско осигурање“, *Финансијска теорија и пракса*, бр. 26(1)/2002, стр. 317–349.
- Предраг Бејаковић, „Обилежја и одреднице евазије мировинских доприноса“, *Мировинско осигурање*, бр. 9/2005, стр. 35–54.
- Tine Stanovnik, Elaine Fultz, „The Collection of pension contributions – A Comparative review“, у: Elaine Fultz, Tine Stanovnik (ed.), *Collection of pension contributions: Trends, issues, and problems in central and eastern Europe*, Budapest, International Labour Office – Central and Eastern European Team, 2004, стр. 21–57.
- Elaine Fultz, Tine Stanovnik (ed.), *Collection of pension contributions: Trends, issues, and problems in central and eastern Europe*, Budapest, International Labour Office – Central and Eastern European Team, 2004.
- Велизар Голубовић, *Реформе пензијских система у државама сукцесорима СФРЈ*, Будућност, Нови Сад, 2009.
- Waren R. McGillivray, „Contribution evasion: Implications for social security pension schemes“, *International Social Security Review*, Vol. 54(4)/2001, стр. 3–22.
- Сања Мацаревић-Шустер, „Процјена пореске евазије у Хрватској“, *Финансијска теорија и пракса*, бр. 26(1)/2002, стр. 117–144.
- Milko Matijasic, Stephen J. Kay, „Social security at the crossroads: Toward effective pension reform in Latin America“, *International Social Security Review*, Vol. 59(1)/2006, стр. 3–26.
- Danny Pieters, Paul Schoukens, Regional strategic memorandum on social security, „Social institutions support programme“, CARDS, Council of Europe, European Commission, 2007.
- Дејан Поповић, „Теоријске основе разграничења између појединих облика јавних прихода“, *Правни живот*, Београд, бр. 10/2000, свеска IV, стр. 249–266.
- Social Security Administration, International Social Security Association, *Social Security Programs Throughout the World*, Washington, 2008.

Friedrich Schneider, *The size and development of the shadow economies of 22 transition and 21 OECD countries*, IZA Discussion paper No. 514, Bonn, Institute for the Study of Labour, University of Bonn, 2002.

Tine Stanovnik, „Contribution compliance in central and eastern European countries: Some relevant issues“, *International Social Security Review*, Vol. 57(4)/2004, стр. 51-65.

Grega Strban, Draft National strategic memorandum in the social security field for the Republic of Serbia, „Social institutions support programme“, CARDS, Council of Europe, European Commission, 2007.

Velizar GOLUBOVIĆ, PhD
Pension Fund of the Republic of Serbia
Department of Novi Sad

CONTRIBUTION EVASION AND MEASURES FOR ITS AVERTING

Summary

This paper has considered basic characteristics and determinants of the contribution evasion. The form of contribution evasion, which emerges by payment of wages to the employees, was analyzed primarily. The implementation of the government measures to mitigate implications of unpaid contributions as well as the measures for averting contribution evasion was analyzed also. The necessity of giving priority to the measures for long delay was particularly emphasized in relation to the measures for writing off the debt. The importance of improvement of the contribution collection and strengthening of the administrative capacity of the social insurance organizations and tax authorities is also highlighted, as well as connecting these institutions in the unified information system.

Key words: *contribution evasion, contribution compliance, contribution collection, grey market, social insurance organizations.*

др Слободан НЕНАДОВИЋ
Висока пословна школа струковних студија, Ваљево

ДОКУМЕНТАРНИ АКРЕДИТИВ У ЕЛЕКТРОНСКОЈ ЕРИ

Резиме

Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве донета од стране Међународне привредне коморе користе се већ више од 60 година. Мада су Правила широко прихваћена у међународном пословном промету појавила се потреба њиховој прилагоджавања коришћењу најредних технологија. Еволуција од најранијој електронском акредитиву захтевала је од МТК одређену активност у том смислу. Тако је у оквирима МТК односно њене банкарске комисије образована радна група састављена од стручњака из разних области са задатком да изради одговарајућа правила која би омогућила и уредила коришћење документарног акредитива у електронској ери. Резултати њиховог рада је Додатак Једнообразним правилима и обичајима за документарне акредитиве за електронску презентацију. Овај Додатак није ревизија Једнообразних правила, он се користи уз ова Правила и омогућава презентацију документарног акредитива у електронској форми. Прва верзија Додатака ступила је на снагу 2002. године, а примењивала се уз ревизију Једнообразних правила из 1993. године (МТК 500). Друга верзија Додатака ступила је на снагу 2007. године и она се примењује као додатак ревизији Једнообразних правила из 2006. године (МТК 600).

Кључне речи: *документарни акредитив, додатак, електронски запис, електронски попис, презентација.*

I Увод

Документарни акредитив је у међународном платном и робном промету најчешће коришћени инструмент слободних девизних плаћања. Мада његова употреба није линеарна у свим привредама и свим крајевима света, што посебно зависи од степена развоја банкарског сектора као и стабилности глобалне економије, неке процене говоре да се чак између 40% и 50% укупних слободних девизних плаћања врши уз коришћење документарног акредитива. Несумњиво је да је овако широка употреба документарног акредитива пре свега последица његовог својства да на најбољи начин штите интересе обе уговорне стране из основног уговора, по правилу уговора о међународној продаји. Али не само то: осим као средство плаћања документарни акредитив се користи и као средство обезбеђења плаћања, средство размене новца и кредитирања.

Крајем 19. века, када поступно улази у ширу употребу, документарни акредитив је редовно издаван путем телеграфа, а након Другог светског рата телеграм је заменио телекс. Неслућен развој електронског пословања у последњих неколико десетина година наметнуо је, међутим, као важно питање каква је будућност овог производа 19. века у 21. веку.¹ Другим речима, може ли се у техничком смислу документарни акредитив уподобити савременом развоју информационе технологије и с тим у вези квалитативно другачијим потребама међународног пословног света и праксе. Додуше, већ у последњој декади прошлога века многе банке су већ развиле компјутерске везе са својим главним клијентима омогућавајући им на тај начин да издавање акредитива иницирају на својим сопственим рачунарима и даље поступају с тим захтевом кроз банку издаваоца, а кроз подлогу на њеном S.W.I.F.T. терминалу.² Примарни проблем међутим никада и није био техничка оспособљеност банака и њених клијената да одговоре изазовима напредних технологија. Он је постављен пре свега као проблем правне регулативе која би „одговорила“ употреби оваквих и евентуално електронских технологија новијих генерација у коришћењу документарног акредитива.

Правила о акредитиву настала су у оквирима аутономног трговинског права, а тежња за њиховом уједначеном применом у међународном пословном промету, диктирана управо захтевима и интересима при-

1 J. G. Barnes, J. E. Byrne, „E-Commerce and Letter of Credit Law and Practice“, *The International Lawyer*, Vol. 35, No 1. Spring 2001, стр. 2.

2 *The Society for World Wide Inter Bank Financial Telecommunications (S.W.I.F.T.)* је међународно приватно друштво са седиштем у Белгији које чини више од 2.500 банака. Основна делатност је услуга преноса финансијских порука електронским путем.

вредника, довела је релативно брзо до стварања Једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве (UCP).³ Једнообразна правила, усвојена још 1933. године у оквиру Међународне трговинске коморе (МТК) на конгресу у Бечу, по природи су трансационална, а као међународне трговачке узансе су уговорног карактера.⁴ У складу са потребама све сложенијих међународних пословних односа UCP су ревидирана у више наврата.⁵

Потреба увођења документарног акредитива у електронску еру условила је посебну активност МТК која је 2002. године резултирала израдом Додатака Једнообразним правилима и обичајима за документарне акредитиве за електронску презентацију (eUCP).⁶ Састављачи eUCP су се определили да не доносе посебну кодификацију правила за презентацију документарног акредитива у електронској форми, већ да постојећа правила уподобе специфичностима електронског пословања. Као основа у том смислу послужила је ревизија UCP из 1993. године, позната и као ревизија UCP 500,⁷ обзиром да је претежан део документарних акредитива у међународној трговини подвргнут управо правилима из наведене ревизије. Међутим, након ревизије UCP из 2006. године, познате и као ревизија UCP 600, усвојена је и нова верзија eUCP као њена допуна.⁸ О садржини и правилима презентације документарног акредитива у електронској форми сходно новој верзији eUCP биће речи у овом раду.

II Садржај и поље примене eUCP

Нова верзија eUCP, баш као и она претходна, садржи укупно 12 чланова, а сваки члан носи ознаку „e“ испред броја члана. Према члану e1. eUCP врши се допуна UCP 600 и то са намером прилагођавања презентације самосталних електронских записа или прилагођавања њихове презентације у комбинацији са документима писаним на папиру. Услов за примену eUCP је њихово инкорпорирање у документарни акредитив чиме се документарни акредитив у исто време подвргава и

3 *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (даље у фуснотама: UCP).

4 C. M. Schmitthof, *International and Procedural Aspect of Letter of Credit*, Kluwer, The Law of International Trade Finance, Davenport 1989, стр. 227.

5 Ревизије UCP су вршене 1951, 1962, 1974, 1983, 1993. и коначно 2006. године.

6 *Supplement to UCP 500 for Electronic Presentation, version 1.0*, ICC Publication No. 500/3.

7 Ревизија UCP из 1993. године је објављена у публикацију МТК број 500, а ревизија UCP из 2006. године у публикацији МТК број 600. Отуда се за њих и користи ознаке UCP 500 односно UCP 600.

8 *Supplement to UCP 600 for Electronic Presentation, version 1.1*, ICC Publication No. 600.

примени UCP 600.⁹ Другим речима, ако су странке уговориле примену eUCP на тај однос ће се и без изричитог навођења примењивати и UCP 600. Уколико се eUCP примењује његове одредбе имају предност у оном делу и обиму у којем би њихова примена била различита од примене одредаба UCP 600. Ако пак документарни акредитив дозвољава кориснику избор између презентације папирним документом и електронским записом па је он изабрао презентацију искључиво папирним документом на акредитив ће се примењивати само одредбе UCP. Исти ће случај бити ако је само презентација папирним документом дозвољена сходно eUCP акредитиву.

eUCP даље садржи дефиниције термина који имају различито значење у електронском и папирнатом свету као и посебну регулативу за: формат у којем се електронски запис може презентирати; последице ако електронски системи банке нису у могућности да приме електронски запис; поступак са обавештењем о одбијању електронског записа; дефиницију оригиналних докумената у електронском свету; поступак у случају да је електронски запис оштећен или има други недостатак.

1. Електронски запис и електронски потпис

Према eUCP електронски запис, као облик докумената на који се eUCP односи, означава податке који су креирани, генерисани, послати, саопштени, примљени или потхрањени на електронски начин и могу се оверити јасним идентитетом пошиљаоца. Ово уз услов да се при томе може оверити потпуност и неизмењеност података који такође морају бити подобни за проверу њихове усклађености са условима eUCP акредитива.¹⁰ Потпис, као обавезан елемент садржаја документарног акредитива, подразумева електронски потпис, као скуп података придатих или логички повезаних с електронским записом и изведених или прихваћених од одређеног лица с циљем његове идентификације и навођења да је та особа оверила електронски запис.¹¹

Осим што одређује шта се сматра електронским потписом и која је његова сврха eUCP с тим у вези не садржи више никакве одредбе. То је сасвим разумљиво обзиром да електронски потпис има знатно ширу примену у области електронског пословања, па је као такав регулисан посебном директивом Европске уније, а на тој основи и национал-

9 Ово правило практично значи да се на акредитиве издате посредством *S.W.I.F.T.* мреже eUCP неће примењивати, изузев ако је њихова примена изричито назначена у самом акредитиву. Имајући између осталог и то у виду *S.W.I.F.T.* је још 2002. године за своје чланице објавио посебан водич за примену eUCP.

10 eUCP, чл. e3 b (i).

11 eUCP, чл. e3 b (ii).

ним прописима земаља чланица.¹² Отуда и нису постојали разлози за специфично одређење појма и употребе електронског потписа само у материји електронске презентације документарног акредитива.

Важно је такође напоменути да електронски запис, у смислу eUCP, подразумева не само *e-mail* и друге на интернет технологији засноване поруке већ и EDI¹³ снимке, као и било које друге електронске снимке који буду у употреби у будућности. Правила при томе нису ограничена на одређену технику односно технологију електронске презентације, па је учесницима акредитивног посла препуштено да споразумно утврде технологију и системе које ће користити, као и форму преноса електронских порука.

2. Електронска презентација акредитивних докумената, место и рокови презентације

Најзначајнија врста акредитивних докумената су отпремна односно транспортна документа, као што су коносман (чисти), товарни лист, складишница, талон отпремнице, поштански рецепис... То такође могу бити и трговачке фактуре, документи о осигурању и остала документа. Свима њима је заједничко то да према eUCP могу бити формиран у облику електронског записа те да њихова презентација може бити извршена у електронској форми. Електронска презентација при томе мора бити извршена на месту презентације, а то је електронска адреса (URL) акредитивне банке односно банке плаћања, ако је реч о две различите банке.

Акредитивна документа у сваком случају морају бити презентирани најкасније на дан истека рока важности акредитива и то у месту које је у њему одређено као место презентације. Рок за преглед презентираних докумената утврђен у акредитиву почиње тећи следећег радног дана од дана пријема обавештења корисника о њиховом комплетирању. Ако је презентација извршена само у електронској форми разумно време за преглед електронског записа не може бити дуже од пет радних дана, рачунајући од дана обавештења о пријему ком-

12 Смернице (оквир) за електронски потпис садржане су у Директиви ЕУ 1999/93/ЕС (Directive 1999/93/EC of the European Parliament and Council of 13. December 1999, on a Community framework for electronic signature, *Official Journal of the European Communities*, L13/12, 19.1.2000.). Предметна Директива електронски потпис и његову сврху одређује на истоветан начин како је то учињено у eUCP. Напомињено да је идентично решење у овом смислу присутно и у нашем позитивном праву. Види: Закон о електронском потпису (*Сл. гласник РС*, бр. 135/2004), чл. 2 тач. 2.

13 EDI (*Electronic Data Interchange*) означава електронску размену структурираних података између рачунара различитих лица, извршену без коришћења папира, електронским путем.

плетне презентације. У случају продужења рока за презентацију или обавештења о комплетирању време за преглед почиње тећи следећег радног дана након што је банка којој је презентацију требало извршити дошла у могућност да прихвати обавештење о комплетирању. Ако банка одбије електронску презентацију докумената или електронског записа и о томе обавести корисника, а од њега не добије упутство у року од 30 дана од дана давања таквог обавештења, она мора вратити сваки папирнати документ кориснику и слободна је уклонити, без одговорности, сваки електронски запис на начин који сматра одговарајућим.¹⁴

Уколико *eUCP* акредитив за део докумената прописује папиранти облик он мора садржати и означање места презентације за документа писана на папиру. Посебност електронских записа омогућава да они могу бити презентирани и одвојено. У таквом случају корисник је обавезан да обавести банку о томе који део презентације је извршен, као и када је презентација потпуна. Обавештење о комплетирању корисник може дати било у електронском облику или документом на папиру, а дужан је при томе да идентификује *eUCP* акредитив у вези којег предметно обавештење шаље. Презентација која није извршена на претходно описан начин може бити третирана као да није ни примљена. Ако рачунарски систем банке није у стању да прими електронски запис на дан који је уговорен као рок истека важности акредитива датум истека рока важности акредитива ће бити продужен на следећи радни дан банке, када ће њен рачунарски систем бити у стању да прими електронски запис. И свака презентација електронског записа и докумената писаних на папиру такође мора идентификовати *eUCP* акредитив на основу којег је вршена, а у супротном се може сматрати као да презентација није ни примљена.¹⁵

Коначно, да би се сматрао презентираним електронски запис мора бити и оверен. То подразумева оверу идентитета пошиљаоца и непромењивости поруке у преносу. Електронски запис који не може бити оверен коришћењем електронског потписа неће се сматрати презентираним.

3. Пријем и преглед електронских записа

Према *eUCP* електронски запис је примљен у тренутку његовог уласка у информациони систем примаоца и то у облику који је одговарајући за прихват од стране тог система, при чему се не захтева никаква потврда пријема.¹⁶ Овакво решење, чини се, није у складу са начелом правне сигурности. Ово посебно уколико је познато да је пот-

14 *eUCP*, чл. *e7 b*.

15 *eUCP*, чл. *e5 i, ii*.

16 *eUCP*, чл. *e3 b (v)*.

врда пријема електронског записа софтверски једноставно решава, па би пошиљаоцу поруке омогућила да буде сигуран да је његова електронска порука стигла на своје одредиште. Разуме се, потврда пријема у овом смислу не би подразумевала и суштинску оцену садржине примљеног документа, односно оцену његове ваљаности и усклађености са условима акредитива. Њена основна сврха би била обавештење пошиљаоца да је електронски запис стигао и да се прималац њиме може користити, односно да није стигао, у ком случају би овај могао да понови слање електронске поруке.

eUCP такође садржи и обавезу примаоца да изврши преглед електронског записа који садржи линк према спољном систему или ако сама презентација упућује на то да се електронски запис може прегледати референцом на спољни систем.¹⁷ Ако пак претходно наведени спољни систем не омогућава приступ електронском запису који треба прегледати то ће се сматрати одступањем од услова акредитива.

Формат у којем презентација електронског записа има бити извршена мора бити одређен у акредитиву или чак раније, већ у финансијској клаузули основног уговора. У супротном електронски запис може бити презентираан у било ком формату што за последицу може имати немогућност његове провере.¹⁸ Ова околност је посебно важна за корисника акредитива обзиром да немогућност банке (акредитивне или конфирмирајуће) да провери електронски запис у презентирааном формату ипак не може бити основ за одбијање презентације.¹⁹

Коначно, напоменимо и то да eUCP не прави разлику између оригинала и копије докумената које ваља презентирати сходно условима отвореног акредитива. Наиме, сваки захтев UCP 600 или eUCP за презентацијом једног или више оригинала или копија електронских записа биће задовољен презентацијом једног електронског записа.²⁰

4. Датум издавања и пријема електронског записа

Простор за одређене недоумице и различита тумачења произвела су и правила eUCP о одређењу датума издавања, односно пријема електронског записа. Наиме као датум издавања електронског записа сматра се датум када се чини да је запис послат од издаваоца, а као датум пријема сматраће се датум када је запис послат, уколико ни један ни други датум није очигледан.²¹ Када се ради о датуму издавања онда је, практично по-

17 eUCP, чл. e6.

18 eUCP, чл. e4.

19 eUCP, чл. e7 d.

20 eUCP, чл. e8.

21 eUCP, чл. e9.

сматрано, проблем релативно једноставно решив. Наиме слање електронских порука се у погледу времена изузетно прецизно бележи у рачунару поштиљаоца, или је то време у случају спора углавном могуће утврдити. Очигледно имајући у виду околност да електронске поруке, без обзира на међусобну удаљеност рачунара, „пугују“ релативно кратко време, према неким проценама најдуже два сата, састављачи *eUCP* су пошли од претпоставке изједначавања датума пријема и датума слања електронског записа. Овакво решење ван сваке сумње не одговара примаоцу обзиром да би он увек био у позицији да докажује да датум пријема из било којих разлога (деловање вируса, привремено оштећење информационог система, грешка поштиљаоца...) није истоветан са датумом слања електронског записа. Мишљења смо да су се и у овом делу евентуални неспоразуми могли избећи увођењем обавезне потврде пријема електронског записа. У том случају би датум пријема одговарао датуму потврде пријема, а у случају да се тражи понављање слања или исправка односно допуна електронског записа као датум пријема би се рачунао датум пријема исправљеног односно поново примљеног записа. На овај начин би и поштиљалац био сигуран да је његов електронски запис примљен.

Што се тиче датума слања електронског записа који доказује превоз сматра се да тај датум одговара датуму слања или отпреме, уколико сам запис не наводи датум отпреме или слања. Ако пак електронски запис садржи белешку која доказује датум отпреме или слања, она ће бити важећа.²²

5. Оштећење електронског записа

Ако прими оштећен електронски запис, односно запис који изгледа оштећен акредитивна (или конфирмирајућа) банка може о томе обавестити поштиљаоца и од њега затражити да се запис поново презентира.²³ У том случају време за преглед електронски презентованог документа се прекида и поново почиње тећи након његовог поновљеног пријема. Ако пак поновна презентација оштећеног документа не буде извршена у року од 30 дана банка може сматрати да запис није ни презентираан.

6. Одговорност за презентацију електронских записа

Акредитивна односно конфирмирајућа банка не преузима никакву одговорност за идентитет поштиљаоца, извор информација, њихову целовитост и неизмењеност.²⁴ Она је, како се то наводи у *eUCP*, дужна

22 *eUCP*, чл. е10.

23 *eUCP*, чл. е11.

24 *eUCP*, чл. е12.

само да провери очигледну (очиту) аутентичност електронског записа, при чему појам очигледне аутентичности није прецизније дефинисан. Могли би рећи да садржај ове одредбе упућује на обавезу акредитивне банке да приликом верификације докумената у електронском формату покаже дужну професионалну пажњу када се ради о идентификацији пошиљаоца као и целовитости односно неизмењености његове поруке.

III eUCP у пословној пракси и праву Републике Србије

Примена eUCP у било ком пословном окружењу условљена је испуњењем две групе услова: техничко-технолошких и правних. Техничко-технолошки услови односе се на поседовање и функционалност хардверско-софтверске опреме која омогућава несметано одвијање и коришћење у пословне сврхе електронске размене података односно размене података у електронској форми. Наше пословне банке већ десетак година уназад својим клијентима пружају различите врсте електронских услуга и у погледу њихове техничко-технолошке оспособљености не постоје никакве препреке да папирната форма документарног акредитива буде замењена електронском.

Претходно изнета констатација мога би се изрећи и за неопходне правне претпоставке за коришћење eUCP. Наиме, наша држава је чланица МТК још од 1926. године, па су Једнообразна правила у потпуности прихваћена и примењива у нашој пословној и судској пракси²⁵ увек када банке извршавају налог за плаћање корисницима у иностранству. Мада наш Закон о облигационим односима спада у ретке националне прописе који садржи одредбе о акредитиву не постоје никакве препреке да се одредбе Једнообразних правила примене и на односе у унутрашњем пословном промету, увек када неки односи из акредитива уопште нису или нису у довољној мери регулисани домаћим прописима. Ово посебно имајући у виду да Закон о облигационим односима садржи свега 11 чланова посвећених акредитиву те да уопште не регулише одређене модалитете акредитивног посла.²⁶

У нашој земљи је почев од 2004. године на снази и Закон о електронском потпису који је у целини усклађен са Директивом ЕУ 1993/93 о електронском потпису. Предметна Директива је опет, као што смо претходно и напоменули, у добром делу послужила као грађа састављачима eUCP. На електронско пословање наших банака се у одређеном делу могу

25 В. Марковић, „Примена једнообразних правила и обичаја за документарне акредитиве у судској пракси“, *Право и привреда*, бр. 5–8/96, стр. 175–182.

26 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85 и 45/89), чл. 1072–1082.

применити и одредбе Закона о електронској трговини, односно Закона о платном промету. То практично значи да укупна акредитивна услуга, почев од давања налога банци за отварање па све до презентације акредитивних докумената, као и уговорених плаћања по том основу, може бити извршена у електронској форми.

Slobodan NENADOVIĆ, PhD
High Business School of Professional Studies, Valjevo

DOCUMENTARY LETTER OF CREDIT IN THE ELECTRONIC ERA

Summary

UCP are the ICC Uniform Customs and Practice that have been used for over 60 years to govern the operation of documentary credits. While the UCP have been extremely successful in providing self regulation for the letter of credit industry, the need was apparent to update the rules to accommodate technological advances. With the evolution from paper to electronic credits, it was determined that the market was looking to the ICC to provide guidance in this transition. In response, the ICC Banking Commission established a Working Group consisting of experts in the UCP, electronic trade, legal issues and related industries, such as transport, to prepare the appropriate rules as a supplement to the UCP. The result is the Supplement to the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits for Electronic Presentation or eUCP. The eUCP is not revision of the UCP. The eUCP is a supplement to the UCP that, when used in conjunction with UCP, will provide the necessary rules for the presentation of the electronic equivalents of paper documents under letters of credit. First version (version 1.0.) of eUCP came into force on April 1, 2002, and second one (version 1.1.) came into force on 2007, after revision of UCP 600.

Key words: *letter of credit, supplement, electronic record, electronic signature, presentation.*

УДК 347.447.52/.54:347.763]:656.2

др **Брайислав СТАНКОВИЋ**
доцент Државног универзитета у Новом Пазару

УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ЖЕЛЕЗНИЧКОГ ПРЕВОЗНИКА

Резиме

Предмет овог рада је одговорности превозника, с посебним освртом на одговорности железничког превозника за шипетиу у домаћем и међународном превозу робе и путника. У раду је, након уводног дела, обрађена објективна одговорности у нашем праву. Централни део рада садржи компаративни приказ одговорности железничког превозника за шипетиу у унутрашњем и међународном превозу, и то кроз разматрања питања основа одговорности, ослобођења и ограничења одговорности, уз краћи осврт на судску праксу и критичко разматрање неких решења у домаћем законодавству.

Кључне речи: одговорности превозника, шипетиа у превозу, основ одговорности, ослобођења од одговорности, ограничења одговорности.

I Увод

С обзиром да је област превоза путника и робе у унутрашњем саобраћају регулисана посебним законима за поједине врсте саобраћаја, отуда је мали практични значај општих одредаба Закона о облигационим

односима (у даљем тексту: ЗОО)¹ о уговору о превозу и одговорности превозника, као општег закона (*lex generalis*), за уређивање уговора о превозу и одговорности превозника, с обзиром на постојање посебних закона и примену начела *lex specialis derogat legi generali*.²

Тако је област превоза путника и робе у унутрашњем железничком саобраћају регулисана Законом о уговорима о превозу у железничком саобраћају,³ а на међународне железничке превозе примењује се Конвенција о међународним железничким превозима (у даљем тексту: СОТИФ), односно прецизније речено њени додаци А (Јединствена правила за уговор о међународном железничком превозу путника – CIV) и Б (Јединствена правила за уговор о међународном железничком превозу робе – CIM).⁴

Посебан режим одговорности железничког превозника за штету у превозу путника и робе, карактерише умањење одговорности превозника. Умањење одговорности железничког превозника јавља се у виду ослобођења и ограничења од одговорности.

II Објективна одговорност у нашем праву

1. Појам опасне ствари и опасне делатности

Пре разматрања посебног режима одговорности железничког превозника, поставља се питање како је регулисана одговорност за штету од опасне ствари и опасне делатности у нашем праву?

1 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 29/79 (исправке), 39/85 (измене), 45/89 (измене), 57/89 (измене) и *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93; даље: ЗОО).

2 Ако је одређен облигациони однос регулисан другим законом, примењује се тај закон као специјални, а одредбе Закона о облигационим односима само у питањима која нису регулисана тим законима (Решење Врховног суда Србије, Рев. 3216-98 од 16.3.1999).

3 Закон о уговорима о превозу у железничком саобраћају (*Службени листи СРЈ*, бр. 26/95; даље: ЗУПЖ).

4 Конвенција о међународним железничким превозима измењена је Протоколом из Виљнуса од 3. јуна 1999. године, који је ступио на снагу 1. јула 2006. године, након ратификације, прихватања или одобрења више од две трећине држава чланица, односно 27 држава.

Ова конвенција је ратификована Законом о потврђивању Протокола од 3. јуна 1999. године о изменама Конвенције о међународним железничким превозима (СОТИФ) од 9. маја 1980. године (Протокол из 1999) и Конвенције о међународним железничким превозима (СОТИФ) од 9. маја 1980. године у верзији на основу Протокола о изменама од 3. јуна 1999. године, *Службени гласник РС*, Међународни уговори, бр. 102 од 7. новембра 2007. године, стр. 153-224.

Како су дефинисани појмови опасне ствари и опасне делатности?
ЗОО не дефинише ове појмове.

Под опасним стварима не сматрају се све ствари, већ само оне ствари од којих прети прекомерна опасност штете.⁵ Под опасном ствари сматра се „покретна или непокретна ствар, чији положај, или употреба, или особине, или само постојање представљају повећану опасност штете за околину“.⁶

И под појмом опасне делатности може се одредити свака делатност од које прети прекомерна опасност штете. У питању је „свака делатност човекова од које прети већа, неуобичајена опасност штете, која се не може увек избећи ни уз највећу пажњу посленикову“.⁷

Када је реч о појмовном одређењу опасне ствари и делатности, треба истаћи да је „појам опасне ствари шири од појма делатности која представља повећану опасност за околину, и он га потпуно обухвата. Јер, практично говорећи, при свакој делатности која ствара повећану опасност за околину, ми се служимо стварима, које, ако већ нису опасне по својој природи, постају опасне употребом.“⁸

2. Одговорност за штету од опасне ствари и делатности према ЗОО

У нашем праву објективна одговорност регулисана је одговарајућим одредбама ЗОО. ЗОО, најпре, предвиђа одговорност без обзира на кривицу, и то за штету проузроковану употребом опасне ствари или обављањем опасне делатности, путем једне генералне клаузуле. Наиме, према члану 154 ЗОО одговара се без обзира на кривицу „за штету од ствари или делатности, од којих потиче повећана опасност штете за околину“ (став 2), као и у „другим случајевима предвиђеним законом“ (став 3) а то су уговори о превозу.

Затим, одредбама чл. 173–177 ЗОО ближе уређује садржај и смисао објективне одговорности. „Суштина објективне одговорности по ЗОО се састоји у томе: да се за штету одговара без обзира на кривицу;

5 Ј. Радишић, *Облигационо право, Ойштин део*, Београд, 2004, стр. 244.

6 Оваква законска дефиниција опасне ствари била је предвиђена у Скици за законик о облигацијама и уговорима (чл. 136 ст. 1) проф. Константиновића, као и у неусвојеном предлогу о изменама ЗОО из 1993. год. Наведено према: Н. Михаиловић, *Објективна одговорност за штету*, Будва, 1998, стр. 14.

7 О овој дефиницији Јакова Радишића, видети код: С. Перовић и други, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1996, стр. 402.

8 М. Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Правни живот*, бр. 9–10, 1992, стр. 1157.

да штета потиче од ствари или делатности; да од ње потиче повећана опасност штете по околину.“⁹

3. Штета и узрочна веза

Одговорност за штету и право на накнаду штете регулише ЗОО.

ЗОО не садржи дефиницију штете, већ прописује да се штета састоји 1) у умањењу друштвених средстава или нечије имовине (обична штета) или у спречавању њиховог повећања (измакла добит), као и 2) наношењу другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).¹⁰ Дакле, предвиђене су две врсте штета: материјална (имовинска) и нематеријална (неимовинска), које се, пак, могу испољити и као постојећа и као будућа.

Материјална (имовинска) штета може се јавити као 1) стварна, обична, позитивна или постојећа (*damnum emergens*), тј. умањење нечије имовине или као 2) измакла добит, тј. будућа или негативна штета (*lucrum cessans*), а то је она корист коју би оштећени вероватно остварио да није дошло до предузимања штетне радње.

Материјална штета редовно доводи до губитка употребе ствари, тиме што је она оштећена или уништена.

Узрочна веза је однос између штетне радње и штете, при чему штета настаје као последица предузете радње.

Постојање узрочне везе се не претпоставља, већ је доказује оштећени.

Међутим, узрочност има другачију улогу код субјективне одговорности од објективне одговорности. „Када је у питању одговорност по принципу кривице, меру и обим одговорности учиниоца не одређује сама по себи узрочност већ у вези са њоме структура кривице (нехат, намера и слично). Према томе, редуцију одговорности у мноштву узрока врши сама кривица. (...) Потпуно је другачија улога узрочности код објективне одговорности, јер је узрочност разлог и услов постојања ове врсте одговорности. Учиниоца одговара зато што поседује опасну ствар или врши опасну делатност и чим је штета настала с тим у вези претпоставља се да је штета производ такве ствари, делатности. (...) Редуција одговорности се дакле врши на оне штетне последице које су одговарајућем услову њиховог наступања еквивалентне, адекватне или типичне.“¹¹

9 Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, стр. 636.

10 Члан 155 ЗОО.

11 Ј. Салма, „Узрочност као детерминанта субјеката и обима одговорности за штету“, *Правни живот*, бр. 10/1997, стр. 538-539.

„Даља последица другачије улоге узрочности код разних врста одговорности јесте могућност претпостављања узрочности у случају када је штета настала употребом опасне ствари или делатности.“¹²

ЗОО прописује обориву претпоставку узрочности.¹³ И у судској пракси прихваћено је да се узрочност претпоставља, кад је штета настала од опасне ствари или делатности, али се та претпоставка може обарати противдоказима.¹⁴

Дакле, у систему објективне одговорности узрочност се претпоставља. Међутим, овде се ради о тзв. законској оборивој претпоставци.

III О посебном режиму одговорности железничког превозника

1. Одговорност железничког превозника за штету у домаћем и међународном превозу робе

а) Основ одговорности и ослобођење од одговорности

Објективна одговорност железничког превозника подразумева одговорност за накнаду штете без обзира на кривицу, по основу опасне ствари и опасне делатности. Овакав посебан режим одговорности железничког превозника произлази из чињенице да он обавља саобраћајну делатност железничким превозним средствима (вучним, вученим и возилима специјалне намене) која се сматрају опасном ствари.

За постојање објективне одговорности превозника за штете на роби потребно је да се испуне два услова, и то: први, да је штета настала и други, да постоји узрочна веза између штете и радње превозника. При томе, као што је речено, у систему објективне одговорности (одговорност без кривице, каузална одговорност) кривица превозиоца се не утврђује.

Међутим, правну природу одговорности, односно да ли је она субјективна или објективна одређују разлози за ослобођење од одговорности.

12 З. Петровић, Н. Мрвић-Петровић, „Одговорност и накнада штете због повреде физичког интегритета“, *Правни информатор*, 2006, стр. 17.

13 Члан 173 ЗОО.

14 Одлука Врховног суда Србије, Рев. 4206/94.

Објективна одговорност, као строжија одговорност, се ублажава прописивањем две врсте разлога: општих („непривилегованих“) и посебних („привилегованих“) ослобађајућих разлога.¹⁵

Железнички превозилац који је примио робу на превоз одговара за штету насталу 1) због губитка или оштећења робе, као и 2) због прекорачења рока испоруке (чл. 67 ст. 2 ЗУПЖ), осим ако докаже да је штета настала због (1) радњи или пропуста корисника превоза, (2) својстава робе или (3) других узрока који се нису могли предвидети, избећи или отклонити (чл. 68 ЗУПЖ).

Поред ова три општа разлога, ЗУПЖ прописује и седам посебних ослобађајућих разлога услед којих се превозилац ослобађа одговорности (члан 70).

С друге стране, на међународне железничке превозе робе примењује се Конвенција о међународним железничким превозима, односно прецизније речено њен Додатак Б – Јединствена правила за уговор о међународном железничком превозу робе СИМ (у даљем тексту: ЈР/СИМ-В), која садрже слична решења о основу одговорности и разлозима за ослобођење.¹⁶

ЈР/СИМ-В предвиђају да је превозилац одговоран, по начелу објективне одговорности, за три врсте транспортних штета: губитак робе, оштећење робе и прекорачење рока испоруке (чл. 23 ст. 1). Док закашњење наступа истеком уговореног рока, губитак или оштећење робе морају наступити у периоду од преузимања робе на превоз до издавања. При томе, превозник одговара независно од тога која инфраструктура се користи.

Као што је напред речено, ЈР СИМ прописује три општа основа (чл. 23 ст. 2) и седам посебних опасности (чл. 23 ст. 3), као разлоге због којих се превозник ослобађа одговорности.

Која су три општа основа за ослобађање од одговорности у ЈР/СИМ-В?

Први основ према ЈР СИМ-В се тиче кривице или захтева имаоца права. У питању је настанак штете „кривицом имаоца права или неким његовим захтевом који није заснован на кривици превозника“. Овде се ради, не само о кривици имаоца права, већ и о неком његовом захтеву који није заснован на кривици железничког превозника, и то зато што је железнички превозник дужан да поступа по упутствима и наредбама корисника превоза, „а штетне последице властитог деловања или пропуста мора сносити она страна која је то учинила, а не их пребацивати

15 О разлозима за ослобођење у систему објективне одговорности више видети: Д. Ђурђев, *Одговорности железничкој превозиоца*, Београд, 1987, стр. 40-55.

16 Према чл. 23 ЈР СИМ.

на суконтрахента“.¹⁷ У ЗУПЖ-у се прецизније наводи да је ослобођење од одговорности могуће ако превозник „докаже да је штета настала због радњи или пропуста корисника превоза“, без обзира на кривицу.

Као други основ у ЈР СИМ-В наводи се сопствена мана робе (унутрашње кварење, калирање, итд.), и то она која је видљива. Дакле, овде није реч о природном, уобичајеном својству робе, које је предвиђено у оквиру посебних опасности,¹⁸ већ се својство робе ограничава само на случај видљиве мане робе. У ЗУПЖ-у је овај разлог као штета настала „због својстава ствари“. Оваква разлика у формулацијама овог основа не може се разумети као да се ради о два потпуно различита узрока.

И у овом случају је терет доказивања на железничком превознику, тако да он мора да докаже постојање и сопствене мане робе и узрочну везу између такве мане и настале штете.

Трећи основ, према ЈР СИМ-В, виша сила је одређена као „околности које превозник није могао да избегне нити да отклони њихове последице“.

Тако је у ЈР СИМ-В (члан 23 став 2) појам „виша сила“ описно одређен, без навођења елемента „спољашност“ догађаја. Ова недореченост у формулисању више силе дала је поводе за различита тумачења садржине више силе сходно њеном одређењу у националним правним системима, с једне стране, а непостојање елемента „спољашност“ догађаја у појму више силе доводило је чак у питање карактер одговорности, односно да ли се ради о објективној или субјективној одговорности, с друге стране.

Овако недоречен појам више силе последица је различитих интереса држава да се одговорност железнице ублажи или да се задржи строга објективна одговорност. Оваква дефиниција више силе у ЈР/СИМ-В настала као резултат компромиса између држава континенталног и англо-америчког правног поретка којим се обезбеђује већи број ратификација Конвенције о међународним превозима железницама, захевала је појашњење путем званичног саопштења ОТИФ-а у коме се прецизира да се ради о догађају који се сматра вишом силом. Дакле, у питању је објективна одговорност.

У том смислу, овде треба истаћи да прецизнију дефиницију више силе, која недвосмислено указује на објективну одговорност, садрже ЈР/СИМ-А у којима је регулисана одговорност у превозу путника.¹⁹

17 Б. Јакаша, *Койнено и зрочно саобраћајно право*, Загреб, 1969, стр. 382.

18 ЈР СИМ-В, чл. 23 ст. 3 алинеја д).

