УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLVII

Број
7-9
2010

UZ PODRŠKU

gtz Partner za budućnost.
Širom sveta.

PO NALOGU

SAVEZNO MINISTARSTVO
ZA PRIVREDNU SARADNJU
I RAZVOJ

GTZ Kancelarija za pravnu reformu

ПРАВО И ПРИВРЕДА, бр. 7-9/2010, Година XLVII

САДРЖАЈ

ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ И СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

***Гордана* СТАНКОВИЋ**

Осврт на правила о поступку у парницама поводом непоштене тржишне утакмице у Нацрту закона о трговини. 13

***Илија* БАБИЋ**

Стицање права својине на покретним стварима на основу правног посла 28

***Љубиша* ДАБИЋ**

Професионална одговорност носилаца слободних професија 44

***Марија* КРВАВАЦ**

Уредба Рим II Европске уније: прилог тезама за нови Закон међународном приватном праву 59

***Иванка* СПАСИЋ**

Продаја недоспелих потраживања као један од могућих облика финансирања у привреди (уговори о факторингу и форфетингу) 77

Ружа **УРОШЕВИЋ**
Одбацивање регистрационе пријаве 94

Томица **ДЕЛИБАШИЋ**
Прописани царински поступци са робом 105

Вера **МАРКОВИЋ**
Правни режим градског грађевинског земљишта код статусних промена 119

Мирјана **ЦУКАВАЦ**
Доказивање постојања ограничавајућих споразума у антимонополском праву Сједињених Држава..... 128

Мирјана **КНЕЖЕВИЋ**
Одговорност за испуњење уговора закључених електронским путем 144

Никола **БОДИРОГА**
Продужени поступак извршења ради наплате новчаног потраживања 155

Дарка **В. ВУЈОВИЋ**
Приватизација електропривреде и правна одговорност 172

Славица **НАРАНЏИЋ**, *Марија* **НЕНАДИЋ**
Заштита архивске грађе..... 186

Саво **МАНОЈЛОВИЋ**
Право на делотворно правно средство и члан 9 Закона о банкама..... 197

СТЕЧАЈ И ПРИВАТИЗАЦИЈА

Небојша **ЈОВАНОВИЋ**
Оцена и ситне грешке Закона о стечају..... 209

Драгиша **Б. СЛИЈЕПЧЕВИЋ**
Стечај због дуготрајне неспособности за плаћање 222

Слободан **СПАСИЋ**
Pre pack као шанса за српску привреду..... 243

Дара **МИЛЕНОВИЋ**
Стечајни управник 258

Весна **ГАЋЕША**
Стечајни управник и Закон о стечају..... 273

Владимир **КОЗАР**
Побијање продаје стечајног дужника као правног лица 287

ПОСЛОВНО ПРАВО И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Љубодраг **ПЉАКИЋ**
Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције 300

Светислав **ТАБОРОШИ,** *Татјана* **ЈОВАНИЋ**
Економско право као право тржишта и слобода конкуренције..... 306

Витомир **ПОПОВИЋ**
Споразум о стабилизацији и придруживању као извор пословног права..... 332

Гордана **ГАСМИ,** *Марија* **КОСТИЋ**
Лисабонски уговор о ЕУ и корпоративна друштвена еколошка одговорност 350

Драган **ВУЈИСИЋ,** *Страхиња* **МИЉКОВИЋ**
Право конкуренције и уговор о франшизингу у праву Европске уније 361

Илија **ЗИНДОВИЋ**
Потпуна конкуренција и разлози њеног ограничења у позитивно-правним системима..... 375

Сања **ШКОРИЋ**
Државни утицај на тржишну доминацију и њену злоупотребу..... 388

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Бранко **ЛУБАРДА**
Ревидирана европска социјална повеља (потврђивање, обавезе Србије, контрола примене) 402

Предраг **ЈОВАНОВИЋ**
Отворена питања у праву и пракси колективног преговарања и социјалног дијалога 422

Љубинка **КОВАЧЕВИЋ**
Границе утврђивања посебних услова за заснивање радног односа 439

Параскева **МИХАЈЛОВИЋ**
Отказ уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог 459

Јасмина **ЛАБУДОВИЋ**
Добровољни пензијски планови и управљање њиховим ризицима 475

Татјана **ПРИЈИЋ**
Професионална рехабилитација особа са инвалидитетом у законодавству Републике Србије 489

Драгољуб **СИМОНОВИЋ**
Кривична одговорност у области радних односа. 504

Филип **БОЈИЋ**
Право на штрајк у европском и домаћем законодавству. 516

ПОРЕСКО ПРАВО

Зоран **ИСАИЛОВИЋ**
Модели пореза на доходак грађана. 528

Милева **АНЂЕЛКОВИЋ**
Пореско правна одговорност привредних субјеката 543

Хасиба **ХРУСТИЋ**
Пореско оптерећење рада у државама чланицама ЕУ и у Србији. 553

Братислав **СТАНКОВИЋ, *Драган* ДЕМИРОВИЋ**
Представништво и огранак страног правног лица – статус и пореско правни третман. 567

Момо **КИЈАНОВИЋ**
Примена института застарелости у пореском поступку 584

ПРАВО ПОТРОШАЧА

***Милена* ЈОВАНОВИЋ-ZATTILA**

Оглашавање и конкуренција – ефекти примене 601

***Слободан* НЕНАДОВИЋ**

Заштита потрошача у праву САД 619

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 637

LAW AND ECONOMY, No. 7-9/2010, Year XLVII

TABLE OF CONTENTS

COMMERCIAL CONTRACTS AND DISPUTES – LITIGATION AND ARBITRATION

Gordana **STANKOVIĆ**

Remarks on the Rules of Civil Procedure Regarding Unfair Commercial Practice in Draft of the Law on Trade 13

Ilija **BABIĆ**

Acquisition of Ownership Rights over Movable Property on the Basis of Legal Transaction 28

Ljubiša **DABIĆ**

Professional Responsibility of the Free Professions Practitioners 44

Marija **KRVAVAC**

Rome II Regulation of the European Union: the Proposed Thesis for New PIL Act 59

Ivanka **SPASIĆ**

Assignment of Short Term and Long Term Claims as a Method of Financing in Business Practice (Factoring and Forfeiting Contracts) 77

Ruža **UROŠEVIĆ**
Rejection of the Registration Application 94

Tomica **DELIBAŠIĆ**
Regulated Procedures for Customs of Goods 105

Vera **MARKOVIĆ**
Legal Regime of City's Building Site in Status Changes 119

Mirjana **CUKAVAC**
Proving Illegal Agreement under US Antitrust Law 128

Mirjana **KNEŽEVIĆ**
Responsibility for Realization of Contracts Signed in Electronic Format 144

Nikola **BODIROGA**
Extended Enforcement Procedure for Collection of Money Claims 155

Darka **V. VUJOVIĆ**
Privatization of Electric Power System and Legal Liability. 172

Slavica **NARANDŽIĆ**, *Marija* **NENADIĆ**
Protection of Archives. 186

Savo **MANOJLOVIĆ**
The Right to an Effective Remedy and Article 9 of the Serbian Law on Banks 197

BANKRUPTCY LAW AND PRIVATIZATION

Nebojša **JOVANOVIĆ**
A Brief Review and Small Mistakes of the Insolvency Act. 209

Dragiša **B. SLIJEPČEVIĆ**
Bankruptcy Due to Long-Term Inability to Pay. 222

Slobodan **SPASIĆ**
Pre Packs as a Chance of Serbian Economy 243

Dara **MILENOVIĆ**
Bankruptcy Trustee 258

Vesna **GAĆEŠA**
Bankruptcy Trustee and Bankuptcy Act 273

Vladimir **KOZAR**
Rebuttal Sale of Bankruptcy Debtor as a Legal Entity. 287

BUSINESS LAW AND ANTITRUST LAW

Ljubodrag **PLJAKIĆ**
Some Procedural Issues of the Competition Protection Law. 300

Svetislav **TABOROŠI,** *Tatjana* **JOVANIĆ**
Economic Law as the Law of the Market and the Freedom of Competition 306

Vitomir **POPOVIĆ**
Stabilization and Association Agreement as a Source of Business Law. 332

Gordana **GASMI,** *Marija* **KOSTIĆ**
Lisbon Treaty on EU and Corporate Social Ecologic Responsibility 350

Dragan **VUJISIĆ,** *Strahinja* **MILJKOVIĆ**
Competition Law and Franchise Agreement in Law of European Union 361

Ilija **ZINDOVIĆ**
Free Competition and Reasons for Its Limits in Positive Legislative Systems. 375

Sanja **ŠKORIĆ**
State Influence on the Market Dominance and Its Abuse. 388

LABOUR AND SOCIAL LAW

Branko **LUBARDA**
Revised European Social Charter (Ratification, Undertakings, Control) 402

Predrag **JOVANOVIĆ**
Open-Ended Issues in Law and Practice of Collective Bargaining and Social Dialogue 422

Ljubinka **KOVAČEVIĆ**
Limitations of Establishing Special Employment Conditions 439

Paraskeva **MIHAJLOVIĆ**
Termination of Contract of Employment Due to the End of the Necessity of Work of the Employee 459

Jasmina **LABUDOVIĆ**
Voluntary Pension Plans and Management of Their Risk. 475

Tatjana **PRIJIĆ**
Vocational Rehabilitation of People with Disabilities in Serbian Legislation. 489

Dragoljub **SIMONOVIĆ**
Criminal Liability within Scope of Labor Relations. 504

Filip **BOJIĆ**
Right on Strike in European and Domestic Law 516

TAX LAW

Zoran **ISAILOVIĆ**
Models of Personal Income Tax 528

Mileva **ANĐELKOVIĆ**
Tax Liability of Corporate Entities 543

Hasiba **HRUSTIĆ**
The Tax Wedge in the EU Member Countries in Comparison with Serbia 553

Bratislav **STANKOVIĆ,** *Dragan* **DEMIROVIĆ**
Representative Office and Branch of Non-Resident Companies – Tax Treatment. 567

Momo **KIJANOVIĆ**
Application of Statute of Limitation in Tax Procedure 584

CONSUMER LAW

***Milena* JOVANOVIĆ-ZATTILA**

Advertising and Competition – Application and Effects 601

***Slobodan* NENADOVIĆ**

Consumer Protection in USA Law 619

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 637

ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ И СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

др *Гордана* СТАНКОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОСВРТ НА ПРАВИЛА О ПОСТУПКУ У ПАРНИЦАМА ПОВОДОМ НЕПОШТЕНЕ ТРЖИШНЕ УТАКМИЦЕ У НАЦРТУ ЗАКОНА О ТРГОВИНИ

Резиме

Аутор у раду анализира процесне одредбе у Нацрту Закона о трговини (2009) које се односе на правну заштиту по правилима цивилне процедуре поводом цивилног деликта непоштене тржишне утакмице. Аутор констатује да су те одредбе непрецизне и недовољно разрађене и указује на неадекватна правнотехничка решења која нису усклађена са одредбама Закона о парничном поступку (2004). Поједине одредбе некритички задиру у подручје грађанског процесног права и изазивају неочекиване и непредвиђене имплликације које редактори, вероватно, нису имали у виду.

Кључне речи: *непоштена утакмица, парнични поступак, активна процесна легитимација, начело хитности, ревизија.*

1. Нацрт Закона о трговини,[1] поред материјалноправних одредби којима се уређују трговина робом и услугама, услови за њено обављање, непоштена тржишна утакмица, ограничења трговине, унапређење трговине и надзор над трговином, садржи и процесне одредбе којима се регулише правна заштита која се пружа по правилима парничне процедуре у случају спора насталог поводом непоштене тржишне утакмице иако се то експлицитно не види из одредбе чл. 1 Нацрта овог закона којим је прецизирана његова садржина.

Процесне одредбе у Нацрту ЗОТ о судској заштити која се пружа по правилима парничне процедуре су, пре свега, непрецизне и недовољно разрађене. Очигледно је да су редактори већу пажњу посветили одредбама које имају материјалноправни карактер. Поједине процесне одредбе из Нацрта некритички задиру у подручје грађанског процесног права и изазивају неочекиване и непредвиђене импликације које редактори, вероватно, нису имали у виду. То је и био повод да се у овом раду анализирају процесне одредбе које се односе на правну заштиту која се пружа по правилима парничне процедуре у настојању да се оне у фази отворене јавне дискусије побољшају.

2. Поступак у парницама поводом непоштене тржишне утакмице није изричито регулисан као посебан парнични поступак иако је Нацртом ЗОТ предвиђена судска заштита која се пружа по правилима парничне процедуре под маргиналним насловом „Имовинско-правна заштита". Одредбе којима је овај поступак фрагментарно регулисан, представљају, уствари, одступања од редовног парничног поступка те се из тог разлога основано може говорити о посебном парничном поступку који је предвиђен у јавном интересу због посебног друштвеног значаја спорова поводом непоштене тржишне утакмице за тржишни амбијент у коме настају.

3. Одредбама Нацрта ЗОТ, конкретно право на правну заштиту[2] у случају спора насталог због непоштене тржишне утакмице признато је широком кругу лица. Поред субјеката материјалноправних односа који се успостављају поводом различитих облигационих одно-

1 Текст радне верзије Нацрта Закона о трговини (у даљем тексту: Нацрт ЗОТ) објављен је на сајту Министарства трговине Републике Србије: *www.mtu.gov.rs*.

2 Треба приметити да је у Нацрту ЗОТ, приликом операционализације појединих субјективних права или овлашћења коришћен архаичан, акцијскоправни начин изражавања, те се, уместо о појединим правима или овлашћењима која настају поводом непоштене тржишне утакмице, говори о „тужби за дело непоштене утакмице", што није у складу са одредбама ЗПП. Поред тога, одредба чл. 99 Нацрта ЗОТ је непрофесионално редигована јер се у тексту користе неадекватни процесни термини: уместо о подизању тужбе, говори о „подношењу тужбе", те се не прави разлика између диспозитивне парничне радње и реалног акта.

са на тржишту роба и услуга у условима тржишне утакмице, право на правну заштиту признато је и лицима која нису субјекти конкретних материјалноправних односа. Титулари права на правну заштиту због непоштене тржишне утакмице овлашћени су да воде парнични поступак и да подизањем тужбе траже пружање правне заштите различитог садржаја не само поводом одређених аката и радњи оних лица која су извршила дело непоштене тржишне утакмице, већ и поводом пропуштања да се предузме одређена радња у складу са законом или добрим пословним обичајима. Уколико је извршено дело непоштене утакмице, зависно од садржине конкретног цивилног деликта, титулари права на правну заштиту имају право да захтевају од суда да се примене законом предвиђене грађанскоправне санкције према лицу које је извршило дело непоштеног тржишног понашања.

4. Одредбом чл. 99 Нацрта ЗОТ активна процесна легитимација призната је: трговцу и удружењу трговаца чија су права угрожена или повређена делом непоштене утакмице, организацијама и удружењима која се старају о заштити интереса потрошача када су права потрошача угрожена или повређена делом непоштене утакмице, Републици Србији, када је то потребно ради заштите њеног угледа у земљи или иностранству и оштећеном правном лицу уколико се ради о накнади неимовинске штете због повреде пословног угледа.[3] Очигледно је да је активна процесна легитимација призната не само непосредно оштећеним лицима делом непоштене тржишне утакмице, као субјектима једног материјалноправног односа насталог деликтном радњом, већ и одређеном кругу лица која нису непосредни учесници у самом односу у коме је настао конкретни цивилни деликт а која имају посебан интерес да буде утврђено да се одређено лице понашало противправно, да је извршило дело непоштене утакмице и да у друштвеном интересу треба да буде санкционисан извршени цивилни деликт.[4] На тај начин одредбом

3 Предложено решење у Нацрту ЗОТ у складу је са међународним стандардима, посебно са праксом Европског суда за људска права у Стразбуру који признаје право на накнаду нематеријалне штете правном лицу. Видети нпр. предмет *UMD v. Ukraina*, представка бр. 727/01 од 29.3.2005. г. наведену у: Правни билтен, Људска права у Европи, AIRE Centre, бр. 64/05, стр. 10. Треба напоменути да је досадашња судска пракса није дозвољавала досуђивање накнаде нематеријалне штете правном лицу (Видети правно схватање некадашњег Врховног суда Србије утврђено на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије, 5.2.2001. г., наведено код: С. Андрејевић, „Ставови о накнади нематеријалне штете некад и сад", Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, Београд, 2007, стр. 177).

4 Ако се има у виду да будући ЗОТ треба да регулише односе у једном сектору облигационих односа у погледу којих важе и општа правила ЗОО, круг активно процесно легитимисаних лица је знатно шири јер према одредбама ЗОО, правну заштиту, кад су у питању забрањени правни послови којима се нарушавају принципи поштене тржишне утакмице, поништавање правног посла могу да захтевају поред

чл. 99 Нацрта ЗОТ раздвојене су активна процесна легитимација и активна стварна легитимација.

5. Одредба чл. 99 Нацрта ЗОТ, због начина на који је редигована, отвара низ проблема на материјалноправном и на процесноправном терену.

С обзиром на недовољно прецизну формулацију у одредби чл. 99 ст. 1 т. 1 Нацрта ЗОТ, поставља се и питање да ли су редактори имали намеру да трговац и удружење трговаца буду супарничари у парницама које се покрећу поводом непоштене утакмице[5] или су имали намеру да свака потенцијална странка може да покрене посебан парнични поступак ради заштите својих права јер има активну процесну легитимацију. Осим тога, није потпуно јасно да ли је удружење трговаца, пошто није непосредно оштећено деликтном радњом, а које, као правно лице има и страначку и парничну способност, странка која штити сопствена права која су угрожена или повређена делом непоштене утакмице у складу са њеним аутономним правилима или је странка у функционалном смислу која покреће парнични поступак у своје име али у туђем интересу. Ово питање није добило јасан процесни израз у Нацрту, што у будућој пракси може да буде повод за различите интерпретације.

Уколико удружење трговаца штити сопствена права и интересе формулисане у његовим аутономним правилима, онда оно, очигледно, не би требало да има овлашћење да у поступку захтева изрицање свих грађанскоправних санкција предвиђених Нацртом, без обзира што у Нацрту ЗОТ стоји да је удружење трговаца овлашћено да води парницу кад су права трговца угрожена или повређена делом непоштене утакмице. По природи ствари, покреће се и питање да ли оно може да покрене парницу за накнаду имовинске[6] или неимовинске штете или парницу за накнаду неимовинске штете због повреде пословног угледа оштећеног правног лица јер покретање ових парница редовно зависи од диспозиције оштећеног лица чије је субјективно право повређено. Ако удружење трговаца води парницу у своје име и за свој рачун и на тај начин штити интересе саме асоцијације, поставља се питање да ли је

јавног тужиоца и сва лица која за то имају правни интерес. Осим тога, право на правну заштиту, по посебним прописима, уживају и потрошачи.

5 У тексту одредбе стоји: „трговац и удружење трговаца чија су права угрожена или повређена", те се одредба може протумачити и тако да ови субјекти треба да буду нужни супарничари који треба заједно да туже.

6 Накнада дуговане штете не мора увек да има новчани израз. Оштећени може да захтева да му штета коју је претрпео буде накнађена и на други начин (нпр. продајом његове робе у дистрибутивним ланцима туженог уместо фалсификоване). Из тог разлога не би требало да вид накнаде коју би суд требало да досуди зависи од удружења трговаца, а не од самог оштећеног лица.

оправдано и морално да ово удружење, као тужилац, стиче материјалну корист иако је штету претрпео појединци трговац или група трговаца пошто је штета резултат деликта.[7] Исто тако, намеће се и питање да ли удружење трговаца може за свој рачун, мимо и против воље оштећеног трговца, да води парницу због дела непоштене утакмице и на који ће начин у поступку да докаже постојање деликтне радње кад парнични суд, према одредбама ЗПП, нема овлашћење да по службеној дужности утврђује чињенице и сам проналази доказе, и како ће оно, као тужилац, да одреди висину захтева за накнаду штете кад сам трговац, као непосредно оштећено лице, које не учествује у парници као странка, не жели да пружи податке и стави удружењу трговаца на располагање одговарајуће доказе неопходне за утврђивање висине настале штете.[8] С друге стране, тужени који оспорава постојање конкретног цивилног деликта који му се ставља на терет износиће чињенице и нудиће доказе само у погледу чињеница на којима заснива свој захтев или којима побија наводе удружења трговаца. У таквој ситуацији признавање активне процесне легитимације удружењу трговаца неће много значити јер оно неће моћи да исходи повољну мериторну одлуку, а осим тога, биће дужно да накнади туженом и парничне трошкове уколико оно не успе у парници.[9]

6. Ако је удружење трговаца странка у функционалном смислу, те парницу води у своје име а за рачун оштећеног, онда би ефекти парнице и евентуална материјална корист[10] требало да погоде непосредно оштећено лице или оштећена лица у чијем је интересу и вођен парнични поступак. Пошто непосредно оштећено лице није било странка у поступку и пошто би било неправедно да удружење трговаца стиче материјалну корист иако је штету претрпео оштећени трговац, било би

7 Пошто по одредбама Нацрта ЗОТ, непоштена тржишна утакмица постоји и кад, поред понашања којим се вређа право других субјеката на поштену тржишну утакмицу приликом обављања промета роба и услуга, постоји објективна могућност да штета наступи, можда је било боље да је удружењу трговаца признато овлашћење за вођење парнице само у тој ситуацији а не и кад је штета настала.

8 Имовинска штета се може испољити у опадању броја купаца, смањењу броја пословних партнера, раскиду уговора, смањењу броја потрошача и сл.

9 Излаз из кризне ситуације у одређеној мери може да пружи институција мешања у туђу парницу. Удружење трговаца, као тужилац који је покренуо парницу због непоштене тржишне утакмице, може да позове непосредно оштећеног трговца да се умеша у парницу као умешач. Међутим, ступање непосредно оштећеног као умешача у парницу коју је покренуло удружење трговаца зависи од воље тог трећег лица јер се оно, без обзира што има конкретан правни интерес, не може принудити да учествује против своје воље у парници коју је и само, да је то желело, могло да покрене сопственом тужбом.

10 Покретањем поступка тужилац, по правилу, има намеру да спречи даље непоштено понашање другог трговца, док је накнада штете обично у другом плану.

неопходно да се у тексту Нацрта предвиди да удружење трговаца, по правноснажности пресуде, цедира извршно потраживање на непосредно оштећено лице да би оно, као извршни поверилац, могло да се намири у извршном поступку које ће само покренути.

7. Законско решење из одредбе чл. 99 Нацрта ЗОТ отвара још једно значајно питање. Ако и трговац и удружење трговаца имају самосталну активну процесну легитимацију поставља се питање односа између парница које би свака од потенцијално активно легитимисаних странака сама покренула према истом туженом поводом исте деликтне радње, пред истим судом или чак пред различитим судовима. Нужно се намеће и питање да ли удружење трговаца може да покрене поступак са истим тужбеним захтевом ако је сам трговац већ покренуо поступак и обрнуто и како суд треба да поступа ако су тужбени захтеви различити иако имају исти чињенични и правни основ. С обзиром на потенцијалну могућност да парнице буду покренуте, јавља се проблем литиспенденције. Ако би парнице биле симултано покренуте пред истим али и пред различитим месно надлежним судом, онда би се, иако се у свакој од парница ради о различитим странкама, у пракси поставила озбиљна питања која се тичу не само идентитета тужбеног захтева и литиспенденције,[11] већ и пресуђене ствари и граница правноснажности пресуде донесене према истом туженом у различитим парницама које су водили удружење трговаца и непосредно оштећени трговац поводом исте деликтне радње са идентичним тужбеним захтевом. Очигледно је да приликом конципирања ових законских решења редактори нису водили довољно рачуна о поштовању принципа правне сигурности који оваквим законским решењима у будућој пракси може да буде озбиљно угрожен.[12]

8. Одредбом чл. 99 ст. 1 т. 2 Нацрта ЗОТ активна процесна легитимација призната је и организацијама и удружењима која се старају о заштити права потрошача кад су права потрошача угрожена или повређена делом непоштене утакмице, али не и самим потрошачима јер они уживају правну заштиту по посебним законским прописима. Пошто су организације и удружења која се старају о заштити интереса

11 Уколико би удружење трговаца подигло декларативну тужбу и захтевало да се само утврди постојање „дела непоштене утакмице", а оштећени трговац би покренуо парницу са захтевом за накнаду штете из истог деликта, поставио би се проблем литиспенденције јер се захтев за утврђење пређутно садржи у захтеву за осуду на чинидбу.

12 Слични проблеми већ постоје у пракси појединих држава у нашем региону (нпр. у Хрватској) и они су били предмет исцрпне научне критике. Закон о трговини Републике Хрватске (1996) озбиљно је критикован због сличних решења која садржи Нацрт ЗОТ. Детаљно о томе: С. Трива, М. Дика, *Грађанско йарнично йроцесно йраво*, Загреб, 2005, стр. 841.