19 Када се ради о одговорности за смрт и повреде путника према члану 26 став 2 тачка а) Превозник се ослобађа одговорности ако је удес проузрокован околностима изван обављања превоза које превозник, и поред потребног настојања имајући у

Према ЗУПЖ-у ради се о штети која је настала због „других узрока који се нису могли предвидети, избећи или отклонити“. На први поглед чини се да се у обе ове формулације ради о класичном појму више силе.

Међутим, само одредбе ЗОО недвосмислено захтевају да се ради о спољном догађају, који се дефинише као „узрок који се налази ван ствари“, односно „страни узрок“, да би имао карактер више силе. Наиме, у области објективне одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности, према члану 177 ст. 1 ЗОО, ималац опасне ствари се ослобађа одговорности ако докаже да штета потиче од више силе, тј. од „неког узрока који се налазио ван ствари, а чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити“. Слично решење садржи члан 671 став 1 о искључењу одговорности превозиоца за губитак или оштећење пошиљке ако је проузрокована „страним узроцима који се нису могли предвидети, или избећи или отклонити“.

Овом приликом треба истаћи и да је у ЗОО, правној доктрини и судској пракси прихваћено објективно-субјективно схватање о појму више силе. Да би догађај имао карактер више силе, према овом схватању, он мора имати спољашњи карактер, бити несавладив, непредвидљив и искључивати кривицу одговорног лица.

Поред општих основа, ЈР СИМ-В (члан 23 став 3) предвиђа и посебне опасности, као разлоге за ослобођање од одговорности. Ради се о типичним случајевима, у погледу робе или превозника, који у пракси чешће доводе до настанка штете. Посебне опасности се односе на: 1) превоз у отвореним колима, 2) паковање робе, 3) утовар односно истовар робе од стране пошиљаоца или примаоца, 4) извесна својства робе, 5) неисправно, нетачно или непотпуно назначење или број комада, 6) превоз живих животиња и 7) праћени превоз.

У новим ЈР/СИМ-В извршено је прецизирање неких посебних (привилегованих) основа за ослобођање од одговорности, нарочито превоза у отвореним колима, када се ради о утовару од стране пошиљаоца или истовару од стране примаоца.²⁰

Може се рећи да ЈР СИМ-В и Закон о уговорима о превозу у железничком саобраћају прописују идентичне посебне разлоге, као нарочите опасности за ослобођање од одговорности.²¹ Међутим, суш-

виду особености случаја, није могао да избегне нити да отклони њихове последице. С друге стране када је у питању одговорност због непридржавања реда вожње из члана 32 став 2 тачка а) Превозник се ослобађа одговорности ако је отказивање, кашњење или изгубљена веза последица околности које су ван обављања превоза које превозник, упркос уложеним напорима због посебних околности случаја, није могао да избегне и чије последице није могао да спречи.

20 ЈР/СИМ, чл. 23 тач. 3 а) и б).

21 ЈР/СИМ-В, чл. 23. тач. 3; ЗУПЖ, чл. 70.

тинска разлика није толико у врсти разлога који су предвиђени као основ за ослобођење од одговорности, колико у терету доказивања тих разлога.²²

Уколико се осврнемо појединачно на три општа разлога за ослобађање од одговорности из члана 23 став 2 ЈР СИМ-В, за све три врсте транспортних штета, можемо констатовати да је релативно тежак терет доказивања за железничког превозника. Наиме, превозник мора, најпре да докаже постојање једног од три разлога, а затим и узрочну везу између тог разлога и конкретно настале штете.

С друге стране, код посебних опасности железнички превозник има олакшан терет доказивања. То значи да железнички превозник треба само да докаже да је штета могла да настане из једне од нарочитих опасности (нпр. превоз у отвореним колима, неупакована или недовољно пакована роба,²³ превоз живих животиња и сл.) па да се претпостави да је штета заиста због тога настала, а узрочну везу треба само да учини вероватним. Наравно корисник превоза може да докаже да је штета евентуално настала из неког другог разлога. Дакле, код посебних опасности прихваћен је олакшан терет доказивања.²⁴

На основу овог приказа посебних разлога за ослобођење од одговорности и терета доказивања, може се закључити да је објективна одговорност железничког превозника много блажа од одговорности превозника који одговарају на основу кривице, „јер је много лакше учинити вероватним каузалну везу између штета и одређеног догађаја него доказати своју некривњу или некривњу свијих људи“.²⁵

С друге стране, када се ради о посебним основима за ослобођење од одговорности, поставља се питање оправданости њиховог постојања. Оправданост њиховог постојања се састоји у томе што прецизно набра-

22 З. Арсић, Д. Ђурђев, *Нове њојаве у саобраћајном праву*, Нови Сад, 1989, стр. 50.

23 Превозилац се не може ослободити одговорности за штету у саобраћају, без обзира што приликом примопредаје у опису стања робе његов радник назначује лоше паковање као узрок штете, ако у товарном листу нема примедби на начин паковања, а роба је преузета у оригиналном фабричком паковању (Одлука Врховног суда Црне Горе, Пж. 364-91 од 8.10.1991. године).

24 Наиме, ако се као повећани ризик у железничком превозу подразумева онај ризик који се не може сматрати уобичајеним, онда се поставља питање ко сноси овај ризик. С једне стране, није праведно да одговорност буде на страни корисника превоза, али је, с друге стране, потребно олакшати положај железничког превозника. Положај превозника може се олакшати на два начина: изменом основа одговорности из објективне у субјективну одговорност (на основу претпостављене или доказане кривице), или пак остајући на објективној одговорности олакшати терет доказивања. Овај други начин, објективна одговорност железничког превозника уз олакшан терет доказивања прихваћен је код посебних опасности.

25 О овоме видети више код: Б. Јакаша, *нав. дело*, стр. 387.

јање посебних опасности као разлога за ослобођење смањује сва могућа спорна питања у погледу утврђивања разлога због којих железница може да се ослободи од одговорности, као и да набрајање типичних опасности обавезује имаоца права да предузме одговарајуће мере предострожности, како би избегао штету коју би морао сам да сноси. Друго је, пак питање постојања свих посебних основа за ослобођење од одговорности.

б) Ограничење одговорности у превозу робе

1) Ограничење одговорности за губитак и оштећење робе

Кад је реч о одговорности, треба истаћи да је практично најважније питање за железничког превозника који је одговоран за штету на роби, или који је због прекорачења рока испоруке проузроковао примаоцу будућу штету, питање висине новчане накнаде. Овде треба имати у виду да је за разлику од грађанског права, у транспортном праву накнада штете смањена у погледу обима и висине накнаде. У том смислу, може се рећи, прво, да железнички превозник одговара у начелу²⁶ само за стварну штету (*damnum emergens*), а не и за будућу штету која због губитка или оштећења робе настане на другим добрима или имовини корисника превоза (*lucrum cessans*).

У погледу врсте штета и њихове накнаде важе општа правила саобраћајног права. Надокнађују се штете на роби под којом се подразумевају оштећење, мањак,²⁷ губитак као и штете због закашњења. За висину накнаде штете, као правило је усвојен систем ограничене, односно лимитиране одговорности превозиоца, а као обрачунска јединица је предвиђено специјално право вучења које примењује Међународни монетарни фонд.

ЈР СИМ-В поводом питања ограничења износа одговорности за штету, утврђује у члану 30, да превозник одговара за потпуни или делимични губитак ствари до износа до 17 обрачунских јединица (посебних права вучења) по килограму бруто масе која недостаје. При томе се вредност домаће валуте државе чланице Међународног монетарног

26 Кажемо у начелу, јер штета због закашњења по својој природи јесте измакла добит, тј. будућа штета. У већини случајева у пракси се, међутим, ради о накнади штете због губитка или оштећења ствари, а одштета због закашњења остаје једна практично ретка, али теоретски важна могућност.

27 Железница која је преузела ствари на превоз одговара за извршење превоза и за губитак дела пошиљке предате на превоз (мањак) па и у случају када је пропустом железнице изостало мерење робе у времену њеног преузимања у упутној станици (Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 330-01 од 14.11.2001. године).

фонда, у специјалном праву вучења, израчунава према поступку за одређивање вредности који примењује Међународни монетарни фонд у свом пословању и трансакцијама, док се вредност домаће валуте државе нечланице Међународног монетарног фонда у специјалном праву вучења израчунава на начин који утврди та држава. Међутим, наш ЗУПЖ ограничења одговорности рачуна у националној валути.

Да би се израчунало ограничење накнаде штете потребно је, најпре, одредити вредност робе која је изгубљена или оштећена. Према члану 30 став 1 ЈР/СИМ-В, накнада штете у случају губитка робе одређује се према берзанском курсу, а у недостатку тог курса по тржишној вредности. Ако се не може одредити накнада штете према наведеним начинима, узима се уобичајена вредност робе исте врсте и квалитета на дан и у месту њеног преузимања на превоз. Осим ове накнаде штете, железнички превозник је дужан да врати превознику, царинске и друге дажбине који су плаћени у вези с превозом изгубљене робе.

Друго, висина стварне штете је ограничена одредбама ЗУПЖ и СОТИФ-а, које су когентне природе, и чија примена се искључује само у случају проузроковања штете намером или крајњом непажњом железничког превозника, када он губи право на ограничење одговорности. о чему ће касније бити речи.

2) Ограничење одговорности за закашњење

Као што је већ истакнуто, у транспортне штете код превоза робе, осим губитка и оштећења робе, спада и закашњење. Накнаде штете због закашњења, као специфичан облик права на накнаду, постоји и ако штета на самој роби ради чијег превоза је закључен уговор о превозу није настала.

Ризик од одговорности за ову штету, која ће због прекорачења рока испоруке настати на осталој имовини оштећеног, за превозника је огроман због врло ограничене могућности његовог утицаја на разноврсне узроке закашњења, па је разумљиво да у том случају прописи предвиђају другачије рачунање ограничења одговорности које је за њега знатно повољније, а износи ограничења много нижи.

С обзиром на природу ове штете, ограничење одговорности неће зависити од вредности превожене робе, већ од превознине. Могућност накнаде за губитак или оштећење робе као доказане последице прекорачења рока испоруке према члану 33 ЈР/СИМ-В ограничена је до износа четвороструке превознине, при чему се ова накнада не може компензовати са оном предвиђеном у члану 30 ЈР/СИМ-В за потпуни губитак робе.

И на крају, за надокнаду штете у случају навођења вредности робе предате на превоз уводи се ново решење у члану 34, према које је декларисани износ замена за највећи износ.

3) Посебни случајеви ограничења

Када је реч о ограничењу одговорности железничког превозника у превозу робе, треба имати у виду постојање посебних случајева ограничења.

У међународном железничком превозу постоји изузетно и неколико случајева код којих се одступа од наведених општих граница одговорности железнице.

Прво одступање од општих граница одговорности железнице било је ограничење одштете у случају превоза под сниженим тарифама, само на основу раније важећег члана 45 СИМ-а. Ради се о случају када железница вози јефтине, па је оправдано да јој се допусти снижење сопствене одговорности. Наиме, ако железница специјалним или изузетним тарифама одобри посебне услове превоза који представљају снижење превознине у односу на опште тарифе, она може ограничити одштету у случају прекорачења рока испоруке, уколико је то ограничење назначено у тарифи. Ако се ти посебни услови превоза примењују само на једном делу превозног пута, ово ограничење се може применити само ако је основа за одштету настала на том делу превозног пута. Ово снижење може бити сразмерно снижењу превознине.

На крају треба навести, да превозник може и изван ЈР СИМ-В да прошири своју одговорност и своје обавезе (члан 5). Ова одредба се, пре свега, користи у случају када се у договорима о квалитету превоза уговарају посебне одредбе за одговорност.

Други случај одступања представља обезбеђење уредног издавања према члану 35 ЈР/СИМ-В. Наиме, на основу изјаве пошиљаоца којом он захтева од железнице да повећа границе своје одговорности до износа наведеног у товарном листу, железница заузврат има право да повећа превознину.

Код обезбеђења уредног издавања, железница одговара за сваку доказану штету до висине назначеног износа.²⁸

4) Губитак права на ограничење одговорности

Када се ради о губитку права на ограничење одговорности, према ЈР/СИМ-В, треба указати, најпре, да се ради о следећим случајевима

28 Видети више код: Б. Јакаша, *Компјаративни приказ одговорности превозиоца за превоз робе у појединим државама саобраћаја*, Београд, 1978.

одштете, и то: због губитка или неправилне употребе исправа (члан 15 тачка 3), за последице неизвршења или нетачног извршења захтева у случају губитка робе (члан 19 тач. 6 и 7), због губитка робе (члан 30), због оштећења робе (члан 32), прекорачења рока испоруке (члан 33), у случају декларације о вредности (члан 34) и обезбеђења уредног издавања (члан 35).

До губика права на ограничење одговорности у наведеним случајевима долази ако се докаже да је штета настала због радњи, односно пропуста железничког превозника, учињених било са намером да проузрокује такву штету, било непромишљено и знајући да ће таква штета вероватно настати (члан 36).

Дакле, ако железнички превозник проузрокује штету намерно (*dolus*) или крајном непажњом (*culpa lata*) не може се позивати на право на ограничење одговорности и прописане висине одштете, већ ће његова одговорност бити до пуног износа настале штете, што је у складу са грађанскоправним начелом *dolus omnia corrumpit*.

У том смислу поставља се питање када је одређено понашање намерно, а када оно прелази у крајњу непажњу. Управо због тога је ЈР/СИМ-В предвиђено да се губитак права на ограничење одговорности протеже и на тзв. *dolus eventualis*, случај када је штетник свестан могућности наступања штетне последице с чијим наступањем се помирио, али га не жели. У томе је разлика према осталим облицима *dolus*-а где штетник начелно жели наступање штетне последице.

Оваквим тумачењем један случај који је досад најчешће тумачен као крајња непажња, сада је изричито укључен у строги режим намере, са последицом губитка права на ограничење одговорности.

Међутим, када превозник делује у уверењу да поступа исправно са робом, али до штете дође јер не улаже дужну пажњу која се од њега у превозу захтева, ЈР/СИМ-В иде у корист превозника и не предвиђа губитак права на ограничење, већ прописује висине одштета у случају губитка робе, оштећења робе, прекорачења рока испоруке, уредног издавања и декларације о вредности.

5) Остваривање права

У остваривању права (Део IV ЈР/СИМ-В) одређени су превозници против којих се судским путем могу остварити права. Права из уговора о превозу могу се остварити само против првог, последњег или оног превозника, који је извршио део превоза, у току кога је настала штета (члан 45 тачка 1).

Уколико је у оквиру модела о заједничком превозу, обавезујући (одговорни) превозник, уз давање своје сагласности, уписан у товарни

лист, онда против њега може судским путем да се тражи остваривање права, чак и у случају да он није примио ни товарни лист ни робу (члан 45 тачка 2).

2. Одговорност железничког превозника за штету у домаћем и међународном превозу путника

а) Сличности у реулисању између одговорности железничког превозника у домаћем и међународном превозу путника

Железнички превозник у домаћем превозу путника одговара за две врсте штета, и то: за штету насталу због смрти, телесне повреде и оштећење здравља путника, и за штету насталу због закашњења или прекида путовања (члан 16 став 1 ЗУПЖ).

Одговорност за штету у случају смрти, телесне повреде и оштећења здравља путника условљена је постојањем удеса или незгоде у току превоза, односно док се путник налазио у возу или док је улазио у воз или излазио из воза.

Слично као и у области превоза робе, ЗУПЖ прописује три (општа, без посебних) разлога услед којих се железнички превозник (потпуно или делимично) ослобађа одговорности због смрти, телесне повреде и оштећења здравља путника (члан 17). Превозник се ослобађа одговорности ако је удес или незгода:

- 1) проузрокована околностима изван превоза које он, и поред настојања, имајући у виду особености случаја, није могао да избегне нити да отклони њихове последице,
- 2) настала кривицом путника или понашањем које није у складу са уобичајеним понашањем путника, и
- 3) настала кривицом трећег лица, а железнички превозник, и поред настојања, имајући у виду особености случаја, није могао да избегне нити да отклони његове последице.²⁹

Друга врста штете у превозу путника јесте штета настала због закашњења или прекида путовања. Железнички превозник одговара за ову штету, „осим ако докаже да до закашњења, односно прекида путовања није дошло његовом кривицом“ (члан 18).

²⁹ Према члану 17 тачка 3 Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају превозилац се потпуно или делимично ослобађа одговорности за штету ако је удес или незгода настала кривицом трећег лица, а превозилац и поред настојања, имајући у виду особености случаја, није могао да избегне нити да отклони његове последице (Врховни суд Србије, Рев. 6497-98 од 3.11.1999. године).

И поводом одговорности због закашњења или прекида путовања се поставља питање ограничења одговорности железничког превозника. У овом случају превозник „одговара до износа двоструке превознине“ (члан 20 став 3).

Слична решења о основу одговорности и разлозима за ослобођење садржана су у одредбама чл. 26–31 (Одговорност за смрт и повреде путника) и чл. 32 (Одговорност у случају непридржавања реда вожње).

б) Посебно о одговорности железничког превозника у међународном превозу путника

При коначном упоређивању постојећих резултата у унификацији правила о одговорности железнице за штете на роби и путницима, општа је констатација да је једнообразно регулисање потпуније остварено у области превоза робе. Имајући у виду вредност људских живота изгледа да се међу уговорницама лакше постигла сагласност о потреби да се пружи већа гаранција путницима.³⁰

Према ЈР CIV-A железнички превозник у међународном железничком превозу путника одговара у три случаја, и то за: смрт и повреде путника, непридржавања реда вожње и ручни пртљаг, животиње, пртљаг и возила.

1) Одговорност железничког превозника за смрт и телесно оштећење путника

Као основ одговорности, у међународном железничком превозу путника, као и у превозу робе, предвиђена је објективна одговорност железничког превозника.

Слично као и у области превоза робе, тако и у случају одговорности за смрт и повреде путника ЈР CIV-A прописана су три општа основа за ослобођење од одговорности.

Први основ, виша сила, је у складу са тенденцијама израженим у другим саобраћајним гранама, јасно формулисан појам, који садржи елемент спољашности догађаја.

Други општи основ је кривица путника. Наиме, железнички превозник се ослобађа одговорности за смрт и повреде путника ако је удес наступио кривицом путника. Овде се ради о таквом понашању путника које не одговара нормалном.

Позивањем на кривицу путника превозник је у повољнијем положају него у случају више силе. Код више силе, као сложенем правно-

30 Д. Ђурђевић, *Хармонизација железничког права*, Београд, 2005, стр. 296.

техничком појму, потребно је више кумулативних елемената, док се код кривнице путника не тражи неизбежност и неотклоњивост последица, па је терет доказивања код више силе тежи за превозника.

Као трећи основ за ослобођење у ЈР CIV-A предвиђена је радња трећег лица. У питању је такво понашање путника, које превозник, и поред предузимања потребних мера у посебним околностима није могао да избегне и чије последице није могао да спречи.

Дакле, предвиђени су исти услови и код више силе и код радњи трећих лица. Из тога произлази да су радње трећих лица само један појавни облик више силе. Ово издвајање радњи трећих лица у посебан основ за ослобођење је учињено због тога што у неким правним системима виша сила не обухвата и људске радње него само природне догађаје (*Act of God*).³¹

За разлику од одговорности железнице у случају штете на роби где је предвиђен институт посебних опасности, код одговорности железнице за смрт и повреде путника нема таквих олакшавајућих основа за ослобођење.

Због тога што се национални прописи међусобно знатно разликују није остварено једнообразно регулисање свих врста накнада штете. У ЈР CIV-A регулисана су права на накнаду штете у случају смрти и повреде путника, док се друге штете како нематеријалне штете, тако и материјалне штете које нису предвиђене Конвенцијом, надокнађују по правилима националног права. У ЈР CIV-A предвиђена су правила о ограничењу накнаде штете, само за одређене штете. Висине накнаде ових штета се одређује према националном праву уз услов да не смеју бити ниже од прописаних у ЈР CIV-A.

Што се материјалне садржине правила о одговорности тиче и ако је и код превоза путника и робе предвиђен исти принцип објективне одговорности превозника, анализа појединих основа за ослобођење од одговорности показује да је у области одговорности железнице за смрт или повреде путника предвиђено извесно поштравање одговорности. Ова тврдња се заснива на следећим чињеницама, и то, најпре, јасна и изричита формулацаја догађаја који се квалификује као виша сила која недвосмислено указује да железница одговара по принципу објективне одговорности. Затим, непостојање института посебних опасности који у превозу робе постоје и стављају превозиоца у битно повољнији положај. Даље, и накнада појединих штета у случају смрти и повреде путника у пуном износу, показују да железнички превозник строже одговара када се ради о штетама насталим у превозу путника.

31 Видети детаљније код: Д. Ђурђев, *нав. дело*, стр. 296.

Када се ради о ограничењу одговорности железничког превозника у превозу путника, висине накнаде штете утврђене су у знатно већим лимитима, тако да у случају смрти или повреде путника повећан је лимит са 70.000 на 175.000 обрачунских јединица, за губитак или оштећење предмета је повећан са 700 на 1.400 обрачунских јединица, а накнада за губитак пртљага је повећана на 1.200 обрачунских јединица а раније је била 600 обрачунских јединица. При томе, обрачунска јединица је специјално право вучења које примењује Међународни монетарни фонд, а износ изражен у обрачунској јединици обрачунава се у домаћу валуту односне државе, и тренутно једна обрачунска јединица износи један евро.

Друго, у случају потпуног или делимичног губитка аутомобила, ималац права има право на накнаду за доказану штету, која се израчунава на основу уобичајене вредности возила, и при томе не може да буде већа од 8.000 обрачунских јединица. Овде се приколица са или без товара сматра као једно возило.

2) Одговорност железничког превозника за закашњење путника

Правни основ одговорности железничког превозника у међународном превозу путника због непридржавања реда вожње садржан је у одредбама 1) Конвенције о међународним железничким превозима (COTIF), односно Јединственим правилима за уговор о међународном железничком превозу путника (CIV Додатак А Конвенције); 2) Општих услова превоза (АВВ – CIV) који заједно са Посебним превозним и тарифским условима (ВВТ), чине уговор о превозу; 3) Споразума о односима између превозника у међународном железничком превозу путника (AIV) и 4) Повеље из железничког путничког саобраћаја.

(1) Јединствена правила за уговор о међународном железничком превозу путника (CIV – Додатак А Конвенције)

Унификација правила о одговорности железнице због закашњења путника је извршена први пут у Јединственим правилима за уговор о међународном железничком превозу путника (CIV – додатак А Конвенције).

Конвенција о међународним превозима железницама која регулише одговорност превозиоца на основу уговора о превозу путника углавном ово питање није регулисала уопште, до једнообразних правила уз COTIF из 1980, или је упућивала на националне прописе. Тако је у ЈР/CIV из 1980. године, било предвиђено да одговорност железнице за штете проузроковане закашњењем или изостајањем воза или губитком везе, подлеже законима и прописима државе у којој се случај десио.

Међутим, JP/CIV из 1999. године, у Глави II насловљеној као „Одговорност у случају непридржавања реда вожње“, у члану 32, уводи ново решење којем је прописана одговорност у случају отказивања, кашњења или губитка везе. Превозник је одговоран путнику за штету која настане због отказивања, кашњења или изгубљене везе, када путник не може да настави своје путовање истог дана или ако се у датим околностима не може на рационалан начин наставити путовање. Обештећења обухватају разумне трошкове за смештај и обавештавање особа које чекају путника.

JP/CIV предвиђа три општа ослобађајућа разлога због непридржавања реда вожње у случају отказивања, кашњења или губитка, као и у случају смрти и телесног оштећења путника, и то: 1) вишу силу, као околности које су изван обављања железничког превоза, које превозник и поред предузимања мера потребних у посебним околностима, није могао да избегне и чије последице није могао да спречи; 2) кривицу путника, и 3) понашање трећег лица, које превозник и поред предузимања мера потребних у посебним околностима, није могао да избегне и чије последице није могао да спречи.

Друго предузеће или предузетник које користи исту железничку инфраструктуру не сматра се трећим лицем и нема право на компензацију.

Унутрашњим правом се осим накнаде штете које обухватају трошкове смештаја и обавештавања, утврђује да ли и у којој мери превозник мора да надокнади штету. Ово правило не утиче на члан 44 који се односи на одштету у случају закашњења код издавања возила.

(2) Општи услови превоза у међународном железничком путничком саобраћају (ABB – CIV) из 2006. године

За превознике који су прихватили Повељу железничког путничког саобраћаја CER/UIC/CIT-а,³² чл. 32 тачка 13 је ступила на снагу 12. децембра 2004. године. Ова тачка 13 ABB – CIV која носи назив „Непридржавање реда вожње“, прописује значајна правила.

Најпре, у тачки 13.1. предвиђено је да приликом отказивања, кашњења или губитка везе на међународним релацијама, превозник надокнађује одговарајуће трошкове ноћења и такси-вожње као и трошкове настале за обавештавање лица која чекају путника уколико путник не може наставити своје путовање истог дана или није био у стању да настави путовање под постојећим условима.

32 Превозници који су прихватили повељу ATOS, ČD, CFL, CIE, SP, DB, DSB, EVR, LG, LDŽ, MAV, NS, NSB, OBB, OSE, PKP, RENFE, SNCB, SNCF, SJ, SBB/CFE, SŽ, Trenitalia, VR, ŽSSR.

Затим, у тачки 13.2. прописан је повраћај превознине тако да уколико неки међународни дневни воз касни више од једног сата, или међународни ноћни воз касни више од два сата, тада путнику уговорни превозници, који су прихватили Повељу у путничком железничком саобраћају CER/UIC/CIT, враћају износ у вредности 20% од цене вожње за путовање уједном смеру, уколико цена превоза (укључујући и додатке за путовање у једном смеру) износи најмање 50 евра и почетна и упутна станица се налазе у оквиру Европске заједнице, Норвешке или Швајцарске. Повраћај се реализује у облику бона или услуге у истој вредности.

Даље, у тачки 13.3. прописано је да је за оцену непридржавања реда вожње меродавно одступање између стварног времена доласка у упутну станицу и времена предвиђеног редом вожње.

Путник користи своје право у року од два месеца након завршетка путовања са оригиналом важеће и поништене возне карте и резервације код учествујућих превозника. Уколико је превозник то предвидео, резервацију може да замени потврда о кашњењу.

Уместо наведених права путник може, у смислу тачке 13.5, 1) да одустане од даље вожње и захтева повраћај цене превоза за релацију на којој није извршен превоз, 2) да одустане од даље вожње и врати се до почетне станице следећим погодним возом превозника који учествује у превозу и захтева повраћај целокупне цене превоза, 3) да настави своје путовање возом превозника који учествује у превозу, са којим ће стићи у одредиште са најмањим могућим закашњењем.

Путник нема право на обештећење у случајевима из тачке 13.6. У питању су следећи узроци ниспуњења реда вожње: 1) околности које се налазе изван железничког саобраћаја које превозник, упркос савесном обављању дужности, није могао да избегне и чије последице није могао да спречи, 2) благовремена најавна саобраћајног ограничења услед грађевинских радова или одржавања, 3) благовремено најављен штрајк или неочекивани штрајк, 4) кривица путника, 5) понашање трећег лица које превозник, упркос савесном обављању дужности, није могао да избегне и чије последице није могао да спречи.

Предузеће које управља инфраструктуром или неко друго предузеће које користи исту железничку инфраструктуру не сматрају се трећим лицем.

(3) Споразум о односима између превозника у међународном железничком превозу путника (AIV)

Споразум о односима између превозника у међународном железничком превозу путника (AIV),³³ регулише, најпре, тзв. законске накна-

33 Важи од 1. јула 2006, замењује Споразум од 1. марта 2000. године са свим додацима.

де штете (Глава 2) у случају одговорности према члану 32 CIV, затим, комерцијалне накнаде за случај одговорности према члану 13 ABB-CIV у Повељи, као и комерцијалне накнаде по другом основу.

Тзв. законске накнаде штејше. Одговорност железничког превозника у међународном превозу путника због непридржавања реда вожње се јавља у два случаја. У првом случају ради се о непридржавању реда вожње код последњег преседања у истом дану. Други случај односи се на непридржавање реда вожње током дана.

Питање накнаде штете у случају непоштовања реда вожње код последњег преседања у том дану према члану 32 CIV 1999, регулисано је у Глави 2 Споразума. Због значаја овог правног питања, разматрана су решења у Споразуму којима се регулише основ за накнаду штете, мере или накнаде, ослобађање од одговорности, и накнада штете из других разлога.

Основ за накнаду штејше. Превозник сноси одговорност према путнику за штету насталу због тога што, из разлога отказивања, кашњења или губитка везе, на међународним релацијама (1) путовање није могло бити настављено истог дана или (2) због тога што наставак путовања није остварен истог дана због датих околности (члан 32 тачка 1 JP CIV 1999)

Сматра се да је догађај који је проузроковао одговорност превозника настао у тренутку када, односно у месту одакле путник, због отказивања, кашњења или губитка везе, не може да настави путовање истог дана или ако се наставак путовања не може обавити истог дана због датих околности.

Мере или накнада трошкова. Уколико је то могуће, превозник превози путника до његовог одредишта или омогућава наставак његовог путовања овлашћујући га да користи, без увећања цене: заобилазни превозни пут, воз који подлеже посебним условима превоза, специјални воз, воз неког другог превозника, неко друго превозно средство копненог саобраћаја.

Односне потврде према Приручнику за путнички саобраћај (GTV), Поглавље 1, треба ставити на возне исправе.

Ако наведене мере нису могуће, превозник ће надокнадити трошкове: за смештај и доручак у одговарајућем хотелу средње категорије, и за обавештавање особа које чекају путника. У овом случају, превозник сам врши резервацију хотела и директно плаћа трошкове смештаја, такси услуга итд. У случају потребе, наведене мере могу се комбиновати.

Ослобођење од одговорности. Превозник се ослобађа од одговорности када је до отказивања, кашњења или губитка везе дошло због неког од предвиђених разлога.

Први ослобађајући разлог представљају околности које су изван обављања железничког превоза, које превозник, упркос савесног обављања дужности, није могао да избегне и на чије последице није могао да утиче (члан 32 тач. 2а) CIV). Такве околности су на пример: природне непогоде (олује, лавине, поплаве, клизање тла, одрон итд), штрајк, превоз обилазним путем најављен на време због природне непогоде или штрајка (тачка 2.1.4. Споразума AIV).

Други разлог за ослобађање од одговорности јесу благовремено најављена транспортна ограничења услед грађевинских радова и радова на одржавању.

Трећи разлог тиче се штрајка, односно ако је у питању благовремено најављен штрајк или неочекиван штрајк.

Кривица путника из члана 32 тач. 2а) CIV, односи се на непоштовање рокова за прелазак из једног воза у други, чекање на погрешном перону за улазак у воз, када путник пропусти воз, изbacивање путника.

Пети ослобађајући разлог подразумева поступке трећих лица које превозник, упркос савесном обављању дужности, није могао да избегне и на чије последице није могао да утиче. При томе, под трећим лицем не сматра се друго предузеће које користи исту инфраструктуру (члан 32ц) CIV), као ни предузеће које управља инфраструктуром (тач. 13.6. ABB – CIV). У вези са овим ослобађајућим разлогом су, на пример следећи случајеви: сметње у саобраћају због самоубиства, несреће на прелазима у нивоу, затварање пруге проузроковано друмских путничким моторним возилом, када путник у истом возу активира кочницу за случај опасности, полицијске мере, мере царинских органа (нарочито приликом преласка границе), сметње у железничкој експлоатацији које проузрокују трећа лица, превоз обилазним путем најављен на време због горе наведених разлога.

Нема сумње да је прецизно набрајање најважнијих разлога за ослобађање од одговорности са прецизним примерима од значаја, не само у случају решавања спорних питања у пракси, већ и за превозника у предузимању мера предострожности како би избегао штету.

Потребно је још једном истаћи, због значаја питања одговорности, да се управљач инфраструктуром, извршни превозник, као и друга предузећа која пружају услуге а која су у уговорном односу према превознику, не сматрају трећим лицима.

б) Накнада за штету ирејирљену збој друјих разлоја

Споразум упућује на националне прописе уређивање питања накнаде штете због других разлога. Тако је унутрашњим правом могуће

прописати да ли, и у којој мери, превозник треба да накнади штету претрпљену због других разлога који нису наведени у јединственим правилима, у смислу члана 32 тачка 3 CIV. При томе, овај Споразум се не примењује на ове накнаде штете.

в) Комерцијалне накнаде

Комерцијалне накнаде као повраћај дела превознине, односно обештећења путника од стране превозника у случају непоштовања реда вожње током дана, прописане су Повељом о железничком путничком саобраћају и чланом 13 АBB-CIV.

Подручје њимене. Општи услови превоза у међународном железничком путничком саобраћају (АBB-CIV) (тачка 13) и Споразум о односима између превозника у међународном превозу путника (AIV) (Глава 3), са Прилогом 4 – Повеља CER/UIC/CIT о превозу путника железницом уређују повраћај дела превознине, односно обештећење путника због непоштовања реда вожње.

Одредбе ових извршних прописа CIT-а се односе на међународна путовања чија се полазна и крајња станица налазе на територији држава Европске уније, Норвешке или Швајцарске. С друге стране, ове одредбе се не примењују на заједнице прекограничног саобраћаја.

Услови. Превозник одобрава повраћај превознине путницима када међународни воз изостане, или када дневни међународни воз касни дуже од једног сата, односно када ноћни међународни воз касни дуже од два сата. Висина накнаде износи 20% од цене за путовање у једном смеру односно међународне возне исправе (возна карта, резервација, додаци), а овај износ се заокружује у складу са комерцијалном праксом. Меродавно је место, у коме путник напушта међународни воз.

Превозник може, такође, извршити повраћај и већег износа али неће моћи да га укључи у поделу удела према тачки 3.4 без сагласности односних железничких предузећа.

Основи за ослобађање од одговорности због непоштовања реда вожње код последњег преседања у истом дану примењују се и у случају непоштовања реда вожње током дана.

4) Повеља о услугама у железничком путничком саобраћају

С правом се овде поставља, најпре питање правног основа за примену Повеље о услугама у железничком путничком саобраћају (у даљем тексту: Повеља).³⁴

34 Повеља о услугама у железничком путничком саобраћају (CER/ UIC/ CIT Charter on Rail Passenger Services, Union internationale des chemins de fer, Adopted on 22 October 2002).

Повеља из железничког путничког саобраћаја, настала је након препорука у Белој књизи и „Разговора Европске комисије о услугама од општег значаја“ из 2001. године,³⁵ и као резултат упорног инсистирања органа и институција Европске уније на недовољним правима путника у железничком превозу који се одвија у складу са Конвенцијом COTIF, односно њеним Додатком А – Јединствена правила за уговор о међународном железничком превозу путника (CIV).

Наиме, и ако измењена ЈР/CIV, у складу са Протоколом из Виљнуса из 1999. године, пружају већа права корисницима железничких услуга, по мишљењу органа Европске уније не испуњава захтеве држава њених чланица у погледу нивоа и стандарда саме железничке услуге. Због тога су уследиле заједничке активности кључних међународних железничких организација као што су Заједница европских железница (CER), Међународна железничка унија (UIC) и Међународни комитет за железнички транспорт (CIT) у циљу унапређења квалитета услуга које железнице пружају корисницима и обезбеђивања одговарајућих стандарда.

Међународни комитет за железнички транспорт (CIT) је као надлежан за стандардизацију железничких прописа и праћење њихове јединствене примене, пристао да буде потписник Повеље заједно са Заједницом европских железница (CER) и Међународном железничком унијом (UIC), под условом да Повеља ступи на снагу истовремено са измењеним COTIF-ом и након доношења извршних прописа из међународног путничког саобраћаја, који практично врше њену правну реализацију.

Међутим, како се ступање на снагу измењеног COTIF-а временски одужило због недовољног броја ратификација, након инсистирања CER-а, одлучено је да се на Комисији за путнички саобраћај CIT-а, нађе правно решење, да део Општих услова превоза у међународном железничком путничком саобраћају који се односи на конкретизацију Повеље ступи на снагу пре самог COTIF-а и пратећих извршних прописа, на основу уговорног, односно, тарифског права. На примедбу неких чланица Комисије да то није баш „правно чисто“ решење, правни експерти CIT-а су дали тумачење да то заиста није најидеалније решење али да је правно коректно с обзиром да је уговорно/тарифска основа правни институт често примењиван у сличним ситуацијама.

Тако је Извод (тачка 13) из Општих услова превоза (ABB-CIV) који представља правно/комерцијалну реализацију Повеље, ступио на снагу 12. децембра 2004. године, али само за превознике који су прихватили Повељу.

35 *White paper COM (2001) 370 on Common Transport Policy-European Commission (EC); European Commission's Communication on services of General Interest (EC,COM-580).*

Сама Повеља, иначе, у структури извршних прописа СИТ-а представља Прилог 4 Споразума из међународног путничког саобраћаја (AIV). Повеља обухвата све железничке услуге путницима у међународном и унутрашњем саобраћају, осим услуга у случају другачије прописаних посебних услова у уговорима о јавном превозу. Повеља је првенствено настала због квалитета услуга у међународном даљинском саобраћају, али она служи и као модел за услуге у унутрашњем саобраћају.

Прихватањем и применом принципа и стандарда Повеље,³⁶ железнички превозици унапређују квалитет превозних и пратећих услуга у железничком путничком саобраћају. Националне повеље, прилагођавају Повељу својим приликама и условима, а неке утврђују и повољније услове превоза. Повељу подржава „Шема за компензацију услуга у међународном путничком саобраћају због кашњења“.³⁷ Ова UIC „Шема“ има правно дејство преко Јединствених правила CIV, прецизније преко општих услова и рокова (GTC-CIV) и Споразума о међународном превозу путника. „Шема“ предвиђа накнаде за кашњење међународних возова дуже од 1 сата, односно 2 сата за ноћни воз, у висини 20% од наплаћених трошкова услуге.

Повеља као Прилог 4 AIV-а, у тачки 10 Закашњења, препоручује као права путника у железничком превозу, најпре у случају закашњења (1) освежење, у случају да прекид услуге премашује три сата (2) преноћиште, када је немогуће наставити путовање истог дана и када је други начин превоза немогуће реализовати са разумним трошковима.

Затим, да у случају одговорности искључиво железничког предузећа: (1) путник има право на надокнаду у виду финансијске надокнаде или као ваучер за будућа путовања ако закашњење прелази одређену временску границу; (2) у случају прекида услуге путницима се може понудити обештећење или смештај у други воз (у шта је укључена и доплата за воз вишег ранга) или алтернативно превозно средство са прихватљивом ценом коштања.

ЈП „Железнице Србије“ (у даљем тексту: ЈП „ЖС“), чланица CER/UIC/SIT, су превозник који је усвојио Повељу о превозу путника железницом, која се примењује на међународна путовања у Европској унији, Норвешкој и Швајцарској. ЈП „ЖС“, по први пут, формално доноси Повељу за међународни путнички саобраћај ограниченом са Упутством за њену примену, која је ступила на снагу 11. децембра 2005. године,³⁸ али

36 Имплементација Повеље у Европи, дата је у CER-овом Извештају о стању, *Implementation of The Charter on Rail Passenger in Europe, Progress Report, September 2005*. Примена Повеље у државама чланицама, где се одвија 93% укупног путничког саобраћаја у Европи, износи око 85%.

37 *Delay compensation scheme for international rail passenger services, UIC, 12.12.2004.*

38 Повеља и Упутство „Железнице Србије“, бр. 132/05-110, Желнид, 2005.

чак и површна анализа решења поводом питања о одговорности превозника за закашњење показује да није постојала стварна воља да се из ради и донесе Повеља у складу са извршним прописима Међународног комитета за железнички транспорт (СИТ), СОТІФ-а, и сл.

Критичке примедбе се односе на услове и основе за ослобађање одговорности. Повеља предвиђа у три случаја право путника на обештећења због закашњења међународног путничког воза.

Први, за закашњење дуже од једног часа путник има право на повраћај 20% плаћене возне цене, а за закашњење дуже од два часа 30% од плаћене возне цене.

Други, уколико је закашњење воза дуже од три сата и има за последицу губитак везе и одустајање од даљег путовања, односно потребу за преноћиштем да би се путовање наставило наредног дана, путник има право на трошкове преноћишта.

Трећи, ако је закашњење воза дуже од три часа и путник нема могућности скорог наставка путовања возом, а да коришћењем алтернативног превозног средства може стићи у упутну станицу пре него што би могао стићи возом, путник се може отпремити алтернативним превозним средством (аутобус, такси, авион).

С друге стране, поводом питања ослобођења од одговорности, према Повељи ЈП „ЖС“, нису дужне да обештете путника 1) уколико је сам путник крив за изгубљену везу, као и 2) ако је до закашњења или искључења воза или до изгубљене везе дошло из разлога који железница није могла предвидети, избећи или спречити.³⁹ Осим тога, раније најављене рестрикције саобраћаја, тј. оне које обухватају закашњења или повремене прекиде као и потпуну обуставу саобраћаја, спадају у групу разлога који искључују обавезу железнице на надокнаде из Повеље.

3. Одговорност у превозу железничких возила као робе

За железничка возила, која се предају као роба, уводи се нова врста одговорности за превозника, насловљена као „Одговорност у случају превоза железничких возила као робе“ (члан 24). Предвиђено је да у случају превоза железничких возила која се крећу на својим властитим точковима и која су предата као роба, превозилац је одговоран за губитак или оштећење као резултат штете или губитка железничког возила или његових покретних делова које настану од времена преузимања на пре-

39 У складу са Повељом о квалитету у међународном путничком саобраћају, за надокнаду дела плаћене цене превоза, „Железнице Србије“ су у 2006. години вратиле путницима око 100 хиљада динара, док су трошкови ноћења у железничким смештајним објектима у Београду због кашњења међународних возова кроз нашу земљу, коштали око 400 хиљада динара, „Пруга“, 31. јануар 2007. год.

воз до испоруке, као и за губитак или штету насталу прекорачењем рока испонике, осим ако докаже да је штета изазвана без његове кривице.

4. Одговорност узастопног и извршног превозника

Протоколом из Виљнуса уведена је потпуна новина у регулисању узастопног превоза (члан 26) и извршног превоза (члан 27), и с тим у вези одговорност превозника.

Тако је предвиђено да ако превоз према само једном уговору обавља неколико узастопних превозника, сваки превозник, самим тим што је преузео робу уз товарни лист постаје страна у уговору о превозу, у складу са условима из тог документа и преузеће обавезе које из тог произлазе. У овом случају, сваки превозник је одговоран у погледу превоза на читавом путу до испоруке.

За извршног превозника, коме превозник повери обављање превоза, или у потпуности или делимично, уводе се посебне одредбе у члану 27. Такође, и у случају када извршни превозник нема уговорни однос са корисником превоза, он је одговоран кориснику превоза за своје сопствене услуге. Превозник, са своје стране, одговара за целокупну вредност робе предате на превоз.

Превозник или извршни превозник, одговарају кориснику превоза и за активности управљача инфраструктуром, на кога се гледа као на помоћно особље, сходно члану 40, уз задржавање права на регрес у односу на управљача инфраструктуром (члан 8, тачка 1ц) Јединствених правила за уговор о коришћењу инфраструктуре у међународном железничком саобраћају – CUI).

IV Закључак

Објективна одговорност железничког превозника подразумева одговорност за накнаду штете без обзира на кривицу по основу обављања саобраћајне делатности железничким превозним средствима (вучним, вученим и возилима специјалне намене) која се сматрају опасном ствари. Ова строга одговорност ублажена је постојањем карактеристичног умањења одговорности. Умањење одговорности железничког превозника за штету у превозу јавља се у два вида, и то као ослобођење од одговорности и као ограничење висине накнаде штете.

Ослобођење и ограничење од одговорности железничког превозника за штету у међународном превозу путника и робе регулишу Конвенција СОТIF и њени извршни прописи. ЈР/СИМ предвиђају три општа основа (кривица или захтев имаоца права, сопствена мана робе и

виша сила без елемента спољашности догађаја) и седам посебних опасности, као типичних који се тичу робе или превозника, као разлоге за ослобођење од одговорности.

Разлика између општих основа и посебних опасности је у терету доказивања. Терет доказивања посебних опасности је олакшан.

ЈР/СИМ прописују ограничење одговорности за губитак и оштећење робе до 17 обрачунских јединица, односно до четвороструког износа превознине за закашњење.

С друге стране, у превозу путника, слично као и код превоза робе, ЈР/СИВ предвиђају три општа разлога за ослобођење од одговорности за смрт и телесно оштећење (виша сила уз спољашност догађаја, кривица путника и радња трећег лица). Међутим, није предвиђен институт посебних разлога.

Три разлога за ослобођење од одговорности за закашњење путника предвиђени ЈР/СИВ, проширени су на пет (саобраћајно ограничење и штрајк) Општим условима превоза, а Споразумом превозника су таксативно наведени са прецизним примерима. Овим прописима су предвиђене и накнаде штета због закашњења.

Bratislav STANKOVIC, PhD
Assistant Professor, University of Novi Pazar

CONTRACTUAL RESPONSIBILITY OF RAILWAY CARRIER

Summary

The subject of this paper is the responsibility of the carrier, with special emphasis on the responsibility of rail carrier for damages in domestic and international transport of goods and passengers. The paper, after the introductory part, discusses the responsibility in our law. The central part of the paper contains a comparative view of rail carrier liability for damages in domestic and international transport and consideration of questions regarding the basis of liability, exemptions and limitations of liability, with a short review of the jurisprudence and critical review of some solutions in domestic legislation.

Key words: *carrier liability, damage in transport, base liability, exemptions from liability, limitation of liability.*

УДК 346.545/.546(497.11)

Горана КРШИКАПА, LL.M. (Amsterdam Law School)
PhD истраживач на Freie универзитету у Берлину

Милош АНДРОВИЋ, LL.M. (Amsterdam Law School)
Комисија за заштиту конкуренције

НЕДОСТАЦИ УСВОЈЕНИХ РЕШЕЊА У НОВОМ ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Текст^{*} овој чланка садржи оштрије и појединачне примедбе на Закон о заштити конкуренције, у примени од 1. новембра 2009. године. Аутори су иревасходно усмерили пажњу на пропусне учињене у формулисању појединих законских одредби, бијних за правну сигурност и адекватну извршност у ујравном и судском процесу, а које би се могле показати као нецелисходна решења имајући у виду њихову нејасноћу и недореченост. Текст не садржи директна упућива и/или предлоге за исправку утврђених недостатака и не представља исцрпну ниш конклузивну листу свих уочених недостатака, али свакако упућује на најбитније недостатке, по мишљењу аутора, који представљају како прешњу за учеснике на тржишту Републике Србије тако и за Комисију као организацију са повереним јавним овлашћењима за извршење новој Закона.

Кључне речи: рестриктивни споразуми, злоупотреба, доминантан, концентрација, независност, Комисија, конкуренција.

* Предметни текст је краћа верзија коментара на текст новог Закона; текст у пуном садржају је доступан на захтев; изражени ставови и мишљења су искључиво ставови аутора за шта носе пуну одговорност.

I Резултати спровођења претходног Закона о заштити конкуренције

Република Србија је тек 2005. године утврдила нешто јаснију политику у области права конкуренције у оквиру усвојеног Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005; даље: „стари Закон“). Ова се политика, под јаким притиском ЕУ, превасходно односила на успостављање једног законског оквира у којем се одређују основна правила пословања и понашања учесника на тржишту Републике Србије.

Нови Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005; даље: „нови Закон“ или „Закон“) је чини се, пре свега, производ одређених обавеза Републике Србије према декларисаном државном путу приступања Србије ЕУ. Треба имати у виду да чл. 73 ст. 1 Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених земаља чланица и Републике Србије (даље: SAA¹) предвиђа да су одређене радње, у области политике заштите конкуренције, у супротности са његовом правилном применом и функционисањем уколико могу да утичу на трговину између Европске заједнице и Републике Србије.

У складу са обавезама из SAA, тумачење и примена Закона о заштити конкуренције у складу са *acquis communautaire* је обавеза коју је Република Србија преузела у уговорном односу са ЕУ.

II Уводне одредбе Закона које позивају на тумачење

У чл. 3 Закона, персонална примена је ограничена на правна и физичка лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују у промету робе, односно услуга, независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности. Закон затим методом набрајања прецизира о којим је правним и физичким лицима реч. Из језичке формулације недвосмислено произлази да се Закон примењује на сва правна лица јавног и приватног права. Међутим, Закон под тач. 2 чл. 3 наводи „државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе“. Држава, аутономна покрајина и општина имају својство правног лица, али не и њихови органи, стога Закон овде остаје нејасан и противуречан. Даље, Закон под тач. 3 наводи „друга физичка и правна лица и облике удруживања учесника на тржишту“. Ни овде Закон није доследан, јер ако

1 Stabilization and Association Agreement between the European Communities and their member states and the Republic of Serbia as of July 30th, 2008, Brussels, доступно на адреси: <http://www.delscg.ec.europa.eu/code/navigate.php?Id=534>.

је персонална примена ограничена само на правна и физичка лица, није јасно због чега закон овде наводи „друге [...] облике удруживања учесника на тржишту“, који не потпадају под појмове правно или физичко лице. Из свега наведеног, стиче се утисак да је законодавац био инспирисан појмом *undertaking* заступљеним у европском праву конкуренције, као и у неким он националних права земаља чланица Европске уније, али да га није и доследно применио у формулисању текста закона.

Појам *undertaking* је по свом садржају шири од садржине појмова правно и физичко лице јер обухвата „сваки *entité* који је укључен у економску активност, независно од правног статуса тог *entité* као и начина на који се финансира“.² Стога, основни тест приликом одређивања да ли одређени субјект потпада под појам *undertaking* или не је у ствари економски тест, тј. фокусира се на питање да ли ентитет укључен у понуду робе и услуга на тржишту,³ а што је интенција оснивања и функционисања привредних друштава са циљем остварења профита.⁴ Концепт *undertaking* је релативан концепт у том смислу што ентитет у питању може да буде сматран *undertaking* у једном делу својих активности, али не и у погледу остатка делатности.⁵ Стога је у сваком појединачном случају неопходно идентификовати одређену активност у питању.⁶ Европски суд правде стога и усваја функционални приступ дефинисању појма *undertaking*. У пракси Суда су као *undertaking* били окарактерисани како привредна друштва, тако и појединци,⁷ спортска удружења,⁸ трговачке асоцијације⁹ и земљорадничке задруге.¹⁰ Чињеница да професионална делатност удружења може бити дефинисана као слободна професија није неспојива са чињеницом да то удружење може бити и окарактерисано као *undertaking* или удружење учесника на

2 Дефиниција Европског суда правде; C-41/90, *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, пар. 21.

3 Case C-118/85 *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, пар. 7; Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001 ECR 8089, [2002] 4 CMLR 726, пар. 19.

4 Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, [1999] ECR I-5751, [2000] 4 CMLR 446, Jacobs AG, para 311; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, second edition, Oxford, 2004, стр. 107.

5 Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR 8089, [2001]. 4 CMLR 726, Jacobs AG, пар. 72.

6 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 107.

7 Оперски певачи у *RAI/UNITEL* [1978] OJ L57/39, 3 CMLR 306.

8 *Distribution of Package Tours During the 1990 World Cup* [1992] OJ L326/31, [1994] 5 CMLR 253, пар. 42-58.

9 Case 96/82, *IAZ International Belgium NV v. Commission* [1983] ECR 3369, [1984] 3 CMLR 276.

10 Case C-250/92, *Gøttrup-Klim Grovwareforening and Others v. Dansk Landbrugs Grovareselskab Amba* [1994] ECR I-6541, [1996] 4 CMLR 191.

тржишту који предузимају економску активност.¹¹ Оваква дефиниција оставља могућност да и ентитет који нема својство правног лица, али чини део државне администрације¹² и укључен је у економске активности буде сматран учесником на тржишту. Међутим, треба оштро разграничити активности које су по својој природи окарактерисане као економске и активности које представљају акте вршења јавне власти или поверених послова, јер ове последње не спадају у домен примене правила о заштити конкуренције. Тенденција држава да уговорним односом поверавају обављање јавних послова субјектима приватног права је и проузроковала комплексност ове поделе.¹³

III Рестриктивни споразуми

Закон дефинише по први пут рестриктивне споразуме, за разлику од ранијег језичког термина *забрањени споразуми*, и уводи забрану истих у чл. 10, док у чл. 13 оставља могућност да се подзаконским актом Владе уведе могућност изузећа од забране по категоријама споразума. Наведена могућност практично значи да се сви споразуми који буду испуњавали критеријуме за изузеће на основу услова прописаних очекиваним подзаконским актима не би подносили Комисији на појединачно изузеће. Стога се одредбом чл. 13 уводи могућност тзв. *safe harbor* за оне споразуме који испуњавају опште услове из чл. 11 Закона, као и све појединачне услове који би требали бити уведени подзаконским актима.

Наведена могућност може бити практично целисходна само у случају јасно одређених елемената који би учесницима на тржишту морали претходно бити познати у циљу самосталне анализе уговорних одредби, а који би се морали утврдити упутствима и смерницама Комисије. Супротно, четири кумулативно-обавезујућа општа услова за изузеће од забране из чл. 11 практично само уносе правну несигурност за учеснике на тржишту Србије.

Споразуми мањег значаја су уведени као нови институт у праву конкуренције у Републици Србији. Закон разликује четири ситуације у зависности од врсте споразума. Међутим, имајући у виду различите потенцијалне ефекте које хоризонтални и вертикални споразуми по својој природи могу имати на конкуренцију на релевантном тржишту,

11 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 108; *AICIA v. CNSD*, [1993] OJ L203/27, [1995] 5 CMLR 495, пар. 40.

12 *Spanish Courier Services* [1990] OJ L233/19, [1991] 3 CMLR 560; *Aluminum Products* [1985] OJ L92/1, [1987] 3 CMLR 813; *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, пар. 7, 8.

13 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 111.

није јасно због чега Закон прописује релативно сличне граничне вредности тржишног удела учесника споразума за ове две врсте споразума. Економска истраживања су најиме показала да хоризонтални споразуми, тј. споразуми између конкурената, очекивано и редовно нарушавају конкуренцију и смањују благостање и да стога морају бити забрањени, сем у веома специфичним случајевима испуњености посебних прописаних услова. Насупрот томе, вертикални споразуми уобичајено доприносе повећању ефикасности и утичу на ограничење конкуренције само у случајевима ако су закључени између учесника на тржишту који уживају значајну тржишну снагу.¹⁴ Стога није јасно зашто је Закон предвидео за вертикалне уговоре да *кумулативни* тржишни удео учесника на сваком од релевантних тржишта не буде већи од 15%, а у односу на хоризонталне уговоре кумулативни тржишни удео од 10%. Закон у погледу споразума мање вредности преузима тржишне уделе који су прописани као граничне вредности за споразуме мањег значаја и у праву Европске уније, са изузетком управо у погледу вертикалних споразума, где је предвиђено да тржишни удео који поседује *свака од њих* у споразуму не сме бити већи од 15%.¹⁵

Истовремено, чл. 14 у циљу примене *de minimis* правила разрађује испуњеност услова тржишног учешћа остављајући могућност појединачног дефинисања релевантног тржишта производа/услуга, али јасно одређујући да се то учешће има ценити на релевантном географском тржишту Републике Србије. Оваква одредба свакако оставља могућности за тумачење у примени будући да су у пракси бројне могуће ситуације у којима је неопходно утврдити знатно уже релевантно географско тржиште од целе територије Републике Србије, а у којим случајевима би се имале применити одредбе чл. 14 Закона и када је учешће на тако дефинисаном релевантном тржишту значајно више од утврђених 10%, односно 15%.

Закон такође у чл. 14 ст. 2 наводи тешке повреде конкуренције, који изузетно доводе до примене одредби Закона и на споразуме мањег значаја. Закон је и овде преузео решења заступљена у законодавству Европске уније.¹⁶ Међутим, Закон је овде остао непрецизан и ситуације које се сматрају тешким повредама конкуренције су одређене на доста уопштен начин, што оставља могућност да се тешком повредом конкуренције сматрају и ситуације које то нису и не могу бити. Као

14 M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, стр. 32; *Guidelines on vertical restraints* COM (2000/C 291/01), пар. 6.

15 *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)*, пар 7(b).

16 *Ibid.*, пар. 11.

референтни пример који потврђује истакнуто, Закон као тешку повреду конкуренције наводи одређивање цена. Из текста Закона произлази да свако одређивање цена како у случају хоризонталних споразума, тако и у случају вертикалних споразума представља тешку повреду конкуренције.

У том смислу ваља ценити да уколико два конкурента на релевантном тржишту закључе уговор о истраживању и сарадњи, веома је вероватно да ће се у таквом уговору наћи и клаузуле које би регулисале цене производа и услуга које би конкуренти пружали један другом у циљу испуњења предмета уговора. Оно што може представљати проблем и представљати претњу конкуренцији на релевантном тржишту јесте ситуација у којој би конкуренти одредили цену по којој би продавали производ или услугу *и прећим лицима*, те би стога као тешку повреду конкуренције требало сматрати само овај последњи случај.¹⁷ Сличан пример би исто био случај вертикалног споразума у којем је наведена максимална цена по којој дистрибутер може даље продавати релевантан производ или је само наведена препоручена цена за даљу продају. На основу текста Закона овакве клаузуле би довеле до карактеризације споразума као споразума који за последицу има тешку повреду конкуренције. У теорији, као и у правима Европске уније¹⁸ и САД¹⁹ неспорно је да утврђивање максималне продајне цене у даљој продаји, као и навођење препоручене продајне цене у принципу не доводе до повреда конкуренције. Оно што међу теоретичарима ствара одређене спорове јесте утврђивање минималне продајне цене купцу као и одређивање фиксне препродајне цене као обавезујуће. Врховни суд САД је у пресуди у случају *Leegin* одбацио 96 година стару праксу по којој је одређивање цена у вертикалним уговорима била разматрана према строгим *per se* правилима и одлучио да се овакви случајеви убудуће разматрају на основу *rule of reason* стандарда.²⁰ И у праву Европске уније се може видети да се проблему регулисања даљих продајних цена приступа све рафиниранije, па се у нацрту нових Смерница²¹ који прате нацрт нове

17 *Ibid.*, пар 11(1)(a); *Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements*, чл. 5(1)(c).

18 *EC Treaty*, Art. 101(1); Case 161/84, *Pronuptia*, [1986] ECR 353, par. 25; *Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*, Art 4(a); *Guidelines on vertical restraints* COM(2000/C 291/01), чл. 47.

19 *Sherman Act*, Section 1; *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

20 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

21 *Draft Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints*, пар. 221, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_en.pdf.

Регулативе о групном изузећу вертикалних споразума²² налазе одредбе које наводе ситуације у којима и одређивање препродајних цена може бити оправдано: у случају ако произвођач представи нови бренд на тржишту, у случају координиране и краткорочне кампање смањења малопродајних цена као и случају избегавања употребе производа од стране великог дистрибутера као тзв. „*loss-leading*“ производа.

Сви ови примери показују да је одређивање продајне цене генерално као случај тешке повреде конкуренције *per se* сувише штур одредница, која може довести до погрешне примене овог института и наметања непотребних пословних ограничења учесницима на тржишту и да Закону овде недостаје детаљнија разрада и прецизирање случајева који под тај институт потпадају.

IV Злоупотреба доминантног положаја

Члан 15 став 1 дефинише услове под којима се сматра да учесник на тржишту има доминантан положај. Дефиниција је, у нешто скраћеној форми, преузета из немачког Закона о заштити конкуренције.²³

Дефиниција у старом Закону у чл. 16 је била преузета из европског права конкуренције. Дефиниција је била језички непрецизна, тј. у преводу су биле изостављене битне одреднице, тако да је на основу законског текста у доминантном положају био само онај учесник на тржишту који послује потпуно „независно од других учесника на тржишту, односно који доноси пословне одлуке не водећи рачуна о пословним одлукама својих конкурената...“, што је на тржишту веома ретка и крајње екстремна ситуација. Оригинална дефиниција Европског суда правде гласи: „Доминантан положај [...] се односи на економски јак положај који ужива одређени *undertaking*, који му омогућава да спречи постојање ефективне конкуренције на тржишту, и обезбеђује тржишну снагу да се понаша у *знајној мери* независно од својих конкурената, купаца и на крају и потрошача“. Овакав положај не искључује постојање конкуренције у целини, као што је случај код монопола или квази монопола, али омогућава да *undertaking* који од њега остварује корист, ако не да одређује, онда

22 *Draft Commission Regulation (EC) no .../.. of ... on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*; доступно на: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_regulation_en.pdf.

23 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, чл. 19, став 2, реченица 1. Немачки закон поред већ наведених, наводи и следеће критеријуме: везе са другим „*Unternehmen*“ (*undertaking*); фактичка или потенцијална конкуренција кроз „*Unternehmen*“ са седиштима како у оквиру, тако и изван територије примене закона; могућност да своју понуду и тражњу преусмере на другу робу и услуге, као и могућност супротне стране на тржишту да се пословно окрене другим „*Unternehmen*“.

у *знајној мери* утиче на услове под којима ће се таква конкуренција одвијати, и да у сваком случају доноси одлуке у *знајној мери* не водећи рачуна о конкурентима, све док му таква пракса не штети.²⁴ Постојање доминантног положаја се одређује на основу бројних квантитативних и квалитативних фактора, који се односе на природу и структуру тржишта: (а) тржишна снага (тржишни удели, еластичност тражње, прорачун профитабилности), (б) препреке за улазак на тржиште и тржишни раст, (в) структурални фактори, тј. карактеристике својствене релевантном тржишту (правне и административне препреке уласку на тржиште, *sunk costs*, динамичност тржишта), као и карактеристике својствене наводно доминантном учеснику на тржишту, (г) фактори који упућују на одређено пословно понашање.²⁵

Нова дефиниција коју Закон предвиђа је непрецизна и штура. Непрецизна је стога што је захтев којим Закон дефинише доминантан положај, тј. да конкурент на тржишту има *значајно бољи положај у односу на конкуренције* сувише уопштен и да би се применио захтева обимно тумачење што свакако не доприноси правној сигурности. Штура је зато што критеријуми наведени методом набрајања, а који треба да послуже у тумачењу усвојене дефиниције нису довољни да обухвате разноврсне ситуације које се у конкретним случајевима могу јавити. Из језичке формулације се закључује да је наведена листа конклузивна и не дозвољава примену додатних критеријума. Чак су и неки од критеријума присутних у немачком законском тексту, који је служио као узор, изостављени.²⁶

Имајући у виду, да у складу са SAA уговором, постојећи Закон треба тумачити и примењивати у складу са *acquis communautaire*, није јасна одлука законодавца да одступи од дефиниције преузете из европског права конкуренције, којој је недостајало прецизирање и да уведе нову, опет нејасну и штуру дефиницију, базирану на немачком праву конкуренције. Ово може довести до проблема у примени Закона у конкретним случајевима, као и његовом колизијом са применом SAA.

Закон у чл. 15 ст. 3 дефинише претпоставку колективне доминације ако између два или више учесника на тржишту не постоји значајна конкуренција и ако је њихов укупан тржишни удео 50% или више. Законодавац је и овде био инспирисан решењем немачког закона о заштити конкуренције, међутим, за разлику од свог узора и овде је остао непрецизан и изоставио две битне одреднице:²⁷

24 Case 85/76 *Hoffmann-La Roche (Vitamins)* [1979] ECR 461, стр. 38–39.

25 Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, Second Edition, Oxford 2007, стр. 323–335.

26 Види фусноту 24.

27 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, чл. 19, ст. 2.

- 1) да би се за два или више учесника на тржишту могао утврдити колективан доминантног положај потребно је да између њих не постоји значајна конкуренција у *војледу једне одређене робе или одређене услуге*, који је параметар за релевантно тржиште у конкретном случају, а не да између њих уопште не постоји значајна конкуренција; као и да
- 2) учесници на релевантном тржишту као целина морају испуњавати све услове предвиђене дефинисаним одредбама за утврђивање постојања доминантног положаја, у форми предвиђеној за тзв. појединачно доминантан положај.

Закон је у чл. 16 утврдио забрану злоупотребе доминантног положаја у форми генералне клаузуле, а затим је инспирисан решењима чл. 82 Уговора о оснивању Европске заједнице,²⁸ навео који се случајеви нарочито сматрају злоупотребом. Оно што је законодавац неоправдано изоставио је могућност појединачног изузећа од забране које је предвиђено у европском законодавству, а чији услови су слични условима за појединачно изузеће од забране рестриктивних споразума.²⁹ На овај начин је евентуална одбрана учесника на тржишту која би била заснована на повећању ефикасности и доказу да потрошачи у конкретном случају не трпе штету онемогућена, а самим тим и тест који је прописан Законом доводи до санкционисања као радњи злоупотребе случајеве који то не би требало да буду.

V Концентрације учесника на тржишту

Закон у чл. 17 дефинише појам концентрације, док је појам контроле дефинисан већ чл. 5 Закона. Истовремено, услове за оцену обавезе подношења захтева за одобрење концентрације законодавац је уврстио у чл. 61 Закона, па је учесницима на тржишту за оцену постојања обавезе неопходна логичко-правна радња увезивања садржаја текста чл. 5, 17, 61 и 63 Закона, односно за учеснике на тржишту хартија од вредности и члана 64 Закона.³⁰

28 Чл. 102 у новој нумерацији чланова, Анекс Уговора о функционисању ЕУ из Лисабона, доступно на: <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0202:022 9:EN:PDF>.

29 *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, пар. 30; *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, пар. 84.

30 Поред бројних других неадекватних употреба термина, а превасходно простим погрешним преводом бројних института у предметном Закону исти је наведен као пример будући да *ноификација* може имати само значење *најаве, обавести* и сл., а никако и захтева.

Услови из члана 61 Закона су апсолутно нови у односу на раније законско решење, којим је законодавац очигледно желео да изађе у сусрет свим упућеним примедбама и утврди значајно више прагове за обавезу пријаве концентрације, а како би се избегле ситуације у којима је само један од учесника у концентрацији испуњавао обавезне услове пријаве из чл. 23 старог Закона.

Међутим, законодавац након прописивања виших прагова за пријаву концентрација уноси нову формулацију, управо супротно циљу спречавања административног оптерећивања Комисије и учесника на тржишту контролом тржишно безначајних концентрација, увођењем ст. 3 наведеног чл. 61. Наиме, овом одредбом уведена је обавеза пријаве концентрације за сваку промену контроле која се спроводи по основу *йройиса којим се уређује йреузимање акционарских друштва*, независно од испуњености услова из чл. 61 ст. 1 Закона. Поред основног нераздевања циља контроле концентрација, законодавац је поново пропустио да усклади обавезе учесника на тржишту хартија од вредности, у складу са прописима којима се уређује пословање ових привредних друштава, и одредби о обавези пријаве и контроле концентрација. Наиме, Закон у чл. 63 ст. 1 тач. 2 предвиђа обавезу пријаве концентрације у року од 15 дана од извршења прве од наведених радњи, између осталих и *објављивања јавној йозива, односно йонуде или зайварања йонуде*. Крајње је нејасно стога када се то може затворити јавна понуда, а да претходно иста није ни објављена. Уместо очекиваног решења да се Законом обезбеди могућност пријаве концентрације по затварању понуде и утврђивању да ли је контролно учешће уопште обезбеђено тј. да ли је уопште спроведена концентрација, Закон у чл. 64 обезбеђује могућност да се концентрација одмах *нойификује* и закључком председника Комисије обезбеди прекид спровођења концентрације. Сада би несрећно изабрани термин *нойификације* у конкретном случају и могао наћи своју адекватну улогу јер би обезбедио само обавест о намераваном преузимању, које би преузимање било пријављено Комисији само након што је контролно учешће и обезбеђено.

VI Независност и самосталност рада органа Комисије

Веома важно питање у поступку имплементације закона и политике конкуренције на тржишту Србије представља и питање на који начин су регулисани положај и самосталност Комисије за заштиту конкуренције. У том смислу није довољно одређење понуђено у чл. 20 Закона да је Комисија *самостјална и независна организација која врши јавна овлашћења*. Оваквом одредбом је законодавац морао имати у виду

не само декларативно одређење већ и заиста циљ да се тумачење и примена Закона заснива искључиво на економским и правним основама, а никако под политичким притиском или пак финансијско-буџетским ограничењима.

У поступку одлучивања и доношења одлука Комисије очигледно је да је новим законским решењима учињен крупан корак уназад. Наиме, Законом се превиђа установљавање два органа Комисије³¹ – Савет Комисије и председник Комисије. Савет је предвиђен као колегијални орган који доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије, а чине га председник Комисије и четири члана. Дакле, овде је утврђен један специфичан систем који предвиђа, опет само декларативно, колегијални орган – Савет док заправо о свим битнијим питањима одлучује *скривени инокосни орган* Комисије тј. председник Комисије који је и сам део колегијалног органа. Предвиђени систем одлучивања је стога пре свега инокосни имајући у виду сва Законом прописана овлашћења за одлучивање председника Комисије, независно од става па и мишљења Савета Комисије. Председник Комисије стога ужива најшира овлашћења која се пре свега огледају³² у следећем: (а) доноси закључак о покретању поступка; (б) одлучује о спровођењу скраћеног поступка и доноси решење у скраћеном поступку; (в) доноси закључак о спровођењу увиђаја и вештачења; (г) доноси закључак и о спровођењу ненајављеног увиђаја; (д) доноси закључак о привременој мери; (ђ) доноси закључак о прекиду поступка, односно о наставку поступка; (е) овлашћује појединачна службена лица за спровођење поступка у сваком појединачном случају; (ж) једини је овлашћен да преиспита садржај комуникације у случају могуће злоупотребе привилеговане комуникације из чл. 51 Закона.

Све наведено практично значи да је председник Комисије и једини надлежан да одлучи да ли ће, када и по ком основу бити покренут поступак против одређеног учесника на тржишту, да ли ће се и које истражне радње предузети у покренутом поступку, да ли ће овлашћена лица Стручне службе спровести ненајављени увиђај, да ли ће се прекинути поступак ако је по мишљењу искључиво председника Комисије конкуренције нарушена само незнатно, односно да ли ће се прекинути једном започети поступак, као и да ли ће се учеснику на тржишту изрећи привремена мера или не. Истовремено, председник Комисије је једини надлежан да одлучи да ли ће одређена концентрација бити решавана у скраћеном поступку³³ и истовремено је аутономан у издавању решења за одобрење спровођења концентрације у скраћеном поступку.

31 Чл. 22 Закона.

32 Председник Комисије ужива и бројна друга овлашћења мањег значаја независно од Савета.

33 Дакле, без разматрања и одлучивања у оквиру другог органа, тј. Савета Комисије.

Законодавцу је морало бити познато да се инокосни орган нигде није показао као целисходно и адекватно решење, а с обзиром на изузетно тешку позицију са којом је свако тело за заштиту конкуренције суочено у поступку одлучивања. Тако је у Немачкој разрађен систем колегијалних органа³⁴ надлежних искључиво за доношење одлука. Истовремено, ни председник Немачког тела за заштиту конкуренције³⁵ не може имати директног ни индиректног утицаја на доношење одлуке. У УК је 2002. године измењен инокосни систем одлучивања оснивањем *Office of Fair Trading* као и другог тела за заштиту конкуренције *Competition Commission*. Циљ оснивања оба тела као колегијалних органа је управо било ограничавање овлашћења која је до тада уживао Министар. Са истим циљем је спроведена и реформа у Холандији 2005. године од када је утврђен трочлани одбор у НМа³⁶ као колегијално тело за доношење одлука.

Сам циљ законодавца при утврђивања инокосног органа са најширим овлашћењима стога остаје непознаница³⁷ за ауторе овог текста утолико више што исти представља корак у супротном правцу од онога које су друге државе предузимале на основу ранијих лоших искустава, а који је био утемељен у ранијем Закону о заштити конкуренције.

Закон такође уводи и спецификује систем рада Савета у сваком поједином случају предвиђајући да председник Комисије одређује извештиоца који у сарадњи са службеним лицем припрема предлог одлуке и извештава Савет о свим битним чињеницама и околностима случаја.³⁸ Овакво одређење је свакако на штету свих странака у поступку будући да исти *извештилац* ужива и право гласа на седници Савета. Истовремено, оваквим системом, у којем председник Комисије фактички надгледа, предлаже и одобрава сваку радњу у поступку и други глас при одлучивању Савета може бити обезбеђен и пре него *извештилац* припреми одлуку и обавести Савет о резултатима спроведеног поступка.

На независност и самосталност рада Комисије свакако утицај може имати и предвиђени начин финансирања Комисије. Иако је сасвим јасно и оправдано да Комисија не може и не сме остваривати приход из изречених мера³⁹ у потпуности је нејасан циљ одредбе чл. 57

34 Beschlussabteilungen.

35 Bundeskartellamt.

36 Nederlandse Mededingingsautoriteit.

37 Осим уколико циљ није утврђивање мањеј броја *карика у ланцу* преко којих се може остварити утицај на независност и самосталност рада организације.

38 Чл. 25 Закона.

39 У неким државама ЕУ је ипак установљени и систем процентуалног одбитка од изречене мере за финансирање тела за заштиту конкуренције.

ст. 4 Закона којим се предвиђа да се *камате и остали трошкови* у поступку судске контроле решења Комисије исплаћују на терет Комисије. Оваквом одредбом се свакако угрожава независност и самосталност рада Комисије будући да је иста изложена, у складу са изразито високо прописаним управним мерама,⁴⁰ и могућим изразито високим трошковима у поступку судске контроле пред Управним судом. Истовремено, није јасно ни како је законодавац предвидео да Комисија у предлогу финансијског плана који доставља Министарству финансија и Влади на одобрење за сваку наредну годину предвиди евентуални исход окончања будућих управних поступака и судске контроле истих, као и висину мера, камата и трошкова који могу чинити расход Комисије. Овакво решење свакако може довести до тога да средства за рад па стога и обављање поверених послова Комисије буде блокирано за све време трајања судског поступка остваривања права учесника на тржишту на повраћај исплаћене мере, камата и свих припадајућих трошкова.

Gorana KRŠIKAPA, LL.M. (Amsterdam Law School)
PhD Researcher at the Freie University, Berlin

Miloš ANDROVIĆ, LL.M. (Amsterdam Law School)
Senior Expert Associate in the Commission for the Protection of Competition

DEFAULT SOLUTIONS ADOPTED IN THE NEW LAW ON PROTECTION OF COMPETITION

Summary

This article contains general and individual objections on deficient solutions introduced in the new Law on Protection of Competition, in force as of November 1, 2009. The authors of the text have been primarily concerned with the lack of clarity in defining particular legal provisions that could prove to be important in regards of the legal safety and adequate enforcement in the administrative procedure and judicial review. These are expected to prove purposeless taking into account its ambiguity and likely doubtful interpretations. The article*

⁴⁰ До 10% укупног годишњег прихода.

* This article is a summary version of the comment on the new Law; full text is available upon request submitted to the authors; the expressed opinions and positions are solely of the authors assuming full responsibility for it.

does not contain direct guidance and/or proposals for modifications of the identified defaults and does not represent conclusive and final list of all recognized deficiencies. However, it stresses out the most important ones, in the opinion of the authors, which represent threat for both market participants on the territory of the Republic of Serbia and alike for the Commission for Protection of Competition, acting as a regulatory body enforcing the new Law.

Key words: *agreements, restrictive, abuse, dominant, concentration, independent, Commission, competition.*

Бојдан ГЕЦИЋ
адвокат

ЗНАЧАЈ НОВОГ SIEC ТЕСТА У ПОСТУПКУ КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА *

Резиме

Године 2004. Евројска комисија је усвојила нову уредбу о контроли концентracија којом је уведен нови сујстaнaтивни тeст за оцeну дозвољеностa концентracија, а којим је замењен прeтходни тeст доминaнтностa. Нови тeст се назива тeст постојања значајног нарушавања ефикасне конкуренцијe, односно SIEC тeст.

Прагмeти овај пример, 2005. године, Народна скупштина Републике Србије усвојила је Закон о заштити конкуренцијe, који је накнадно замењен новим Законом о заштити конкуренцијe 2009. године. Првобитни српски Закон, као и његов тренутни наследник, представљају трансформације правила конкуренцијe Евројске уније укључујући и нови SIEC тeст.

У овом раду разматрам разлоге за реформу као и утицај новог тeста у контроли концентracија како у ЕУ тако и у Србији.

Чини се да је главни значај увођења новог SIEC тeста још увек не толико у примени колико у чињеници да се његовим увођењем показује недвосмислена намера да се прихвати већина изнетих разлога за реформу сујстaнaтивног тeста, као и да се јасно укаже на будући правац контроле концентracија на евројском нивоу.

Кључне речи: конкуренција, SIEC тeст, SLC тeст, контрола концентracија, Евројска унија, Србија, реформа.

* Становишта изнета у овом чланку представљају лични став аутора и ни на који начин се не могу сматрати званичним ставовима адвокатске канцеларије Карановић & Николић ОД.

I Увод

Након двогодишњег периода припреме, Европска комисија 1. маја 2004. године усвојила је нову Уредбу о концентрацијама (енг. *EC Merger Regulation*; у даљем тексту: *ECMR*)¹ којом се замењује претходна Уредба о концентрацијама ЕУ од 1990. године (у даљем тексту: Стара уредба).² Најконтроверзније питање током периода припреме *ECMR*-а које је било и предмет најинтензивније дебате је било усвајање новог теста за оцену дозвољености концентрација, односно теста постојања значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције (енг. *Significant Impediment of Effective Competition test*), тзв. *SIEC* тест. У Србији је 2005. године донет Закон о заштити конкуренције,³ који је 2009. године стављен ван снаге доношењем новог Закона о заштити конкуренције.⁴ Оба наведена законска акта представљају потпуну рецепцију европског права конкуренције и стога, оба су у потпуности усвојила нови *SIEC* тест из *ECMR*-а.