потрошача правна лица, она имају и страначку и парничну способност, тако да представљају странке у функционалном смислу. Покретањем поступка ради заштите права потрошача оне на посредан начин штите права појединих потрошача или групе потрошача и њихове појединачне или заједничке интересе.

Нацрт ЗОТ и у овом случају није решио проблем односа између симултаних парница које се воде пред истим или пред различитим парничним судом које су покренули потрошач и организација или удружење потрошача ради накнаде штете. Уколико се ради о истој правној ствари, тужилац који је касније покренуо парницу, без обзира да ли се ради о организацији или удружењу потрошача или потрошачу који је по посебним прописима покренуо поступак, излаже се ризику да његова тужба буде одбачена због литиспенденције, јер је у питању иста правна ствар, без обзира што су странке различите. Осим тога, одбацивање тужбе због двоструке литиспенденције проузрокује и дужност тужиоца да накнади парничне трошкове туженом.

С друге стране, кад организације и удружења потрошача воде парницу ради накнаде штете која је причињена групи потрошача, и исходе повољну мериторну одлуку, они не могу да присвоје досуђену накнаду штете јер су парницу водили у туђем интересу. Поставља се и питање на који ће начин непосредно оштећени потрошачи бити намирени уколико, евентуално, организација или удружење потрошача, не покрене извршни поступак или, евентуално, у међувремену престане да постоји, а не цедира своје извршно потраживање на непосредно оштећене потрошаче, уколико су они били познати, и тако им омогући да се принудним путем намире.

9. Активна процесна легитимација призната је одредбама Нацрта ЗОТ и Републици Србији, „када је то потребно ради заштите њеног угледа у земљи или иностранству". Република Србија, која и поред тога што је правно лице, нема постулациону способност и њу заступа Републички јавни правобранилац, као њен заступник по закону, који може да подигне тужбу у њено име на предлог министарства надлежног за трговину. Кад се држава јавља као тужилац у парници ради заштите свог угледа, очигледно је да се парница води ради заштите субјективних права које држава има као правно лице. Овом одредбом држави, као правном лицу јавног права, признато је, поред права на накнаду имовинске штете, и право на накнаду неимовинске штете због повреде угледа, које јој, према одредби чл. 155 ЗОО не би припадало.[13]

10. Пасивну процесну легитимацију има оно лице које је пропуштањем или предузимањем радње својим противправним понашањем

13 Видети напомену бр. 4 у овом раду.

извршило дело непоштене тржишне утакмице и тиме угрозило или повредило права других привредних субјеката, потрошача и саме друштвене заједнице. У улози пасивно легитимисаног лица, у смислу одредбе чл. 2 т. 37 Нацрта ЗОТ, увек је извршилац противправне радње.[14] Поред непосредног извршиоца дела непоштене тржишне утакмице, пасивну процесну легитимацију могу да имају и сва она лица која су на било који начин била помагачи или су учествовала у извршењу дела непоштене тржишне утакмице, као солидарни дужници. Пасивну процесну легитимацију могу да имају, и правна лица јавног права[15] кад се јављају у улози привредног субјекта.

11. Покретање поступка за заштиту од непоштене утакмице везано је за одређене преклузивне (процесне) рокове. Према одредбама Нацрта ЗОТ, субјективни рок је шест месеци од сазнања за дело и учиниоца, а објективни рок износи три године од учињеног цивилног деликта. Протеком рокова губи се право на правну заштиту.[16] Рокови су законски и непродуживи.

Предвиђањем преклузивних рокова у којима се може тражити правна заштита због непоштене тржишне утакмице настоји се да потенцијални тужилац што пре покрене поступак за решавање кон-

14 Према Нацрту то је оно лице које се бави трговином, било да је обавља као искључиву делатност или као једну од више својих делатности, као и произвођач робе или лице које обавља другу делатност која није куповина и продаја робе или пружа услуге у тим делатностима, ако предузима радње којима утиче или може да утиче на слободу утакмице у трговини.

15 Одредбом чл. 4 ст. 1 т. 3 предвиђено је да се закон примењује на „Републику Србију, покрајине, јединице локалне самоуправе, као и на органе, јавне службе и установе Републике Србије, покрајине и територијалних јединица, кад предузимају послове у трговини или у вези са њом".

16 Кад су у питању рокови у којима се може вршити право на правну заштиту подизањем тужбе, треба приметити да поједини правни писци у домаћој, углавном уџбеничкој, литератури не праве разлику између рокова застарелости и преклузивних рокова иако су у питању различити правни институти. Преклузивни рокови су рокови у којима се могу вршити поједина права или правна овлашћења и њиховим протеком наступа, као последица, губитак права на предузимање радње за чије је предузимање рок био одређен. Уколико је пропуштен преклузивни рок, тужба је неблаговремено подигнута, и суд ће тужбу одбацити. Застарелост се односи на тражбена права и истеком рока застарелости губи се материјалноправни захтев. Застарелост је једна од материјалноправних чињеница коју ће тужени изнети бранећи се од тужбе да би показао да је тужиочев тужбени захтев неоснован, те титулар права не може да исходи повољну мериторну одлуку јер ће суд одбити као неоснован тужиочев тужбени захтев. Преклузивни рокови, за разлику од рокова застарелости, теку без прекида и застоја и могу бити субјективни и објективни. О преклузивним роковима суд води рачуна по службеној дужности, док о року застарелости води рачуна по приговору странке. У погледу рачунања рокова, кад се ради о застарелости, важе правила ЗОО, док у погледу преклузивних процесних рокова важе правила ЗПП.

кретног спора јер се протеком времена не само знатно теже открива непоштена утакмица, већ се и поједине штетне последице непоштене утакмице знатно теже утврђују, без обзира на законску могућност предвиђену одредбама ЗПП да суд одреди висину причињене штете слободном проценом, а не путем доказивања чињеница у погледу њене висине.

12. Субјекти који имају право на правну заштиту због непоштене утакмице имају право да захтевају да се у судском поступку изрекну специфичне грађанскоправне санкције предвиђене Нацртом ЗОТ уколико је дошло до нарушавања слободе и поштености тржишне утакмице. У поступку за пружање правне заштите може се захтевати да суд: утврди постојање дела непоштене утакмице, забрани даље вршење непоштене утакмице,[17] наложи отклањање последица насталих вршењем дела, досуди накнаду имовинске и неимовинске штете, досуди накнаду неимовинске штете због повреде пословног угледа оштећеном правном лицу, нареди објављивање пресуде о трошку туженог, досуди судске пенале у износу утврђеном пресудом на терет туженика у корист тужиоца за сваки случај кад тужени понови дело или за сваки дан настављања дела после правноснажности пресуде.

13. Правна заштита која се пружа у поступку поводом дела непоштене утакмице може да има декларативни, кондемнаторни и конститутивни (преображајни) карактер. Кондемнаторни карактер правне заштите остварује се редовно у парницама у којима се тражи осуда на чинидбу (накнада штете, забрана одређеног понашања,[18] осуда на пропуштање радње којом се наноси штета потрошачима или се вређа неко њихово право, отклањање последица насталих вршењем дела, објављивање пресуде на трошак туженог, изрицање судских пенала у одређеном износу). Осудом на чинидбу, без обзира да ли се она састоји у чињењу, нечињењу или пропуштању, истовремено се превентивно делује јер се спречава да исти трговац, произвођач или давалац услуга, настави са непоштеном пословном праксом. Тужбу за осуду на чинидбу којом ће захтевати накнаду неимовинске штете због повреде пословног угледа може захтевати оштећено лице, као тужилац, без обзира да ли је физичко[19] или правно лице. Декларативни карактер правне за-

17 Треба приметити, кад је у питању ова санкција, да је она специфична и да се у конкретном случају у поступку неће тражити заштита конкретног субјективног права, већ заштита од незаконитих и непоштених правних аката или односа у циљу сузбијања противправних аката и радњи.

18 Да би се захтевала забрана даљег вршења дела непоштене утакмице није потребно да је наступила нека штете. Довољно је да прети опасност од наступања штете.

19 Према одредби чл. 2 т. 19 предузетник је физичко лице које обавља делатност, укључујући и старе занате, ради стицања добити.

штите остварује се у парницама у којима је тужиочев тужбени захтев уперен искључиво на утврђивање дела непоштене утакмице. Приликом подизања ове тужбе тужилац није дужан да доказује постојање правног интереса јер је његово постојање утврдио сам законодавац пошто је изричито овластио одређени круг лица на подизање ове тужбе. Тужбом за утврђење постојања дела непоштене утакмице утврђује се постојање цивилног деликта, као једног материјалноправног (облигационоправног) односа[20] који је настао у домену тржишне утакмице, без обзира да ли је тај однос настао између самих парничара, или између туженог и неког трећег, и што увек непосредно не тангира правну сферу самог тужиоца. Ако је тужилац захтевао да се утврди постојање цивилног деликта непоштене утакмице, истовремено ће истаћи и захтев да се пониште сви правни послови који су склопљени у оквиру непоштене тржишне утакмице, тако да она има преображајни карактер.[21]

14. Поступак у парницама због дела непоштене утакмице према одредби чл. 101 Нацрта ЗОТ је хитан. Овакво законско решење је оправдано кад се правна заштита састоји у забрани даљег вршења дела непоштене утакмице пошто постоји очигледна потреба за хитним доношењем одлуке да би се спречило противправно понашање и непоправљива штета која може да настане ако тужени не престане са вршењем конкретног дела непоштене тржишне утакмице. Међутим, у тексту Нацрта није ближе одређено у чему треба да се састоји хитност у поступању. Да су редактори имали намеру да правна заштита заиста буде ефикасна и ефективна требало је да пропишу одређена одступања од правила општег парничног поступка[22] за све или за поједине врсте парница поводом непоштене тржишне утакмице у погледу дужине рока за одговор на тужбу (који у општем парничном поступку износи 30 дана), да предвиде, евентуално, да се ови предмети одмах (прекоредно) узимају у рад ако се тужбом захтева престанак деликтне радње, да се у овим парницама (осим кад је у питању накнада штете), по правилу, не заказује припремно рочиште, да се приликом заказивања рочишта води рачуна о томе да између њих буде кратак временски размак, да суд може

20 Према одредбама ЗПП, тужбени захтев у тужби за утврђење не може бити тако формулисан да се тражи утврђење правног својства неке чињенице, као нпр. да је одређено понашање туженог било противправно.

21 Правна заштита се може састојати и у поништењу свих правних послова склопљених у оквиру непоштене тржишне утакмице, укључујући и шпекулативне послове и типске уговоре или уговоре по приступању, уколико су они били супротни интересима потрошача.

22 Редактори су имали могућност да у текст Нацрта, попут појединих решења из ЗПП (2004) унесу и одредбу којом би предвидели дужност суда да приликом одређивања (судских) рокова и рочишта увек обраћа нарочиту пажњу на потребу хитног решавања ових спорова према природи сваког појединог случаја.

да одреди привремену меру одмах и без саслушања туженог, да предвиде краће рокове за многе парничне радње, посебно за жалбу.

15. Нацрт ЗОТ изричито је предвидео могућност да суд на тражење тужиоца одреди привремену меру у току парничног поступка „у складу са одредбама којима се уређује парнични поступак" те је тако изричито предвиђена могућност да се уз пендентни парнични поступак води, као адхезиони поступак, поступак обезбеђења. Међутим, редактори Нацрта ЗОТ су превидели околност да су привремене мере средство обезбеђења и да у погледу привремених мера важе правила извршног, а не парничног поступка, као и да се издавање привремене мере, под условима који су предвиђени одредбама Закона о извршном поступку (2004),[23] може захтевати и пре но што је покренут парнични поступак.[24] Осим тога, редактори Нацрта су пропустили да предвиде и могућност да суд може, на тражење извршног повериоца, да одлучи одмах да одреди тражену привремену меру из посебно оправданих разлога[25] и без саслушања друге странке, као и да предвиде посебно кратак рок у коме извршни дужник може изјавити правни лек против одређене привремене мере и рок у коме је суд дужан да одлучује.

16. У одредби чл. 103 Нацрта ЗОТ на специфичан начин формулисано је правило о терету доказивања јер је предвиђено је да суд може, када нађе да је то оправдано, да захтева од туженог да докаже истинитост одређених тврдњи, а ако тужени не поднесе доказе или су докази недовољни, суд ће сматрати да су неистините спорне чињенице или тврдње.[26] Формулација наведене одредбе, уколико се ради о субјективном терету доказивања, није у складу са правилима ЗПП јер не може да захтева од туженог да тужени доказује истинитост одређене чињенице. Ангажовање суда у погледу страначких доказних предлога и понуде доказа није допуштено јер суд не може да упућује странку које чињеничне наводе треба да доказује или да јој намеће да предложи извођење одређених доказа да би доказала истинитост одређене спорне правно релевантне чињенице. Понуда доказа да би се суд уверио у истинитост страначког чињеничног навода је процесни терет који странка мора да поднесе да би успела да увери суд у истинитост онога што тврди или што оспорава. Исто тако, суд нема ни овлашћење ни да указује странкама да ће, за случај да пропусте да предложе одговарајуће

23 *Сл. гласник РС*, бр. 125/2004 (у даљем тексту: ЗИП).