Овај рад се бави проблематиком разлога за доношење новог теста и питањем да ли је овај тест произвео икакве суштинске промене приликом оцене концентрација, и ако јесте, које? Првенствено ћу, у потрази за одговором на наведену проблематику, приступити упоредноправној анализи претходно постојећих тестова у англо-америчким и европским јурисдикцијама, као најзначајнијим правним системима из области права конкуренције. Након тога ћу извршити преглед најзначајнијих разлога који су били навођени приликом истицања захтева за промену Старе уредбе и дефинисања новог *SIEC* теста. Коначно, размотрићу дејство примене новог теста приликом оцењивања дозвољености концентрација, посебно са економског аспекта, који је иначе главни природно правни *ratio* права конкуренције.

II Значај и преглед постојећих супстантивних тестова

Суйсџанџивни тјестови, међу које спада и *SIEC*, су различити тестови у праву конкуренције који се користе као основни критеријум који дефинише обим оцене правне дозвољености одређене концентрације

1 Уредба Европске комисије бр. 139/2004 од 20. јанура 2004. године (*Official Journal L 24, 29.1.2004*), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>.

2 Уредба Европске комисије бр. 4064/09 од 21. децембра 1990. године (*Official Journal L 395*), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>.

3 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005).

4 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

учесника на тржишту у одређеној јурисдикцији (нпр. Европска унија, Сједињене Америчке Државе или Србија). Најпре је неопходно објаснити генерални значај супстантивних тестова, односно начина њиховог дефинисања.

Наиме, начин на који се регулишу супстантивни тестови има пресудан значај приликом оцене дозвољености одређене концентрације. Супстантивни тест прописује обим и оквир у којем је одређени државни орган надлежан за заштиту конкуренције овлашћен да иде приликом испитивања дејства и дозвољености једне концентрације учесника на тржишту. Ово другим речима значи да једна концентрација може бити проглашена као недозвољена искључиво из разлога који се могу подвести под супстантивни тест, односно да све концентрације, које би хипотетички могле да, са економске тачке гледишта, имају негативне последице по конкуренцију, а које се не могу подвести под критеријуме предвиђене одређеним супстантивним тестом морају бити проглашене као дозвољене.⁵ *Vice versa*, у зависности од дефинисања теста, постоји такође опасност да државни орган надлежан за заштиту конкуренције забрани спровођење концентрације на основу испуњености критеријума предвиђених одређеним супстантивним тестом, иако у стварности предметна концентрација не би значајно ограничила, нарушила или спречила конкуренцију на релевантном тржишту или би чак имала и потпуно супротно, позитивно дејство по општу добробит потрошача.⁶

Постоји више врста супстантивних тестова од којих су, не рачунајући нови *SIEC* тест, најзначајнији *SLC* тест и тест доминантности.

1. *SLC* тест

Супстантивни тест који је у примени у већини англо-америчких јурисдикција,⁷ од којих су засигурно, са аспекта права конкуренције, најзначајније САД, назива се тест суштинског смањења конкуренције (енг. *Substantial Lessening of Competition Test*), познатији као *SLC ѿесѿ* или *ѿесѿ конкуренције*.

SLC тест је у како правној тако и економској стручној јавности⁸ изузетно хваљен због своје флексибилности приликом оцене дозвоље-

5 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, „The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control“, *European Competition Journal*, Vol. 2, No. 1, April 2006, стр. 9.

6 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 11-12.

7 Тест се користи у САД: Clayton Act 15 USC 18, S. 7; Аустралији: Trade Practices Act 1974, S. 7; одскопа је усвојен и у Уједињеном Краљевству: Enterprise Act 2002, S. 35.

8 Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law – 2nd edition*, Oxford, 2004, стр. 910-916.

ности концентрација. Ово поготову, с обзиром на чињеницу да тест оставља могућност да постојање *било које* суштинског, односно значајног смањења конкуренције може бити подложно оцени и евентуалном санкционисању, невезано од тога да ли то за искључиву последицу има стварање или јачање доминантног положаја (као што је то случај код ранијег европског теста, познатијег као *шесџ доминантно-сџи*). Наиме, једна концентрација се сматра да би могла да доведе до суштинског смањења конкуренције када се може претпоставити да ће доћи до таквог смањења ривалитета између конкурентних учесника на тржишту да би то за последицу имало штету по потрошаче. Суштина концепта *SLC* теста је у компарацији стања и ефеката по конкуренцију на релевантном тржишту пре спровођења концентрације у односу на хипотетичко стање након спровођења концентрације.⁹

Стога, *SLC* омогућава контролу и оних концентрација које доводе до тзв. *унилатералног ефекта* (или још познат као некоординисана дејства)¹⁰ као и употребу *приговора ефикасности*,¹¹ која ће оба бити касније објашњена. Такође, овај тест је омогућио, нарочито у САД, примену веома значајних нових метода економске анализе,¹² приликом оцене концентрација, у компарацији са скоро ригидном применом структурног модела анализе у Европској унији.

2. Тест доминантности

Други значајан супстантивни тест који је познат у праву конкуренције потиче из права Европске уније и био је регулисан Старом уредбом из 1990. године. Овај тест је био познатији и као *шесџ доминантносџи* и предвиђао је забрану:

„стварања или јачања доминантног положаја које за последицу има значајно нарушавање ефикасне конкуренције на заједничком тржишту или његовом значајном делу“.

Штавише, није било изненађујуће што је Стара уредба преузела концепт доминантног положаја у свом супстантивном тесту, с обзиром да је овај појам коришћен у члану 82 Римског уговора из 1957. године, као и у члану 66(7) сад већ истеклог Париског уговора о угљу и челику из 1951. године. Наиме, у време када је усвојена Стара уредба већ је била

9 Maher M. Dabbah, *EC and UK Competition Law*, Cambridge, 2004, стр. 529.

10 Richard Whish, *Competition Law – 6th edition*, стр. 852.

11 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 9.

12 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, доступно на: http://preprodpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153661&rec=1&srcabs=985509, стр. 7.

развијена разумна количина судске праксе у вези са значењем појма доминантности у смислу члана 82 Римског уговора. Стога, било је крајње сврсисходно да се ова судска пракса употреби приликом примене тада тек усвојене Старе уредбе, а ради контроле концентрација.¹³

Иако је у теорији и пракси Европске комисије и Европског суда правде (у даљем тексту: ЕСП) дуже време вођена дискусија око алтернативних тумачења теста доминантности, судови ЕУ¹⁴ су утврдили да се тест доминантности састоји од два кумулативна услова који наступају један за другим.¹⁵ Наиме, једна концентрација ће се сматрати забрањеном ако: (i) доводи до стварања или јачања доминантног положаја, *као и ако* (ii) резултат такве промене тржишне структуре буде имао за последицу „значајно нарушавање ефикасне конкуренције“ – односно *SIEC*. Другим речима *постојање доминантности је неопходан*, али недовољан услов за забрану одређене концентрације.¹⁶

Стандардна дефиниција доминантности је била постављена у случају *United Brands v Commission*,¹⁷ где је ЕСП утврдио да: „*протоисани* (чланом 82) *доминантни положај предвиђа положај економске снаге који ужива учесник на тржиштима, а који му омогућава да директно одржавање ефективне конкуренције на релевантном тржиштима тиме што има моћ да се онаша у одређеној мери независно од својих конкурентима, купаца и у крајњој линији од својих потрошача.*“ Наведена правна дефиниција је, стога, веома блиска, економској дефиницији значајне тржишне снаге која претпоставља способност утицаја на значајне параметре конкуренције, а поготову могућност профитабилног и дугорочног повећања цена високо изнад нивоа конкурената. Стога, произлази да доминантан учесник на тржишту поседује значајну тржишну снагу.¹⁸ Овакво схватање појма доминантности је значајно за даље разматрање *разлоја* за промену теста.

Међутим, сам тест доминантности је у Европској унији довео до (i) скоро ригидне употребе структурне економске анализе која занемарује остале методе за оцењивање потенцијалних будућих ефеката концентрације по тржиште, као и до (ii) занемаривања да се испитају

13 Richard Whish, *нав. дело*, стр. 852.

14 Правосудни систем Европске уније се састоји од Суда прве инстанце Европских заједница, Првостепеног суда и од Суда правде Европских заједница, за више информација погледајте на: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty/nice_treaty_legal_en.htm.

15 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 3.

16 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 5–7.

17 Видети Case 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission* [1978] 1 CMLR 429.

18 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 3–4.

општи ефекти одређене концентрације, поготову по општу добробит потрошача, за разлику од САД.

III Појам новог SIEC теста

Нови супстантивни тест за оцену концентрација које могу имати утицаја на јединствено тржиште ЕУ је дефинисан у члан 2(3) ЕСМР-а и гласи:¹⁹

„Концентрација која би значајно нарушила ефективну конкуренцију, нарочито стварањем или јачањем доминантног положаја на заједничком тржишту или његовом значајном делу, биће проглашена као несјојива са заједничким тржиштем.“

Као што сам раније напоменуо, позитивно српско право конкуренције представља потпуну рецепцију права Европске уније, односно у овом случају наведене одредбе ЕСМР-а. Наиме, оба српска Закона о заштити конкуренције су у потпуности усвојила нови SIEC тест, тако да можемо рећи да је он у Србији званично у примени од 2005. године.

Стога, наш пандан одредби ЕСМР-а, члан 19(1) (дозвољеност концентрација) новог српског Закона о заштити конкуренције, који је почео да се примењује од 1. новембра 2009. године²⁰ прописује да:

„Концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим ако би значајно ојраничиле, нарушиле или сјречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ојраничавање, нарушавање или сјречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја.“

Као што се види, нови SIEC тест предвиђа, да свака концентрација која доводи до било каквог значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције ће бити сматрана недозвољеном и санкционисана у складу са законом, а не само она која води до стварања или јачања доминантног положаја, односно она која је утврђена применом теста доминантности. Међутим, SIEC тест оставља могућност примене теста доминантности као нарочито, односно приоритетног критеријума приликом утврђивања постојања значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције. Разлози за одабир оваквог текста приликом прописивања одредби SIEC теста су објашњени у наставку.

19 Слободан превод са енглеског на српски, за оригинални текст на енглеском погледајте: ЕСМР, Article 2(3), доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004 R0139: EN:NOT>.

20 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/2009), чл. 19(1).

IV Разлози за промену и дефинисање новог *SIEC* теста

Доношењу нове *EMCR*, којом је усвојен *SIEC* тест претходила је велика дискусија о правцима и разлозима за реформу супстантивног теста. У основи, сви разлози за реформу теста се могу поделити у две велике групе: прве, који су претежно правни по својој природи, и друге који су претежно економски, с обзиром да су више усресређени на економску анализу и ефекте, а и да потичу углавном од економиста. Наглашававам да су разлози *ирејшежни*, с обзиром на чињеницу да, од свих грана права, у праву конкуренције је спој економије и права најинтензивнији, те је, стога, веома незахвално правити изричите дистинкције између ове две области.

1. Претежно правни разлози

У ову групу разлога се могу издвојити скоро сви „главни“ разлози истицани током поступка реформе, односно они који су јавно били декларисани као најзначајнији: (i) питање унилатералних ефеката и приговора ефикасности; (ii) одвајање од правне праксе настале на основу члана 82; (iii) покушај хармонизације контроле концентрација на глобалном нивоу.

Наиме, (i) један од директних разлога за реформу теста доминантности је било питање његове примене у случају постојања *унилатералних ефеката на олигополистичком тржишту*. Главни случај који је дао повода за ову аргументацију био је амерички *Babyfoods*.²¹ Америчка Федерална комисија за трговину (енг. *Federal Trade Commission*; у даљем тексту: *FTC*), једно од тела надлежних за заштиту конкуренције у САД, није одобрило концентрацију између *Heinz Co*, америчког трећег по величини произвођача хране за бебе (са тржишним уделом од оквирно 15 процената), који је желео да стекне контролу над друштвом *Milnot Holding Corporation*, чије зависно друштво, *Beech-Nut*, је било други највећи произвођач хране за бебе у САД (са тржишним уделом од око 17 процената). Дакле, након концентрације, новонастали учесник на тржишту би имао укупно око 33 процента тржишног удела, док би друштво *Gerber*, недвосмислено остало доминантни учесник на тржишту са 65 процената. Стога, наведена концентрација сигурно не би довела до стварања или јачања доминантног положаја. Међутим, *FTC* опет није одобрила ову концентрацију обзиром да је сматрала да би она довела до значајног смањења конкуренције (примена *SLC* теста) тиме што би након концентрације новонастали учесник на тржишту *унилатерално*

21 *FTC v HJ Heinz Co* 16 F Supp 2d 2000.

(без било каквог договора са *Gerber*-ом) могао да подигну цене и успори иновације. Оваква појава се назива *унилатерални ефекат* или још *некоординисано дејство* на олигополистичком тржишту.²² Стога, било је тврђено,²³ да у истој ситуацији, Европска комисија, применом теста доминантности, не би имала избора, него да одобри концентрацију, иако је било недвосмислено јасно да би она имала значајно лоше ефекте по конкуренцију. Другим речима, сматрано је да Стара уредба садржи *йравну йразнину* (енг. *gap case*).

Такође, у линији ове аргументације, и у обрнутој ситуацији, односно када се концентрацијом достиже неопходни минимални праг од преко 40 процената или када учесник на тржишту који је већ доминантан (нпр. поседује преко 40 процената тржишног удела) намерава да стекне другог учесника на тржишту са чак и веома малим тржишним уделом, Европска комисија заузела је, 1999. године, став да: „*стйваранем доминантнйной йоложаја... аргументнйи ефикасностйи... не моју се узетйи у обзир йриликoм оцeне йредметнe концентйрације.*“²⁴ Ово, другим речима, значи да свака концентрација која доводи до промене у процентима учешћа на тржишту изнад одређеног процента (нпр. минималних 40%) се начелно има сматрати забрањеном и штетном чак иако настанак или јачање таквог доминантног положаја ствара позитивне ефекте на тржишту и по потрошаче. На тај начин је, заправо, потпуно искључен *йриовор ефикасностйи* као значајно средство приликом процене концентрација, који је иначе у употреби у *SLC* јурисдикцијама. Стога, применом Старе уредбе, Европска комисија је потенцијално санкционисала и концентрације које није требало, односно супротно самом *ratio legis*-у права конкуренције.

Други разлог за промену, препознат од саме Европске комисије и великог броја правника је била (ii) потреба за прекидом везе која је постојала између Старе уредбе и члана 82. Римског уговора (постојање злоупотребе доминантног положаја). Наиме, одређени број правника је исказивао бојазан да би тренд ширења дефиниције доминантног положаја у случајевима контроле концентрација (у смислу раније наведеног појма значајне тржишне снаге, а како би се обухватили и раније наведени тзв. случајеви правних празнина) имало за последицу истоврсно ширење ове дефиниције у случајевима злоупотребе доминантног положаја (где се овај појам много рестриктивније тумачи): *јер како једну истйу йравну дефиницију у йраву конкуренције йумачийи у различийим*

22 Alison Jones, Brenda Sufryn, *EC Competition Law – 3rd edition*, Oxford, 2008, стр. 1006–1007.

23 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, стр. 3.

24 European Commission, „Contribution to Efficiency Claims in Mergers and Other Horizontal Agreements“, *O.E.C.D./GD(96)65*, 1996.

ситуацијама различито?²⁵ То би за последицу имало увођење велике конфузије и отварање врата правној несигурности. Стога, било је неопходно довољно чврсто одвојити критеријуме из супстантивног теста од случајева злоупотребе доминантног положаја, а да се при том сачува преко десет година успешне праксе Европске комисије и судова ЕУ у области контроле концентрација, засноване на Старој уредби.

На крају, као један од такође значајних циљева, навођена је потреба (iii) хармонизације примене контроле концентрације на светском нивоу, а поготову на релацији САД и ЕУ. Ово посебно ако се узму у обзир случајеви попут *Babyfoods*-а, где би се десила ситуација да иста концентрација буде одобрена на америчком тржишту, а забрањена у Европској унији. Међутим, у својој Зеленој књизи из 2001. године о реформи Старе уредбе,²⁶ где је разматрано питање напуштања теста доминантности ради усвајања *SLC* теста, Европска комисија је навела да није сасвим уверена у исправност разлога хармонизације делимично због могуће правне несигурности коју би прелазак на *SLC* тест произвео на европском нивоу (обзиром да су скоро све европске земље биле усвојиле тест доминантности), као и због генералне несигурности коју би на нивоу ЕУ произвело потпуно напуштање критеријума доминантности (узимајући у обзир сву претходну праксу Европске комисије и судова ЕУ). Стога, било је неопходно наћи неко средње решење.

2. Претежно економски разлози

Идентификована су и два реална проблема, по мишљењу економиста, која постоје у вези са тестом доминантности. Први се тиче *примене нових метода* економске анализе приликом контроле концентрација, док се други односи на *обим анализе* која се врши.²⁷

Наиме, (i) *структурна анализа* која је инхерентна тесту доминантности је трпела критике како у САД тако и ЕУ. Структурна анализа се заснива на употреби одређених критеријума, који се сви заснивају на одређивању *структуре* релевантног тржишта, попут одређивања релевантног тржишта, тржишних удела, баријера за улазак других учесника на тржиште, недостатак куповне моћи (енг. *buyer power*) итд. (ово су *exempli causa* критеријуми дефинисани чланом 82 Римског уговора). Структурна анализа представља тзв. *индиректан метод* за предвиђање,

25 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, стр. 6.

26 Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89, COM(2001) 745/6 final, 11.12.2001.

27 Giorgio Monti, „The New Substantive Test in the EC Merger Regulation – Bridging the Gap Between Economics and Law“, стр. 6–10.

односно доказивање негативних ефеката по конкуренцију. Она је индиректна зато што се сами ефекти никада или веома ретко испитују, већ се анализа завршава када су задовољени наведени критеријуми (нпр. достигање прага од 40% удела на релевантном тржишту). Позитивна страна ове методе је што је релативно једноставна за примену, Европска комисија и национални органи за заштиту конкуренције имају богату праксу у њеној примени (што помаже и учесницима на тржишту у смислу рационалних очекивања која концентрација може доћи под лупу контроле) и она је донекле јефтин метод, који не захтева пуно средстава и времена. Међутим, негативна страна овог метода анализе је што он задовољавајући се само структурним критеријумима може да превиди стварне ефекте одређене концентрације по тржиште, односно да потцени или прецени наведене ефекте. Ово, поготову, важи за случајеве унилатералних ефеката.

С друге стране, развој економије у области конкуренције, као и економетрије сугерише промену метода којима се испитују потенцијални ефекти концентрације, са индиректне, на више директне методе. Постоје три занимљива приступа која треба напоменути, односно три нова метода, који такође представљају значајне разлоге за реформу супстантивног теста.

Први метод је тзв. *хийоџеџички џесџи џржиџне снаџе*, који предвиђа израчунавање профитабилности одређеног повећања цена. Другим речима, покушава да се утврди колику добит би остварио новонастали учесник на тржишту након концентрације, ако би повећао своје цене у одређеном износу. Правило је да све концентрације које би омогућиле да новонастали учесник на тржишту профитабилно подигне цене између 5 до 10% би требало забранити. Резултат ове анализе је независан од дефиниције релевантног тржишта и појединачног удела новонасталог учесника на тржишту (односно да ли је нпр. достигао минимални праг од 40%).

Други метод је употреба тзв. *сџугија случаја* (енг. *event studies*). Овај метод се заснива на схватању да концентрација која је ефикасна је неповољна по конкуренте (у смислу да повећава конкуренцију на тржишту), док концентрација која ствара значајну тржишну снагу је корисна за конкуренте (у случају да и они могу да подигну своје цене). Овај метод предлаже коришћење и праћење резултата на берзи изазваних најавом концентрације, односно у случају да цене акција конкурентата скоче, концентрација је противна конкуренцији, јер инвеститори предвиђају да ће и конкуренти моћи да подигну своје цене чиме и њихова вредност на берзи скаче и обрнуто. Овај метод, сам по себи, не би био довољан приликом оцене концентрација, али може бити користан за доказивање да негативни ефекти одређене концентрације могу да

се огледају не само у могућности једностраног повећања цена од стране новонасталог учесника на тржишту већ и у могућности повећања цена његових конкурената.

Последњи значајан метод су *симулације концентрације*. Оне се врше узимањем у обзир ценовне функције и функције тражње за релевантни производ. Након тога се добијени подаци користе за израчунавање цене која би била постигнута концентрацијом два или више учесника на тржишту.

Ово су веома софистицирани методи, који захтевају много више средстава, времена и обучености у односу на структурни тест. У суштини, све мане и врлине структурног теста у овом случају важе *vice versa*. Најбитнија предност ових метода је што они предвиђају реалне ефекте концентрације на повећање цена и смањење понуде без претходног дефинисања релевантног тржишта и тржишних удела.

Кад је у питању други претежно економски разлог, (ii) *обим анализе* одређене концентрације, проблем са тестом доминантности је што се он, у суштини, заснива на предвиђању само негативних економских ефеката по конкуренцију које може да изазове новонастали учесник на тржишту, занемаривајући процењивање потенцијалног понашања осталих конкурената. Као што сам навео код студија случаја, данас је сасвим евидентно да негативне последице концентрације могу да се изразе како у понашању самог новонасталог учесника на тржишту (једностраним смањењем цена или смањењем понуде) тако и некоординисаним повећањем цена од стране осталих конкурената. Наиме, у случају да, након повећања цене од стране новонасталог учесника на тржишту, конкуренти нису у стању да повећају свој обим понуде задржавајући исту цену и тиме ефикасно конкуришу новонасталом учеснику, и они сами ће бити наведени да повећају цене.

Стога, суштина проблема са тестом доминантности је што он занемарује опште ефекте једне концентрације и може да доведе до потцењивања или прецењивања негативних ефеката такве концентрације по конкуренцију.²⁸

3. Дефинисање новог *SIEC* теста

Услед свега претходно наведеног, и услед потребе за једногласним решењем на нивоу ЕУ (с обзиром на различите и опречне предлоге држава чланица ЕУ), коначни резултат поступка реформи је било једно класично решење у духу Европске уније, једноставно, а крајње интелигентно. Наиме, Савет ЕУ је одлучио да се текст претходног теста до-

28 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 9-12.

минантности тако преуреди да критеријум постојања или јачања доминантног положаја уместо да буде предуслов, као до сада, постане *само један од критеријума* приликом процене одређене концентracије. На тај начин уведена је широка могућност примене свих метода економске анализе, економских и правних разлога који су постојали за увођење SLC теста, обзиром да је Европска комисија сада овлашћена да врши контролу *било које* концентracије која може да има значајно негативне ефекте по конкуренцију.

С друге стране, задовољен је и услов очувања правне сигурности и континуитета са претходном праксом Европске комисије и судова Европске уније, с обзиром да критеријум доминантности није избрисан из супстантивног теста.

Стога, усвајањем новог SIEC теста, поље примене контроле концентracија у ЕУ је значајно *проширено*, а да није усвојен SLC тест.²⁹

V Примена новог теста

У вези са питањем примене новог теста, овде је корисно да се осврнемо прво на дејство новог теста на нивоу Европске уније, а онда, да испитамо, да ли је уопште и какав утицај нови тест имао у српском праву конкуренције.

1. Примена у Европској унији

Обзиром на чињеницу да је EMCR донета тек 2004. године, односно да се нови тест примењује нешто краће од пет година још увек је рано да се да коначна оцена око ефеката његове примене на нивоу Европске уније.

Прво, евидентно је било још приликом усвајања новог SIEC теста, да се Европска комисија удаљила од структурног приступа и анализе и почела да употребљава и друге методе анализе које су више базирани на општим ефектима концентracије.³⁰ Штавише, у одлукама Европске комисије, које датирају још из тог времена, реч „доминантност“ је све мање присутна, осим у случајевима када је тржишни удео учесника на тржишту изузетно висок (нпр. преко 65%),³¹ стога није могуће дати тачну процену утицаја новог теста у оваквим и сличним случајевима.

29 Richard Whish, *нав. дело*, стр. 855.

30 Case No. COMP/M.2533 – BP/EON; Case No. COMP/M.2389 – Shell/Dea.

31 Нпр. Case No. COMP/M.4187 Metso/Aker Kvaerner; Case No. COMP/M.4000 Inco/Falconbridge.

Друго, поступак окретања Европске комисије ка усвајању модела анализе који је више усмерен на опште ефекте ће бити постепен и дугачак, јер је неопходно да сваки службеник Европске комисије (енг. *case-handler*) који обрађује одређени предмет постане упознат са новим тестом. Такође, по речима чланова саме Европске комисије,³² за овакву анализу, стицање више економских знања ће бити потребно, а за то је неопходно време.

Даље, ако се само усредсредимо на питање правних празнина приликом примене претходног теста, до сада у пракси Европске комисије уочена су *само два* случаја у којима су постојале опасности по конкуренцију иако сама концентрација не би произвела доминантне учеснике на тржишту. Наиме, према званичним подацима Европске комисије,³³ случајеви *Linde/BOC*³⁴ и *T-Mobile Austria/tele.ring*³⁵ означено су као случајеви правних празнина, односно чија ефикасна контрола је била могућа тек на основу примене *SIEC* теста. Европска комисија наводи да у оба случаја су постојали потенцијални негативни ефекти по конкуренцију иако новонастали учесници на тржишци не би постали тржишни лидери, односно не би имали доминантни положај.

Стога, може се закључити да, у складу са значајним помацима у пракси Европске комисије и пре увођења новог теста, сада је засигурно омогућено Европској комисији, да потпуно легитимно и отворено испитује и санкционише концентрације које не доводе до стварања или јачања доминантног положаја, односно да уместо структурног приступа примењује више различитих метода и критеријума приликом оцене концентрација.

2. Стање у Србији

Као што сам већ навео, доношењем сад већ старог српског Закона о заштити конкуренције 2005. године (у даљем тексту: Стари закон), Србија је ушла у ред држава које су међу првима званично усвојиле нови *SIEC* тест.

Међутим, нажалост, пракса показује да је ово усвајање новог теста остало само на пољу „званичног“, односно декларативног. Наиме, српска Комисија за заштиту конкуренције (у даљем тексту: Комисија) је веома млада регулаторна агенција, успостављена тек Старим законом

32 Lars-Hendrik Röller, Miguel de la Mano, *нав. чланак*, стр. 13.

33 EC Annual Report on Competition Policy 2006, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2006/en.pdf, paras 16–17.

34 Case No. COMP/M.4141 Linde/BOC.

35 Case No. COMP/M.3916 T-Mobile Austria/tele.ring.

из 2005. године. Иако се из њених поступања³⁶ може уочити велика количина труда и добрих намера да се ухвати корак са европским националним органима за заштиту конкуренције и Европском комисијом (од којих неки имају традицију дужу од 50 година), наша Комисија још увек болује од типичних „дечијих болести“.

Наиме, приликом контроле концентрација у Србији, по мојим сазнањима, Комисија је у скоро свим случајевима заправо примењивала тест доминантности,³⁷ иако је по *SIEC* тесту он, сада *само један од могућих*.

Штавише, чини се да је учињен велики напор од стране Комисије и њене стручне службе да се упозна и након доста лутања обучи и барем крене да квалитетно примењује критеријуме из теста доминантности и структурни метод анализе, а базирано на претходној пракси Европске комисије. Међутим, скоро ниједан случај, који је мени познат, није оцењиван применом *SIEC* теста, односно горе наведених критеријума и метода економске анализе.³⁸ Ово, ипак не треба да чуди, обзиром да, као што сам горе навео, наведено представља за чланове саме Европске комисије велики напор и подухват, тако да *a maiore ad minus* није могуће реално тако нешто очекивати од наше још веома неискусне Комисије.

С друге стране, непримена наведених метода је у Србији донела већ велике проблеме у контроли концентрације, и потенцијално је угрозила неке од кључних трансакција и страних улагања у Републици.³⁹ Такође, створена је могућност, попут *Babyfoods-a*, да Европска комисија, или неки други европски национални орган за заштиту конкуренције забрани или одобри концентрацију, док би наша Комисија учинила обрнуто. Овакво поступање би могло да има значајно негативне последице по намере Србије да приступи Европској унији, обзиром да је суштина уније – *јединствено тржиште*, на којем морају да постоје *једнака правила и једнаки услови* за све учеснике на тржишту, па и у *смислу (не)дозвољености њихових концентрација*.

36 Видети званичне годишње извештаје о раду Комисије за заштиту конкуренције, доступне на: <http://www.kzk.org.yu/?link=106&lang=0>.

37 Нпр. видети Уредбу о садржини и начину подношења пријаве концентрације (*Службени гласник РС, бр. 89/2009*) и Уредбу о критеријумима за одређивање релевантног тржишта (*Службени гласник РС, бр. 89/2009*), доступне на: <http://www.kzk.org.yu/?link=81&lang=0>.

38 Погледати јавно доступне одлуке Комисије за заштиту конкуренције објављене на: <http://www.kzk.org.yu/?link=108&lang=0>.

39 Погледати случај концентрације Deutsche Lufthansa AG над привредним друштвом Austrian Airlines AG, доступно на: <http://www.kzk.org.rs/download/odluke/lufthanza.pdf>.

VI Закључак

Коначно, из свега претходно наведеног, јасно се види велики значај промене супстантивног теста у ЕУ. Ово можда не толико још увек на пољу примене колико на пољу јавног декларисања намера и правца даљег развоја и регулисања концентрација на простору Европске уније. Наиме, реформа теста представља изричито уважавање свих навођених (или барем већине) разлога за промену. Штавише, она је праћена већ претходном променом праксе Европске комисије у контроли концентрација. Европску комисију ће следити (и већ следе) и национални органи за заштиту конкуренције држава чланица, као што би то требало да чине и земље које имају намеру да постану чланице, попут Србије.

Ако се узме у обзир да у економијама које су базиране на слободном тржишту и тржишној утакмици једна од главних брана од негативних утицаја *laissez-faire* је регулисање конкуренције на начин да постоје „једнака правила игре за све“, и чињенице да је један, ако не и главни стуб Европске уније јединствено тржиште, значај ових промена у контроли концентрација је немерљив.

На терену Србије, остаје да се види како ће наша Комисија даље поступати, са надом да ће се са највећом могућом брзином усвајати добра пракса ЕУ, а у корист свих потрошача у Србији.

Bogdan GECIĆ
Attorney at Law

SIGNIFICANCE OF THE NEW *SIEC* TEST IN THE PROCEDURE FOR MERGER CONTROL

Summary

In 2004, the European Commission has adopted the new EC Merger regulation introducing a new substantive test for merger control that replaced the previous dominance test. The new test is called the significant impediment of effective competition, that is, the SIEC test.

Following suit, in 2005, the Serbian Parliament had adopted the new Law on Competition Protection, which was subsequently replaced by the new Law on Competition Protection in 2009. Both the original Serbian Law and its successor are a transcription of EC antitrust rules, including the new SIEC test.

The paper discusses the main reasons for reform and assesses the impacts of the new test in merger control both in the EU and in Serbia.

It seems that the key significance of the introduction of the new SIEC test is still not that much in enforcement, as it is in the fact that it represents an explicit declaration of the intent to adopt most of the argumentation for reform of the substantive test, and a clear indication of future course of merger control on a European level.

Key words: *competition, SIEC test, SLC test, merger control, European Union, Serbia, reform.*

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Дарка В. ВУЈОВИЋ

Јавно предузеће „Електро mreжа Србије“, Београд

ПРОФЕСИОНАЛНА ОДГОВОРНОСТ КОНСУЛТАНТА – РЕШАВАЊЕ ПРОБЛЕМА ИЛИ СТВАРАЊЕ НОВИХ

„Наше је само оно што другима дамо.“

Отац Митрофан Хиландарац

Почетне основе једној успешној предузећа треба да чини добра катероризација интерних и екстерних признајних експерата, који ће својим знањем омогућиши сваком заинтересованом у предузећу да донесе најбољу одлуку, било да се ради о информацијама на тржишћу, у производњи, или о неким другим информацијама важним за пословање и успех предузећа. Генерисање сопствених експертиза, искуства, знања, моралних норми и одлучивање (мудрости управљања) у предузећу са информацијама, анализом података, знањем и искуством професионалних давалаца пословних и правних услуга (консултанци) треба да буде добитна комбинација. Ово лепо звучи у теорији, али у пракси знање и информације могу да буду ван способности пословодства (тој менаџменту) и њихових заинтересованих. У основи реч је о трајним процесима у пословању који захтевају знање, укључују израживање и развој, образовање, вршење професионалних услуга као што су право, рачуноводство, консалтинг, а укључујући и менаџмент процесуе као што су стратегија и планирање. У овом контексту би се могло говорити и о уговору о сарађу пословних и правних услуга (консалтинг) као моралном уговору, где давалац услуге преузима одговорност за сарађу свој

максимума. Заузвраћи пословодство преузима одређене акције како би обезбедило својим зајосленим да се повезују међусобно (people to people) и са знањем и информацијама (people to knowledge and information) да би обављали посао који најбоље знају, а не да буду срећни што уопште имају посао!

Аутор је повод за овај рад нашла у статистичким подацима о броју закључених уговора о пружању пословних и правних (консултантских) услуга у јавним предузећима у енергетском сектору, а и у другим привредним друштвима, у последњих неколико година, који говоре да постоје „тренд“ закључивање ових уговора. Из чињенице о броју закључених уговора о консултантским услугама и накнаде за те услуге, с једне стране и пословног ефекта датих услуга у пословању наручилаца, с друге стране, тешко је утврдити конкретне резултате, односно ефекте који су постигнути закључивањем тако великог броја тих уговора. Број ових уговора и накнада која се уговара није сразмеран ефектима које су остварени њиховим закључивањем, односно резултати нису у сразмери са исплаћеним накнадама за уговорене консултантске услуге. Напротив, резултати пословања нису бољи гледано са пословно-економског аспекта, а ни у погледу статистичких показатеља у извештајима о пословању. Зашто је онда број уговора о пружању пословних и правних услуга у сталном порасту? Да ли је тачна констатација да је позив пословног и правног консултанта данас најисплативије, најуносније, а (нај)мање одговорно занимање?

Непосредну инспирацију за могуће одговоре на ова питања аутор налази у тексту писца Давида Албахарија, објављеном у једном дневном листу. Наслов је „Без писца“. Текст почиње: „Дигитална револуција потпуно је променила начин на који читамо новине, слушамо музику, користимо фотоапарат. Ми смо вероватно једна од последњих генерација које још читају новине и књиге, слушају музику са дискова и плоча и чувају фотографије у албумима. С обзиром да је за све те ствари сада довољан један кућни компјутер испада да је улагање у компјутер најбоља инвестиција, јер вам онда нису потребни радио, грамофон, касетофон, видео, телевизор, не морате да купијете новине, па ни књиге... У отвореном и слободном виртуелном свету свако може да буде писац. Односно свако равноправно може да „окачи“ свој текст у непрегледном пространству виртуелне стварности... Другим речима, могућност писца да буде значајан глас у друштву убрзано се смањује... виртуелни свет је у рукама ‘писаца аматера’.“

Да ли позив „пословни и правни саветник“ (консултант), као и писац, имају исту или сличну судбину у земљама у транзицији? Да ли данас код нас може свако да буде пословни и правни саветник, свако

да пише закон, свако да даје тумачење закона? Ко данас мари за нешто тако старомодно као што је класично образован и одговоран пословни саветник и правник, добар закон, стручан текст, коментар или стручан правни савет, који следе континенталноевропску правну традицију („*Civil-Law-Countries*“)? То би вероватно требало да интересује „професионалне консултантске институције“, али њих више интересује борба за посао у вези спровођења „гиљотине закона“, израде „хармонизованих закона“, приватизације, послови јавних набавки и „тендерисања“ или оригиналне привредне реформе, реструктурирања, нове организације пословања и друге актуелне реформе као што су реформе у правосуђу и управи. Да ли су хармонизовани и реформски закони постали паучина кроз коју пролазе велике муве, а хватају се мале (Оноре де Балзак)? Да ли је истинита изрека Тацита: „Највише закона има у најпоқваренијој држави“ или изрека лорда Халифакса: „Када би закони могли да говоре сами за себе, прво би се пожалили на правнике.“ Да ли је закључак да су, као и у случају писца, пословни и правни консалтинг и многе правне консалтинг институције, такође у рукама „правника аматера“.

Све у свему, за наше право и правнике будућност није више каква је била, поготову за оне који верују у моћ правне науке, права и правде. За наше правнике, међу којима има доста оних који верују у ту моћ, можда је последњи тренутак да превазиђу разлике и уједине се у настојању да се на што бољи начин, у професионалном и друштвеном смислу дефинише улога и место правника у улози пословног консултанта због професионалне одговорности правних занимања.

За почетак, можда је време да се правници у својим асоцијацијама, коморама, удружењима изборе за доношење закона о осигурању од професионалне одговорности за даваоце пословно правних услуга (консултантске услуге). У Европи постоје закони за обавезно осигурање од професионалне одговорности за адвокате, јавне бележнике и за правно консултантска занимања и а успостављени су и етичко правни стандарди (етички кодекси) од одговорности давалаца пословних правних услуга. Ефекат овог закона би био повећање професионалне одговорности пословних и правних саветника и правника, а тиме и јачање поверења у правни и правосудни ситем. Пооштравањем одговорности и увођењем могућности за (обавезно) осигурање од професионалне одговорности правних консултаната могу да се амортизују последице, а у будућности и смање последице „консултаната аматера“ и да се повећа квалитет ангажовања сваког правног занимања (адвоката, јавних бележника, правних саветника, консултаната и др.).

Професионална одговорност претпоставља правно знање (право у теорији и право у пракси), интелектуалну способност, високоморални

карактер и хуманост. У том смислу, они који примењују право, посебно професионални саветници, треба да буду професионално и лично одговорни за последице свог начина (не)деловања.

Професионална одговорност треба (може) да допринесе да се врати пољуљано поверење у право, правни и правосудни систем и да се растерети затегнута политичка ситуација у држави, да олабаве напети односи између власти и опозиције, да уставом утемељена подела власти на законодавну, судску и извршну власт буде начин деловања, а не само декларација и норма у највишем државном акту – Уставу.

Професионална одговорност не сме да буде безлична глорификација. Одговорно и праведно поступање правника не треба за циљ да има награду у виду богатства, моћи, положаја. Ништа од свега тога. Таква награда има сумњиву вредност, чак понижење за праведног и хуманог човека, ако их може постићи по цену одрицања од права и праведности. Обећање бесмртности или среће после смрти? Такође не. Професионална одговорност треба да врати ауторитет и својеврсну харизму права и правде, али и правних институција и правника као појединца који примењује право.

Институт осигурања од професионалне одговорности даваоца пословно правних услуга не познају многи правни системи, зато би увођење института осигурање од професионалне одговорности за правна занимања ради покрића опасности од обавезе одговорности за имовинске штете које настану услед његове професионалне делатности или услед делатности лица за које он одговара требало да буде путоказ и пример за многа друга занимања, на пример, архитекте, ревизоре, лекаре и др. Осигурање би требало (мора) да покрије све имовинске штете које могу да настану на основу (не)професионалне делатности. О тој врсти осигурања дискутовало са појавом института нотара, јавног бележника (Србија је једина земља у региону која нема закон о нотарима!?), али све је до сада остало на разини дискусије и предлога. Грађанско-правна одговорност повлачи далекосежну и практичну одговорност за непрофесионално и несавесно понашање и има делотворно превентивно деловање.

Заједно са институтом осигурања од одговорности за професионалну делатност иду „под руку“ и друга средства „обезбеђења“ и етичко-правни стандарди у правно-професионалном смислу, затим али не без њих, институције као што су коморе, удружења, судови части и дефинисана (одређена) кривично-правна одговорност за екстремне деликтне случајеве.

Има мишљења да се институт правног регулисања одговорности од професионалне делатности правних саветника, адвоката и правника, који примењују право, код нас налази у понашању у складу са уопште-

ним начелом савесности и поштења или добре вере (*good faith*), односно у понашању у лошој вери (*bad faith*) и начелом забране nanoшења штете другом. Међутим, општа начела су пре свега институти везани за правно регулисање одговорности за закључивање уговора и вођење преговора и имају карактер уговорне и деликтне одговорности која подразумева обавезу пажње. Повреда ове обавезе ствара *culpa in contrahendo* из које настаје одговорност. Основ одговорности се тражи у будућем (каснијем) уговору, када се ради о уговорној одговорности, односно вануговорној и деликтној одговорности изазваној понашањем једне стране супротно начелу савесности и поштења. Такво понашање представља грађанско правни деликт, па се основ не тражи у повреди уговора, већ изван њега – у кривици онога који је нанео штету.

На питање који су то ризици које треба да се покрију осигурањем од професионалне одговорности давалаца пословно правних услуга могу се дати различити одговори. Читајући бројне уговоре о пословно правном консалтингу које су као наручиоци закључила јавна предузећа, ризик је: прво, опасност настанка одговорности за штету проузроковану (не)вршењем одређене пословне и правне услуге (делатности), тј. законска одговорност даваоца услуге за штету; друго, опасност од настанка нових ризика који се могу појавити после закључења уговора као што су штете које нису чисто имовинског карактера или штете које се могу јавити после протекла времена, а које су резултат пружене услуге или пропуштања да се уговорена услуга пружи. У нашим условима теже је наћи одговор на питање које се штете могу проузроковати (не)вршењем одређене услуге, а још теже дефинисати штету која је настала непосредно из делатности пословно – правног саветника. На пример, да ли се у нашим условима може поставити питање одговорности пословно-правних консултаната за процесе у досадашњој (не)приватизацији правних субјеката у јавном сектору, за процес избора стратешког партнера за улагање у модернизацију и изградњу нових енергетских објеката, за процесе реструктурирања и реорганизовања правних субјеката у јавном сектору, за поступке нереализоване корпоратизације јавних предузећа, за поступке великог броја (не)реализованих јавних набавки (тендера) у јавном сектору итд.? Да, с обзиром на број закључених уговора о пословно-правним консултантским услугама конкретно везаним за те процесе и послове. Да, и с обзиром на висину накнаде која се уговара и исплаћује на основу тих уговора. Да, с обзиром на резултате (ефекте) који су уговорени, очекивани и планирани, а (ни)су остварени (милијарде евра за мега пројекте у енергетском сектору).

Међутим, то није једноставно утврдити. У навођењу примера евентуелне одговорности за штету од професионалне делатности дава-

лаца пословних и правних услуга морала би се прво утврдити конкретно врста и предмет услуге која је уговорена, односно наручена, а затим у односу на предмет уговора и конкретна врста професионалне одговорности. Најчешће је уговором о консултантским услугама покривена (али не и увек!) уговорна одговорност до које се долази услед неуредног и неблаговременог извршења уговорене обавезе даваоца услуге према наручиоцу, односно кориснику. Према предмету наведене услуге је много теже дефинисати пословну одговорност, јер услуге нису, по правилу, дате у односу на резултат (ефекат) који се очекује у поступку који ће бити предузет. Од давалаца услуга се најчешће захтева да поступају са савесношћу и озбиљношћу на нивоу својих компетенција. Њихова одговорност услед некомпетентне услуге, на пример, пословно правног савета који се односи на избор модела приватизације или реорганизације јавног предузећа се у уговорима готово и не разматра, односно не уређује се, већ се претпоставља под условом да је успешно окончан поступак јавне набавке конкретне, одређене уговорене консултантске услуге.

Давање савета и информисање о одређеним чињеницама се претпоставља и подразумева као акцесорна обавеза. Питања јесу деликатна и мора се бити обазрив при процени одговорности даваоца ових врста услуга.

Да ли је само давалац услуга одговоран за уговорени посао са, најблаже рећи, неизвесним исходом? Да ли у овим случајевима можемо говорити о субјективној одговорности консултанта и одговорности за кривицу? Да ли се може консултантима ставити на терет одговорност због закључивања уговора о консултантским услугама у пословима са неизвесним и неодређеним исходом због чињенице да политика има значајан утицај у овој сфери пословања? Да ли се може утврдити да је давалац консултантских услуга саопштио наручиоцу и кориснику неизвесан исход, односно да не може да гарантује успех одређене опције и савета? Да ли увек постоји узрочна веза између услуге консултанта и неуспеха у оствареним плановима и захтевима наручиоца? Да ли се може говорити о солидарној одговорности пословно правног консултанта и наручиоца за ефекат и крајњи резултат уговорене услуге?

Читајући дневну штампу и слушајући друге информативне медије може се претпоставити да су разлози (узроци) за закључивање великог броја консултантских уговора, не само у пословно правној области, већ и у другим областима пословања јавних предузећа, пре свега, у неефикасном процесу планирања, неефикасној контроли извршења планова пословања, ниској финансијској дисциплини, ниском нивоу одговорности и ниској пословној ефикасности компаније у целини. Пословодство констатује да „све ове, али и друге, ненаведене, узроке нико неће доћи

да нам реши. Консултанти ће нам помоћи у сагледавању стварности, рећи ће нам шта је пожељно или неопходно урадити да бисмо добили шансу да постанемо успешни, али промене морамо урадити сами. Улога консултаната је да даје стручну подршку као непристрасни оцењивач реалног стања, као промотер најбоље светске праксе у спровођењу промена и као онај који може да нам каже истину, јер нема други интерес!“ (Часопис Електропривреде, KWx, бр. 431, стр. 9, 10).

Где се у овој „дефиницији“ улоге консултаната налази разлог за његово ангажовање? Како наручилац може да одреди предмет у односу на „реално стање“ у предузећу и како може да утврди да је консултант непристрасан оцењивач тако одређеног „реалног стања“? Како консултант доказује, односно како наручилац утврђује да је консултант промотер најбоље светске праксе у спровођењу промена (претпоставља се у енергетском сектору)? Како наручилац утврђује обавезу консултаната да каже истину, односно чињеницу да нема интерес да му каже неистину (лаж)? Где се у тој „дефиницији“ консултаната налази одговор за које је то пословне и правне савете консултант професионално одговоран? Где је опасност од настанка одговорности за евентуалну штету проузроковану вршењем одређене услуге консултаната? Да ли се у овако одређеној и очекиваној улози консултаната може прецизно одредити ризик у вези осигурања (обезбеђења) од професионалне одговорности у погледу предмета покрића, висине покрића, времена трајања?

С обзиром на специфичности појединих врста пословних и правних услуга које пружају консултанти неопходно је, дакле, прво одредити „извор опасности“, тј. специјалистичку делатност консултаната, или одређено својство из којих може настати правни однос и одговорност коју треба осигурати, односно обезбедити. Обавезе консултаната не почињу нити престају са непристрасним, савесним и истинитим извештавањем и извршавањем оног што му је поверено и што уговор допушта. Консултант мора да служи струци и оним правима која се од њега захтевају и његова је дужност не само да пружи услугу наручиоцу у неком предмету, односно правном односу, већ и да му буде „истинит“ лојалан и непристрасан саветник. Саветодавна улога стога му намеће низ законских и етичких обвеза (за које се понекад чини да су у међусобној супротности) према: наручиоцу, државним и другим надлежним органима где делује у име наручиоца, правној струци уопште и свом еснафу и према јавности, за коју је постојање слободне и независне струке консултаната повезано с поштовањем правила која поставља сама струка, и неопходно је средство заштите права спрам моћи државе и других интереса у конкретном јавном предузећу.

Правила професионалног понашања одређена су на темељу добровољног прихватања од стране оних на које се односе, како би

се осигурало исправно остваривање улоге консултаната која се сматра битном у цивилизованом друштву. Пропуст консултаната да поштује та правила морају у крајњем случају имати за последицу професионалне грађанске санкције. Посебна правила сваке консултантске асоцијације и друштва утемељена су на њиховим властитим традицијама. Прилагођена су организацији и подручју деловања струке у свакој појединој држави, њеним судским и управним поступцима и националном законодавству. Није могуће нити пожељно извлачити их из контекста, а нити покушавати учинити их опште примењивим, ако нису погодна за такву примену. Посебна правила сваке консултантске асоцијације упркос томе темеље се на истим вредностима и у већини случајева представљају заједничку основу.

Осим института осигурања од професионалне одговорности консултантских занимања може, у циљу утврђивања њиховог личног, субјективног кредибилитета, њихове професионалности и способности да „промовишу“ најбољу светску праксу, да се постави као питање и њихова припадност одређеној асоцијацији, комори, друштву. Општи услови наших осигуравајућих кућа прописују да је осигурањем од професионалне одговорности покривена одговорност за штету која је настала из делатности даваоца услуге или из поседовања ствари или из правног односа, или из одређеног својства као извора опасности (на пример, „стручан оцењивач“, „промотер светске праксе“ или „онај ко може да каже истину“), који су означени у уговору о осигурању од професионалне одговорности. Будућност је окренута услугама које још нису довољно развијене на нашем тржишту услуга и осигурања, а то су пре свега лична осигурања и разни облици осигурања одговорности од професионалне одговорности, одговорности из делатности и слично.

Аутор није противник ангажовања консултаната, јер је и сама била ангажована на таквим пословим са знањем и искуством које има у енергетском сектору, односно у праву енергетике, али је против закључивања уговора о консултантским услугама као начину (*modus vivendi*) да се одређеном лицу, „изабраном“ у поступку јавне набавке, „легално“ исплати новац, а да услуга, као производ који се добије, нема употребну вредност, односно да наручилац и корисник услуге немају професионалну одговорност за економску корист или штету од такве услуге. Принцип гарантовања универзалне пословне и правне консултантске услуге треба да означава одређени минимални ниво квалитета, односно максимум и зато је потребно да се, пре свега, успоставе врло јасни и чврсто дефинисани стандарди и ефикасна контрола спровођења пословних и правних консултантских услуга у свакодневном процесу рада, посебно у сфери одзива на динамичне тржишне потребе. Закључивањем консултантских

уговора треба да буде омогућено менаџменту и запосленима да врло јасно, прецизно дефинишу своје пословне задатке, циљеве, а истовремено да на ефикасан начин прате њихову реализацију и у случају потребе благовремено и ефикасно реагују како би обезбедили постизање дефинисаних и планираних циљева. Предузеће које има јасну развојну политику, прецизно планиране циљеве и која жели да успешно прати тржишна очекивања треба у консултанту да има моћан стручан, професионалан, ефикасан замајак и незаобилазног партнера препознатљивог по услугама највишег квалитета. Консултант као појединац или правно лице, треба да буде препознат као потенцијал, лидер у правном знању, пословним вештинама и искуству, а не звање без знања и уносан бизнис.

Многа јавна предузећа су економску кризу искористила да ангажовањем консултанта, по правилу, то су страна правна и физичка лица, унапреде пословање са циљем да сачувају предузећа.

Међутим, искуство каже „можете имати најбоље идеје на свету и пожелети да спасете сваког кита који плива у океану“, али ако фирма нема стабилан новчани ток (производ + цена = приход) и свој сопствени људски потенцијал увек може да банкротира. Недостатак новца за велике пројекте и идеје у време велике кризе је можда идеалан тренутак да и јавна предузећа промене свест својих запослених, почев од најједноставнијих ствари, као што је лојалност, радна дисциплина, обавезно образовање и усавршавање у току рада, стицање и управљање знањем.

Можда је управо криза прилика да и држава као власник искористи своје научне потенцијале и „људске ресурсе“ за повећање конкурентности своје привреде. Колективно интерно знање једног предузећа као најефективније коришћење интелектуалног капитала (укључујући искуство, вештине, податке и информације) и знање које се селективно прикупља из екстерних извора ради побољшања организације, требало би да појединцима омогући приступ информацијама које су потребне за обављање њихових задатака и да да допринос испуњењу свеукупних циљева предузећа. Вредности ових знања и нова сазнања (*know-how*) стварају се кроз ове процесе и постају део знања предузећа (компаније) у функцији стварања профита и повећања удела на тржишту. Генерисање знања, кодификација знања и трансфер знања, с једне стране и повећање интелектуалне и професионалне специјализације и способности поједница у самом предузећу побољшава продуктивност свих активности и ефикасност организације послова (радити праве ствари на прави начин). Циљ организације засноване на знању укључује когнитивно учење, образовање, усавршавање, обнављање и одрживост апсорпције знања.

ПРЕВАРА И ОПШТИ УСЛОВИ ПОСЛОВАЊА

I Увод

O tempora, o mores узвикнуо је Цицерон у свом првом говору против Катилине, згражавајући се над великим променама које су задесиле римско друштво тога времена. Застанемо ли за тренутак, уочићемо да су промене неодвојиви део наших живота и да је мало тога онакво какво је било свега неколико деценија уназад.

Једна од најкарактеристичнијих промена наших времена је свакако општа ужурбаност. У свету у коме је све инстант и у коме је и време новац,¹ многе од *чинидби* који захтевају време, промишљање, поступност, а самим тим и обазривост, се покушавају заменити готовим решењима која се, затим, без много рамишљања прихватају.

Наведен захтев тржишта за брзим и инстант решењима, повезан са масовном производњом и потрошњом истоврсне робе (било добара или услуга), те легитимна тежња привредних субјеката за максимизацијом добити (која се остварује рационализацијом свих трошкова везаних за пословање датог привредног субјекта), као и евентуална позиција премоћи трговца у односу на потрошача, довели су до стварања упрошћене технике уговарања познате као – општи услови пословања.

Општи услови пословања нису ништа друго до каталог уговорних клаузула које је саставила једна уговорна страна (трговац), који за њу практично представљају *lex specialis*,² те се тако она на њих позива

1 *Time is money* (енгл.) – „Време је новац”, једна је од најпознатијих крилатица енглеског говорног подручја.

2 Јаков Радишић, *Облигационо право*, 7. издање, Београд, 2004, стр. 104.

сваки пут када склапа појединачне уговоре са потрошачима, који врло често нису ништа друго до готови формулари у које се само уписују генералије друге уговорне стране.

На познато питање горе поменутог „ученог и родољубивог човека”³ – *Cui bono?* откривамо да ова особена техника уговарања не одговара само трговцу, већ она исто тако одговара и тежњи урбаног потрошача да што брже и што лакше дође до жељеног добра или услуге.

II Положај уговорних страна приликом примене општих услова пословања

1. Уговорне стране и ЗОО

Закон о облигационим односима, као наш основни закон по питању уговорних односа, већ у својим *основним начелима* открива намеру законодавца да се њиме уреде питања не само облигационих односа насталих између физичких лица, већ се његове одредбе примењују на све учеснике у облигационим односима.

У члану 2 ЗОО, законодавац јасно прописује да „стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица”. Ова одредба, иако у први мах може деловати прилично штуро, у ствари, открива да се ЗОО има примењивати и на физичка и на правна лица у свим њиховим међусовним односима, те да сва та лица своје односе могу одређеним правиним пословима регулисати у складу са наведеним Законом. Дакле, ЗОО се примењује при облигационим односима између а) физичких лица, б) правних лица, и в) физичких и правних лица.

У члану 10 ЗОО, откривамо да су стране у уговорним односима (дакле: и физичка и правна лица) слободне да своје односе уреде по својој вољи. Ово начело познато је као *аутономија воље*. Исти члан Закона утврђује и простор у коме се дата *аутономија* протеже – принудни пропис, јавни поредак и добри обичаји.

Имајући на уму да су одредбе Закона о облигационим односима диспозитивног карактера (члан 20 ЗОО), уколико се наведено начело аутономије воље примени доследно, долазимо до закључка да све док је одређени *јравни њосао* омеђен принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, чак и уколико су његове одредбе супротне одредбама диспозитивних норми Закона о облигационим односима, у случају решавања евентуалног спора имају се примењивати одредбе тог правног посла, а не одредбе Закона.

3 „Када је Август затекао једном свог унука са Цицероновом књигом у руци, коју је покушао да сакрије, Август је узео књигу, погледао и рекао: „То је био учен човек, синко, учен и родољубив.” Обрад Станојевић, *Римско њраво*, 9. издање, Београд, 1997, стр. 70.

Све горе наведено је много језгровитије и садржајније, без сувишних речи којима писац овог рада очигледно не може да одоли, исказао и уважени Валтазар Богишић у својој познатој реченици: „Разговор је разговор, а уговор је странама закон.“

2. Равноправност уговорних страна

Члан 11 ЗОО открива суштину нашег основног питања положаја уговорних страна приликом примене општих услова пословања. Одредба датог члана Закона прописује да су стране у облигационом односу (тј. и физика и правна лица) равноправне.

Другим речима, наш Закон о облигационим односима, већ у својим основним начелима, одбацује могућност постојања привилегованог уговорача – без обзира да ли је то *шрџовац*, *пошрошач*, или *куџац*. Када год се нађе у уговорном односу са привредним субјектом који је самостално саставио своје опште услове пословања и са којим закључује тзв. формуларни уговор, у складу са одредбама чл. 11 ЗОО, дато физичко лице је у равноправном положају са својим сауговорачем.

Ово начело утврђује да се свака радња противна когентним нормама Закона било ког уговорног субјеката (било оно физичко или правно лице) може успешно побијати. Начело равноправности страна у облигационом односу се има примењивати како у тренутку закључења датог уговора, тако и приликом испуњења права и обавеза које дати уговор утврђује.

Поред до сада наведених основних начела Закона о облигационим односима поменимо још нека добро позната, као што су *начело савесности* и *пошћења* (члан 12), *забрана злоупотребе права* (члан 13) и *начело једнаке вредности давања* (члан 15).

3. Одредбе ЗОО карактеристичне за опште услове пословања

Уговарање општих услова пословања нарочито је везано за начело које проналазимо у члану 14 ЗОО, по коме у заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту.

По нашем Закону о заштити конкуренције утврђено је да монополски положај на тржишту (или како га ЗЗП назива – доминантан положај на тржишту) има онај привредни субјект који „нема конкуренцију или је конкуренција безначајна, односно који има значајно бољи положај у односу на конкуренте узимајући у обзир величину тржишног удела, економску и финансијску снагу, приступ тржиштима снабдевања и

дистрибуције, као и правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту” (чл. 15 ст. 1 ЗЗК-а).

У случају да привредни субјект који одговара оваквом законском опису, одлучи да у циљу максимизације своје добити тај свој положај⁴ искористи, те на тржишту непосредно или посредно наметне неправичне куповне или продајне цене или друге неправичне услове пословања чини злоупотребу доминантног положаја (чл. 16 ЗЗК-а).⁵

Дакле, сасвим је извесно да приликом састављања својих општих услова пословања, као нарочите форме уговора, којима се *йојирошачима*, *куйцима* односно физичким лицима од стране привредног субјекта нуди одређена роба (добро или услуга), привредни субјект мора да обрати нарочиту пажњу на своју обавезу очувања равноправности уговорних страна, односно да ни на који начин не злоупотреби свој доминантан (монополски) положај на датом тржишту прописујући услове који би били противни начелима савесности и поштења, злоупотребили право из облигационог односа тиме што би га вршили противно циљу за које је оно законом установљено или признато, те успоставили неправичне услове пословања физичким лицима са којима дате уговоре закључује.

Члан 18 ЗОО даље обавезује стране у облигационом односу да при извршавању својих обавеза поступају са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг привредника – пажња доброг домаћина).

Привредни субјект који нуди своју робу (добра или услуге) физичким лицима је обавезан да приликом свог пословања примењује „пажњу” (односно опрезност) при поступању која је у пословном промету уобичајена. Неки од предуслова остварења овог начела су сасвим

4 Важно је напоменути да постојање доминантног положаја на тржишту само по себи не представља противправну категорију. Наш правни систем није заснован на ограничавању слободе предузетништва или нових пословних идеја, те се привредни субјекти и охрабрују да се на тржишту појављују са новим, инвентивним и самим тим уносним решењима. Категорија која је, међутим, забрањена је везана за *злоупотребу* доминантног положаја који се на датом тржишту заузме, као и склапање рестриктивних споразума којима је циљ онемогућавање конкуренције на тржишту.

5 Осим Закона о заштити конкуренције и наш Кривични законик се такође бави питањем монополског положаја, те у свом члану 232 прописује да одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник који злоупотребом монополистичког или доминантног положаја на тржишту или закључивањем монополистичког споразума изазове поремећај на тржишту или тај субјект доведе у повлашћен положај у односу на друге, тако да оствари имовинску корист за тај субјект, или за други субјект или нанесе штету другим субјектима привредног пословања, потрошачима или корисницима услуга казниће се затвором до три године.

сигурно добра организација пословања привредног субјекта, примена одговарајуће и исправне технологије, као и упошљавање добре и стручне радне снаге.

У ставу 2 истог члана проналазимо одредбу да су стране у облигационим односима дужне да у извршавању обавеза из своје професионалне делатности поступају са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака).

Пошто су општи услови пословања најчешће повезани са оном основном или *најзасиуиљенијом* делатношћу правног субјекта (који их и саставља), може се утврдити да је приликом извршавања обавеза утврђених општим условима пословања привредни субјект дужан да се понаша са пажњом доброг стручњака – односно са повећаном пажњом, руководећи се *правилима струке и обичајима*.

Коначно, члан 21 ЗОО прописује да су стране у облигационим односима дужне да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима.

Закон о облигационим односима, у делу у коме се бави питањем тумачења уговора, у члану 100 прописује да ће се у случају кад је уговор закључен према унапред одштампаном садржају, или кад је уговор на други начин био примремљен и предложен од стране једне уговорне стране, нејасне одредбе тумачити у корист друге стране.

4. Равноправност уговорних страна – количник *јравној и фактичкој*

У светлу свега наведеног долазимо до закључка да је положај уговорних страна при закључењу уговора путем примене општих услова пословања у основи *равнојраван*. Дата равноправност осим што се успоставља као императивна правна норма јасно исказана у члану 11 ЗОО, успоставља се и укрштањем фактичког и правног положаја уговорних страна.

По свом *фактичком* положају превагу свакако односи она уговорна страна која је дате опште услове пословања саставила, пошто привредни субјект који се појављује на тржишту и нуди истоветну или стандардизовану робу (добра или услуге) по својим, унапред утврђеним стандардизованим условима, датом правном послу приступа рутински, након дужег разматрања разних углова правног посла, са унапред утврђеним уговорним положајем који физичко лице (купац датог добра или услуге) у целини или прихвата или до закључења правног посла ни не долази. С обзиром на степен заинтересованости *куица* за понуђено добро, односно услугу, купац или прихвата или одбија наведене услове

пословања иако они, најчешће, више обезбеђују сам привредни субјект него њега.

Са друге стране, иако декларативно Закон о облигационим односима прокламује да су стране у облигационом основу равноправне, *йравни* положај уговорних страна, по писцу овог рада, ипак носи превагу у корист *куйца*, пошто се унапред прописани општи услови пословања морају уподобити законским оквирима који су утврђени управо тим Законом о облигационим односима.

Истина је да неки од тих оквира, као што су *начело савесности и йошйења, начело забране злоуйоуребе йрава, начело једнаке вредности давања или йажња доброї йривредника*, односно *йажња доброї домаћина* обавезују како привредни субјект (састављача општих услова пословања), тако и физичко лице (купца). Међутим, осим ових начела, ЗОО наводи и нека који се искључиво односе на привредни субјект, који је и састављач општих услова пословања, а то су *забрана сйварања и искоришћавања монојолскої йоложаја, обавеза йосйујања са йажњом доброї сйручњака, обавеза йримене добрих йословних обичаја*, као и *обавеза йумачења нејасних одредби у користи лица које йрихвайта унайрег йрийремљени уйвор*. Сличних захтева за физичко лице (потрошача), који прихвата опште услове пословања, у наведним одредбама нема.

III Превара и општи услови пословања

1. Превара као мана воље

Одредбе Закона о облигационим односима о манама воље имају за циљ заштиту страна у уговорном односу у случају да нека (или обе уговорне стране) као своју вољу изјаве нешто што, у ствари, нису желеле.

Значај ових одредби Закона се може врло лако разумети уколико се узме у обзир услов који Закона прописује да би се неки уговор сматрао закљученим. Наиме, члан 26 ЗОО утврђује да је уговор закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора.

При закључењу уговора на основу општих услова пословања извесно је да за уговорну страну која је дате опште услове саставила ниједан од одредби тог уговора није споран, те да је она у свему са истим сагласна.

Страна која прихвата опште услове пословања, са друге стране, врло често није у могућности да дате уговорне клаузуле мења. Дакле,

она прихватајући одредбе општих услова пословања се са истима саглашава, и на тај начин, у складу са одредбом члана 26 ЗОО, се у том тренутку дати уговор сматра закљученим.

Даље, по Закону о облигационим односима, превара настаје уколико једна уговорна страна изазове заблуду код друге стране, или је одржава у заблуди, у намери да је тиме наведе на закључење уговора.

Сасвим је извесно да је приликом закључења тзв. формуларних уговора на основу општих услова пословања готово немогуће да страна која је дате опште услове саставила буде преварена од стране стране свог сауговорача који датом уговору приступа по принципу „узми или остави”.

Наиме, дати привредни субјект улази већ по ко зна који пут у истоврсни правни посао, на основу истоветних општих услова пословања које је сам прописао, користећи се формуларима које је сам припремио (највероватније и попунио), те је противно здравом разуму очекивати да му било који део уговора буде непознат, нејасан или да је у заблуди по питању истог.

Привредни субјект, истина, може бити преварен, али не у смислу да су му неке од одредби уговора у време његовог закључења нејасне, већ по питању својства физичког лица који уговору приступа, односно степену озбиљности намере сауговорача да уговором преузете обавезе испуни.

Са друге стране, физичко лице које прихвата опште услове пословања, наравно у зависности од њихове обимности и сложености, врло често исте не може усвојити и разумети у мери у којој их сам привредни субјект разуме, па се отвара питање да ли би исто то физичко лице на дате опште услове пословања пристало да су му они били у потпуности јасни.

Управо се у овом вакууму и отвара могућност за физичко лице да тражи поништај уговора из разлога преваре.

Основни начин на који би одређени привредни субјект могао да превари физичко лице које уговор у целисти прихвата је његово намерно необавештавање о оним његовим одредбама које сматра проблематичним. Прикривање информација за које привредни субјект наслућује да би евентуално одвратиле физичко лице од закључења уговора се свакако могу сматрати преваром.

С обзиром на специфичност оваквог уговорног аранжмана, те чињенице да је један од уговорача привредни субјект – трговац – који на тржишту нуди своја добра или услуге, а друга уговорна страна која дати уговор само прихвата, а не учествује у његовом креирању – по-

трошач – на његову пуноважност се свакако односе и одредбе Закона о заштити потрошача.

По одредбама Закона о заштити потрошача исти има право да буде обавештен о својствима робе коју купује и услугама које користи и другим појединостима у вези са робом или услугом (чл. 55 ЗЗП-а). Сам ЗЗП истина не наводи да је обавеза трговца да потрошача обавести о својствима робе односно услуге, али је логично да би намерно прећуткивање трговца о одређеним својствима робе или услуге могло (по Закону о облигационим односима) да представља превару.

Наши законски прописи такву намеру трговца не претпостављају, већ је потрошач дужан да, у случају да се позива на превару као ману воље, ту намеру трговца и докаже. Уколико потрошач такву намеру трговца докаже, има право захтевати поништај уговора, као и накнаду штете коју је због поништаја претрпео.

2. Општи услови по Закону о облигационим односима

а) Форма општих услова пословања

Закон о облигационим односима утврђује да општи услови одређени од стране једног уговорача, било да су садржани у формуларном уговору, било да се уговор на њих позива, допуњују посебне погодбе утврђене међу уговорачима, и по правилу обавезују као и одредбе самог уговора.

На основу ове формулације можемо приметити неколико могућности.

Прво, општи услови пословања могу бити саставни део саме уговорне исправе (што је ређе случај), или могу бити штампани у виду посебне брошуре, или другог вида сепарата, на коју се сам формуларни уговор позива.

Такође, важно би било напоменути да постоје две врсте формуларних уговора – атхезиони и типиски уговори.

Атхезиони уговори, или уговори по приступу, уговорној страни која на њих пристаје, не остављају могућност да у њима било шта мења. Уговорна страна која прихвата атхезиони уговор или на исти пристаје у целости (*in toto*) или до закључења уговора ни не долази.

Типски уговори, иако се често поистовећују са атхезионим уговорима, од истих се разликују због могућности која се пружа уговорној страни која даје формуларни уговор у начелу прихвата, да неке његове одредбе, наравно у споразуму за уговорном страном која је формуларни уговор понудила, измени и прилагоди својим потребама.

Ова разлика је значајна из разлога што се се у случају неслагања општих услова и посебних погодби примњеују ове друге.⁶

б) *Објава општих услова пословања*

Готово најзначајније питање, у светлу теме овог рада, преваре и општих услова пословања, је питање: *На који начин се дају општи услови објављивања?*

Закон о облигационим односима, у члану 142 став 2 прописује да се општи услови пословања морају објавити на уобичајен начин. Формулација „на уобичајен начин” не говори много, и као што је обично случај са сличним терминима, дозвољава могућност различитих интерпретација, јер је нејасно који ће то начин суд приликом спора сматрати – уобичајеним.

Најједноставнији начин пружања могућности упознавања са садржином општих услова јесте да привредни субјект један штампани примерак општих услова достави заинтересованом физичком лицу. Међутим, по горе утврђеној одредби закона се може утврдити да привредни субјект може и на други *уобичајен* начин да објави своје опште услове пословања. Тако би, рецимо, у случају да се привредни субјект бави јавним превозом путника, врло тешко било да сваком од својих путника поред возне карте додељује и штампану верзију својих општих услова. У овом случају би, највероватније, привредни субјект задовољио законску претпоставку уобичајеног објављивања, уколико би своје опште услове јавно изложио у својим возилима, и на тај начин омогућио свим корисницима услуге јавног превоза да се са истима упознају, те тако, на исте пристану.

Развој информационих технологија, а нарочито појава интернета, је омогућила да се сваки привредни субјект врло лако и једноставно представи трећим лицима путем своје званичне интернет странице. Уколико привредни субјект своје опште услове пословања постави на своју званичну интернет страницу, по писцу овог рада, је задовољио обавезу да исте објави на уобичајен начин.

У сваком случају, обавеза је привредног субјекта који користи опште услове пословања да свог саговорача обавести о датим општим условима, да му их на *уобичајени* начин објави, јер се тек тако испуњавају предуслови њихове обавезности у склопу конкретног уговорног односа.

6 ЗОО, чл. 142 ст. 4.

в) Обавезности ојшћих услова пословања

Општи услови обавезују уговорну страну ако су јој били познати или морали бити познати у часу закључења уговора.⁷ У светлу управо наведене формулације Закона о облигационим односима, врло је логично поставити питање да ли је привредни субјект који је своје опште услове објавио на *убичајен* начин, истовремено задовољио и предуслов којим су дати општи услови постали саставни, а тиме и обавезујући део уговорног односа, јер су они, макар и не били познати физичком лицу – саговорарачу, морали бити познати у часу закључења уговора.

Да бисмо добили одговор на ово питање треба имати на уму чињенице које смо утврдили у првом делу овог рада, а везано за положај уговорних страна у случају примене општих услова пословања.

Уколико кренемо од претпоставке да су уговорне стране и у случају склапања формуларних уговора равноправне, те се све норме Закона о облигационим односима односе на обе уговорне стране подједнако, тада можемо закључити да свака од страна има на располагању целокупни арсенал Закона о облигационим односима да своју вољу и њен садржај изрази на, по Закону, прихватљив начин. Тако, нпр. члан 28 Закона о облигационим односима, утврђује да се воља за закључење уговора може изразити речима или убичајеним знацима или другим понашањем из кога се са сигурношћу може закључити о њеном постојању.

Имајући на уму наведену одредбу Закона, воља да се у одређеном уговорном односу имају примењивати одредбе општих услова се може изразити како речима, тако и прећутно, путем тзв. конклюдентних радњи. Дате конклюдентне радње могу бити – потписивање уговорних формулара који садрже дате опште услове или се на њих позивају, прихватањем понуде у којој су општи услови наведени, или се на њих позива, или извршавање налога у коме се налогодавац позива на своје опште услове.⁸

Исто тако, наведени члан Закона, у свом 2. ставу, наводи да изјава воље мора да буде учињена слободно и озбиљно. Обавеза обеју уговор-

7 Осим Закона о заштити конкуренције и наш Кривични законик се такође бави питањем монополског положаја, те у свом члану 232 прописује да одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник који злоупотребом монополистичког или доминантног положаја на тржишту или закључивањем монополистичког споразума изазове поремећај на тржишту или тај субјект доведе у повлашћен положај у односу на друге, тако да оствари имовинску корист за тај субјект, или за други субјект или нанесе штету другим субјектима привредног пословања, потрошачима или корисницима услуга казниће се затвором до три године.

8 Јаков Радишић, *Облигационо право*, 7. издање, Београд, 2004, стр. 104.

них страна да своју изјаву воље учине озбиљно, по писцу овог рада, подразумева да је обавеза физичког лица које уговору приступа, да се приликом закључења датог уговора понаша са пажњом доброг домаћина, као што је и обавеза привредног субјекта да се понаша са пажњом доброг привредника (привредни субјект осим обавезе да се понаша са пажњом доброг привредника, има и додатну обавезу да се понаша са пажњом доброг стручњака!).

Ако се овој обавези физичког лица да поступа са пажњом доброг домаћина придода одредба Закона да се општи услови морају објавити на *уобичајен* начин, те уколико су објављени на уобичајен начин, они обавезују уговорну страну уколико су јој били познати или *морали* бити познати, став је писца овог рада да уколико је привредни субјект своје опште услове објавио на *уобичајен* начин, да су се тиме стекли услови да ти општи услови обавезују како сам привредни субјект, тако и физичко лице које дати формулани уговор закључује – јер је обавеза физичког лица да своју вољу изрази озбиљно, а да приликом закључења и испуњења уговора поступа са пажњом доброг домаћина.

і) „Изненађујуће клаузуле”

Ваљало би нагласити да уобичајен начин објављивања општих услова, по писцу овог рада, у себи подразумева да је физичко лице које даје свој пристанак на опште услове пословања имало могућност да се са њима упозна. Проблематика (не)упознавања са општим условима пословања неког привредног субјекта се за лице које их у целини прихвата, ипак може доћи до изражаја у случају постојања тзв. *изненађујућих* клаузула.

Изненађујуће клаузуле се у општим условима пословања могу појавити на минимум два начина. Наравно, инвентивност привредних субјеката нема краја, и листа могућности које привредном субјекту (састављачу општих услова) стоје на располагању у циљу *камуфлирања* одређених одредби је неисцрпна.

1) Измене општих услова пословања

Опште услове пословања одређени привредни субјект најчешће доноси самостално, без било какве обавезе да за исте затражи одобрење од трећих субјеката, или до датих одобрења долази у, за њега, релативно рутинској процедури (нарочито уколико такво одобрење треба да добије у склопу струковног удружења, коморе, или другог вида организовања истородних привредних субјеката).

Један од приговора који физичко лице свакако може да истакне доказујући да привредни субјект своје опште услове није објавио на *уобичајен* начин, те да му тако исти ниси били, или *морали* бити познати, је случај у коме је привредни субјект у релативно кратком року пре него што је дати формуларни уговор закључен, у одређеним спорним сегментима своје опште услове изменио, те физичко лице (имајући на уму ранија решења општих услова) закључује формуларни уговор у заблуди – верујући да се на дати уговорни однос односе ранији општи услови, а не ново-измењени.

Привредни субјект је у циљу спречавања наведене ситуације дужан да свако физичко лице, непосредно пре закључења формалног уговора, упозна са свим скоро-измењеним одредбама општих услова и њиховим последицама.

2) Необичне клаузуле

Једна од карактеристика општих услова пословања је свакако и њихова честа униформисаност, односно предвидивост, у склопу сличног или истог „еснафа”. Привредни субјекти који се баве истородним делатностима, а у свом пословању се позивају на опште услове пословања, диктирани како захтевима тржишта, тако и беспопштедном (међусобном) борбом за сваког новог *куйца*, врло често своје опште услове састављају са истим нивоом „погубности” уговорних клаузула за купца, као и конкуретни привредни субјекти.

Имајући то на уму, потрошач може да да свој паушални приставак на опште услове, с обзиром да страна које пристаје на опште услове „треба да верује да се у њима налази само оно што је код одређене врсте уговора уобичајено и што се може очекивати”.⁹ У противном, има места захтев да се неуобичајене одредбе општих услова, на основу судске одлуке, не примене.

3. Контрола општих услова

Општи услови пословања су, како је то већ раније назначено, продукт опште ујурбаности потрошача и њихове тежње да до жељеног добра или услуге дођу што хитрије и што лакше, као и легитимне тежње привредних субјеката да свакој жељи потрошача, у циљу максимизације своје добити, удовоље. Другим речима, да није непрегледне армије потрошача који су и више него вољни да на опште услове пословања свесно пристану, те се истих под претњом озбиљних законских санкција придржавају, привредни субјекти не би имали коме те своје „диктиране” формуларне уговоре да понуде.

9 Јаков Радишић, *Облигационо право*, 7. издање, Београд, 2004, стр. 104.