24 Оваква могућност је од посебног значаја кад су у питању дела непоштене утакмице јер се на тај начин може врло ефикасно спречити настајање непоправљиве штете.

25 Нпр. да се са продајне изложбе или сајма повуку неки производи, одмах обустави емитовање рекламне поруке, забрани штампање огласа итд.

26 Правило о објективном терету доказивања предвиђено је у ЗПП (2004).

доказе у погледу одређених спорних чињеница или се испостави да суд ипак не може да формира уверење о њиховој истинитости, применити правило о објективном терету доказивања. С друге стране, овлашћење које има суд у погледу подстицања странака да пруже суду неопходан процесни материјал (чл. 299 ЗПП) никако не представља сугестију или налог странци да означи одређена доказна средства.

17. Одлука коју донесе парнични суд може да има кондемнаторну, конститутивну или декларативну природу, зависно од тога шта је тужилац у тужби захтевао.

Према одредби чл. 97 ст. 3 Нацрта ЗОТ диспозитив кондемнаторне пресуде која се доноси уколико суд поништи уговор који је настао поводом радњи непоштене шпекулације има специфичну садржину. Одредба је редигована тако да директно задире у домен парничне процедуре и изазива одређене, нежељене импликације на процесном терену јер је у њој предвиђено овлашћење суда да, под одређеним условима, осуди туженог дужника на другу чинидбу, која је законом предвиђена, уместо оне коју је тужилац формулисао у петитуму тужбе, што представља директно одступање од принципа диспозиције. У овој одредби садржано је правило по коме је, уствари, суд овлашћен да одлучује по службеној дужности те се на тај начин одступа од елементарних процесних принципа на којима је заснована цивилна процедура. У парничном поступку суд је везан захтевом за пресуду тако да не може одлучивати о нечем што тужилац није тражио, нити му може досудити нешто друго или нешто више од оног што је тужилац тражио (*Ne eat iudex ultra et extra petita partium*). Уколико суд прекорачи границе тужбеног захтева приликом одлучивања, другостепени суд ће на начин који је предвиђен правилима цивилне процедуре санкционисати насталу повреду одредаба парничног поступка по службеној дужности.

У одредби чл. 97 Нацрта ЗОТ, којом су регулисане последице ништавости уговора закљученог у циљу непоштене шпекулације, предвиђено је, међутим, да суд, по службеној дужности, поништава такав уговор јер су повређене императивне законске норме. Пошто је уговор ништав, у одредби чл. 97 Нацрта ЗОТ предвиђене су последице које настају по самом закону. Суд је дужан, пре свега, да одбије захтев несавесне стране за враћање оног што је она другој страни дала по основу забрањеног уговора. Исто тако, суд не може одлучити да несавестан уговорник задржи оно што је примио од друге уговорне стране по основу забрањеног уговора. У том случају диспозитив пресуде има специфичну садржину: суд утврђује да се ради о забрањеном уговору, одбија тужбени захтев тужиоца да му се врати оно што је дато по том основу или да задржи оно што је од туженог по истом основу примио. Ако су оба уговорника

несавесна, суд је, према Нацрту ЗОТ, дужан да у пресуди изрекне посебну санкцију која се састоји у томе да се предмет обавеза уговорних страна одузима у корист установе за незбринуту децу,[27] која послује на подручју на којем се налази седиште одн. пребивалиште уговорника.[28] За случај да на подручју несавесних уговорника нема установе за незбринуту децу, суд треба да одлучи да се предмет обавезе одузима у корист обданишта или друге добротворне организације која послује на том подручју, а ако је више таквих установа на истом подручју, да се предмет међу њима дели на једнаке делове, кад је то према особинама предмета могућно.[29]

У одредби чл. 97 Нацрта ЗОТ на индиректан начин формулисана су одступања од начела диспозиције и расправног начела. Парнични суд је, према одредби чл. 7 ЗПП дужан да утврди чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. Пошто парнични суд по службеној дужности пази на ништавост уговора, јер се ради о примени императивне законске норме, он може да одступи од расправног начела и да утврђује и чињенице које се односе на ништавост уговора јер од тога зависи одлука о основаности захтева. Уколико се ради о тужбеном захтеву који није у складу са императивним нормама, суд је дужан не само да одбије тужбени захтев као неоснован, већ и да утврди да се ради о забрањеном уговору иако тужилац није истакао такав захтев.

Одредба чл. 97 Нацрта ЗОТ има пенални карактер јер у овој одредби, због повреде императивне правне норме, није предвиђена ни реституција ни репарација већ санкција која се састоји у одузимању нечега што је стечено недозвољеним правним послом. Из тог разлога, парнични суд ex offo треба да изрекне последице предвиђене овом одредбом тако да странка, која је као уговорна страна нешто примила по основу забрањеног уговора, то не може да задржи, те је дужна да то преда неком трећем. Суд у овој ситуацији не досуђује оно што је тужилац захтевао, већ, уколико тужилац не повуче тужбу, одбија захтев за враћање датог ако је утврдио да је странка била несавесна и поступајући по службеној дужности, досуђује нешто друго у корист неког трећег, у складу са императивним нормама. У овом случају трећи, у чију корист треба досудити нешто, је установа за незбринуту децу, обданиште или друга добротворна организација која није захтевала да јој се досуди оно

27 За разлику од ЗОО, који као грађанскоправну санкцију у случају поништења уговора предвиђа одузимање предмета обавезе у корист општине, Нацрт ЗОТ, предвиђа одузимање у корист установе за незбринуту децу.

28 Редактори су пошли од тога да оба уговорника имају седиште одн. пребивалиште на истом подручју. Међутим, они не нуде нити предвиђају решење за случај да уговорници имају седиште одн. пребивалиште на различитим подручјима.

29 Нацрт ЗОТ није понудио решење шта ће бити ако предмет обавезе није дељив.

што је један од несавесних уговарача примио по основу забрањеног уговора, нити је учествовала као странка у поступку.[30]

18. Према решењима из ЗПП (2004), странке су имале право на ревизију као ванредни правни лек с тим што је ово право у имовинскоправним стварима било ограничено с обзиром на вредносни критеријум. Међутим, законодавац је, због значаја спорова који настају поводом непоштене тржишне утакмице, дозволио ревизију без обзира на вредност предмета спора тако да је у одредби чл. 394 ЗПП (2004) таксативно било наведено да је ревизија увек допуштена без обзира на вредност предмета спора, између осталог, и кад су у питању спорови поводом нелојалне утакмице и нарушавања тржишне утакмице, и то без обзира да ли се ради о имовинским или неимовинским захтевима.

Законом о изменама и допунама ЗПП (2009)[31] измењена је одредба ранијег чл. 394 ЗПП. Новелираном одредбом чл. 394 искључена је могућност да се изјави ревизија ако су у питању имовинскоправне ствари кад се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретностима, потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подизања тужбе. Према новелираном ЗПП, ревизија је, међутим, увек дозвољена када је то посебним законом одређено. Пошто је новим законским решењем, право на изјављивање ревизије, укључујући и спорове о накнади имовинске и неимовинске штете, ограничено с обзиром на вредносни критеријум, било би потребно, због значаја спорова поводом непоштене утакмице, да Нацртом ЗОТ буде изричито предвиђено право на изјављивање ревизије без обзира на вредност предмета спора.

30 Наведена одредба у Нацрту ЗОТ је непрецизно редигована тако да допушта интерпретацију да у наведеном случају не важи принцип диспозиције, да се од њега одступа и да суд није везан истакнутим захтевом странака. Редактори Нацрта ЗОТ вероватно нису имали намеру, нити су хтели да наруше принцип диспозиције у домену цивилне процедуре. По свој прилици ради се само о неадекватној редакцији појединих одредаба и пропусту да се поведе рачуна о процесним реперкусијама појединих предложених законских решења. Да су имали намеру да одступе од основног процесног принципа на коме је изграђена парнична процедура они би, свакако, предложили измену важећег ЗПП.

31 *Сл. гласник РС*, бр. 111/09.

***Gordana* STANKOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Niš

REMARKS ON THE RULES OF CIVIL PROCEDURE REGARDING UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE IN DRAFT OF THE LAW ON TRADE

Summary

In this work the author analyzes process regulations in the Draft of the Law on Trade (2009) which are related to legal protection according to the rules of civil procedure regarding civil misdemeanor, an unfair commercial practice. The author claims that those regulations are not precise enough and they are insufficiently elaborated. The author also points to inadequate legal-technical solutions which are not harmonized with regulations of the Law on Legal Proceedings (2004). Certain regulations uncritically go into the area of Civil Process Law and cause some unexpected and unpredicted implications which editors probably have not had in mind.

Key words: *unfair competition, civil legal protection from unfair commercial practices, active process authorization, principle of emergency, audit.*

др *Илија* БАБИЋ
редовни професор и декан Факултета за европске правно-политичке студије у Сремској Каменици, Универзитет „Сингидунум“, Београд

СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА НА ОСНОВУ ПРАВНОГ ПОСЛА

Резиме

На деривативан начин стиче се право својине ако стицалац (акципијенс) право својине изводи из права преносиоца (траденса), у истом или мањем обиму, на основу правног посла. Траденс не може на акципијенса пренети више права од оног којег има (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet). Дериватривни начин стицања права својине постоји ако су, по правилу, испуњене следеће основне претпоставке: 1) подобност ствари да буде објекат права својине и стицања, те способност акципијенса да стекне право својине на ту ствар; 2) постојање пуноважног правног посла који је управљен на пренос права својине са траденса на акципијенса (iustus titulus); и 3) пуноважани начин стицања (modus acquirendi) који има стварноправно дејство (са траденса преноси право својине на акципијенса).

Начин стицања на продатој покретној ствари зависи од њене природе: 1) мање ствари се, по правилу, предају из руке у руку (traditio vera), 2) уместо појединих, већих ствари предају се исправе или уређаји које омогућавају њихову државину (traditio symbolica), или 3) сам уговор преноси право својине, а предаја се фингира.

Уговор или други правни посао, у нашем праву, по правилу, сам за себе не преноси са траденса на акципијенса право својине – нема стварноправно него облигационоправно дејство. Стога, све до предаје ствари акципијенсу, траденс задржава право својине на ствари која је предмет правног посла. Када је више лица засновало посебне правне послове ради

стицања права својине на исту покретну ствар која је индивидуално одређена, то право стиче лице коме је ствар прво предата, ако је савесно, а испуњава и све друге претпоставке за стицање својине.

Кључне речи: *дериватив стицање, стицање права својине, покретна ствар, правни основ, modus acquirendi.*

I Појам

Изјава воље неког лица, која има одређене особине, ствара правни посао. Правни посао може имати за циљ да са преносиоца (траденса) пренесе право својине на стицаоца (акципијенса). Стицање права својине римско право је разврставало и на оригинарне и дериватив-не. Деривативо стицање постоји ако акципијенс право својине изводи из права траденса (у истом или мањем обиму). Ову традиционалну поделу прихватила је и савремена правна наука европског континенталног правног круга земаља.[1] Члан 20 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО[2] прописује да се право својине стиче по самом закону, на основу правног посла, наслеђивањем и одлуком државног органа, на начин и под условима одређеним законом.[3]

II Стицање права својине у римском праву

Ако се ствар стиче на основу правног посла та чињеница је правни основ – *iusta causa* (на пример: купопродаја, размена, поклон, легат).

1 Симонетти Петар, Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла, чланак у књизи *Расправе из стварног права*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека, 2001, стр. 1; Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, Научна књига, Београд, 1986, стр. 119 и 120; Стојановић Драгољуб, *Стварно право,* Правни факултет у Крагујевцу, 1998, стр 128 и 147; Гавелла Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белај Владо и Стипковић Златан, *Стварно право,* Информатор, Загреб, 1998, стр. 320 и 321; Рашовић Зоран, *Стварно право,* Правни факултет Подгорица и Службени лист СЦГ, Београд, 2005, стр. 113 и 114.