Оно што би о општим условима пословања требало, пре свега, нагласити јесте да они никако не представљају доказ слободе уговарања, већ радије доказ непостојања такве слободе. Уговорној страни која на дате опште услове пристаје се готово никада не дозвољава да формуланом уговору који закључује било шта приговори. Она прихвата уговорне одредбе управо онако како их је диктирала једна уговорна страна (привредни субјект) чак и када су оне у одређеним својим деловима за њу неправичне. Једине две „слободе” које физичко лице у оваквом односу има је: а) слобода да дати уговор закључи или да га не закључи, односно б) слобода да бира свог уговорног партнера.

Наш Закон о облигационим односима разумевши да је физичко лице које на дате опште услове паушално пристаје, као страна која је фактички слабија (имајући на уму да врло често и није у потпуности свесна домаћаја свог самообавезивања), дате опште услове пословања подвргава нарочитој контроли.

По диктату Закона о облигационим односима, чак и уколико су одобрени од стране надлежног органа, ништаве су оне одредбе општих услова које су противне:

- самом циљу закљученог уговора, и
- добрим пословним обичајима.¹⁰

Закон, такође, предвиђа могућност да, у случају спора, суд одбије примену појединих одредби општих услова, уколико је друга страна по њима:

- лишена права да стави приговоре,
- губи права из уговора,
- губи рокове из уговора,

односно, уколико су дате одредбе за другу страну

- неправиче, или
- претерано строге.¹¹

Другим речима, иако је привредни субјект властан да, у оквири-ма принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, састави опште услове пословања какве жели, ту његову слободу Закон додатно ограничава наведеним условима.

Важно је, на крају, напоменути да се у случају утврђења ништавости одређених одредби општих услова, исти не ниште у целини, већ се спорне одредбе замењују одредбама диспозивних законских норми.

10 Закон о облигационим односима, чл. 143 ст. 1.

11 Закон о облигационим односима, чл. 143 ст. 2.

4. Понашање уговорних страна

Досадашње излагање је, пре свега, засновано на одредбама нашег Закона о облигационим односима, и његових решења по питању преваре и општих услова пословања. Међутим, пошто је живот, *de facto*, много маштовитији и од најпроницљивијег законодавца, важно је указати и на практичну страну наведене проблематике.

Честа је појава да се приликом испуњења обавеза насталих на основу формуларних уговора (који се позивају на примену општих услова пословања), физичко лице, у намери да дати уговор поништи и тако обезбеди реституцију, позива на доложне радње привредног субјекта којима је доведено у заблуду и тако, на преваран начин, изманипулисано на закључење датог уговора, који иначе (уколико би му спорне одредбе општих услова биле предочене) никако не би закључило. Није редак случај да је за потрошача реституција много погодније решење од испуњења уговорних обавеза до краја, нарочито ако је привредни субјект своју обавезу предаје добра или услуге већ извршио. Поврат ствари коју је физичко лице у одређеном периоду користило или услуге чије је *йлогове* неко време убирао, а да у међувремену није био у обавези да за дато добро или услугу плати, је понекад за физичко лице много примамљивије решење, него испуњење његове уговорне обавезе. Овакво решење је посебно погодно имајући на уму да вредност одређених врста роба (нпр. техничка роба) врло брзо опада.

Са друге стране, привредном субјекту уопште не одговара да до реституције дође, јер је његов интерес што већа реализација добра или услуге коју пласира на датом тржишту. Привредни субјект је првенствено заинтересован за наплату цене добра или услуге, а никако за реституцију – поврат „уназад”. Не ретко, привредни субјект једном продату робу не може поново продати као нову, нити је заинтересован за реституцију јер јер продајом добра или услуге он остварио добит, од чијег дела би се, овако, морао опростити.

а) Превара или заблуда

Иако су теоријски посматрано могућности да физичко лице постигне поништење уговора много веће ако се позива на заблуду него на превару, то за њега никако не представља примамљиво решење.¹² У случају позивања на заблуду, физичко лице не тврди да до поништаја уговора треба доћи услед кривице привредног субјекта, па је тако, за сваку штету која настане услед поништаја управо физичко лице у оба-

12 Марко Ђурђевић, „Заштита потрошача према општим правилима о закључењу уговора”, *Право и йривреда*, бр. 1-4/2009, стр. 284.

вези да за накнади евентуалну штету коју би привредни субјект претрпео.

Код преваре, физичко лице се појављује као жртва смишљене „игре” привредног субјекта, и трпи услед његову злонамерне активности довођења и одржавања у заблуди како би се „злокобни” уговор закључио. Докаже ли ту намеру привредног субјекта – а обавеза доказивања у овом случају лежи на физичком лицу, јер се таква намера не претпоставља – долази до реституције увећане за накнаду штете коју је физичко лице претрпело због преварних радњи привредног субјекта.

б) „Нисам ни њрочийшао, ни разумео!”

Општи услови пословања, због намере његових састављача да регулишу сваки сегмент предложеног уговорног односа, не ретко представљају праве мале „кодексе права”. За физичко лице, купца, који обично није претерано вичан праву и правничком стилу изражавања, ти општи услови пословања, чак и након што их је прочитао, могу бити прилично страни и нејасни. Управо су ова два чиниоца – обимност општих услова пословања и терминологија коју „лаик” не разуме – основно оружје у каснијим нападима на привредни субјект у циљу доказивања намерног довођења и одржавања купца у заблуди.

По искуству писца овог рада, феномен *преваре* код закључења формуларних уговора на основу општих услова пословања се састоји из неколико чињеница. Пре свега, велики број физичких лица који улазе у пословне просторије привредних субјеката, или на други начин долазе у додир са њиховом робом (добрима или услугама), не показују довољну дозу заинтересованости да се упознају са сваким сегментом уговорног односа у који стреме да закораче. Чак и уколико им се цео уговорни однос „нацрта”, не ретко се догоди, да купац, потошач, физичко лице, уопште ни не обраћа пажњу на оно што му се саопштава, јер пред собом има само једно – жељу за робом по коју је дошао.

в) Мојуће решење

По писцу овог рада, постоји неколико могућих решења којима привредни субјекти треба да прибегавају, уколико желе да обезбеде доказе о томе да њихова жеља никако није била да код свог клијента створе заблуду, нити да га одржавају у заблуди, у циљу закључења спорног уговора.

Један од главних аргумената физичког лица (купца) да је преварен лежи у обимности општих услова пословања, неразумљивости одредби

које се у њима налазе, као и честој појава да се, у циљу економичности, ти општи услови штампају збијено и ситним словима, па их купац није ни могао прочитати (јер је, ето, код куће заборавио наочаре). Уколико привредни субјект и обезбеди копију својих општих услова за потрошача, исти ретко даје себи довољно времена да се са њима на прави начин упозна, односно да их на миру прочита – што опет у случају спора користи као аргумент у своју корист.

Решење овакве поставке привредни субјект може наћи у пракси да спорне одредбе општих услова пословања (оне на које се његови клијенти најчешће позивају да им нису били предочени – јер да јесу спорни уговор никада не би ни закључили), а којих ретко има више од десетак, у форми простих, разумних реченица наведе у неком посебном документу, које ће да штампа читљивим словима, крупно, и које ће такође да уручи свом потенцијалном сауговорчу. На овај начин привредни субјект обезбеђује доказ да спорне одредбе није намерно сакрио у густој шуми глагољивих општих услова, већ да је на њих нарочито указао, и да је тек након што је њих указао, позвао физичко лице на закључење датог формуларног уговора.

Наравно, ово је само једно од овима сличних решења којима се привредни субјект може осигурати од евентуалних навода да је својом злом намером довео физичко лице у заблуду и одржавао га у њој, не би ли га навео на закључење датог уговора.

На крају, важно је напоменути да се физичко лице не може довека позивати на превару, већ да право да се захтева поништење рушљивог уговора престаје истеком једне године од сазнања за разлог рушљивости, док то право у сваком случају престаје истеком рока од три године од дана закључења уговора.¹³

IV Закључак

Формуларни уговор који закључе привредни субјект и физичко лице на основу општих услова пословања које је утврдила једна уговорна страна, а на које је друга страна у целости пристала, је подложен свим одредбама Закона о облигационим односима, као и сви грађанскоправни уговори.

Стране и у овом уговорном односу су у потпуности равноправне и власне да се подједнако позову на све одредбе Закона о облигационим односима којима се њихов правни однос регулише.

Један од најчешћих приговора уговорне стране која пристаје на опште услове је да о њиховој садржини није била у потпуности обавеш-

13 ЗОО, чл. 117.

тена, да је намерно доведена и одржавана у заблуди, те да је дати уговор закључила под преваром. На страни која тврди да је преварена лежи и обавеза да те своје наводе докаже.

Препорука је привредном субјекту које закључује формуларне уговоре који се позивају на опште услове пословања, да се обазриво односи према свим лицима са којима улази у уговорни однос, да своје кораке утврди пажљиво како би се касније лакше одбранила од напада да је своје опште услове пословања припремила са циљем да потрошаче (физичка лица) преварним радњама наведе на закључење спорног уговора.

ПРИЛОЗИ

Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

I Решавање међународних спорова

Конституисање арбитраже за решавање инвестиционих спорова

Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Citizens of other States*), чији је Србија члан, предвиђено је да тзв. инвестиционе спорове решава посебан Центар за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону, који дела под окриљем Међународне банке.

У међународној пракси примена Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, односно надлежност Центра најчешће се предвиђа билатералним споразумима о промоцији и заштити инвестиција. У свим таквим споразумима које има Србија (преко 40 споразума) предвиђена је надлежност овог Центра (уз могућност да инвеститор из земље са којом Србија има споразум покрене поступак и по UNCITRAL-овом Правилнику за *ad hoc* арбитраже).

Вашингтонски Центар има Арбитражни правилник (*Rules of Procedure for Arbitration Proceedings – Arbitration Rules*). Правила о конституисању арбитражног већа и о одвијању поступка по овом Правилнику и по Конвенцији донекле се разликују од правила познатих институционалних арбитража у свету. Центар има и Правилник за покретање поступка мирења односно арбитражног поступка (*Rules of*

Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings – Institution Rules).

У наставку се даје се преглед одредби Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава („Конвенција“), као и Арбитражног правилника Центра за решавање инвестиционих спорова („Центар“ и „Арбитражна правила“) које се односе на конституисање арбитражног већа и почетак поступка.

а) Број арбитраара

Када број арбитраара није унапред одређен договором страна, број арбитраара је три – према члану 37(2)(б) Конвенције. По правилу 2 Арбитражног правилника, странке треба да се договоре о броју арбитраара и начину конституисања већа, а ако до таквог договора не дође у року од 60 дана од регистравања захтева за арбитражу у Секретаријату Центра, свака од страна може да обавести генералног секретара Центра односно да тражи примену поступка предвиђеног чланом 37(2)(б) Конвенције.

б) Именовање арбитраара

Стране именују по једног арбитра у арбитражно веће (члан 37(2)(б) Конвенције и правило 3 Арбитражног правилника). За разлику од праксе у другим арбитражама, у поступцима пред Центром трећег арбитра (председника већа) именују саме стране, а не арбитра одређени од страна.

Тужилац приликом подношења тужбе треба да именује свог арбитра. Поред тога, тужилац по одредби правила 3(1)(а)(i) Арбитражног правилника треба, поред именовања свог арбитра, да предложи и председника арбитражног већа.

Тужена страна има обавезу да, одмах по пријему обавештења тужиоца о именовању његовог арбитра, именује свог арбитра (правило 3(1)(б)(i) Арбитражног правилника). Тужена страна треба да се изјасни да ли прихвата тај предлог или, у супротном, да изнесе свој предлог за председника.

Арбитражни правилник не одређује рок за именовање арбитра бројем дана, већ стандардом („одмах по пријему обавештења тужиоца о именовању“ – *promptly upon receipt*). Дакле, ради се о фактичком питању шта је „одмах“ у конкретним околностима. Можда као упутство може да се, аналогично, користи правило 2(1) Арбитражног правилника по коме

тужени, у ситуацији када стране нису одредиле начин конституисања већа, треба о предлозима тужиоца да се изјасни у року од 20 дана.

Ако се веће не конституише у року од 90 дана од дана отпослања обавештења Секретаријата Центра да је захтев за покретање арбитраже регистрован у Центру, трећег арбитра именује председник Административног савета центра (то је председник Светске банке), а уз консултацију са странкама. Странке могу спорзумно продужити овај рок од 90 дана за конституисање. Ово је наведено у одредби члана 38 Конвенције и одредби правила 4(1) Арбитражног правилника; ове одредбе се примењује и онда када тужена страна одбије или пропусти да именује свог арбитра.

в) Ко може бити арбитра (националности арбитра)

Центар има Листу арбитра (члан 12 Конвенције). Свака држава-уговорница може да именује четири лица на Листу (*Panel*) (члан 13(1) Конвенције). Из података на „сајту“ Центра произлази да Србија није именovala своје арбитра на Листу.

Стране могу да именују арбитра са Листе арбитра, као и арбитра који није на листи (члан 40(1) Конвенције). Арбитражни правилник у правилу 1(3) понавља наведене одредбе Конвенције, али додаје и правило да држава као страна у арбитражном поступку може именовати свог држављанина за арбитра само ако се са тиме сагласи друга страна (тужилац). Исто правило важи и за тужиоца – ни он не може именовати арбитра који је држављанин његове државе (државе чију националну припадност има) уколико се са тиме не сагласи тужена држава. Међутим, овоме, изгледа, противрече одредбе правила 3(1)(а)(i) и 3(1)(б)(i) истог Правилника по којима за арбитра уопште не може бити именовано лице које је држављанин државе у спору нити држављанин државе из које је тужилац. У пракси је, међутим, расправљено да и држављани странака у спору могу бити арбитра (уз услов да се друга страна са тим сагласи).

Међутим, арбитра које именује председник Светске банке морају бити са Листе арбитра (члан 40(1) Конвенције).

Иначе, арбитра не морају бити правници, већ стручњаци из других области (индустрије, трговине, финансија), што произлази из одредби члана 14 Конвенције. Захтева се да арбитра буду високих моралних квалитета, те способни да независно одлучују.

Чим генерални секретар буде обавештен о именовану арбитра, треба да тражи од њега да прихвати именовње. Арбитар треба да одговори у року од 15 дана.

i) Рокови за одговор на тужбу

Рокове за одговор на тужбу одређује арбитражно веће по констит уисању (правила 30 и 31 Арбитражног правилника). Дакле, пре консти туисања већа не постоји обавеза тужене стране да одговара на захтев за арбитражу. Међутим, треба имати на уму да по формулацији правила 30 Арбитражног правилника може да се закључи да тужена страна може да достави одговор на захтев за арбитражу и пре конституисања већа.

По правилу 31 Арбитражног правилника, арбитражно веће тре ба да одреди најпре рок у коме би тужилац поднео детаљну тужбу (*memorial* – за разлику од *request for arbitration* којим је покренут посту пак). Тек после овога, тужена страна треба да поднесе одговор на тужбу (*counter-memorial*). Арбитражно веће може да одреди да странке после ових поднесака доставе још по један поднесак (*reply* тужиоца и *rejoinder* туженог).

g) Место сасијанка арбитражној већи и одржавања расијрава

По Конвенцији (члан 63) и правилу 13 став 3 Арбитражног пра вилника странке се могу споразумети о другом месту арбитраже осим у седишту Центра односно у Вашингтону. То може бити и у седишту Сталног арбитражног суда у Хагу или у седишту неке институционалне арбитраже с којом Центар има споразум (на пример, МТК у Паризу). Ако Центар нема споразум са одређеном институцијом, потребно је претходно консултовати се са генералним секретаром Центра и добити сагласност арбитра.

Место заседања не утиче на националну припадност арбитражне одлуке – то је међународна арбитражна одлука која нема националну припадност и признаје се и извршава директно у складу са одредбама чланова 53–55 Конвенције.

II Међународна регулатива

Нова МТК правила о банкарским гаранцијама

Међународна трговинска комора усвојила је нова Једнообразна правила о банкарским гаранцијама – *Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)*. Правила ће бити објављена у МТК публикацији бр. 758 и ступају на снагу 1. јула 2010. Нова правила ће заменити постојећа Једнообразна правила из 1992. (публикација МТК бр. 458). Прва Прави ла објављена су још 1997. (позната под скраћеницом URDG 325).

Основни разлог за доношење нових Правила 758 је настојање да се овај инструмент усклади са захтевима савременог пословања и то тако да се њихов концепт учини једноставнијим, а терминологија разумљивијом. При том се настојало да се задржи праведна равнотежа права и обавеза свих учесника трансакције. Један део тих настојања остварен је доношењем Једнообразних правила за документарне акредитиве 2007. – публикација 600 (о овим Правилима писано је у часопису из новембра 2007).

У члану 1 нових Правила понавља се основно начело примене из ранијих верзија – по коме се Правила примењују смо ако је у гаранцији или контрагаранцији изричито напоменуто да је она подвргнута URDG 758. У таквом случају Правила су обавезујућа за све стране у односу, осим у оном делу који је у гаранцији или контрагаранцији био измењен или искључен. Но, у односу између налогодавца и гаранта Правила се примењују само у обиму који осигурава права налогодавца која овај има по основу Правила. Тиме је јасно наглашена слобода уговарања странака које могу гаранције структурирати како им одговара, односно стране могу изменити све одредбе Правила. Тиме је истовремено наглашена и уговорна природа Правила. Приоритет уговора потврђен је и у њиховом члану 12.

У Правилима се, за разлику из решења из Закона о облигационим односима, гаранције заправо не дефинишу као „банкарске“, већ као гаранције „на позив“ (*demand guarantees*). Правила инсистирају на томе да је у питању апстрактна обавеза на плаћање („свака потписана обавеза без обзира како ја названа или описана, која предвиђа плаћање по презентацији одговарајућег захтева“). Према томе, ради се о инструменту који могу издавати и сва физичка и правна лица, а не само банке. Ово решење није у супротности са домаћим правом, јер је могуће да физичка и правна лица преузму обавезу на плаћање на позив, онако како то чине банке. Такве се обавезе могу назвати управо онако како их означавају Правила – „гаранције на позив“.

Дефиниције у Правилима садрже описе појединих уговорних страна код гаранција. Прва промена у односу на досадашњу праксу уведена је увођењем још једне стране у однос која се назива *instructing party*. До сада је *applicant* у домаћој пракси био познат као „налогодавац“. Но, сада је *applicant* оно лице које је у самој гаранцији означено као носилац обавезе из основног посла, али које, према Правилима може, али не мора да буде и налогодавац у нашем смислу. Налогодавац је оно лице које гаранту даје налог за издавање гаранције и то се лице назива *instructing party*. Пошто у домаћој пракси још није установљен термин за *applicant*-а, може се описно звати „дужник из основног посла“.

У URDG 458 употребљен је термин *principal* (наш „налогодавац“), али је пракса показала да се много чешће користи израз *applicant*. Ако је *applicant* оно лице које сноси обавезу плаћања из основног посла, онда је *instructing party* она страна која даје налог гаранту да изда гаранцију или контрагаранцију и која у односу према гаранту преузима накнаде износа које би овај платио по основу гаранције. Дакле, из дефиниција које садрже нова Правила произлази да *applicant* и *instructing party* могу бити и различите особе.

Осим наведених страна, према Правилима у уговорном односу постоје и *advising party* (лице које обавештава корисника да је гаранција издата). *Guarantor* је гарант, лице које издаје гаранцију и који се обавезује да плати на захтев, те укључује и оно лице које то чини за сопствени рачун, а не само за туђи рачун, као што то чине банке. У дефиницијама Правила одређује се и појам „корисника“ (*beneficiary*) као лица у чију се корист гаранција издаје. *Presenter* је лице које врши неку презентацију у име корисника или *applicant*-а. Основни посао је наш израз за *underlying relationship* – енглески термин који користе Правила (термин „основни посао“ може се односити, у зависности од врсте гаранције односно обавезе за чије се испуњење гарантује, на понуду, уговор или на неки други однос између *applicant*-а и корисника).

Апстрактност гаранција на позив је њихово основно обележје, које их разликује од јемства и зато се тај елемент детаљно описује у члану 5 Правила. У овој одредби се наглашава да је гаранција „по својој природи независна од односа из основног посла и од односа из захтева за издавање гаранције“ и да се гаранта тај однос не тиче, па ни у случају када се основни однос помиње у гаранцији. Обавеза гаранта на плаћање није подложна никаквим захтевима или одбранама које би се заснивале на основном послу на основу кога је гаранција издата (ово је решење које садржи и Закон о облигацијама). Однос гаранта и корисника заснива се само на односу из гаранције. Као још једна потврда апстрактности гаранција, у члану 6 Правила се подвлачи да гарант послује само са документима, а не са робом, услугама или испуњењем обавеза на које се документи односе.

Правила таксативно набрајају препоручене елементе захтева за издавањем гаранција, као и садржај самих гаранција (члан 8). Гарант самостално одлучује да ли ће прихватити захтев за издавање гаранције. Уколико неће да прихвати захтев, дужан је да о томе „без одлагања“ обавести лице од кога је примио захтев (члан 9 Правила).

Обавештењу о издавању гаранције посвећена је у Правилима посебна пажња, што је новина у односу на URDG 458. Значајне новине односно прецизирања питања о којима у пракси постоје значајне дилеме

садржане су у одредбама Правила о измени гаранција, а посебно гарантоване суме (када се она смањује у одређеним условима), о подошењу захтева за наплату гаранције, те испитивању тог захтева од стране гаранта, вишој сили, преносу гаранција, меродавном праву и надлежности за решавање спорова.

III На дневном реду у свету

Измене хрватског Закона о трговачким друштвима

Хрватски сабор је крајем октобра 2009. усвојио измене Закона о трговачким друштвима из 1993 (Закон је већ знатније мењан 1999, те 2003. и 2007). У последњим изменама хрватско се право привредних друштава готово у целини усклађује са захтевима Европске уније.

Ранијим интервенцијама у хрватску регулативу су већ унета решења из Прве, Друге, Треће, Четврте, Шесте, Седме и Једанаесте Директиве ЕУ о привредним друштвима, те Директиве 2005/56 о прекограничном задуживању друштава капитала. Изменама из 2007. (које су ступиле на снагу априла 2008) у правни режим друштава су унете значајне новости – између осталог, омогућен је избор између једноступеног или вишеступеног система управљања у акционарским друштвима, постављени су захтеви у погледу резерви друштава капитала, измењене су одредбе о годишњим и консолидованим билансима друштава, регулисани су одређени облици статусних промена, страним друштвима је омогућено да на хрватском тржишту обављају једнократне послове без обавезе отварања подружнице.

Измене из 2009. биле су потребне да се Закон о трговачким друштвима усклади са захтевима Директиве 2007/36/ЕС о увођењу одређених права акционара друштава која се котирају на берзи, те Директиве 2007/63/ЕС о измени Директиве 78/855/ЕС и 82/891/ЕС у погледу захтева за независним стручним мишљењем при спајању или подели акционарских друштава.

Међу новостима које се уводе недавним изменама Закона најзначајније су следеће:

- капитал друштва може се повећати улозима у стварима и правима без спровођења ревизије, с тим да су прописани услови за такво повећање и садржина прилога који се достављају регистру;
- измењена су и допуњена правила о сазивању скупштине акционара (прецизирана су правила о електронском објављивању по-

жива, као и правила о објављивању предлог одлука, записника итд.);

- уведена су правила о одобреном капиталу друштава са ограниченом одговорношћу;
- одређено је да управа друштва са ограниченом одговорношћу мора у случају губитака, презадужености или неспособности за плаћање поступати по правилима која важе за акционарска друштва;
- уређени су одређени формални поступци у вези са функционисањем друштава.

Измене Закона су изузетно обимне. Тичу се 239 чланова, што је две трећине законског текста. Изменама се дефинишу одређени појмови (на пример, седишта и резерви друштва), те отклањају недоумице у тумачењу појединих одредби до којих је дошло у пракси, а извршене су и одређена редакцијска дотеривања текста са циљем поједностављивања и усклађивања терминологије са другим законима (најпре са Законом о тржишту капитала, Законом о стечају и Законом о судском регистру).

IV За документацију

Подаци о Бечкој конвенцији

Поље примене Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (тзв. Бечка конвенција) дефинисано је на комплексан начин. Одредбе ове врло широко прихваћене Конвенције имају приоритет у примени у односу на национално право, а странама је чланом 6 дато право да искључе њену примену у целини или да одступе од њених одредби. Питање њене меродавности често се јавља као предмет разматрања пред судовима и арбитражама. Сазнавање садржине Конвенције у погледу поља примене, те тумачење њених одредби није једноставан процес, те се и тиме може објаснити одређено устезање праксе да Конвенцију примени. У тексту који следи даје се преглед могућих начина да се сазна и прати начин на који се Конвенција примењује у свету.

Укратко речено, за наше судије и арбитра (као и за адвокате, те правнике у привредним друштвима) је важно да знају да се Бечка конвенција примењује на међународне продаје у сваком случају када је сауговарач домаћег купца или продавца лице које има место пословања у некој држави уговорници ове Конвенције, или када је меродавно српско право, или право друге државе уговорнице, под условом да примена Конвенције није искључена споразумом страна или самим њеним

одредбама (готово све европске државе, сем Енглеске, су државе уговорнице).

За унификовани систем права није довољно само постојање једнообразног текста закона и његово прихватање од стране већег броја државе, него је потребно остварити и његову јединствену примену и тумачење. Отуда је Конвенција у свом члану 7 поставила међународни стандард тумачења Конвенције: „Приликом тумачења ове конвенције водиће се рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.“

Како Конвенцијом није успостављен организациони оквир или механизам који би обезбедио јединствено тумачење, *UNCITRAL* је установио систем праћења судске праксе држава уговорница у примени и тумачењу одредби Конвенције. У питању је тзв. систем *CLOUT* – на званичном „сајту“ *UNCITRAL*-а (www.un.org.at/uncitral/) доступни су сажетци судских одлука на енглеском језику (поред Конвенције о међународној продаји робе информациони систем обухвата и друге конвенције и модел-законе усвојене у оквиру *UNCITRAL*-а). И *UNIDROIT* је такође организовао сличан подухват праћења судске праксе (www.unilex.info) – у информационој збирци *UNILEX* судске одлуке су класификоване хронолошки и предметно и доступне су на оригиналном језику са сажетком на енглеском језику. Збирке података о примени Конвенције организоване су и на универзитетима – тако један амерички универзитет у свом систему обухвата судске одлуке из целог света (www.cisg.law.pace.edu), а немачки универзитет одлуке земаља које најчешће примењују Конвенцију (www.jura.uni-freiburg.de/iprl/cisg).

(Према уџбенику „Уговорно право међународне трговине“ проф. др Младена Драшкића и проф. др Маје Сиванивуковић)

V Глосар

Брокер и дилер

У пословној пракси, као и у колоквијалном жаргону, изрази „брокер“ (енг. *broker*) и „дилер“ (енг. *dealer*) користе се у више значења, а често и као синоними. Међутим, ови изрази означавају појмове који, у правном погледу, немају исту садржину.

У пословима на берзи, *брокер* је назив за посредника између продаваца и купца. Брокери закључују послове на берзи у туђе име и за туђ рачун. Они нису власници берзанског материјала којим тргују. Ако је

брокер правно лице, има своје овлашћене представнике (агенте) који учествују у берзанском трговању. Да би неко постао брокер мора да испуни конкретне услове које прописује одређена берза (квалификација, испит). Ово значење из берзанске терминологије најчешће се среће у пракси.

По некадашњем српском Закону о берзама и берзанском пословању, берзанске посреднике, који обављају брокерске послове, могу основати правна и физичка лица под прописаним условима. Брокерски начин трговања по овом Закону подразумева обављање послова у туђе име и за туђ рачун. Закон разликује три врсте брокера:

- брокере берзе (особе које су запослене на берзи и овлашћене за берзанско посредовање),
- брокере чланове берзе (лица која су чланови берзе овластили за берзански промет), и
- независне брокере (лица која су, као берзански посредници, овлашћени само за ванберзанско пословање).

Поред израза „брокер“ који се користи у берзанској терминологији, у пракси се налази и на другу употребу овог појма. Тако брокер означава и лице које представља стране у пословима купопродаје некретнина (класична улога посредника који доводи у везу две стране ради закључења уговора).

Израз брокер употребљава се и у пословима осигурања – то је лице које проналази аранжман осигурања и клијенту продаје полису осигурања.

Појам *дилер* такође има више значења. Најшире се користи овај појам у берзанској терминологији да такође значи особу која учествује у трговању на берзи. Међутим, дилери (за разлику од брокера који никада није власник берзанског материјала) купују и продају берзански материјал у своје име и за свој рачун, те га даље продају својим клијентима. Приход остварују на разлици у цени између купљеног и продатог материјала (не раде за провизију, као брокери). У овом смислу, дилер би се тешко могао подвести под појам посредника, што се у пракси често чини.

Дилер у ширем смислу, ван берзанске трговине, означава свако лице које купује робу ради даље продаје крајњим купцима.

(Према књизи „Основе берзанској пословања“ Верољуба Дујалића и Милка Шћимца).

др Душан ПОПОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ – ХРОНИКА –

Период између два броја часописа „Право и привреда“ обележило је ступање на снагу новог Закона о заштити конкуренције Републике Србије.¹ Усвојени су и неки од подзаконских аката неопходних за примену новог закона, о чему ће бити више речи у овој хроници права конкуренције. Донете су две уредбе о групном изузећу од забране хоризонталних споразума којима се ограничава, спречава или нарушава конкуренција на тржишту (Уредба о споразумима о специјализацији и Уредба о споразумима о истраживању и развоју), као и једна уредба о групном изузећу вертикалних споразума.² Влада је донела и Уредбу о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране.³ Комисија за заштиту конкуренције је објавила годишњи извештај за 2009. годину, из кога сазнајемо да је Комисији током претходне године, када је поступала по Закону о заштити конкуренције из 2005. године, било поднето више од сто захтева за одобрење концентрација, због чега је контрола концентрација и претходне године била њена доминантна активност.⁴ У Европској унији, претходни период је био обележен ступањем на дужност новог комесара за конкуренцију. Ипак, чини се да неће бити разлике у приступу политици конкуренције између

- 1 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 51/2009. За приказ овог закона видети хронику права конкуренције у претходном броју часописа „Право и привреда“.
- 2 Све три уредбе објављене су у *Службеном гласнику Републике Србије*, бр. 11/2010.
- 3 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 107/2009.
- 4 Број пријава условљен је ниским праговима за пријаву концентрација које је прописивао Закон из 2005. године. Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције доступан је на адреси: www.kzk.sr.gov.yu.

претходног и новоизабраног европског комесара за конкуренцију. Нови комесар Јоакин Алмуњо, који је ступио на дужност у фебруару 2010. године, већ је у свом првом обраћању јавности истакао да економска криза не сме бити изговор за измену критеријума за одређивање новчаних казни за повреду права конкуренције.

I Влада Србије донела уредбе о групном изузећу од забране рестриктивних споразума

Групно изузеће од забране рестриктивних споразума (које се још назива и колективно изузеће, блок изузеће или изузеће по категоријама) уређено је чланом 13 Закона о заштити конкуренције. Овим чланом нису потпуно уређени услови под којима одређена категорија споразума може бити изузета од забране, већ се они додатно утврђују посебним уредбама које доноси Влада. Током важења Закона о заштити конкуренције из 2005. године, Влада Републике Србије није донела ниједну уредбу о групном изузећу од забране рестриктивних споразума, тако да је практично годинама једини начин за изузеће споразума било подношење појединачног захтева. Овог пута Влада је, може се рећи на изненађење стручне јавности, на време донела уредбе о групном изузећу како вертикалних, тако хоризонталних споразума.

Уредбом о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране ближе се прописују посебни услови под којима такви вертикални споразуми могу бити изузети од забране. У члану 3 Уредбе набројане су најчешће врсте вертикалних споразума који могу бити изузети: споразуми о ексклузивној дистрибуцији, споразуми о ексклузивној додели купаца, споразуми о селективној дистрибуцији, споразуми о ексклузивној куповини, споразуми о ексклузивној продаји, споразуми о трговинском заступању, споразуми о франшизингу, споразуми који садрже одредбе којима се купцу преносе или дају на коришћење права интелектуалне својине под условом да те одредбе не чине примарни циљ таквих споразума и да су у директној вези са употребом, продајом и/или препродајом уговорних производа од стране непосредних или посредних купаца и немају за циљ или последицу ограничења забрањена у складу са Уредбом. Уредба се примењује и на споразуме закључене између удружења учесника на тржишту у области трговине на мало и чланова тих удружења, као и између тих удружења и њихових добављача.⁵

5 Под условом да су сви чланови тих удружења трговци на мало који продају уговорне производе крајњим потрошачима и да ниједан члан тих удружења заједно са његовим повезаним учесницима на тржишту нема укупан годишњи приход већи од два милиона евра.

Уредбом о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране ближе се прописују посебни услови под којима такви хоризонтални споразуми могу бити изузети од забране. Споразуми о специјализацији се често јављају у пракси, пошто се њима постиже знатна уштеда за учеснике у споразуму. Уредбом се прописују услови којима се могу изузети све три врсте ових споразума: 1) споразуми о једностраној специјализацији којима се један учесник у споразуму обавезује да обустави производњу релевантних производа или да се уздржава од производње тих производа и да те производе купује од другог учесника у споразуму, а други учесник у споразуму се обавезује да те производе производи и продаје; 2) споразуми о узајамној специјализацији којима се два или више учесника у споразуму обавезују да престану да производе или да се уздржа од производње одређених али различитих производа и да их купују од других учесника у споразуму који се обавезују да их продају; и 3) споразуми о заједничкој производњи којима се два или више учесника у споразуму обавезују да заједнички производе одређене производе.

Посебном уредбом Влада је прописала услове за групно изузеће од забране другог типа хоризонталних споразума – споразума о истраживању и развоју. Уредба се примењује на споразуме који имају за предмет: 1) заједничко истраживање и/или развој производа или производног процеса и заједничко коришћење резултата истраживања и развоја; 2) заједничко коришћење резултата истраживања и/или развоја производа или производног процеса у складу са претходним споразумом између истих производа на тржишту; 3) заједничко истраживање и развој производа или производног процеса без обавезе заједничког коришћења резултата истраживања и развоја.

Рестриктивни споразуми који испуњавају услове из одговарајуће уредбе о групном изузећу не подносе се Комисији за заштиту конкуренције ради изузећа. И када споразум не испуњава посебне услове за групно изузеће прописане одговарајућом уредбом, учесници и даље могу поднети захтев за појединачно изузеће на основу члана 12. Закона о заштити конкуренције.

II Конкуренцијски савјет Босне и Херцеговине појаснио обавезу пријаве концентрација чији ниједан учесник нема седиште у БиХ

Конкуренцијски савјет Босне и Херцеговине издао је мишљење по захтеву заступника *Heinzel Group*, једног од водећих европских

произвођача целулозе, о обавези пријаве концентрације у случају да учесници концентрације нису регистровани на територији БиХ, већ продају своје производе купцима који се налазе на територији БиХ. Подносилац захтева навео је да је тржишно учешће *Heinzel Group* и циљног друштва у претходној години било око 40%.⁶

У свом мишљењу, Конкурентијски савјет најпре подсећа на члан 2, став 3 Закона о конкуренцији БиХ којим је прописано да се Закон примењује и на привредне субјекте са седиштем или пребивалиштем у иностранству, ако њихово деловање производи значајан ефекат на тржиште БиХ или на значајнији део тржишта. Чланом 14, став 1 Закона прописана је обавеза пријаве концентрације у случају да укупан годишњи приход сваког од најмање два привредна субјекта учесника концентрације остварен продајом роба и/или услуга на тржишту БиХ износи најмање 8.000.000 КМ у години која је претходила концентрацији или ако је њихово заједничко тржишно учешће на релевантном тржишту веће од 40%. Укупан годишњи приход обухвата пословне приходе, финансијске приходе и ванредне приходе након одбијеног пореза на додату вредност и других пореза који се директно односе на промет. Из претходног произилази да је подносилац захтева у обавези да пријави концентрацију и у Босни и Херцеговини.

Учесници концентрације су, дакле, обавезни да пријаве концентрацију и када „прагови“ изражени у годишњем приходу нису достигнути, уколико њихов заједнички тржишни удео у БиХ прелази 40%. Учесници у концентрацији морају заправо сами проценити свој тржишни удео, надајући се да се то чине исправно. С обзиром на високе казне које се изричу за неизвршавање обавезе пријаве концентрације, овакво „делегирање одлуке“, тј. пребацивање обавезе процене тржишног удела на учеснике у концентрацији сигурно не доприноси правној сигурности тржишних учесника. Овај проблем није јединствен за Босну и Херцеговину. Слична одредба постоји и у македонском праву (концентрација се мора пријавити независно од тога да ли су „прагови“ изражени у годишњем приходу пређени, уколико учесници имају преко 40% тржишног удела) и словеначком праву (обавеза пријаве постоји увек када учесници концентрације имају преко 60% тржишног удела). Нови хрватски Закон о заштити тржишног натјецања, који ће ступити на снагу 1. октобра 2010. године, исправно избегава овакав начин дефинисања услова за пријаву концентрације, изражавајући „прагове“ једино преко годишњег прихода учесника у концентрацији, чије утврђивање је неспорно.

6 Мишљење Конкурентијског савјета БиХ, бр. 01-01-26-738-5-1/09 од 21. октобра 2009. године, доступно је на адреси: <http://bihkonk.gov.ba>.

III Приоритети новог европског комесара за конкуренцију

У фебруару 2010. године у свом првом говору одржаном по ступању на дужност европског комесара за конкуренцију, Јоакин Алмуњо представио је стручној јавности на конференцији у Паризу најважније циљеве које жели остварити током свог петогодишњег мандата у Европској комисији. Иако је истакао да је његов основни краткорочни циљ савладавање економске и финансијске кризе, нови европски комесар није заборавио да се заложи за развој „културе конкуренције“ у оквиру сваког од привредних друштава које послују у ЕУ, што сматра како практичним тако и моралним питањем. Комесар Алмуњо је нагласио да је делотворна примена права конкуренције најбољи начин да се тренутна економска и финансијска криза савлада. Штета коју за потрошаче и за читаву европску привреду проузрокује повреда правила конкуренције у времену кризе је још већа, јер повреда правила конкуренције доводи до повећања цена и спречава реструктурирацију појединих привредних сектора која је неопходна ради превазилажења тренутних економских потешкоћа. Одговарајући на све чешће јавне критике влада држава чланица о превисоким износима новчаних казни које Комисија одређује због повреде права конкуренције ЕУ, европски комесар је истакао да економска криза не сме бити изговор за измену критеријума по којима се казне одређују. Он је подсетио да право конкуренције ЕУ већ садржи, како је он то назвао, „аутоматски стабилизатор“, односно правило по коме максимални износ новчане казне не сме прећи 10% укупног годишњег прихода привредног друштва у претходној години. Такође је подсетио да је Европска комисија у Смерницама о утврђивању износа новчаних казни у поступцима који се воде због повреде права конкуренције већ утврдила начине правилног одређивања висине казне, чиме се избегава да наплата изречене казне доведе до стечаја привредног друштва које је учинило повреду.