У правној науци се истиче да, зависно од тога да ли је ствар на којој се стиче право својине већ објекат нечијег права или није, начини стицања могу бити апсолутни и релативни. Апсолутно стицање својине заснива право својине на стварима које нису ни у чијој својини (*res nullius*), а релативно је заснивање права својине на ствари која има власника (то је истовремено и начин престанка права својине) – види: Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *нав. дело*, стр. 120.

2 *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96.

3 Оригинарно стицање постоји ако правни следбеник своје право својине не изводи из права претходника него из чињеница одређених законом. Тако, лице коме је, на основу уговора о продаји, предата покретна ствар од стране продавца који није био власник, не може постати власник на основу тог уговора.

Радње које траденс предузима да би се установило право својине на одређеној ствари представљају начин стицања – *modus acquirendi*. У римском праву било је више начина стицања права својине: начине јавног и начине приватног права; начине *ius civile* и начине *ius gentium,* каузалне и апстрактне. И у римском праву ова подела је постала историјска када је Јустинијан укинуо разлике између цивилне и преторске својине, као и разлике између *res mancipi* и *res mancipi* и увео један систем стицања права својине *iuris gentium.*[4] До данас се, међутим, одржала подела римског права на оригинарно и деривативно стицање.[5] Подела стицања права својине на деривативно (када на основу воље траденса акципијенс стиче ону својину коју је имао траденс: *mancipatio*, *in iure cessio* и *traditio*) и оригинарно (стицање које не зависи од права траденса: *occupatio accessio*, *specificatio*, *adiudicatio*), иако позната у класичном римском праву представља, ипак, „дело средњовековних правника".[6]

У Јустинијановом праву traditio је једини, јединствен и редовни деривативни начин стицања права својине који се примењује на све ствари.[7] Традицији је претходио (или је настајао истовремено са њом) договор страна о преношењу права својине – *iusta causa traditionis*, који је основ за традицију (*Traditionibus et usucapionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferentur*. C.J.2,3,20 – Својина на стварима стиче се традицијом или одржајем, а не голим уговором).[8]

Право својине се могло пренети традицијом ако су за то биле испуњене следеће претпоставке: традент мора бити власник ствари; традент мора стицаоцу предати ствар (*traditio*); воља страна мора имати у виду преношење и стицање права својине (*animus dominii transferendi et aquirendi*); *iusta causa traditionis* у којој је изражена пуноважна воља за пренос права својине.[9]

III Опште претпоставке за стицање права својине на покретној ствари

1. Уопште

Ако стицалац право својине изводи из права траденса (у истом или мањем обиму), постоји деривативно стицање. Траденс не може на сти-

4 Хорват Маријан, *Римско ūраво*, Школска књига, Загреб, 1974, стр. 128.

5 Станојевић Обрад, *Римско ūраво*, Службени лист СЦГ, Београд, 2004, стр. 251 и 252; Хорват Маријан, *нав. дело*, стр. 127 и 128.

6 Станојевић Обрад, *нав. дело*, стр. 251.

7 Хорват Маријан, *нав. дело*, стр. 133.

8 Стојчевић Драгомир, Ромац Анте, *Dicta et regulae iuris,* Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 521.

9 Хорват Маријан, *нав. дело*, стр. 133.

цаоца пренети више права од оног којег има („Тек оно што имаш, можеш другоме дати; отуда изрека: немош' другом више права уступити н'о сам имаш" – члан 1009 ОИЗ). Ово правило је настало још у римском праву (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet).* Право својине се са траденса на акципијенса преноси на основу правног посла, најчешће уговора.

Деривативни начин стицања постоји ако су, по правилу, испуњене следеће основне претпоставке: 1) подобност ствари да буде објекат права својине и стицања и способност акципијенса да стекне право својине на ту ствар; 2) постојање пуноважног правног посла који је управљен на пренос права својине са траденса на акципијенса *(iustus titulus)*; 3) пуноважани начин стицања *(modus acquirendi).*[10] Уговор о продаји, уговор о размени, уговор о поклону итд. само је правни основ *(iustus titulus)* којим се право својине на ствари још не преноси на акципијенса. Начин стицања на продатој покретној ствари зависи од њене природе. Начин стицања је предаја ствари акципијенсу – из руке у руку, предаја исправа или уређаја које омогућавају државину покретних ствари – симболична предаја, или сам уговор преноси право својине, а предаја се фингира.

2. Подобност ствари да буде објекат права својине и стицања; способност акципијенса

Све покретне ствари које могу бити објекат права својине могу се са траденса даље преносити на акципијенса. Покретне ствари које су изузете из промета због својих обележја не могу се ни стицати ни преносити. Уколико покретна ствар има својство припатка главне непокретне ствари која је јавно добро (на пример: јавни путеви, улице, тргови и друго) и због тога изузето из промета, она, по правилу, дели правну судбину главне ствари (јавног добра) и не може бити предмет преношења на друга лица.[11] Правни субјект који има пословну способност за стицање права својине на ствари која је подобна за стицање може је даље преносити.[12]

Право својине се не може стећи на покретним стварима чије је преношење забрањено и од лица којима прописи забрањују стицање. Тако, физичка лица не могу, на основу правног посла, пуноважно стеће

10 Симонетти Петар, *нав. дело*, стр. 1; Гавелла Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белај Владо, Стипковић Златан, *нав. дело*, стр. 320.

11 Види, на пример: чл. 11, а у вези са чланом 7 Закона о стварним правима Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 124/2008).

12 Упореди: Гавелла Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белај Владо, Стипковић Златан, *нав. дело*, стр. 320.

право својине на ватреном оружју чији је промет забрањен.[13] Прометом оружја, делова за оружје и муниције могу се бавити предузећа која пре уписа у регистар за то добију одобрење надлежног органа.[14] Забрањена је продаја лекова за које није издата дозвола за стављање у промет, које је произвело правно лице које нема дозволу за производњу односно израду лекова у апотеци, који нису обележени у складу са законом, којима је истекао рок употребе означен на паковању или је утврђена неисправност у погледу њиховог прописаног квалитета.[15] Такође, промет отрова могу вршити правна лица која испуњавају прописане услове.[16]

3. Пуноважан правни основ (*iustus titulus*)

Уговор или други правни посао, у нашем праву, сам за себе не преноси са траденса на акципијенса права својине тј. нема стварноправно него облигационоправно дејство. Стога, све до предаје ствари акципијенсу траденс задржава право својине. Поред овог, владајућег начина стицања права својине у европском континенталном праву, срећу се и другачија решења у француском, италијанском и немачком праву.

У француском и италијанском праву сам уговор којим се на акципијенса преноси право својине индивидуално одређених ствари има стварноправно дејство – акципијенс постаје власник ствари у моменту закључења уговора. Тако, према одредбама члана 938 Француског грађанског законика из 1804. (ФГЗ) поклон ствари који је у прописаној форми учињен, настаје самом сагласношћу воља, а својина поклоњених ствари прелази на поклонопримца и ако ствар још није предата. Обавеза предаје ствари настала је у тренутку сагласности уговорача. Споразум чини акципијенса власником и на њега прелази ризик од тренутка када је ствар требала бити предата, иако предаја још није извршена (в. члан 1138 ФГЗ). Акципијенс као власник (од тренутка закључења уговора) има право на одвајање плодова, а сноси и ризик случајне пропасти или оштећења ствари.[17]

---

13 На пример: ватрено оружје за пригушивање звука, направе за пригушивање звука, телескопски нишани са светлосним снопом, полуаутоматско, аутоматско и комбиновано друго оружје, осим ловачког – види члан 5. Закона о оружју и муницији, *Службени ɪласник РС*, бр. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/2003, 101/2005 – др. закон и 85/2005 – др. закон).

14 Види члан 27 Закона о оружју и муницији.

15 Члан 31 Закона о лековима и медицинским средствима (*Службени ɪласник РС*, бр. 84/2004, 85/2005 – др. закон и 36/2009 – др. закон).

16 Види члан 17 Закона о производњи и промету отровних материја (*Службени ɪласник РС*, бр. 36/2009).

17 Lucas Andre, Catala Pierre, *Code civil 2001*, стр. 615. Упореди: Живојин Перић, *Ст̄варно ɪраво,* Народна штампарија, Београд, 1920; Марковић Лазар, *нав. дело*,

И у италијанском праву уговор производи стварноправна дејства. У уговорима који имају за предмет пренос својине неке одређене ствари, заснивање или пренос неког стварног права, односно пренос неког другог права, својина или право преносе се и стичу законито израженом сагласношћу странака – члан 1376 Италијанског грађанског законика из 1942 (ИГЗ).

У немачком праву се право својине на деривативан начин стиче ако је закључен каузалан облигациони уговор, ствар предата и ако постоји сагласност преносиоца и стицаоца о преношењу и стицању права својине. Овај уговор је апстрактан. Стога, ако су се стране споразумеле о преносу права својине он ће се извршити и ако каузални посао није пуноважан.[18]

Право својине на покретној ствари се са траденса на акципијенса може пренети ако је заснован пуноважан правни посао. Овај правни посао мора имати каузу (апстрактни правни посао није основ за стицање права својине) која се састоји у преношењу права својине на одређеној ствари са траденса на акципијенса.

Правни посао који је основ за преношење права својине са траденса на акципијенса може бити једностран или двостран. Начешћи једнострани правни посао на основу кога се стиче право својине и на покретној ствари јесте тестамент. Тестаментом може бити одређен наследник или легатар. Овај правни посао настаје изјавом воље завештаоца који за наследника или легатара може одредити и лица (физичка или правна) која нису са њим ни у каквом сродству нити у брачној вези. Наследник или легатар на покретним стварима право изводи из права претходника (завештаоца), тако да је стицање на основу тестамента деривтивно стицање права својине. Стицање тестаментарног наследника разликује се од стицања легатара. Наиме, заоставштина прелази по сили закона на оставиочеве наследнике у тренутку његове смрти (члан 212 став 1 Закона о наслеђивању – ЗОН[19]). Осим тога, фингира се да наследник постаје држалац у тренутку отварања наслеђа, без обзира на то када је стекао фактичку власт на ствари (члан 73 Закона о основама својинскоправних односа). Околност да је ЗОН прописао да и тестаментарни наследник то својство стиче у тренутку смрти оставиоца, не одузима овом начину стицања својство дериватвног стицања. Иако је

стр. 259; Станковић Обрен. Орлић Миодраг, *нав. дело*, стр. 129 и 130; Стојановић Драгољуб, *Стварно право,* Правни факултет у Крагујевцу, 1998, стр. 152 и 153.

18 Види: Стојановић Драгољуб, *нав. дело*, стр. 153 и 154; Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *нав. дело*, стр. 128 и 129.

19 *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/03 – Одлука Уставног суда Србије У број 358/95 од 25. септембра 2003. Члан 36 ЗОСПО, такође, прописује да се право својине наслеђивањем стиче у тренутку отварања наслеђа на имовини умрлог, ако законом није друкчије одређено.

тестаментарни наследник универзални акципијенс, ствари које он стиче одређене су тестаментом. Легатар се, такође, одређује тестаментом, али је он, за разлику од наследника, сингуларрни сукцесор. наследник. Онај кога легат терети (ако завештaлац пропусти да одреди ко је дужник легата, испуњење терети све законске и тестаментарне наследнике, сразмерно њиховим наследним деловима) дужник је легата, а поверилац легата је легатар који има право да захтева предају легата од оног коме је испуњење наложено (чл. 140 и 145 ЗОН). Испуњење легата се може захтевати од смрти оставиоца осим ако захтев доспева после протека одређеног рока или испуњења услова. Тестамент, којим је одређен легат, је правни посао на основу кога се може захтевати предаја покретне ствари која је предмет легата. У правној науци се легат увршта у правни основ за деривативно стицање права својине али не и наслеђивање на основу тестамента.[20] Супротно томе, наслеђивање на основу закона је оригинарно стицање ствари и права, јер се права не изводе из права претходника него из чињеница одређених законом и решења суда.

Основ за стицање права својине је каузалан уговор чија је кауза управљена на преношење права својине на одређеној ствари са траденса на акципијенса. Правни основ мора бити пуноважан. Ако је уговор ништав[21] на основу њега се не може стећи право својине. Рушљив уговор делује и биће конвалидиран ако се у објективном року од три године од дана закључења, а у субјективном року од једне године од сазнања за разлог рушљивости односно од престанка принуде (члан 117 ЗОО) не истакне захтев за поништење.

Право својине са траденса на акципијенса се, најчешће, преноси уговором о продаји (члан 454–551 ЗОО); уговором о размени (члан 552–556 ЗОО); уговором о зајму (чл. 557–566 ЗОО); уговором о поклону.