Иако је највећу пажњу посветио последицама економске кризе, нови европски комесар за конкуренцију говорио је и о другим циљевима које планира да оствари током свог мандата, пре свега о усвајању нових уредби о колективном изузећу рестриктивних споразума, пошто уредбама о изузећу вертикалних споразума, о изузећу споразума у аутомобилској индустрији, као и о изузећу споразума о сарадњи престаје важност ове године, те је неопходно усвојити нове.⁷

7 Обраћање европског комесара за конкуренцију је у целини доступно на адреси: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/25&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>.

мр Љубинка КОВАЧЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

НОВОСТИ ИЗ РАДНОГ И СОЦИЈАЛНОГ ПРАВА

Основне новине у законодавству о запошљавању

1. Нови Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености

Суочена са неповољним променама у економској, социјалној и демографској сфери, наша држава изнова приступа реформи система запошљавања. Тај корак учињен је доношењем два закона: новог Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености и Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, које је Народна скупштина Републике Србије усвојила 13. маја 2009. године.¹

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености доноси новине у уређивању активних мера за запошљавање и обавезног осигурања за случај незапослености. Предвиђене измене нису, међутим, крупне и свеобухватне. Оне, у првом реду, треба да допринесу отклањању проблема који су пратили примену истоименог закона од 2003. године,² а за који је оцењено да „не пружа адекватан законски оквир за планирање и спровођење политике запошљавања, нити обезбеђује равнотежу између активне и пасивне политике запошљавања“.³ Стога су решења

1 Оба закона објављена су у *Службеном гласнику РС*, бр. 36/09.

2 Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 71/03 и 84/04).

3 Национални акциони план запошљавања за 2009. годину, стр. 11.

новог Закона, у великој мери, испирисана идејом о већој одговорности појединца за заштиту од социјалних ризика, коју прати уверење да издешни системи осигурања за случај незапослености, уместо да стимулишу незапослене да траже посао, код њих развијају културу зависности од новчаних накнада из социјалног осигурања.

Полазећи од тих поставки, законодавац преусмерава решавање проблема незапослености ка мерама интеграције незапослених у тржиште рада, уз сразмерно сужавање заштите која се обезбеђује у оквиру система осигурања за случај незапослености.⁴ Тако је ранији *numerus clausus* мера активне политике запошљавања напуштен у корист флексибилнијег решења, које подразумева егземплификативно набрајање мера за запошљавање тражилаца запослења, уз могућност министарства надлежног за послове запошљавања да, по потреби, уводи и друге мере. Надлежно министарство има и могућност да, путем предлога акционих планова, из године у годину прилагођава примену ових мера захтевима производње и стварним потребама на тржишту, будући да национални акциони план запошљавања, који Влада утврђује на предлог министарства, постаје основни инструмент у годишњем циклусу планирања активних мера запошљавања.⁵

Закон уводи новине и у погледу *носилаца њослова зайосљавања*. Због уштеде, предвиђене су промене у организацији Националне службе за запошљавање (укидање надзорног одбора и преношење надзорних овлашћења на ресорно министарство, смањење броја чланова управног одбора), док је приватним агенцијама за запошљавање призната право да обављају и неке нове активности, укључујући могућност да их Национална служба за запошљавање ангажује за спровођење одређених мера.⁶ Неке услуге Националне службе за запошљавање сада су постале доступне и лицима која траже запослење, али, у смислу законских одредби, нису испуњавала услове да буду квалификована као таква, односно нису желела да преузму све обавезе које имају незапослени, под претњом да у супротном буду избрисани из евиденције. Та могућност

4 Више о концепцији актуелних реформи заштитне улоге државе у области запошљавања вид. у: Дренка Вуковић, „Активизација социјалне државе и тржиште рада“, у: Дренка Вуковић, Михаил Арандаренко (ур.), *Тржиште рада и ѡполићика зайослености*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 17-32.

5 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 43. Више о практичном значају ове измене вид. у: Михаил Арандаренко, „Нови закони о запошљавању“, *Фокус*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2009, стр. 14-15.

6 Вид. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 11, 12 и 20. Управни одбор Националне службе за запошљавање усвојио је њен нови Статут 8. децембра 2009. године (*Службени гласник РС*, бр. 2/10).

отворена је увођењем нове, *екстензивне дефиниције лица које тражи запошлење*, а у која се, сада, поред незапосленог и запосленог који тражи промену запошлења, убрајају и друга лица старија од 15 година која траже запошлење, а не могу да се сврстају у прве две категорије (ученици, студенти, запослени са непуним радним временом и др.).⁷ Утврђујући обавезе незапосленог, законодавац напушта раније решење о *обавези прихватања понуђеног одговарајућег запошлења*, под претњом брисања из евиденције. Ово решење је у научној и стручној јавности, с правом, критиковано као противно уставној гарантини права на рад и слободу рада, при чему се одговарајућим запошлењем у прва три месеца на евиденцији незапослених сматрало запошлење у истом степену стручне спреме и занимању незапосленог; по истеку рока од три месеца то је било запошлење у занимању, а после девет месеци на евиденцији незапослених – свако понуђено запошлење! Нови Закон, међутим, предвиђа да је одговарајуће запошлење за незапосленог у првих 12 месеци од увођења у евиденцију – запошлење у оквиру стеченог нивоа и врсте образовања, а по истеку овог рока „и запошлење на пословима на нижем нивоу у оквиру исте или сродне врсте стеченог образовања, у складу са индивидуалним планом запошљавања, узимајући у обзир радно искуство и стање на тржишту рада“.⁸

Значајна измена тиче се и *обавезе пријављивања потребе за запошљавањем*, која више не важи за све послодавце, већ само за послодавце који желе да пронађу нове раднике уз посредовање Националне службе за запошљавање. Овај *новит* објашњава се потребом да се смање административни захтеви који оптерећују послодавце,⁹ али му се може приговорити да не доприноси делотворном остваривању права на доступност послова под једнаким условима, као ни активном тражењу посла.

Када је реч о *осиурању за случај незапослености*, Закон предвиђа мању висину новчане накнаде и краће трајање права на новчану накнаду, у односу на досадашњу висину и трајање овог права.¹⁰ Редукација

7 Вид. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 2 и 3.

8 Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 32 и 33.

9 М. Арандаренко, *нав. рад*, стр. 16.

10 Новчана накнада из осигурања за случај незапослености сада износи 50% претходне зараде незапосленог, колико је износила и раније, али тек од четвртог месеца незапослености, док је у прва три месеца незапослени имао право на новчану накнаду у висини од 60% просечне зараде која је незапосленом исплаћена у последњих шест месеци који претходе месецу у којем је престао радни однос, односно осигурање. Паралалено са смањењем односа између накнаде и претходне зараде осигураника, висина минималне накнаде редукована је са ранијих 100% на 80% минималне зараде за месец у којем се исплаћује накнада, док је максимални износ накнаде ограничен на 160% минималне зараде, уместо просечне месечне зараде по запосленом остварене у Републици Србији, која је представљала горњу границу према Закону

(„рационализација“) обима заштите која се обезбеђује у оквиру система осигурања за случај незапослености објашњава се потребом подстицања незапослених да се интегришу у тржиште рада, уместо да очекују социјалне престације. Осим тога, постоји могућност да се средства која су „ослобођена“ умањењем висине новчаних накнада и скраћивањем периода њихове исплате преусмере на финансирање активних мера запошљавања. Ово тим пре што су потоње мере доступне и лицима која не испуњавају услове за остваривање новчане накнаде или им је ово право престало (дугорочна незапосленост).¹¹ То би био *ratio legis* усвајања нових законских решења у области осигурања за случај незапослености. Њих, међутим, наткриљује опасност да постепено сужавање одговорности државе за заштиту од социјалних ризика угрози интересе осигураника, јер их излаже већем финансијском ризику, који у дужем временском периоду може да постане неподношљив. Отуда се поставке од којих законодавац полази, у извесном смислу, могу схватити и као лицемерне, будући да је, услед недовољне привредне активности, тражња за радном снагом хронично недовољна, каква год да су лична настојања незапослених да пронађу запослење.

2. Обавезне квоте запошљавања и друге новине у Закону о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом

Усвајањем Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом напуштена је традиционална концепција заштићеног запослења, на којој је почивао Закон о радном оспособљавању и запошљавању инвалида од 1996. године,¹² бавећи се, готово искључиво, питањем оснивања и рада предузећа за запошљавање лица са инвалидитетом (заштитних радионица). Уместо тога, циљ новог закона представља равноправно учешће лица са инвалидитетом у тржишту рада заједно са осталим тражиоцима запослења и запослени-

од 2003. године. Са друге стране, законодавац скраћује период исплате новчане накнаде на три до 12 месеци, зависно од дужине стажа осигурања, осим када је реч о лицима којима је остало две године до испуњавања услова за остваривање права на пензију, којима припада новчана накнада у двогодишњем трајању. Вид. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 69-75.

11 М. Арандаренко, *нав. рад*, стр. 17. О озбиљности проблема дугорочне незапослености у Србији најбоље сведочи податак да 17,9 % незапослених тражи посао од четири до шест година, 14,4% незапослених тражи посао од две до три године и 11 месеци, док свега 3,2% незапослених тражи посао краће од месец дана (Национални акциони план запошљавања за 2009. годину, стр. 8).

12 Закон о радном оспособљавању и запошљавању инвалида (*Службени гласник РС*, бр. 25/96 и 101/05).

ма и повећање њихове запослености.¹³ Угледајући се на одговарајуће међународне радне стандарде и упоредна искуства, законодавац је предвидео низ мера за остваривање овог циља, од којих су најзначајније следеће мере:

- утврђивање професионалних могућности лица са инвалидитетом;
- активне мере запошљавања (рефундација трошкова прилагођавања радног места потребама запослених, субвенције зарада запослених без радног искуства);
- професионална рехабилитација лица са инвалидитетом;
- обавеза запошљавања лица са инвалидитетом код послодаваца са 20 и више запослених;
- оснивање и рад предузећа која, поред остваривања профита, имају за циљ стварање послова за лица са инвалидитетом (предузећа за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом и социјална предузећа).

Закон предвиђа да се лица са инвалидитетом могу запошљавати на два начина: под општим и под посебним условима, зависно од тога да ли запошљавање прати прилагођавање послова и радног места или не. При том ваља имати у виду да се у другом случају, одбијање послодавца да изврши разумно прилагођавање послова и радног места могућностима и потребама лица са инвалидитетом може сматрати посебним обликом дискриминације, на шта нас упозорава Међународна конвенција (УН) о правима лица са инвалидитетом (чл. 2 ст. 5).

Права утврђена Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом имају две категорије лица: а) сва лица са инвалидитетом којима се, у складу са овим законом, процени радна способност према којој имају могућност запослења или одржања запослења; б) лица која су квалификована као инвалиди у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању, прописима о заштити војних инвалида и другим важећим прописима.¹⁴ Важно је уочити да

13 У Републици Србији ради свега 13% од укупног броја лица са инвалидитетом. То се, између осталог, може приписати и њиховим недовољним квалификацијама, будући да скоро 50% лица са инвалидитетом има само основно образовање. Нав. према Национална стратегија запошљавања за период 2005–2010. године (усвојена Закључком Владе Републике Србије од 14. априла 2005. године), стр. 59.

14 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 36/09), чл. 4. Законска дефиниција „особе са инвалидитетом“ (чл. 3 ст. 1) чини се прихватљивом, будући да су за подручје примене Закона релевантни само они аспекти инвалидитета који су од значаја за запошљавање ових лица. Посебно је важно што законодавац не заснива дефиницију само на меди-

се процена радне способности лица са инвалидитетом не врши у циљу утврђивања степена њихове инвалидности, већ у циљу утврђивања њихових могућности да се запосле, односно да задрже посао. Ову процену врши орган вештачења Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, док Национална служба за запошљавање, на основу тог налаза, мишљења и оцене, доноси решење о радној способности и могућности да се одређено лице запосли или да сачува запослење. Министри надлежни за послове запошљавања, здравља и пензијског и инвалидског осигурања тек треба да установе критеријуме и уреде поступак утврђивања могућности и способности које су неопходне за запошљавање лица са инвалидитетом. То ће, по свој прилици, бити изузетно деликатан задатак, на шта је указивано и током јавне расправе, будући да могућност запошљавања лица са инвалидитетом зависи од једнократне процене њихове радне способности.¹⁵

Осим проблема квалификације, лица са инвалидитетом суочавају се са ризиком дискриминације, будући да је потврда начела (формалне) једнакости недовољна да се елиминишу сви случајеви фактичке неједнакости у професионалном животу. Закон, отуда, утврђује обавезу послодаваца да запошљавају одређени број лица са инвалидитетом. Ова мера *позитивне дискриминације* представља највећу новину у Закону, а подразумева *обавезу свих послодаваца који имају најмање 20 запослених да, под њиховом владавањем, заснују радни однос са одређеним бројем лица са инвалидитетом*.¹⁶ Тако ће сваки послодавац који запошљава између 20 и 49 запослених имати обавезу да запосли најмање једно лице са инвалидитетом, док послодавац са више од 50 запослених мора запослити најмање још једно лице са инвалидитетом, и тако на сваких следећих 50 запослених. Послодавац се може ослободити ове обавезе ако учествује у финансирању зарада лица са инвалидитетом у социјалном предузећу или предузећу за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом, као и извршавањем финансијске обавезе из уговора о пословно-техничкој сарадњи или уговора о куповини производа или вршењу услуга потоњег

цинским критеријумима, већ уважава и релевантна социјална и друга ограничења која неповољно утичу на изгледе да се запослење обезбеди, задржи и да се у њему напредује.

15 У том смислу се као посебно значајно поставља питање да ли ће лица чије се способности процењују имати право да *активно* учествују у поступку утврђивања својих професионалних могућности, као што је то потврђено Резолуцијом Комитета министара Савета Европе о Повељи о професионалној процени лица са инвалидитетом (Resolution AP /95/3 on a Charter on the vocational assessment of people with disabilities, тачка 2.1.2).

16 Вид. Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, чл. 24 и 29.

предузећа.¹⁷ Ако из било ког разлога не запосли потребан број лица са инвалидитетом, послодавац има обавезу да уплати пенале у висини тро-струког износа минималне зараде за свако лице са инвалидитетом које није запослио. Пенали се уплаћују у буџетски фонд за професионалну рехабилитацију и подстицање запошљавања особа са инвалидитетом, а одговарајућа средства могу да се користе искључиво за подстицање запошљавања лица са инвалидитетом.

Законске одредбе које утврђују обавезу запошљавања лица са инвалидитетом ступају на снагу 23. маја 2010. године,¹⁸ од када ће Пореска управа почети да контролише испуњавање обавезе запошљавања и да врши наплату пенала, у складу са прописима о пореском поступку и пореској администрацији. Чини се да ће примена ових одредби бити скопчана са озбиљним проблемима, пре свега због бојазни да ће послодавци гледати да на сваки начин заобиђу ову обавезу, можда, чак, и вршити притисак на постојеће запослене да се пријављују као лица са инвалидитетом.¹⁹ Истовремено, постоји ризик да ће се послодавци који не испуне обавезне квоте за запошљавање оглушити и о обавезу уплате пенала, на шта нас упозоравају хронични проблеми наплате пореза и доприноса од послодавца.²⁰

Упориште за неповољне прогнозе о примени обавезним квотама запошљавања налазимо и у искуствима држава са којима делимо заједничку правну традицију (Хрватска, Босна и Херцеговина),²¹ али и у искуствима неких држава чланица Европске уније, будући да у њима примена квота није дала значајније и трајније резултате, посебно у периодима економских криза.²² При том, ваља имати у виду да се због

17 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, чл. 26 и 27.

18 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидите- том, чл. 55.

19 М. Арандаренко, *нав. pag*, стр. 19.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 Упоредно право познаје различита решења о квотама запошљавања лица са ин- валидитетом. У неким државама, ова мера никада није заживела (Данска, Фин- ска, Шведска, Португал) или је напуштена у корист законодавства о забрани дискриминације, будући да прописивање квота није било довољно да се послодав- ци стварно подстакну на запошљавање лица са инвалидитетом. Са друге стране, постоје и државе у којима су послодавци који запошљавају један минимални број запослених (који се креће између 16 /Немачка/ и 50 запослених /Шпанија/), дужни да запосле одређени број лица са инвалидитетом (по правилу, 1% за послодавце са највише 35 запослених, 2% за послодавце који запошљавају од 36 до 50 запослених и 7% за послодавце са више од 50 запослених). Упоредно право познаје и другачија решења, укључујући законску препоруку (не и обавезу) за запошљавање лица са

релативно ниске висине новачних казни, послодавци пре одлучују за плаћање пенала него за запошљавање лица са инвалидитетом.²³ У том смислу, морамо се запитати какав ће бити стваран утицај новог закона на запошљавање лица са инвалидитетом у Републици Србији, тј. да ли су оне у стању да промене понашање послодаваца у овој области. Ово питање нарочито ваља размотрити у светлу висине пенала, иако упоредна искуства говоре да повећање висине пенала нужно не прати и већи проценат запошљавања лица са инвалидитетом.²⁴ У том смислу се масовније запошљавање лица са инвалидитетом, по свој прилици, може очекивати само ако висина пенала достигне износ при којем би послодавцима било јефтиније да запошљавају лица са инвалидитетом него да плаћају казне.²⁵ Иако није реално очекивати да таква мера буде и примењена у савременим система запошљавања, намеће се питање да ли су пенали у висини троструког износа минималне зараде за свако лице са инвалидитетом које послодавац није запослио, као и новчане казне за одговарајући прекршај (од 200.000 до 1.000.000 динара за послодавце-правна лица, односно од 5.000 до 400.000 динара за предузетнике²⁶) – довољне да подстакну послодавце у Србији да заснивају радни однос са лицима са инвалидитетом?

инвалидитетом (Холандија) или утврђивање одговарајуће законске обавезе, без делотворне санкције (*lex imperfecta*), као што је то био случај са квотама које су примењиване у Великој Британији од 1944. до 1995. године. Интересантно је уочити да се у појединим државама правила о квотама разликују зависно од врсте послодавца, и то на начин да су захтеви који важе за посебни режим радних односа редовно строжији од захтева који се односе на послодавце-приватна лица. Стога са жаљењем можемо да констатујемо да су у Србији, током јавне расправе о Нацрту закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом неки представници јавног сектора захтевали да се обавеза запошљавања односи само на приватна лица. За упоредна решења вид. Heinz-Dietrich Steinmeyer, *Legislation to counter discrimination against persons with disabilities*, 2nd edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2003, стр. 89-90.

- 23 Lisa Waddington, „Reassessing the employment of people with disabilities in Europe: From quotas to anti-discrimination laws“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, бр. 18, 1996, стр. 69.
- 24 На то упозорава пример Немачке, где је 80-их година прошлог века удвостручена висина новчаних казни за послодавце који не запосле потребан број лица са инвалидитетом, али је и после такве мере тек 25% послодаваца засновало радни однос са лицем са инвалидитетом. L. Waddington, *нав. чланак*, стр. 70.
- 25 L. Waddington, *нав. чланак*, стр. 69.
- 26 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, чл. 50.

мр *Нашаша* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО ОСИГУРАЊА

I На дневном реду у свету и код нас

1. Усвојени нови закони

Током 2009. године, српски парламент усвојио је низ закона, који значајно мењају слику српског тржишта осигурања и утичу на положај корисника услуга осигурања. Закон о коме се највише расправљало како у току рада на њему, тако и након усвајања, је Закон о обавезном осигурању у саобраћају.¹ Овим законом требало је извршити корак напред у усклађивању нашег права са правом Европске уније усвајањем решења из пет генерација директива, које се односе на осигурање од одговорности моторних возила.² О томе у којој мери овај закон мења

1 *Сл. гласник РС*, бр. 51/09. За практичну примену овог закона од значаја су и знатно поопштрене одредбе Закона о безбедности у саобраћају (*Сл. гласник РС*, бр. 41/09).

2 Реч је о следећим директивама: 1) *Directive du Conseil du 24 avril 1972 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité*, О. Ј. Л. 103 од 2. маја 1972; 2) *Deuxième Directive du Conseil du 30 décembre 1983 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs*, О. Ј. Л. 8 од 11. јануара 1984; 3) *Troisième Directive du Conseil du 14 mai 1990 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs*, О. Ј. Л. 129 од 19. маја 1990; 4) *Quatrième Directive du Conseil du 16 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs*, О. Ј. Л. 181/65 од 20. јула 2000, у примени се од 20. јануара 2003. и 5) *Directive 2005/14/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 modifiant les directives 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE et*

наше обавезно осигурање у саобраћају довољно сведочи податак да није одмах ступио на снагу, већ након истека *vacatio legis* периода дугог 90 дана. Не улазећи овом приликом у добре и лоше стране усвојених решења, односно у њихову аргументованост и применљивост у актуелном амбијенту српског тржишта осигурања у саобраћају, истичемо најзначајније новине:

1) иако је круг обавезних осигурања одређен на исти начин као у старом закону (осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја, осигурање власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима и путницима, осигурање власника ваздухоплова од одговорности за штету причињену трећим лицима и путницима, осигурање власника чамаца од одговорности за штету причињену трећим лицима), нови закон дефинише појмовни апарат потребан за њихову операционализацију водећи рачуна о директивама ЕУ и настојећи да у том смислу обезбеди уједначеност са правом ЕУ, које је у овој области достигло највећи степен хармонизације;

2) за разлику од старог закона, нема дилеме око тога да је обавеза закључења уговора на власнику превозног средства. Он уговор може закључити са било којим друштвом осигурања које поседује дозволу за то. Свако друштво било је дужно да у року од 90 дана пре почетка примене услова обавезног осигурања, исте достави Народној банци Србије на увид ради провере њихове усаглашености са прописима, актуарским начелима и правилима струке осигурања;

3) значајна новина коју уводи овај закон је увођење базе података друштава осигурања. Реч је о подацима који се односе на осигуранике, превозна средства, штетне догађаје и процену и ликвидацију штета и који се обрађују, чувају и користе у складу са Законом о заштити података о личности,

4) појам путника одређен је тако да обухвата не само лица која се налазе у превозном средству и која намеравају да путују, без обзира да ли су купила возну карту или не, већ и лица која се налазе у кругу станице, пристаништа, луке, аеродрома или у близини превозног средства пре или након окончања превоза;

5) што се тиче осигурања од аутоодговорности, законом су детаљно регулисани: обавеза осигурања, полиса осигурања, закључење уговора, лица која немају право на накнаду штете, висина суме осигурања, исплата накнаде штете, Европски извештај о незгоди, територијална важност осигурања (које покрива штете настале на територији држава чланица

90/232/CEE du Conseil et la directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, O. J. L. 149/14.

ЕУ и држава чланица Система међународне карте осигурања или држава чији је Национални биро потписник Мултилатераног споразума), накнада штете проузрокована у иностранству (исплаћује се најнижа накнада предвиђена прописима државе у којој је штета настала), накнада штете проузрокована употребом возила иностране регистрације, систем *bonus-malus* код наплаћивања премије осигурања, овлашћени представик за одлучивање о одштетном захтеву, Информациони центар (који се оснива при Удружењу ради што ефикаснијег остварења одштетног захтева), Биро за накнаду штете, Регистар штетних догађаја;

6) значајна новина је поверавање јавних овлашћења Удружењу осигураваача Србије: обавља послове националног бироа осигурања, прописује и штампа обрасце и врши контролу употребе међународне карте осигурања, води Информациони центар, Биро за накнаду штете и Регистар штетних догађаја, представља друштва за осигурање пред државних и другим надлежним органима у земљи и међународним организацијама, итд;

7) основан је Гарантни фонд, са својством правног лица и овлашћењем пружања економске заштите путницима у јавном превозу и трећим оштећеним лицима, у случајевима када је штета причињена употребом неосигураног или непознатог превозног средства, као и када је покренут стечајни поступак над одговорним друштвом осигурања. Гарантни фонд почеће са радом у року од две године од ступања на снагу закона, а у том периоду ће његове послове обављати Удружење.

Друго, поново је измењен матични закон за осигурање у делу који се односи на усклађивање друштава осигурања, која поседују дозволу за обављање послова осигурања, у погледу свог статуса и пословања, са чланом који се односи на немогућност истовременог обављања животних и неживотних осигурања. Изменама из 2009. тај рок је продужен са 2009. на 2011. годину.³

Треће, донет је нови Закон о стечају.⁴ Једна од многобројних новина овог закона је увођење обавезе стечајног управника да се осигура од одговорности за штету коју може изазвати вршењем функције. Према одредбама овог закона, активни стечајни управник је дужан да у своје име и у свој рачун закључи са осигуравајућим друштвом уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности са осигураном сумом од најмање од 30.000 евра у динарској противвредности на дан закључења уговора, за све ризике повезане са обављањем послова стечајног управника.⁵ Ово осигурање је, дакле, конципирано као

3 Закон о изменама Закона о осигурању (Сл. гласник РС, бр. 107/09).

4 Сл. гласник РС, бр. 104/09.

5 Закон о стечају, чл. 30 ст. 1.

осигурање од професионалне одговорности и то обавезно. Колико је то реално тј. да ли ће стечајни управници успети да ово осигурање купују код домаћих друштава остаје да се види.

Четврто, донет је нови Закон о управним споровима.⁶ Будући да вршење надзорних овлашћења Народне банке Србије у великом броју случајева резултира доношењем аката против којих је жалба искључења, а допуштен управни спор, овај закон је од интереса за заштиту права друштава осигурања, односно корисника њихових услуга. Најзначајније новина овог закона је шире одређење предмета управног спора, увођење усмене јавне расправе пред Управним судом ради утврђивања чињеница као правила и омогућавање истицања захтева за преиспитовање судске одлуке пред Врховним касационим судом, као ванредног правног средства у управном спору, када је у управном поступку била искључена двостепеност.

2. Удружење европских осигуравача и реосигуравача захтева од групе Г 20 да призна специфичне потребе осигуравајућег сектора⁷

Федерација европских осигуравача и реосигуравача упутила је Г 20 групи, уочи њеног самита у Питсбургу, захтев за регулаторним и надзорним одговором на економску кризу, прилагођен тржишту осигурања и истакла потребу за координираном глобалном акцијом. Европски осигуравачи пружили су овим путем подршку напорима групе Г 20 да обезбеди здрав и одржив економски опоравак на глобалном нивоу и развој прилагођеног регулаторног оквира. Признајући значај уједначеног програма опоравка, европска федерација, ипак, наглашава да мере које се односе на банкарски сектор нису аутоматски применљиве на осигуравајући сектор. Приликом имплементирања неке мере опоравка, мора се водити рачуна о различитим ризицима којима су ова два сектора изложена, као и о њиховим различитим моделима пословања. Исто тако, европски осигуравачи и реосигуравачи сматрају да треба учинити напор како би се избегла дивергенција мера које се предузимају на регионалним нивоима. Само уједначен тј. глобални (а не национални или регионални) приступ решавању проблема привреде осигурања изазваних економском кризом омогућава стварање предуслова за здраво функционисање тржишта осигурања.

6 *Сл. гласник РС*, бр. 111/09.

7 СЕА, Press Release, 22 September 2009. Доступно на: www.cea.eu.

3. Европски осигуравајући сектор показује еластичност на економску кризу⁸

Према извештају европске федерације осигурања, европски осигуравајући сектор показује еластичност на економску кризу. То се посебно односи на неживотна осигурања, која су генерално посматрано, мање осетљива на економске осцилације, осим неких врста осигурања директно везаних за одвијање привредних активности (попут осигурања кредита). Привремена процена за 2008. годину показује пад премија осигурања у Европи за 6%, с тим да су премије неживотних осигурања порасле за 2%. Ипак, удео премија осигурања живота у укупном износу уплаћених премија остаје највећи и износи 60% укупних европских премија осигурања. Ови подаци су утолико више значајнији ако се зна да је осигуравајућа индустрија један од највећих институционалних инвеститора у Европи, који је наставио да се шири и у периоду кризе оснивањем нових друштава осигурања и повећањем запослености за 0,5%.

4. Извештај Европске федерације осигуравача и реосигуравача открива значајну улогу осигуравача у контролисању климатских промена⁹

У извештају названом „Управљање климатским променама: значајни допринос осигуравача“, европска федерација осигурања објашњава како индустрија осигурања развија решења која доприносе ублажавању и прилагођавању климатских промена; како доприноси разумевању овог ризика; како подстиче кориснике осигурања да се прилагоде климатским променама. То показује да улога осигуравача није само накнада претрпљене штете, већ много више. Осигурање нових, тј. „чистих“ технологија, уговорне клаузуле које подстичу предузимање мера превенције и развој *forward-looking* модела процене ризика само су неки од начина на које осигуравачи помажу да се управља климатским променама и њиховим последицама. Како је истакао председник Удружења европских осигуравача и реосигуравача, европски осигуравачи су и вољни и способни да одиграју главну улогу у контролисању климатских промена, али им је за то потребна подршка националних влада и Европске уније. У складу са тим, ово удружење је упутило захтев за политичким ангажовањем кроз: 1) стварање дугорочних, јасних и ефикасних стратегија управљања климатским ризиком; 2) координирање и

8 CEA, Press Release, 29 October 2009. Доступно на: www.cea.eu.

9 CEA, Press Release, 2 December 2009. Доступно на: www.cea.eu.

ширење података о овом ризику; 3) јавно улагање у превентивне мере и 4) партнерство јавног и приватног сектора у случајевима када услов осигурљивости није испуњен.

5. Извештај са тржишта осигурања од аутоодговорности за 2009. годину

Извештај се састоји из два дела: прегледа европског тржишта и извештаја о појединим државама. Број компанија које се баве пословима осигурања аутоодговорности показује благу тенденцију смањења и у 2008. години је износио 1.100. Питање је да ли је тај број довољан, будући да је Европа са више од 315 милиона возила позната као највеће светско тржиште аутоодговорности. Стога не чуди што премије овог осигурања чине 30,3% прихода од премија свих неживотних осигурања и што, заједно са осигурањем од последица незгоде и здравственим осигурањем, чине носеће врсте неживотних осигурања. Лидери овог осигурања на европком новоу су Италија, Немачка, Француска и Велика Британија, чији осигуравачи убирају више од 60% премија осигурања аутоодговорности. Међутим, у извештају се истиче да је глобална економска криза утицала на повећање броја неосигураних возила у Европи. У читавој Европи уочен је пораст броја људи који размишљају о могућим начинима уштеде и један од „популарних“ начина је непродужавање или одлагање куповине осигурања за своје возило.

6. Резултати за 2009. годину мање лоши од очекиваних на хрватском тржишту осигурања

Према најновијим подацима Хрватског уреда за осигурање, хрватски осигуравачи су у току 2009. године остварили бруто премију у укупном износу мањем за 2,7 % у односу на 2008. годину.¹⁰ Тиме се хрватско тржиште осигурања сврстава у ред оних тржишта чији су резултати пословања у претходној пословној години мање лоши од очекиваних. Наиме, хрватско тржиште осигурања бележи укупан пад од само 2,7 % премија осигурања, што је знатно мање у поређењу са извештајима из европских држава. Међитим, како објављују водећи осигуравачи, 2009. година остаће упамћена као врло захтевна година, у којој је цела индустрија осигурања била суочена са низом тешкоћа, изазова и нових услова пословања.

10 *Осигурање*, Хрватски часопис за теорију и праксу осигурања, бр. 1/2010.

II Речник и појмови осигурања

Клаузула „*Held Cover*“

Иако је премија битан елемент уговора о осигурању, она није непроменљива. Наиме, под одређеним условима може се тражити плаћање допунске премије. Из угла функционисања осигурања и заштите интереса осигураника изузетно је значајна могућност одржавања осигурања на снази и поред промене у величини ризика или наступања неке друге околности која би могла водити престанку обавезе осигуравача, уз обавезу плаћања допунске премије осигурања. Реч је о клаузули *Held Cover*, чије уношење у уговор омогућава осигуранику добијање *покрића којим се на најбољи начин штити његови интереси*. Њоме се у исто време на адекватан начин штите и *интереси осигуравача*, јер он не може бити у обавези да пружи додатно покриће, ако му осигураник за то не плати додатну премију. Њена *комерцијална функција* састоји се у томе да повећава сигурност осигураника штитећи га од догађаја који, иначе, нису покривени осигурањем и који могу проузроковати тешке последице, али за које плаћа премију само ако се догоде. У томе се огледа комодитет клаузуле о одржавању покрића јер она пружа право избора осигуранику у погледу ширине покрића. Уколико жели потпуно покриће, мораће да пријави осигуравачу наступање догађаја који се може подвести под опсег *Held Cover* клаузуле и плати додатну премију. Али, уколико жели да избегне плаћање додатне премије, као и када се догађај обухваћен поменутом клаузулом не догоди, осигураник се неће позивати на *Held Cover* покриће.

ПРАВНА ПРАКСА

Снежана ВУЈИНОВИЋ
Министарство рада и социјалне политике

МИШЉЕЊА МИНИСТАРСТВА РАДА И СОЦИЈАЛНЕ ПОЛИТИКЕ

1. Послодавац је дужан да поступи по налазу и мишљењу надлежног здравственог органа и запосленог премести на послове који одговарају његовом здравственом стању.

Према чл. 81. ст. 2. Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) запослени са здравственим сметњама, утврђеним од стране надлежног здравственог органа у складу са законом, не може да обавља послове који би изазвали погоршање његовог здравственог стања или последице опасне за његову околину.

Према томе, запослени је обавезан да обавља послове који су уговорени све док надлежни здравствени орган својим налазом и мишљењем не оцени да те послове запослени није способан да обавља, односно да би даље обављање тих послова изазвало погоршање његовог здравственог стања или последице опасне за његову околину.

Послодавац је дужан да поступи по налазу и мишљењу надлежног здравственог органа и запосленог премести на послове који одговарају његовом здравственом стању.

Међутим, да ли су приложени лекарски извештаји обавезујући за послодавца односно, да ли су исти издати од стране надлежног здравственог органа, је питање које је у надлежности Министарства здравља, коме је уступљен захтев.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-889/2009-02 од 21.12.2009. године)

2. Са становишта Закона о раду, нема сметњи да директор као и остали запослени који је навршио 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања настави и даље да ради, уколико постоји сагласност школског одбора који га је изабрао.

Закон о раду (*Службени њласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) у чл. 175 ст. 1 тач. 2) утврђује да радни однос запосленом престаје са навршених 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени друкчије не споразумеју.

У случају када су испуњени услови за престанак радног односа који су утврђени у чл. 175 ст. 1 тач. 2) Закона о раду, послодавац може да одлучи, уз сагласност запосленог, да запослени настави да ради код послодавца.

Према томе, са становишта Закона о раду, нема сметњи да директор као и остали запослени који је навршио 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања настави и даље да ради, уколико постоји сагласност школског одбора који га је изабрао.

У делу који се односи на избор и разрешење директора, наведени захтев достављен је Министарству просвете на надлежност.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-988/2009-02 од 21.12.2009. године)

3. Запослена која у конкретном случају због коришћења породњског одсуства није искористила годишњи одмор за 2009. годину не може да тај одмор користи у 2011. години по повратку са породњског боловања.

Годишњи одмор се, по правилу, користи у календарској години за коју се остварује право на годишњи одмор.

У чл. 73 Закона о раду (*Службени њласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) прописано је да годишњи одмор може да се користи у два дела. Ако запослени користи годишњи одмор у деловима, први део користи се у трајању од најмање три радне недеље у току календарске године, а други део најкасније до 30. јуна наредне године. Изузетно, запослени који није у целини или делимично искористио годишњи одмор у календарској години због одсутности са рада ради коришћења породњског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета – има право да тај одмор искористи до 30. јуна наредне године.

Према томе, запослена која због породњског одсуства и одсуства са рада ради неге детета није искористила, нити започела коришћење годишњег одмора у календарској години за коју остварује право на

годишњи одмор, има право да тај одмор искористи до 30. јуна наредне године.

Полазећи од наведеног, запослена која у конкретном случају због коришћења породилског одсуства није искористила годишњи одмор за 2009. годину не може да тај одмор користи у 2011. години по повратку са породилског боловања.

Што се тиче годишњег одмора за 2010. годину, запослена има право да тај одмор искористи до 30. јуна 2011. године.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 131-04-9/2009-02 од 22.12.2009. године)

4. Запослени који због привремене спречености за рад није користио годишњи одмор у текућој години, дакле, није га ни започео у текућој години, нема право да га у наредној години користи ни делимично ни у пуном трајању.

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) у члану 68 утврђује начин и услове стицања права на коришћење годишњег одмора запослених у пуном трајању.

Запослени стиче право на коришћење годишњег одмора у пуном трајању после шест месеци непрекидног рада, а под непрекидним радом се сматра континуирани рад са прекидима до 30 дана или без прекида, време проведено ван рада због привремене спречености за рад, породилско одсуство, одсуство због неге и посебне неге детета и плаћено одсуство.

У чл. 73 Закона о раду, дата је могућност да се годишњи одмор користи у два дела, с тим што се први део користи у трајању од најмање три радне недеље у току календарске године, а преостали део најкасније до 30. јуна наредне године. Одсуство са рада због привремене спречености за рад у складу са прописима о здравственом осигурању, без обзира на дужину трајања привремене спречености за рад се сматра непрекидним радом, при чему запослени не обавља фактички рад јер је оправдано спречен да долази на посао, али је непрекидно у радном односу код послодавца, што је услов за стицање права на годишњи одмор у пуном трајању.

Запослени који је испунио услов за стицање права на коришћење годишњег одмора у смислу члана 68 став 2 Закона, а није у целини или делимично искористио годишњи одмор у календарској години због одсутности са рада ради коришћења породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета – има право да тај одмор искористи до 30. јуна наредне године.

Обавеза послодавца је да запосленом обезбеди коришћење годишњег одмора.

Запослени који због привремене спречености за рад није користио годишњи одмор у текућој години, дакле, није га ни започео у текућој години, нема право да га у наредној години користи ни делимично ни у пуном трајању. Уколико се запослени врати на посао пре истека календарске године, има право да започне коришћење годишњег одмора за текућу годину, одмах по престанку привремене спречености за рад, и да настави да га користи, непрекидно, у пуном трајању и у наредној календарској години.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 131-04-8/2009-02 од 23.12.2009. године)

5. Запослени остварује право на увећану зараду по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу.

Закон о раду у члану 68. прописује као један од критеријума за утврђивање дужине годишњег одмора „радно искуство“ али не и радни стаж. Међутим исти члан прописује да послодавац може општим актом или уговором о раду да утврди и друге критеријуме поред критеријума утврђених Законом.

Законом о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) у чл. 108 ст. 1 тач. 4) прописано је да запослени има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу – 0,4% од основице.