У правној науци се, међутим, не наводе уговори који су, такође, основ за стицање права својине, а регулисани су Законом о наслеђивању и то: уговор о уступању и расподели имовине за живота (чл. 182–193 ЗОН) и уговор о доживотном издржавању (чл. 194–205 ЗОН). Стицање на основу ових уговора је деривативно. На основу уговора о уступању и расподели имовине за живота предак може своју имовину (у целини или делимично) обухватити уговором и расподелити је потомцима (који су по закону позвани да га наследе). Ово је правни основ и за стицање права својине на покретним и непокретним стварима за живота претка.[22]

---

20 Види: Гавелла Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белај Владо, Стипковић Златан, *нав. дело*, стр. 323; Стојановић Драгољуб, *нав. дело*, стр. 148.

21 Види члан 103–110 Закона о облигационим односима – ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93).

22 Уговор се конвертује у уговор о поклону када се са уговором није сагласио неки од потомака који је постао наследник (члан 187 ЗОН), а опозива у случајевима одређеним чланом 192 ЗОН.

Уговор о доживотном издржавању је двостранообавезни облигациони уговор (а не основ за наслеђивање), који коначна дејства производи после смрти примаоца издржавања, и основ за стицање права својине на покретним и непокретним стварима и правима. На основу овог уговора давалац издржавања стиче право својине на стварима и правима у моменту смрти примаоца издржавања (члан 194 ЗОН).

Ако кауза уговора није управљена на преношење (и стицање) права својине то није подобан правни основ. Тако, нису основ за стицање права својине: уговор о закупу, уговор о послузи, уговор о остави, уговор о превозу итд.

4. Предаја ствари (испорука робе)

а) Уопште

Акципијенс стиче право својине на ствари у тренутку њене предаје, ако што друго није предвиђено законом или уговором (члан 223 став 1 Грађанског законика Руске Федерације – ГЗРФ).[23] Начин стицања права својине предајом ствари у грађанском и привредном праву, по правилу, јединствено је регулисано.

На основу пуноважног правног посла право својине на покретну ствар стиче се предајом ствари у државину стицаоца (члан 34 став 1 ЗОСПО). Предаја покретне ствари зависи од врсте ствари, договора страна и природе посла. ЗОСПО регулише најчешће начине предаје покретних ствари. Поред тих случајева предаја покретних ствари сматра се извршеном и када из конкретних околности произлази да је извршена предаја ствари (члан 34 став 6 ЗОСПО).

Предаја покретних ствари јединствено је регулисана у грађанском и привредном праву. Изузеци од овог правила прописани су одредбама ЗОО. Наиме, одредбе Закона о облигационим односима које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено (члан 25 став 1 ЗОО).

Предаја је релевантна само ако је учињена са намером да на стицаоца пренесе право својине одређене ствари и намере акципијенса да је стекне у својину. Акципијенс и траденс, сходно томе, морају имати пословну способност (ограничену или потпуну) која је потребна за изјављивање такве воље. Сама предаја ствари без намере да се на акципијенса пренесе право својине не преноси право својине (тзв. *nuda traditio*). Да би предаја ствари пренела право својине она мора бити

23 Први део Грађанског законика донесен је 21. октобра 1994, а ступио је на снагу 1. јануара 1995. године, на основу члана 1 Федералног закона о ступању на снагу Грађанског законика Руске Федерације.

фактичка последица правног посла с којим је у каузалној вези.[24] У том смислу параграф 425 ОАГЗ одређује: „Сам основ не даје још никакве својине. Осим случајева, назначених у закону, својина и сва стварна права у опште, прибављају се само тако, кад се по закону предаду и приме.“ Предмет предаје – ствар мора бити могућ, допуштен и одређен, односно одредив (члан 46 став 2 ЗОО). Не може се пуноважно пренети право својине (иако је ствар предата) ако је ствар изузета из промета у потпуности или је у ограниченом промету (између законом прописаних лица које нису стране у уговору)

Право својине се може пренети предајом ствари само ако је траденс власник те ствари *(Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)*. Ако траденс није власник ствари предајом ствари у државину акципијенсу не може му на њој пренети право својине.[25] На тај начин се на акципијенса преносе државина која, под одређеним претпоставкама, може бити основ за оригинарно стицање права својине (стицање права својине од невласника, одржајем итд.).[26]

Предаја ствари извршена је када је ствар, на основу правног посла, прешла из самосталне државине траденса у самосталну државину акципијенса. Она је пуноважна ако је резултат њихове сагласне изјаве воља – да траденс преноси државину ствари на акципијенса.[27] Вољом траденса и акципијенса може бити предвиђено да се ствар предаје директно акципијенсу или неком трећем лицу (физичка предаја) или да се преда исправа или уређај акципијенсу на основу које он може стећи државину и располагање са ствари или да сам уговор преноси право својине.

У једном делу правне науке и праксе, за време док су важиле Опште узансе за промет робом (на основу узансе број 2 важила је претпоставка да су привредни субјекти пристали на примену Узанси ако их нису искључиле) разликовала се предаја ствари као облигационо правна категорију од предаје као стварноправне категорије којом се преноси право својине. Ако се ове две предаје разликују предаја ствари која је облигационоправне природе не мора довести до стицања права својине. Оправдано је ово раздвајање предаје ствари изложено критици.[28] Оно је због тога и напуштено у Закону о облигационим односима (члан 454 став 1

24 Перић Живојин, *ibid*.

25 Пишкулић Звонимир, Ђерђ Имре, *нав. дело*, стр. 52.

26 Перић Живојин, *ibid*; Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *нав. дело*, стр. 123; Рашовић Зоран, *нав. дело*, стр. 114; Гавелла Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белај Владо, Стипковић Златан, *нав. дело*, стр. 328.

27 Перић Живојин, *нав. дело*, стр. 111.

28 Круљ Врлета, *Дејсшво уīовора о куйоīродаји – својина, īредаја, ризик, цена*, Институт за упоредно право, Београд, 1972, стр. 74 и 75.

ЗОО прописује: „Уговором о продаји обавезује се продавац да ствар коју продаје преда купцу тако да купац стекне право располагања, односно право својине...“) и Закону о основама својинскоправних односа (члан 34 став 1 ЗОСПО прописује: „На основу правног посла право својине на покретну ствар стиче се предајом те ствари у државину стицаоца“).

Члан 92 став 1 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима од 2007. године[29] предвиђа: „Право својине на покретној ствари стиче се преносом својинске државине (предајом ствари) на основу пуноважног и за пренос својине подесног уговора са власником или лицем овлашћеним да располаже њоме, односно такве једностране изјаве воље.“

б) Физичка предаја (traditio vera)

Одређене мање ствари могу се предати из руке у руку (предаја коња, робе у продавницама али и воћа или поврћа на пијаци итд). Параграф 287 Српског грађанског законика из 1844. (СГЗ) тако одређује: „Оне покретне ствари, које се предати и узети могу, прелазе на другога, кад се из руке у руку другоме предаду.“[30] Таква предаја покретних ствари назива се физичка или права предаја (*traditio vera*).

Праву предају има у виду члан 467 став 2 ЗОО који прописује да је продавац „извршио обавезу предаје купцу, по правилу, кад му ствар уручи...“. Ако је ствар индивидуално одређена предаје се управо та ствар,[31] а уколико је ствар одређена по роду она се, претходно, мора индивидуализовати.[32]

Физичка предаја постоји и када се ствар не узима из руке у руку (нпр. због тога што је кабаста) него се на прибавиоца преноси фактичка власт на ствари (преносилац је довезао и истоварио сено на место које

29 Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, ГТЗ и Република Србија – Министарство правде, Београд, 2007.

30 Параграф 426 Општег аустријског грађанског законика из 1811 (ОАГЗ) ову предају назива телесном предајом: „Покретне ствари могу се по правилу на другога пренети само телесном предајом из руке у руку.“

31 Члан 839 став 1 Општег имовинског законика из 1888. (ОИЗ) одређује: „Покретна се ствар, ако је засебно одређена, предаје тим што дотадашњи њен држитељ престаје држати је управ зато да би је стечник себи узео, и стечник је доиста прими.“

32 „Кад треба предати неку количину суврстих ствари (жита, вина, уља итд.), ред је да се најприје измјере или преброје, да одређене буду. Суврсте ствари које су продане или иначе уступљене одсјеком, бива као да су и посебице одређене“ (члан 839 став 2 ОИЗ). Узанса 75 став 1 Општих узанси за промет робом (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54) гласи: „Испорука робе одређене по роду није извршена док се роба намењена купцу на јасан начин не издвоји.“ Узанса број 70 Општих узанси за промет робом и чл. 30 и 31 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године користи израз „испорука робе“.

је стицалац означио – где ће сено нпр. садети или је пшеница довезена пред силос стицаоца где ће бити ускладиштена).

Као физичка предаја сматра се и ситуација у којој акципијенс сам узме ствар (робу) у државину и пре плаћања цене. Моменат предаје ствари требало би изједначити са тренутком плаћања на каси. Док робу не плати на каси купац је, наиме, може вратити. Карактер праве предаје има и преузимање ствари из аутомата у државину акципијенса у кога је он претходно убацио новац као цену те робе.[33]

в) Симболична предаја (traditio symbolica)

Неке ствари се не могу предати из руке у руку (нпр. терет у утроби брода) или су удаљене од уговорних страна (продавац продаје робу која се превози железницом или авионом) или би било неподесно или нерационално да се врши физичка предаја (нпр. предаја аутомобила, камиона, замрзнутог меса у хладњачи, предаја више хиљада боца шљивовице). У тим ситуацијама врши се симболична предаја. Сходно томе, предаја покретних ствари сматра се извршеном и предајом исправа на основу којих стицалац може располагати тим стварима као што су: предаја складишнице, товарног листа (традициони или диспозициони папири).[34] Симболично је предата ствар акципијенсу ако му је уручен део неке ствари или уређаја на основу кога стицалац може ступити у државину ствари (нпр. предајом кључева аутомобила, камиона, складишта, штале) или издвајањем или другим означавањем ствари које значи предају ствари (члан 34 став 2 ЗОСПО). Ова предаје се због тога означава и као предаја знацима.[35]

д) Фикшивна предаја

У одређеним случајевима право својине не стиче се у моменту предаје ствари него у тренутку закључења правног посла. Физичка предаја је тада сувишна, она се фингира.

Предаја кратком руком (*traditio brevi manu*). Ова предаја покретних ствари постоји у случају када се ствар налази у државини стицаоца по не-

33 Упореди: Стојановић Драгољуб, *нав. дело*, стр. 149.

34 Види члан 224 став 3 ГЗРФ.

35 ОАГЗ ову предају регулише параграфом 427: „Али код таквих покретних ствари, код којих се због њихове каквоће не може извршити телесна предаја, као код: потрживања, товара, стоваришта еспапа или других збирних ствари, допушта закон предају знацима: кад власник преда пријемнику исправе, којима се доказује својина, или справе, којима се пријемник ставља у могућност да он само дође до државине ствари; или кад се на ствар метне знак, по коме сваки може јасно познати, да је ствар другоме уступљена.“ Ово решење је, у основи, преузео и параграф 288 СГЗ.

ком правном основу (нпр. ствар држи на основу уговора о остави, закупу или депозиту), па са траденсом заснује правни посао о стицању права својине на тој ствари (закључи уговор о продаји, уговор о поклону, уговор о размени, уговор о зајму, уговор о доживотном издржавању итд.). У овој ситуацији право својине те ствари акципијенс стиче у тренутку заснивања правног посла са траденсом, као власником ствари на основу кога стиче право својине (члан 34 став 3 ЗОСПО). Наиме, „кад прибавилац већ има ствар у својим рукама, онда предаја сама по себи отпада".[36]

Пренос права својине на стицаоца док ствар остаје у државини преносиоца (*constitutum possessorium*). Ова предаја је супротна предаји кратком руком. Власник преноси право својине на стицаоца у тренутку закључења правног посла са њим, а ствар му не предаје у државину. Ствар остаје и даље у државини траденса који на ствари стиче неко уже стварно или облигационо право нпр. по основу уговора о плодоуживању, уговора о остави, уговора о закупу, уговора о послузи (члан 34 став 4 ЗОСПО).

Пренос права својине на ствари која се не налази у рукама власника него трећег лица (*cessio vindicationis*). У овом односу учествују: траденс, акципијенс и треће лице. Траденс, као власник ствари, има посредну државину ствари која се преноси акципијенсу, акципијенс нема државину (посредну, а ни непосредну) и треће лице које је непосредни држалац и ималац неког ужег стварног и облигационог права. Право својине на покретну ствар, коју држи треће лице, прелази на акципијенса у тренутку закључења уговора, односно заснивања правног посла којим му је траденс пренео право да захтева повраћај те ствари.[37] Треће лице има право да према новом власнику истакне све приговоре које је имао према ранијем власнику (члан 34 став 5 ЗОСПО).

Дистанциона предаја (продаја уз отпрему) је предаја робе лицу које, за купца, организује отпрему. У привредном праву ова предаја се, по правном дејству, изједначава са физичком предајом ствари, иако ствар још није предата купцу него лицу које ће извршити превоз ствари или пошти. У случају кад је према уговору потребно да се изврши превоз ствари, а уговором није одређено место испуњења, предаја је извршена уручењем ствари превозиоцу или лицу које организује отпрему (члан 472 ЗОО).[38] Ризик за пропаст или оштећење ствари (робе) предате

36 Марковић Лазар, *нав. дело*, стр. 365. Члан 224 став 2 ГЗРФ прописује да ако се у тренутку закључења уговора о отуђењу ствари она већ налази у државини стицаоца, ствар се сматра предате у том тренутку.

37 Упореди: Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *нав. дело*, стр. 125; Стојановић Драгољуб, *нав. дело*, стр. 151; Рашовић Зоран, *нав. дело*, стр. 118.

38 Исто решење прихваћено је у узанси број 76 став 1 Општих узанси за промет робом, члану 32 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980.

превозиоцу или лицу које организује отпрему, прелазе на акципијенса у тренутку предаје ствари тим лицима.[39]

Дистанциона продаја данас има у виду продаје на основу опште понуде, које се обављају даљинском комуникацијом, без непосредног и истовременог контакта између продавца и купца, а купац, осим тога, нема могућност да непосредно види робу (као што је електронска пошта, видеотекст, телефакс, каталог, адресирани или неадресирани штампани материјал).[40]

5. Предаја ствари без преноса права својине (*pactum reservati dominii*)

У уговору о продаји продавац покретне ствари може се обавезати да преда ствар купцу одмах након закључења уговора уз задржавање права својине, све док купац не исплати цену у потпуности (*pactum reservati dominii*). Овај вид продаје представља изузетак од правила да се својина на покретној ствари стиче предајом, а најчешће се уговара у продаји са оброчним отплатама цене.

Задржавање права својине предвиђа се посебном одредбом уговора о продаји. Пуноважно је, међутим, уговорити задржавање права својине и накнадно, након закључења уговора о продаји, а најдоцније док ствар није предата купцу. Уговор о задржавању права својине може бити закључен и простом сагласношћу воља (члан 28 ЗОО). Да би задржавање права својине деловало према купчевим повериоцима, мора бити учињено у облику јавно оверене исправе, пре стечаја купца или пре пленидбе ствари у извршном поступку (члан 540 став 2 ЗОО). Ако се о покретним стварима воде посебне јавне књиге, право својине може се задржати само ако је то предвиђено прописима о уређењу и вођењу тих књига.

године и члану 189 став 1 Швајцарског законика о облигацијама из 1911. године. Члан 2– 401. став 2 тач. а) и б) Једнообразног трговачког законика САД из 1962. године усваја сличан став: „ако уговор налаже продавцу или овлашћује продавца да пошаље робу купцу, али не захтева од њега да је испоручи у месту опредељења, својина прелази на купца у време кад је и на месту где је роба отпремљена; али ако се уговором захтева да се роба испоручи у месту опредељења, својина прелази у том месту кад се робу учини доступном."

39 Немачки грађански законик из 1896. године (НГЗ) и Швајцарски законик о облигацијама од 1911 (ШвЗО) регулишу предају уз отпрему, али уручење ствари превозиоцу, по правилу, не важи као предаја, осим ако је превозиоца ангажовао купац – види: Круљ Врлета, *нав. дело*, стр. 81; параграпх 447 НГЗ и члан 185, а у вези са чланом 189 ШвЗО; члан 224 став 1 ГЗРФ и узансу 97 Општих узанси за промет робом.

40 Види: Миодраг Мићовић, *Заштита права потрошача,* Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009, стр. 71 и 72 и литературу коју наводи.

Уговор о задржавању права својине ствара обавезе за обе уговорне стране. Продавац је у обавези да ствар преда купцу и право својине пренесе на њега тек када цену плати у потпуности, док се купац обавезује да исплати цену продавцу након предаје ствари, у одређеном, уговореном року. Продајом и предајом ствари купац стиче овлашћење да је користи и држи, а не да и њоме располаже. Ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси купац од часа када му је ствар предата (члан 541 ЗОО) иако на њега није пренесено право својине. Уколико купац не плати цену која је доспела, продавац је овлашћен да захтева њену исплату принудним путем или раскид уговора.

6. Дејство предаје ствари

Према решењу усвојеном у француском и италијанском праву предаја има фактичко, а не правно дејство. Акципијенс који стиче фактичку власт на ствари није самим тим стекао и право својине на њој. Он је право својине на предату ствар стекао раније, пре предаје, у тренутку заснивања правног посла, односно право траденса на ствари је престало иако је ствар и даље у његов државини јер није предата. Сходно правилу *res perit domino* ризик уништења или оштећења ствари сноси њен власник – акципијенс, од тренутка закључења уговора.[41]

Решење усвојено у нашем праву и већини европских континенталних права прихватило је римску концепцију по којој уговор сам за себе не преноси са траденса на акципијенса право својине. Тек предаја ствари има стварноправно дејство. Све док траденс ствар није предао, иако је уговор закључен, а он, на пример, примио и исплату продајне цене од акципијенса, право својине на ствари има траденс, који сноси ризик пропасти или оштећења ствари.

Пошто је траденс власник ствари све до њене предаје, он до тада има право на одвајање плодова од ствари. Наиме, право својине на плодове које ствар даје припада власнику ствари и он стиче право својине на плодове у тренутку њиховог одвајања (члан 27 ст. 1 и 2 ЗОСПО). С обзиром да су ове одредбе допунско диспозитивног карактера, уговорне стране својом вољом могу другачије уредити стицање плодова.

Уколико траденс није предао ствар у року одређеном за испуњење (члан 324 ЗОО), а акципијенс је због тога претрпео штету он има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео (члан 262 став 2 ЗОО). У случају да траденс не жели да преда ствар акципијенсу, акципијенс не може против траденса поднети стварноправно тужбу (*actiones in rem*) због тога што није стекао право својине на ствари (в. чл.

41 Перић Живојин, *нав. дело*, стр. 119.

37–43 ЗОСПО). Акципијенс може против траденса поднети једино облигациону тужбу ради извршења уговора – предаје ствари. Тек на основу правноснажне и извршне пресуде, у поступку принудног извршења, ако то раније или у парицион ом року не учини траденс, ствар ће се предати акципијенсу када на њој стиче право својине.

IV Стицање права својине на покретној ствари у случају вишеструког отуђења

Могуће је да траденс закључи два или више посебних уговора о преносу права својине на истој покретној ствари у корист више акципијенаса. У овом случају се мора разрешити који акципијенс стиче право својине на ствари. Ову правну ситуацију само делимично регулише ЗОСПО. Када је више лица засновало посебне правне послове ради стицања права својине на исту покретну ствар која је индивидуално одређена, то право стиче лице коме је ствар прво предата (у складу са правилом *prior tempore potior iure:* ранији у времену јачи у праву) – члан 35 ЗОСПО). Остала лица, која су са истим траденсом закључила уговор о стицању права својине исте ствари, не могу стећи право својине због тога што им ствар није предата. Овај став произлази из правила да се на основу правног посла право својине на покретну ствар стиче предајом те ствари у државину стицаоца – акципијенса (члан 34 став 1 ЗОСПО). Оправдано се у овој ситуацији полази од претпоставке савесности. Такав је став оправдано раније истакнут у правној теорији,[42] а затим изричито усвојен у члану 117 став 1 Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске[43] и члану 110 став 1 Закона о стварним правима Републике Српске.[44] Овим одредбама је прописано да, кад је више лица закључило правне послове ради стицања својине исте покретне ствари која је индивидуално одређена, својину стиче оно лице коме је ствар првом предата у државину, ако је савесно и ако су испуњене и све друге претпоставке за стицање својине. Исти став усваја члан 94 став 1 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима Србије. Он је, осим тога, допуњен правилом да, ако је на неколико лица истовремено пренета својинска државина, својину стиче лице чији је правни основ пре настао. Али, уколико су правни основи истовремено настали, својину стиче лице које је ствар прибавило уз накнаду, односно већу накнаду, а иначе лице које је накнаду пре исплатило (члан 94 ст. 2 и 3 Нацрта).

42 Гавелла Никола, Јосиповић Татјана, Глиха Игор, Белај Владо, Стипковић Златан, *нав. дело*, стр. 330; Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *нав. дело*, стр. 128; Рашовић Зоран, *нав. дело*, стр. 119.

43 *Народне новине Хрватске*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 129/00 и 114/01.

44 *Службени гласник РС*, бр. 124/2008.

***Ilija* BABIĆ, PhD**
Professor and Dean at the Faculty of European Legal and Political Studies in Sremska Kamenica, Singidunum University, Belgrade

ACQUISITION OF OWNERSHIP RIGHTS OVER MOVABLE PROPERTY ON THE BASIS OF LEGAL TRANSACTION

Summary

One acquires ownership rights in a derivative mode if an acquirer (accipiens) derives his ownership rights from the title of the transferor (tradens) in the same or smaller scope, based on a legal transaction. Tradens cannot transfer greater rights to the accipiens than he himself has (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet). Derivative mode of acquisition of rights exists if, as a rule, the following basic conditions are fulfilled: 1) fitness of objects to be objects of ownership rights and acquisition, and the ability of an accipiens to acquire ownership rights over that object; 2) existance of a valid legal transaction directed towards the transfer of title from tradens to accipiens (iustus titulus); and 3) valid mode of acquisition (modus acquirendi) with property law effect (transfers title from tradens to accipiens).

Acquisition mode over a sold movable object depends on its nature: 1) smaller objects, as a rule, change hands (traditio vera), 2) instead of single, larger items, one delivers documents or devices that enable its possession (traditio symbolica), or 3) the agreement itself transfers property rights, and a delivery is simulated.

An agreement or any other legal transaction, in our law, as a rule, does not transfer ownership rights from a tradens to an accipiens in its own right – it does not have a property law, but a law of obligations effect. Therefore, until the delivery of the object to the accipiens, the tradens keeps its title of ownership over an item that is an object of a legal transaction. When more persons have made special legal transactions in order to obtain ownership rights over the same object that is individually determined, the ownership right is obtained by a person the object was first delivered to, if he is conscientious, and also fulfills all other conditions for obtaining property.

Key words: *derivative acquisition, acquisition of ownership rights, movable property, legal basis, modus acquirendi.*

др *Љубиша* ДАБИЋ
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Београду

ПРОФЕСИОНАЛНА ОДГОВОРНОСТ НОСИЛАЦА СЛОБОДНИХ ПРОФЕСИЈА

Резиме

Професионална одговорност претпоставља одређене особености као посебне врсте одговорности у једном правном систему, до које долази услед повреде законских и/или уговорних обавеза носилаца одређене слободне професије у пружању професионалних услуга њиховим корисницима.

Професионална одговорност обухвата: грађанску, кривичну и дисциплинску одговорност носилаца слободних професија. Начелно, ниједан од наведених облика одговорности није условљен другим, јер сваки од тих облика одговорности носилаца слободних професија има своје услове и циљеве. Дешава се да један погрешан поступак носиоца слободне професије представља заједнички услов за све побројане облике одговорности. У том случају, макар теоријски, сви ти облици одговорности могу наступити паралелно и један другог не укидају, већ се међусобно допуњују. Сви наведени облици одговорности, макар теоријски, могу се у пракси реализовати паралелно према носиоцу слободне професије, јер су поједини облици одговорности међусобно комплементарни.

Кључне речи: *професионална одговорност, слободне професије, носиоци слободних професија, грађанска одговорност, кривична одговорност, дисциплинска одговорност.*

I Увод

У Републици Србији су после Другог светског рата неке слободне професије биле изричито забрањене (јавно бележништво),[1] друге постепено и посредно укидане (лекари, стоматолози, фармацеути, ветеринари),[2] а само је адвокатура „преживела“ и наставила своје постојање до данас.[3]

По протеку четрдесет година од забране приватне лекарске и ветеринарске праксе у праву Републике Србије донет је Закон о личном раду (1989),[4] којим је поново омогућена приватна пракса. Осим посебног услова у погледу захтеваних квалификација (школска спрема и положен стручни испит), законодавац није уважио ниједну од великог броја специфичности и особености слободних професија здравства и ветерине.[56]

Слободне професије могу се обављати, у зависности од правног система и његових особености, у одговарајућим правним формама за индивидуално[5] и колективно предузетништво.[6] То су они правно-орга-

1 Одлука о укидању јавних бележника и јавно-бележничких комора (*Сл. лист ДФЈ*, бр. 1/1945), чл. 1.