Према томе, запослени остварује право на увећану зараду по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу. За време које је лицу утврђено решењем Републичког фонда ПИО у стаж осигурања проведено ван радног односа за време трудноће и порођаја, исти не може остварити право на увећану зараду по основу „минулог рада“.

Према члану 120 Закона о раду, општим актом, односно уговором о раду може да се утврди право на јубиларну награду.

Према томе, Закон о раду само прописује да послодавац може општим актом или уговором о раду да утврди право на јубиларну награду. Све остало као што су: услови, критеријуми или мерила за исплату и висина јубиларне награде утврђују се колективним уговором, односно правилником о раду. Напомињемо да Закон о раду не познаје термин „радни стаж“.

Закон о раду у члану 68 прописује као један од критеријума за утврђивање дужине годишњег одмора „радно искуство“ али не и радни стаж. Међутим исти члан прописује да послодавац може општим актом или уговором о раду да утврди и друге критеријуме поред критеријума утврђених Законом.

Према томе, уколико сте општим актом или уговором о раду утврдили „радни стаж“ као критеријум за увећање законског минимума од 20 радних дана, требало је истовремено утврдити и шта се под тим критеријумом подразумева.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 113-04-43/2009-02 од 10.7.2009. године)

6. Лице које је навршило 15 година живота има право на рад а како би се подаци о његовом раду (радни однос или рад ван радног односа) или осигурању евидентирали, потребно је да му се изда радна књижица.

Према члану 204 став 1–3 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) радна књижица је јавна исправа и издаје је општинска управа коју запослени предаје послодавцу приликом заснивања радног. Запослени је према чл. 5 Закона о раду физичко лице које је у радном односу код послодавца. У радну књижицу се уписују подаци о раду (радни однос или рад ван радног односа) или осигурању.

Чланом 5 Правилника о радној књижици је прописано да захтев за издавање радне књижице незапослено лице подноси надлежном органу општинске управе према месту његовог пребивалишта, а запослени према месту његовог запослења.

Радна књижица се према члану 3 Правилника о радној књижици (*Службени гласник РС*, бр. 17/97) издаје држављанину Републике Србије који је навршио најмање 15 година живота. Радна књижица се издаје и страном држављанину и лицу без држављанства под истим условима као и држављанину Републике Србије (чл. 4 Правилника о радној књижици).

Уставно право, право на рад се стиче са најмање 15 година живота.

Према томе, лице које је навршило 15 година живота има право на рад а како би се подаци о његовом раду (радни однос или рад ван радног односа) или осигурању евидентирали, потребно је да му се изда радна књижица. Значи да лицу које је поднело захтев а навршило је прописане године неопходне за остваривање права на рад, надлежни општински орган управе издаје радну књижицу, независно од тога да

ли је у тренутку подношења захтева за издавање радне књижице запослен или незапослен у смислу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 136/09). Напомињемо да се чланом 5 Правилника утврђује месна надлежност органа општинске управе за издавање радне књижице, тако да запослено лице подноси захтев надлежном органу општинске управе према месту његовог запослења, а незапослени према месту његовог пребивалишта.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-763/2009-02 од 13.10.2009. године)

7. Запослени који је засновао радни однос на одређено време до шест месеци, има право на сразмеран годишњи одмор који треба да искористи у току трајања радног односа на одређено време, односно до истека периода од шест месеци.

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) у члану 68. утврђује начин и услове стицања права на коришћење годишњег одмора у пуном трајању. Запослени на неодређено и одређено време стиче право на коришћење годишњег одмора у пуном трајању после шест месеци непрекидног рада, а под непрекидним радом се сматра континуирани рад са прекидима до 30 дана или без прекида, време проведено ван рада због привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању и одсуства са рада уз накнаду зараде.

У погледу остваривања права из радног односа, па и права на коришћење годишњег одмора, радни однос на одређено време је изједначен са радним односом на неодређено време.

Према члану 72 Закона о раду право на сразмерни годишњи одмор има запослени: 1) ако у календарској години у којој је први пут засновао радни однос нема шест месеци непрекидног рада; 2) ако у календарској години није стекао право на пун годишњи одмор због прекида радног односа дужег од 30 радних дана.

Према томе, запослени који су засновали радни однос на одређено време, имају сва права, обавезе и одговорности из радног односа, као и запослени који су засновали радни однос на неодређено време. Значи да запослени који је засновао радни однос на одређено време до шест месеци, има право на сразмеран годишњи одмор који треба да искористи у току трајања радног односа на одређено време, односно до истека периода од шест месеци.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-563/2009-02 од 18.8.2009. године)

8. Послодавац нема право да даје сагласност на оснивање синдиката.

Законом о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) у члану 6. прописано је да се синдикатом сматра самостална, демократска и независна организација запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса.

Чланом 206 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05 и 61/05) прописано је да се запосленима јамчи слобода синдикалног организовања и деловања без одобрења, уз упис у регистар.

У складу са чланом 215 Закона о раду, синдикат може да се оснује у складу са општим актом синдиката.

Према томе, синдикат представља организацију запослених која се оснива без одобрења у складу са својим општим актом, ради заштите права и унапређења професионалних и економских интереса чланова. Такође, запослени добровољно одлучују о свом чланству у синдикату. Право је запосленог да се самостално определи да ли ће бити члан синдиката и ког синдиката. Запослени приступа синдикату потписивањем приступнице. Дакле, послодавац нема право да даје сагласност на оснивање синдиката.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-528/2009-02 од 10.7.2009. године)

8. Општим актом синдиката утврђује се оснивање, унутрашња организација као и сва друга питања везана за лице овлашћено за заступање и представљање синдиката.

Решење о репрезентативности синдиката које је донео послодавац у складу са одредбама закона, може се преиспитивати након истека рока од три године од дана његовог доношења.

1) У члану 215 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) прописано је да се синдикат оснива у складу са општим актом синдиката.

Према томе, Законом о раду није прописано ко може бити лице овлашћено за заступање и представљање. Оснивање, унутрашња организација као и сва друга питања везана за лице овлашћено за заступање и представљање синдиката, утврђују се општим актом синдиката.

2) Законом о раду у члану 233 став 1 и 2 прописано је да синдикат, послодавци и удружење послодаваца могу поднети захтев за

преиспитивање утврђене репрезентативности по истеку рока од три године од дана доношења решења из члана 228 став 2, члана 231 став 1 и члана 232 став 3 овог закона. Преиспитивање репрезентативности синдиката код послодавца, утврђене решењем послодавца, може се покренути на иницијативу послодавца, односно на захтев другог синдиката код тог послодавца.

Захтев из члана 233 став 2 овог закона подноси се послодавцу код кога је основан синдикат чија се репрезентативност преиспитује (члан 234 став 1 Закона о раду).

Према томе, решење о репрезентативности синдиката које је донео послодавац у складу са одредбама закона, може се преиспитивати након истека рока од три године од дана његовог доношења. Решење којим је утврђена репрезентативност производи правно дејство, све док се не донесе другачија одлука у поступку за преиспитивање утврђене репрезентативности. Дакле, синдикат чија се репрезентативност преиспитује сматра се репрезентативним, све док послодавац не донесе решење о губитку репрезентативности.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-379/2009-02 од 01.7.2009. године)

9. Законом о раду није прописано да ли послови који се обављају по основу уговора о привременим и повременим пословима треба да буду из делатности или ван делатности послодавца, па смо мишљења да је у оба наведена случаја могуће закључити уговор о привременим и повременим пословима.

У складу са чланом 197 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), послодавац може за обављање послова који су по својој природи такви да не трају дуже од 120 радних дана у календарској години да закључи уговор о обављању привремених и повремених послова са: 1) незапосленим лицем; 2) запосленим који ради непуно радно време – до пуног радног времена и 3) корисником старосне пензије. Уговор из става 1 овог члана закључује се у писаном облику.

Привремени и повремени послови су временски ограничени. Одређени посао не може трајати дуже од 120 радних дана у календарској години, а сваког радног дана може га обављати једно или више лица. Такође, једно лице може код истог послодавца да ради најдуже 120 радних дана на једном послу, а по завршетку тог посла, може да закључи уговор о привременим и повременим пословима за обављање других послова.

Према томе, након истека уговора о привременим и повременим пословима, послодавац може са истим лицем да закључи нови уговор о привременим и повременим пословима за обављање других послова који не трају дужи од 120 радних дана.

Такође, Законом о раду није прописано да ли послови који се обављају по основу ових уговора треба да буду из делатности или ван делатности послодавца, те сматрамо да је у оба наведена случаја могуће закључити уговор о привременим и повременим пословима.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-519/2009-02 од 7.7.2009. године)

10. Нема сметњи да се подаци о завршеној школској, односно стручној спреми, упишу накнадно у већ издату радну књижицу, на основу накнадно достављене јавне исправе којима се исти потврђују, без обзира да ли је школска, односно стручна спрема стечена пре или после издавања радне књижице.

У члану 11 Правилника о радној књижици (*Службени гласник РС*, бр. 17/97), прописано је да се на страни 3 радне књижице у рубрику „Подаци о школској и стручној спреми“ уписују подаци о завршеној школи, стручној спреми, стручном испиту и сл. из јавне исправе издате од стране овлашћене васпитно-образовне установе са овим подацима, назив издаваоца, број и датум издавања исправе.

Према томе, у радну књижицу уносе се подаци о завршеној школи, стручној спреми и сл. из јавних исправа којима се потврђују ти подаци. То значи да се подаци о завршеној школи, стручној спреми, стручном испиту и другим видовима образовања уписују у радну књижицу на основу диплома и других јавних исправа у систему образовања.

Наведени подаци, по правилу, уписују се у радну књижицу приликом издавања радне књижице. Међутим, нема сметњи да се подаци о завршеној школској, односно стручној спреми, упишу накнадно у већ издату радну књижицу, на основу накнадно достављене јавне исправе којима се исти потврђују, без обзира да ли је школска, односно стручна спрема стечена пре или после издавања радне књижице.

Истовремено странка је обавештена да је њен захтев уступљен Министарству просвете на надлежност, а ради давања мишљења да ли се приложена документа могу сматрати јавном исправом о стеченој школској спреми у смислу прописа о образовању.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 113-03-81/2009-02 од 18.7.2009. године)

11. Основ за обрачун отпремнине запосленом коме је престао радни однос због престанка потребе за његовим радом је исплаћена просечна месечна зарада запосленог за последња три месеца која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина. Уколико је регрес за годишњи одмор исплаћен у месецу у коме је запосленом престао радни однос, исти не улази у основ за обрачун отпремнине, с обзиром да није исплаћен у последња три месеца, која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина.

У члану 158 став 1 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/09) прописана је обавеза послодавца да пре отказа уговора о раду, у смислу члана 179 тачка 9) овог закона, запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду. Отпремнина не може бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу за првих 10 година проведених у радном односу и четвртине зараде запосленог за сваку наредну навршену годину рада у радном односу преко 10 година проведених у радном односу (чл. 158 ст. 2 Закона).

Зарадом у смислу члана 158 овог закона сматра се просечна месечна зарада запосленог исплаћена за последња три месеца која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина (чл. 159 Закона).

Основицу за исплату отпремнине чине сва примања из радног односа која се у смислу члана 105 став 1 и 2 Закона о раду сматрају зарадом, а која је запослени оставарио за последња три месеца која претходе месецу у коме се исплаћује отпремнина.

Према томе, Закон је утврдио обавезу послодавца да запосленом исплати отпремнину пре отказа уговора о раду у смислу члана 179 тачка 9) овог закона, у висини утврђеној општим актом или уговором о раду.

Имајући у виду да је, основ за обрачун отпремнине исплаћена просечна месечна зарада запосленог за последња три месеца која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина, то уколико је регрес за годишњи одмор исплаћен у месецу у коме је запосленом престао радни однос, исти *не улази у основ за обрачун отпремнине*, с обзиром да није исплаћен у последња три месеца, која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 120-08-281/2008-02 од 15.7.2009. године)

12. Закључивањем уговора из члана 48 став 4 Закона о раду, не заносива се радни однос и лице које обавља послове директора на основу тог уговора не сматра се лицем у радном односу.

Према члану 48 Закона о раду (*Службени тласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), директор може да заснује радни однос на неодређено или одређено време.

Радни однос заснива се уговором о раду.

Радни однос на одређено време може да траје до истека рока на који је изабран директор, односно до његовог разрешења.

Међусобна права, обавезе и одговорности директора који није засновао радни однос и послодавца уређују се уговором.

Лице које обавља послове директора из става 4. овог члана има право на накнаду за рад која има карактер зараде и друга права, обавезе и одговорности у складу са уговором.

Уговор из ст. 2 и 4 овог члана са директором закључује у име послодавца управни одбор, а код послодавца код кога није образован управни одбор – орган који је одређен актом послодавца.

Према томе, закључивањем уговора из члана 48 став 4 Закона о раду, не заснива се радни однос и лице које обавља послове директора на основу тог уговора не сматра се лицем у радном односу.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-112/2009-02 од 15.7.2009. године)

13. Послодавац у конкретном случају нема обавезу да запосленог премести на друге послове према вишем степену стручне спреме који је запослени накнадно стекао након заснивања радног односа, као ни да запосленом увећа зараду, имајући у виду да запослени има право на зараду, која се утврђује уговором о раду према пословима које обавља, а не према стручној спремности коју има.

Уговор о раду је акт о заснивању радног односа којим се уређују права и обавезе из радног односа између запосленог и послодавца. Уговор о раду, поред осталог садржи врсту и степен стручне спреме, врсту и опис послова које запослени треба да обавља и новчани износ зараде – члан 33 Закона о раду (*Службени тласник РС*, бр. 24/05, 61/05, и 54/09).

Послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (анекс уговора о раду), између осталог, ради премештаја на други одговарајући посао, због потребе процеса и организације рада; одговарајућим послом сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду (чл. 171 ст. 1 тач. 1).

Према томе, послодавац може да понуди запосленом премештај на други посао – ако то захтевају потребе процеса и организације рада. Да

ли су у конкретном случају наступиле потребе процеса и организације рада да би се запосленом понудило да ради на другим пословима, одлуку доноси послодавац.

С обзиром на наведено, послодавац у конкретном случају нема обавезу да Вас премести на друге послове према вишем степену стручне спреме који сте накнадно стекли након заснивања радног односа, као ни да Вам увећа зараду, имајући у виду да запослени има право на зараду, која се утврђује уговором о раду према пословима које обавља, а не према стручној спреми коју има.

(Мишљење Министарства рада и социјалне политике,
број: 011-00-215/2009-02 од 15.7.2009. године)

Милица ЂОСОВИЋ-КИТИЋ

секретар Суда части при Привредној комори Београда

ИЗВОД ИЗ ПРАКСЕ СУДА ЧАСТИ ПРИ ПРИВРЕДНОЈ КОМОРИ БЕОГРАДА

1. Потрошач има иста права на рекламацију неисправног поклона који је добио од продавца уз купљени производ као и на купљени производ, па уколико продавац пропусти да поступи по таквој рекламацији, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.

Образложење:

Оштећени је код окривљеног купио тв апарат и том приликом добио од окривљеног на поклон двд плејер. На поклоњеном апарату настао је квар у гарантном року.

Оштећени је покушао да се обрати овлашћеном сервисеру али није успео из разлога што је сервисер, назначен у гарантном листу, у међувремену, престао са радом. Оштећени је изјавио рекламацију окривљеном као поклонодавцу.

Окривљени је у својој одбрани изјавио да није дужан да наведени апарат шаље на сервисирање, јер је у гарантном листу наведен овлашћени сервисер којем треба да се обрати оштећени у случају да квар настане у гарантном року. Окривљени је апарат ипак примио ради поправке наводећи да је то учинио не зато што је то његова законска обавеза, већ из разлога пословности, односно да би оштећеном омогућио поправку наведеног апарата. Апарат је задржао несразмерно дуго, око два месеца без икакве информације о могућности поправке.

Оштећени незадовољан понашањем окривљеног, обратио се Суду части, сматрајући да је понашање продавца супротно добрим пословним обичајима и пословном моралу.

Суд је по спроведеном поступку оценио, да је окривљени био у обавези да одговори на рекламацију изјављену на поклоњени апарат,

у истом року који је прописан Кодексом пословне етике за одговор на рекламацију за купљени производ, односно да исту реши по поступку и на начин како је то дужан да уради када потрошач рекламира купљени производ.

Суд је ценио наводе окривљеног у одбрани али их није прихватио као оправдавајуће, посебно што је након изјављене рекламације показао немаран и непрофесионалан однос у отклањању квара на апарату коју је дао на поклон, односно да је оштећеног даривањем, изложио непријатностима и губљењу времена.

Суд је нашао да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала и изрекао му одговарајућу меру друштвене дисциплине, при чему је посебно ценио околност да оштећени не би закључио овај купопродајни уговор да је знао да је поклоњени апарат неисправан, односно да ће му бити онемогућено сервисирање истог у случају квара и да ће још имати и неугодности.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 30/08 од 30.9.2009. године)

2. Привредни субјект који приликом обављања фискализације касе пропусти да у фискалну касу унесе поред ознаке адресе продајног објекта и ознаку адресе седишта корисника услуге, а што је обавезни део фискалног рачуна, услед чега корисник услуге претрпи штету, а услугу наплати као да је посао обавио у складу са позитивним прописима, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.

Образложење:

Приликом контроле инспектора утврђено је да на фискалном рачуну оштећеног нису назначени поштански број, назив места и адреса седишта, па је инспектор донео одлуку о кажњавању оштећеног и затварању продајног објекта на девет дана.

Оштећени је обавестио окривљеног који је вршио фискализацију фискалне касе у његовом продајном објекту, о насталом догађају, али је након добијеног одговора од окривљеног да је све урадио у складу са законом и негирања кривице због догађаја који се десио оштећеном, поднео пријаву Суду части због повреде добрих пословних обичаја и пословног морала.

У поступку пред судом окривљени је у својој одбрани навео је да је фискализацију касе оштећеног извршио у складу са Законом о фискалним касама, да је порески инспектор приликом контроле оштећеног

утврдио одређене недостатке али није утврдио одговорност нити кривицу окривљеног, већ оштећеног као власника касе. Сматра да су се такве ствари дешавале у пракси али да је у конкретном случају кажњен само оштећени. По њему проблем је настао јер у Закону који регулише ову област не постоји да је потребно у фискалну касу унети податке о називу и седиште фирме.

Током поступка несумљиво је утврђено да је окривљени извршио фискализацију касе оштећеног, да је од оштећеног добио све потребне податке који су предвиђени важећим прописима који регулишу област фискализације, да је наплатио услугу фискализације касе и да је окривљени имао обавезу да изврши фискализацију касе у свему у складу са законом, а да у фискалну касу оштећеног, свесно поред ознаке адресе продајног објекта, није унео и ознаку адресе седишта оштећеног, што је обавезни део фискалног рачуна према члану 7 Правилника о контури и битмапи фискалног лога, изгледу фискалних докумената и значења појединих података садржаних у фискалним документима, који се примењује од 1.1.2005. године и којим се уређују изглед и неопходна садржина фискалних исечака и фискалних докумената у складу са Законом о фискалним касама.

На основу наведеног Суд је на несумљив начин утврдио одговорност окривљеног за неправилно извршену фискализацију касе оштећеног, због чега је оштећеном решењем органа надлежног министарства изречена поред привремене мере забране обављања делатности у прекршајном поступку, и новчана казна.

Суд је приликом изрицања врсте мере друштвене дисциплине ценно све околности конкретног случаја које су биле од утицаја да она буде правилно одабрана и одмерена, а од отежавајућих посебно чињеницу да је услед поступања окривљеног, оштећени претрпео материјалну штету.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 36/09 од 16.9.2009. године)

3. Продавац поступа у складу са добрим пословним обичајима и пословним моралом када приликом прихватања рекламације на купљени производ, чија је малопродајна цена у међувремену од куповине до рекламације снижена, врати потрошачу онај новчани износ који је потрошач платио.

Образложење:

Тужилац Суда части покренуо је поступак против окривљеног због тога, што је приликом прихватања рекламације од стране оштећеног,

изјављене на купљене ципеле, понудио да му врати снижену малопродајну цену ципела, односно износ од 5.690,00 динара, уместо 8.090,00 динара, колико је оштећени стварно платио.

Окривљени је оспоравао да је учинио повреду која му се ставља на терет, обзиром да је оштећеној која је била изричита у ставу да жели само да јој се врати назад новац, био спреман да јој исплати вредност ципела на дан враћања, односно 5.690,00 динара, што оштећена није прихватила.

Након спроведеног доказног поступка и саслушања оштећене у својству сведока, која је изјавила да у време рекламирања цена ципела није била снижена, суд је утврдио да су се у радњама окривљеног стакла сва битна обележја поврде добрих пословних обичаја и пословног морала из члана 56 став 3 Кодекса пословне етике, којим је прописано да уколико продавац нађе да су приговори везани за производ и услугу оправдани, привредни субјект је дужан да потрошачу понуди други производ, врати износ плаћене цене или отклони недостатке. Имајући у виду наведено, суд је мишљења да је окривљени био у обавези, у складу са наведеном одредбом Кодекса, да оштећеној врати износ од 8.090,00 динара, колико је оштећена и платила ципеле.

Суд је посебно ценио наводе окривљеног, у делу да је Правилник о решавању приговора-рекламације на купљене производе у свему усаглашио са Законом о заштити потрошача, и да је у члану 6 истог Правилника, предвиђено да оштећени у случају оправдане рекламације, има право на повраћај износа плаћеног за тај производ у висини малопродајне цене на дан враћања, као једно од три алтернативне могућности.

Суд је нашао да је окривљени поступио само делимично по рекламацији оштећене, али да није поступио у складу са Кодексом пословне етике, јер као члан Привредне коморе Београда дужан је да се придржава одредаба Кодекса, којим је, између осталог, прописана обавеза да се органи привредног субјекта старају о примени Кодекса и у том циљу предузимају мере обезбеђења како би се поступци и активности у привредном субјекту ускладили са одредбама Кодекса.

Суд је прихватио одбрану окривљеног да је Правилник о решавању приговора-рекламације на купљене производе, усаглашен са Законом о заштити потрошача, као тачну и аргументовану, али како исти није усаглашен са Кодексом пословне етике, који даје већи степен заштите потрошачу од закона, то је овај суд несумљиво утврдио да је окривљени одговоран за насталу повреду због чега га је огласио кривим.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 62/09 од 30.9.2009. године)

4. Сервисер који одбије рекламацију корисника услуге да поправи телефонски апарат у гарантном року, не чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, ако је оштећење које се рекламира, настало нестручним и неовлашћеним отварањем мобилног телефона.

Образложење:

Тужилац Суда части покренуо је поступак против окривљеног због повреде добрих пословних обичаја и пословног морала, зато што је оштећеном-кориснику услуге, приликом сервисирања мобилног телефона, који се после краће употребе покварио у гарантном року, поништио гаранцију уз наводно образложење, да је телефон отварао од стране неовлашћених лица.

Окривљени је у одбрани оспорио наводе из истог, наводећи да је предметни телефон донео у сервис оштећени на поправку са описом квара „не пали“. По пријему телефон је дат у рад. Приликом пријема телефон није отварао, односно прегледан, јер лице које ради на пријему није овлашћено да установи квар нити је то одмах и на лицу места могуће. Након прегледа апарата од стране овлашћених радника окривљеног, установљено је да је апарат отварао од стране неовлашћеног лица. Оштећени је дописом обавештен, уз напомену да је гаранција поништена и да му се апарат враћа са извештајем, да квар који настане на описани начин, није обухваћен гарантним условима и да би цена поправке била већа од цене новог апарата и тиме неисплатива. Уз допис достављена је и и фотодокументација. Посебно је истакао, да је овлашћени сервисер за апарате те марке, и да му произвођач признаје све трошкове сервисирања-поправке апарата у гарантном року, тако да није било разлога да предметни телефон не поправи, осим када се ради о квару насталом отварањем телефона од стране нестручне особе, у ком случају се гаранција поништава.

Суд је на несумљив начин утврдио да је апарат од стране окривљеног прегледан комисијски по утврђеном правилнику, сачињен извештај по утврђеним правилима са објашњењем и фотодокументацијом, из које се јасно види да су на телефону изгребани контакти као и трагови лемне пасте. Апарат је фотографисан и фотографије се чувају у архиву, како је то и прописано правилима окривљеног.

Суд је нашао да је окривљени уредно испоштовао све фазе у сервисирању како то предвиђају Правилници окривљеног, о свему обавестио оштећеног уз напомену да се гаранција поништава, па како нема доказа да је окривљени на било који начин поступио супротно одредбама Закона о заштити потрошача, Кодексу пословне етике и Правилницима које је донео окривљени а тичу се поступања са уређајима до-

нетим у сервис, то по налажењу суда није било доказа да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала на штету оштећеног, па је на основу свега изнетог суд окривљеног ослободио од одговорности.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 35/09 од 27.10.2008. године)

5. Привредни субјект је дужан да одмах, а најкасније у року од осам дана од дана пријема рекламације, одговори на приговоре и жалбе потрошача, а његов став поводом замене рекламираног производа и враћања новца, мора бити јасно саопштен купцу приликом купопродаје, у супротном чини повреду пословног морала.

Образложење:

Оптужним предлогом окривљеном је стављено на терет да као продавац на мало и овлашћени сервисер за рачунар који је оштећени купио, а који се у гарантном року покварио, није благовремено одговорио на рекламацију, нити поступио по истој. У гарантној изјави окривљени је изричито навео да ће оштећеном, уколико не буде могао да отклони квар или не буде у могућности да замени уређај у року од 45 дана од датума пријема на сервис, бити враћен плаћени износ за дати производ у висини цене тог производа на дан повраћаја финансијских средстава.

У поступку пред судом окривљени није дао писану одбрану, на претрес није дошао иако је уредно позван а свој изостанак није оправдао.

На основу изведених доказа суд је утврдио да оштећени купио код окривљеног рачунар за цену од 44.999,00 динара, да се исти након два месеца од куповине покварио, да се оштећени обратио окривљеном као овлашћеном сервисеру и да је дана 20.10.2008. године предао рачунар на поправку, обзиром да је квар настао у гарантном року.

Како до закључења поступка пред судом, окривљени није оштећеног обавестио о исходу рекламације, односно спорни рачунар није поправио, није заменио за други, нити је вратио новац на име плаћене цене, супротно правилима које је сам јасно саопштио оштећеном као купцу у гарантној изјави, коју му је дао приликом куповине, то је суд нашао да је окривљени поступио супротно члану 56. Кодекса пословне етике, огласио га кривим за описану повреду добрих пословних обичаја и пословног морала коју је учинио на штету оштећеног.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 50/09 и С. бр. 51/09 од 9.7.2009. године)

6. Туристичка агенција која приликом организованог туристичког путовања у иностранство, не пружи помоћ кориснику услуге да заштити своје интересе поводом крађе ствари из обијеног аутобуса којим је обављено путовање, и не поступи по његовој молби да пријави случај надлежним органима, не поступа у складу са добрим пословним обичајима и пословним моралом.

Образложење:

Оштећенима су за време туристичког путовања по Шпанији, на које су кренули преко окривљеног, украдене ствари из аутобуса, који је био паркиран испред једног тржног центра, тако што је аутобус обијен од стране непознатог извршиоца. Оштећени је тражио од туристичког водича окривљеног, да предузме све радње да их заштити, као и да случај пријави полицији. На њихово инсистирање, од водича су добили одговор да је то компликован и дуготрајан процес, и да неће бити позитивног исхода, односно да ништа тиме неће постићи.

Оштећени су од окривљеног тражили да им накнаде штету на име украдених ствари, што је од стране окривљеног одбијено, па су цео случај по повратку у земљу пријавили туристичкој инспекцији, која је поднела пријаву Суду части.

У току поступка пред судом окривљени је у потпуности негирао наводе из оптужног предлога, наводећи да је вођа пута обавестио о догађају раднике обезбеђења тржног центра у Шпанији, испред којег је аутобус био паркиран, да је добио обавештење од њих да полиција не излази на лице места и о томе је обавестио оштећене, са саветом да је потребно да се оду сами у полицију и пријаве крађу уколико то желе.

Након спроведеног поступка, суд је утврдио да се у радњама окривљеног стичу сва обележја повреде добрих пословних обичаја и пословног морала, при чему одбрану окривљеног није прихватио, оценивши је као одбрану која није поткрепљена ниједним доказом и која је усмерена на избегавање одговорности, тим пре што ни сам окривљени, који је присуствовао саслушању сведока-оштећених на главном претресу, није имао никаквих питања, примедби или аргумената.

По ставу суда, окривљени је био дужан да искаже поштовање, уважавање и разумевање у пословном односу у којем је био са оштећенима и пружи им сву неопходну помоћ у иностранству, посебно што због природе делатности којом се бави има више могућности и сазнања, у односу на оштећене да дође до потребних информација и институција, што он није учинио већ је одбио и материјалну штету да накнади оштећенима, за нестале ствари, на који начин је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, па је оглашен кривим.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 69/09 од 18.11.2009. године)

7. Предузетник који приликом пријема тепиха ради пружања услуге чишћења, не унесе у потврду о пријему основне елементе на основу којих би могао да исти тепих идентификује, односно разликује од сличних или истих и такву потврду не изда кориснику услуге, па дође до замене тепиха, поступа супротно добрим пословним обичајима и пословном моралу из области пружања занатских услуга.

Образложење:

Тужилац Суда части покренуо је поступак против окривљеног сервиса за чишћење тепиха због тога што није вратио тепих оштећеном након услуге прања и чишћења тепиха, коју је требало да изврши.

Окривљени се бранио тврдећи да су нетачни наводи у оптужном предлогу да услуга чишћења тепиха није извршена. Негирао је да се ради о тепиху, већ о простирци-крпари, која је у књигу пријема робе уписана као „крпара“ и да је по завршеном чишћењу оштећени одбио да је преузме, тврдећи да то није његов тепих који је дао на чишћење. Није спорио да потврду-реверс није правилно попунио.

На основу изведених доказа суд је утврдио да је окривљени приликом пријема тепиха није издао реверс са основним карактеристикама тепиха: димензије, боја, састав, евентуална друге карактеристике и обележја, на основу којих би се исти могао идентификовати; да је уместо тепиха оштећеном понудио парче итисона крем боје; да је оштећени одбио да прими понуђени итисон јер није његов и да до дана закључења главног претреса, оштећеном тепих није враћен и поред више ургенција.

Веће је ценило наводе у одбрани окривљеног да је у књизи пријема робе уписан пријем крпаре на чишћење, али исту није прихватио јер се из исте не може на поуздан начин да утврди ко је власник, односно доносилац крпаре на чишћење.

На основу изведених доказа суд је нашао да окривљени није показао професионалан однос у пружању услуге према оштећеном, односно да није предузео све радње да обезбеди како не би дошло до замене приликом издавања тепиха, да није показао јасну вољу и намеру да реши настао проблем оштећеног, па је на основу наведеног утврдио да су се у пропустима окривљеног стекла обележја повреде добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања занатских услуга, па га је огласио кривим и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 47/09 од 5.11.2009. године)

ПРИКАЗИ

др *Блајоје* БАБИЋ

Гордана Гасми
„Право и основи њрава Евројске уније“
Универзитет Сингидунум, Београд, 2010, 406 стр.

Књига *Право и основи њрава Евројске уније* појављује се у време кад је преузимање права Европске уније постала уговорна обавеза Србије по потписивању Споразума о стабилизацији и придруживању. Књига се састоји из два дела: „Теорија Права“ и „Основи Права Европске уније“.

1. Теорија Права

У овоме делу, који по обиму чини око једне четвртине књиге, писац наоружава читаоца основним појмовима из теорије права и теорије државе. У посебним методским јединицама представљени су појам, предмет и метод теорије права.

Много више простора посвећено је теорији државе. Овде су шире обрађене основне методске јединице из теорије државе: држава као друштвена и јавна појава, елементи државе, врсте и организација државне власти, облици државног уређења, облици политичког режима. У посебном одељку расправљен је однос државе и права, затим питања законитости, санкција због незаконитости. У посебном пододељку су изложене правне вредности: правда, правичност, слобода, људско достојанство, толеранција, сигурност, једнакост, ред и мир, целисходност и делотворност. Овај део се завршава упоредним представљањем главних правних система: правни системи Истока, правни системи Запада.

2. Основи Права Европске уније

Европска унија је исход више деценија дуге еволуције. То је јединствено искуство у историји државе и права. Унија је зачета 1957. као међународна организација у виду Европске економске заједнице. У међувремену она се мењала и „по дубини“ (*approfondissement*) и „по ширини“ (*élargissement*). Захваљујући најновијем проширењу у времену 2004–2007, она је нарасла на 27 држава чланица са око пола милијарде становника.

Грађа је изложена у девет поглавља: „Европска унија – историјски аспекти, од федерализма до функционализма“; „Европска унија – правни систем“; „Европска унија – институције ЕУ – кључне институције ЕУ и Уговор о ЕУ из Маастрихта“; „Двостепени правни систем ЕУ, примена субвенција и ревизорски суд“; „Правни аспекти и еволуција положаја Европског парламента“; „Уговор о Европској унији из Амстердама (1999)“; „Уговор о Европској унији из Нице (2003)“; „Актуелни правни аспекти ЕУ – Лисабонски уговор о Европској унији (2009)“; „Закључна разматрања“.

Са становишта наших читалаца данас су, чини се, посебно занимљива следећа питања која су у књизи темељно обрађена:

а) Генеза Европске уније је дата веома прегледно. Полазни покретач интеграције била је тежња за превазилажење вековног супарништва између Француске и Немачке. Протагонисти интеграције су пошли од поставке да треба поћи од унапређивања узајамних економских односа, па тако створити основу за каснији развој политичких, културних и других односа. У складу с тим, 1951. заснован је почетни облик повезивања држава у виду Европске заједнице за угљ и челик.

Потом су чланице ове Заједнице, охрабрене њеном успешношћу, прешле на виши облик повезивања. Уговором о повезивању ових трију европских заједница 1967. створене су Европске заједнице са заједничком институционалном структуром, с тим што су све три ове заједнице задржале засебан правни субјективитет. С обзиром на степен њихове повезаности, ове три заједнице обично се означавају као „Европска заједница“. Најзад, преко измена у Римском уговору, долази се до вишег степена повезивања у виду Европске уније.

Федералистичко схватање („*Europe patrie*“) препостављало је да се државе учеснице у процесу повезивања одричу државне суверености у корист наднационалног носиоца суверености.

Суштина, пак, функционалистичког схватања („*Europe des patrie*“) је повезивање суверених држава по различитим областима заједничког деловања и интереса, уз очување пуне суверености држава чланица.

Ово друго схватање има превагу. Захваљујући томе, процес интеграције се одвија поступно али без избијања сукоба међу државама чланицама. Овакав приступ је, изгледа, заслужан што је било могуће истовремено продубљивање интеграције и стално повећавање броја чланица.

б) Управо захваљујући превази функционализма, институционални развој Европске уније је, како стоји у књизи, „прича без краја“. Усавршавање институционалног система ЕУ тече споро зато што је за сваку институционалну промену неопходна једногласност држава чланица (чл. 48 Уговора о оснивању ЕУ, бивши чл. Н). За ступање на снагу Измена уговора нужна је њихова ратификација у свим државама чланицама у складу с њиховим законодавством.

Иако врло сложен, поступак институционалних промена се не зауставља. У ту сврху смишљају се различити путеви којима се заобилази вето, као што су: „појачана сарадња“, „*Evropa á la carte*“, „Европа с више брзина“. Водеће чланице Уније успевају да заобилазе вето на које има право свака чланица. Захваљујући томе, развој институционалног система ЕУ тече без застоја. Тако је ЕУ од обичне међународне организације постала не само економска него и политичка целина, са својством правног лица и с међународним уговорним капацитетом. Другим речима, непрекидним изменама Оснивачког уговора, ЕУ непрекидно продубљује унутрашњу интеграцију тако да се приближава некој врсти сложене државе.

Најновије проширење, то јест пријем дванаест нових чланица, Европску унију ставља пред нови изазов: како обезбедити функционисање заједнице од 27 чланица. Питање је да ли ће то умањити унутрашњу кохезију Уније и њену способност јединственог иступања у међународним односима. По свему судећи, проширење није умањило способност „тврдог језгра“ да и даље буде залога развоја Уније као јединственог организма.

в) Процес институционалног развоја ЕУ настављен је потписивањем јединственог акта у историји права. Формално-правно, то јест по поступку доношења, то је међународни уговор. Стога је могао ступити на снагу тек пошто га је ратификовало свих 27 држава чланица. По својој садржини он је законодавни, односно уставотворни акт. Њиме је прописан начин функционисања Уније и заштита права и слобода грађана.

г) Једна од кључних новина у еволуцији Европске уније је јачање улоге Европског парламента. По неким тумачењима, Унија је већ на путу ка „парламентарном моделу“. Јачање улоге Европског парламента треба, између осталог, да буде лек за оно што се назива „демократским

дефицитом“, односно превеликом удаљеношћу доношења одлука од грађана. Раст законодавне надлежности парламента је једини начин да се процес доношења кључних одлука приближи грађанима: „*Gouverner c'est légiférer*“.

Међутим, ваља имати у виду да ни по Лисабонском уговору Европски парламент неће имати законодавну надлежност какву имају парламенти држава чланица. Законодавна надлежност у Европској унији остаје подељена између Европског парламента и Европског савета.

д) Европска унија остаје привржена преговарачком процесу и постепености у мењању институционалног система. У том погледу главне одреднице су: стабилност, кредибилност и ефикасност. Ипак, ваља имати у виду да није одлучујући потупак промена него чињеница што све чланице виде свој интерес у опстанку и развоју Уније.

ђ) Без обзира на спорове око правне природе Европске уније, неспорно је да је она, захваљујући успешности процеса интеграције, постала један од одлучујућих чинилаца међународних односа и то не само економских него и политичких и војних.

Писац је један од водећих познавалаца права Европске уније у нас. Њена књига *Право и основи Права Европске уније* је драгоцен допринос нашој литератури из ове области. С обзиром на то што је наша земља донела одлуку за приступање Унији ова књига је посебно актуелна. Она не само што даје анализу до сада пређеног пута у тражењу оптималних институционалних решења за до сада најуспешнији покушај интеграције у свету, него истовремено предочава поступак који наша земља мора следити да би постала пуноправни члан Уније.

Књига је на високом степену израде, заснована на изворној грађи и одабраној домаћој и страној литератури. Она је већ постала незаобилазно штиво за изучавање институционалног развоја Уније. Истовремено, већ се користи и као уџбеник у нашим високошколским установама.

Укратко, књигу *Право и основи Права Европске уније* не треба посебно препоручивати. Довољне препоруке су јој репутација аутора као високог стручњака за право Европске уније и квалитет израде.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштвова, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, стр. 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343