2 Види: Закон о грађанској мобилизацији медицинског особља (*Сл. лист ДФЈ*, бр. 20/1945), чл. 1; Закона о изменама и допунама Закона о грађанској мобилизацији медицинског особља, (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 82/1946); Закон о обавезној служби медицинског особља (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 82/1946 и 3/1949); Закон о укидању Закона о обавезној служби медицинског особља (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 13/1954); Уредба о обавезној служби лекара у државним здравственим установама (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 98/1947 и 69/1949); Закон о грађанској мобилизацији ветеринара (*Сл. лист ДФЈ*, бр. 36/1945); Уредба о обавезној служби ветеринара по завршеном ветеринарском факултету (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 85/1947 и 77/1949); Закон о откупу приватних апотека (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 50/1949 и 48/1958); Правилник о оцени способности грађански мобилисаног особља (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 32/1945) и др.

3 Види: Одлука о постављењу делегата у адвокатским коморама (*Сл. лист ДФЈ*, бр. 1/1945), чл. 1; Закон о потврди и измени Одлуке о постављању делегата у адвокатским коморама (*Сл. лист ДФЈ*, бр. 24/1946), чл. 1 и 2; Закон о адвокатури (*Сл. лист ФНРЈ*, бр. 102/1946), и др.

4 Закон о личном раду (*Сл. ɪласник СР Србије*, бр. 54/1989 и 9/1990 и *Сл. ɪласник РС*, бр. 19/1991, 46/1991, 31/1993, 39/1993, 53/1993, 67/1993, 48/1994).

5 У свету и код нас, посматрано историјски и у савременим условима, правило је да се слободне професије доминантно обављају у неком од следећих облика: канцеларија, кабинет, ординација, апотека, лабораторија, биро, атеље, студио или неки други облик, што зависи од конкретне слободне професије У Србији предузетник за обављање самосталне делатности организује радњу, односно „одговарајући облик пословања (радионица, канцеларија, биро, сервис, агенција, студио, пансион, апотека, ординација и сл.)“. Закон о приватним предузетницима (*Сл. ɪласник СР Србије*, бр. 54/1989 и 9/1990 и *Сл. ɪласник РС*, бр. 19/1991, 46/1991, 31/1993, 39/1993, 53/1993, 67/1993, 48/1994, 53/1995 и 35/2002), чл. 3.

6 Развијене земље су у другој половини XX века настојале да изграде у потпуности или делимично посебан правни облик друштва лица и/или друштва капитала за обављање делатности слободних професија. Законодавства појединих земаља су у

низациони облици које користе привредни субјекти, али и правне форме са одређеним особеностима, које је креирао законодавац појединих земаља и служе за обављање и слободних професија или само за обављање слободних професија. Нека национална законодавства изричито упућују на обављање делатности слободних професија у неком од правноорганизационих облика за привредне субјекте. Међутим, на одређеном степену економског развоја, у појединим земљама јавила се потреба за посебним облицима ортаклука, који се користе ради удруживања физичких лица која обављају неку од слободних професија. У тим случајевима је и даље реч о ортаклуку, али таквом који показује неке посебности у поређењу са његовим општим типом.[7]

У нашем правном систему, доношењем Закона о предузећима (1996), паралелно са уређењем индивидуалног предузетника, начелно се приступило и уређењу правне форме „физичког лица које обавља делатност слободне професије", односно оно се под законом одређеним условима подвело под правну форму индивидуалног предузетника.[8] Доношењем Закона о привредним друштвима (2004) наведена законска одредба је незнатно прецизирана. Под индивидуалним предузетником се подводи „и физичко лице које је уписано у посебан регистар, које у виду занимања обавља делатност слободне професије уређену посебним прописом, под условом да је тим прописом тако одређено".[9] На основу анализе напред наведеног законског решења произлазе одређене карактеристике везане за лица која обављају делатност слободне професије и саму слободно

том послу исказала значајан степен креативности и новина (нпр. Француска, Белгија, Немачка, Аустрија). Земље у транзицији (бивше социјалистичке земље Централне и Источне Европе) су после стварања услова за тржишни начин пословања, на крају XX века и на почетку XXI века, исказале појачано интересовање за нормативно уређење слободних професија, као и за правноорганизационе облике у којима ће се оне вршити. За разлику од појединих приступа у развијеним земљама, у земљама у транзицији се не приступа на јединствен начин креирању и уређењу правних облика за обављање слободних професија, већ селективно и спорадично, у зависности од конкретне слободне професије. Кад је реч о правним формама за колективно предузетништво, најпре је у законодавству о појединим слободним професијама створена могућност за оснивање друштва лица, а нешто касније и за оснивање друштава капитала. Ови правни облици најпре су продрли у области адвокатуре, а касније и у области ревизије, здравствених радника и неких других слободних професија. На пример, у праву Србије је допуштено да се у области адвокатуре оснивају ортачка адвокатска друштва, а у области ревизије предузећа за ревизију, која се могу основати у свим облицима за привредна друштва, на основу Закона о привредним друштвима и Закона о рачуноводству и ревизији.

7 Барбић Јакша, *Право друштава – Друштва особа*, Књига трећа, Загреб, 2002, стр. 33.

8 „Физичко лице које обавља делатност слободне професије уређену посебним прописима сматра се предузетником, у смислу овог закона, ако је тим прописима тако уређено." Закон о предузећима (*Сл. лист СРЈ*, бр. 29/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999, 9/2001 и 36/2002), чл. 1 став 3.

9 Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 48 став 5.

професију: 1) слободна професија се третира као делатност; 2) слободна професија је привредна (трговинска) делатност само ако је тако одређено посебним прописима; 3) слободне професије се уређују посебним прописима; 4) физичко лице које обавља слободну професију уписује се у посебан регистар који води професионално удружење (нпр. Лекарска комора Србије, Комора овлашћених ревизора Србије, Адвокатска комора србије и др.); 5) физичко лице мора делатност слободне професије да обавља у виду занимања, тј. као регистровану делатност;[10] 6) физичко лице које обавља делатност слободне професије има статус индивидуалног предузетника само ако је посебним прописима тако уређено; 7) посебни прописи којима се уређују слободне професије имају примат над прописима којима се уређују привредна друштва, јер су у одређеним елементима слободне професије јединствене и особене.

Изградњом тржишне привреде у Републици Србији јача регулатива за поједине слободне професије, крајем XX и почетком XXI века (овлашћени ревизори, инжењери, овлашћени актуари, лекари, стоматолози, фармацеути, биохемичари, медицинске сестре и здравствени техничари, ветеринари). За поједине је најављено да ће бити тек регулисане (јавни бележници, порески саветници). У Закону о привредним друштвима садржана је само једна одредба о слободним професијама и њиховим носиоцима, која се првенствено тиче правноорганизационог облика за њихово обављање. Овим законом се не дира у питања професионалне одговорности носилаца слободних професија. И посебни закони, којима су уређене поједине слободне професије, или не уређују или само спорадично уређују питања ове врсте одговорности.[11]

II Појмовно одређење професионалне одговорности

Професионална одговорност је посебан облик одговорности носилаца слободних професија,[12] која настаје у вршењу делатности сло-

10 Под „занимањем“ се подразумева оспособљеност неког физичког лица путем школовања и стеченог радног искуства да може да обавља неку делатност која му омогућава, односно обезбеђује егзистенцију, а израз „обавља делатност у виду занимања“ подразумева и „трајније“ обављање регистроване делатности.

11 Ти закону су следећи: Закон о адвокатури (*Сл. лист СРЈ*, бр. 24/1998, 26/1998. и 11/2002); Закон о осигурању (*Сл. гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 (исп.), 61/2005. и 107/2009); Закон о здравственој заштити (*Сл. гласник РС*, бр. 107/2005); Закон о коморама здравствених радника (*Сл. гласник РС*, бр. 107/2005); Закон о ветеринарству (*Сл. гласник РС*, бр. 91/2005); Закон о рачуноводству и ревизији (*Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 и 111/2009); Закон о планирању и изградњи (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009 и 81/2009 (исп.)). У поступку израде и доношења су следећи закони: Закон о јавним бележницима, Закон о пореским саветницима, нови Закон о адвокатури.

12 Носиоци слободних професија су првенствено физичка лица, али под законом одређеним условима и правна лица, са посебним статусом.

бодних професија.[13] Потреба да се носиоци слободних професија, као и припадници других занимања и професија, учине одговорним за свој рад, данас се у праву не доводи у сумњу. Напросто, свака људска делатност, укључујући и обављање слободних професија, мора бити подвргнута правној контроли. Како свака професија садржи у себи одређени број посебности, то се и питање професионалне одговорности диференцирано поставља. На пример, медицинска делатност као слободна професија строго се разликује од делатности посленика сваке друге професије, јер она у себи садржи много специфичних елемената, који су својствени само њој. Ставити медицинску делатност, са свим њеним специфичностима у правне форме које су заједничке за све грађане, готово је немогуће.[14]

У контексту одговорности носилаца слободних професија намеће се и следеће питање: ко је добар (успешан) носилац слободне професије, односно ко је лош (неуспешан) носилац слободне професије? У одговору на постављено питање нужно је рећи да је успешно свако оно лице: 1) које је успешно решило задатак који му је поставио клијент (нпр. у адвокатури: добијена парница од стране адвоката у корист клијента; у здравству: успешно успостављена дијагноза од стране лекара пацијенту); 2) које се добро разуме са државним органима (нпр. адвокат са судијама и јавним тужиоцима; порески саветник са пореском управом; ревизор са министарством финансија; лекар са министарством здравства); 3) које посвећује значајно време својим клијентима; 4) које води рачуна о свом понашању у јавном и приватном животу; 5) чији рачун за пружену услугу није висок, у сваком случају у границама професионалне тарифе, итд. Међутим, на питање ко је лош носилац слободне професије много је теже одговорити. Пре се може говорити о бољем и мање лошем, као и бољем и мање брижном носиоцу слободне професије. Међутим, свим носиоцима слободне професије може се догодити да направе пропуст у свом професионалном раду, односно да начине професионалну грешку, и тада је правилно да као стручњаци своју грешку признају и за њу сносе одговорност.

13 У правној науци и законодавству слободне професије имају одређене карактеристике, које их разликују од других професија. За њих се везују одређена својства: одређене су законом; обављају се у виду занимања (делатности); аутономне су, самосталне и независне; могу се обављати у правноорганизационим облицима за индивидуално и колективно предузетништво; њихови носиоци морају да поседују професионална звања и вештине; имају одређене особености у погледу извора права; елемент су заштите друштвеног система; имају за резултат увек и искључиво пружену услугу, која је по својој природи интелектуална услуга; услуге се пружају физичким и правним лицима; услуге се пружају уз накнаду, која је ограничена тарифом и др.

14 И. Ф. Огарков, *Врачебные правонарушения и уголовная ответвеность за них*, Ленинград, 1966, стр. 17–18. Наведено према: Радишић Јаков, *Професионална одговорност медицинских посленика*, Београд, 1986, стр. 80.

Због могућих професионалних грешака у обављању професионалних делатности носиоцима слободних професија константно прети опасност од правне одговорности. Због тога се ни у једној другој области људске делатности сопственим грешкама не придаје такав значај као што је то случај у обављању неке од слободних професија. Професионалним грешкама преокупирани су, с једне стране, теоретичари који се занимају за различите аспекте слободних професија, а с друге стране и практичари, тј. носиоци слободних професија. Код носилаца слободних професија намеће се и питање како расуђивати о њиховој кривици, јер је знање у струци шире од знања просечног човека. Због тога, носилац слободне професије мора да сноси одговорност по строжим правилима, јер обавља делатност за коју се од њега захтева посебно знање и вештина. Правила његове професије пружају одговор на питање са каквим степеном пажње мора обављати своју делатност – са појачаном пажњом.

Слободна професија је самостална и независна. Њен носилац доноси одлуке лично, без икаквог утицаја извршне, судске, политичке или неке друге власти, као и без утицаја било које организације, групе грађана или појединаца. Одлуке морају бити правилне, често и брзе, а грешке носиоца слободне професије не могу се исправити у другом или трећем степену, какав је то случај са одлукама у правосуђу или управи. Због тога носилац слободне професије мора бити стручњак у кога корисник услуга може имати поверење. Носилац слободне професије мора сносити одговорност за донете одлуке у обављању своје слободне професије, јер последице његових одлука трпе корисници професионалних услуга, који су по правилу лаици, а које су му свој проблем поверили, нпр. решење спора, излечење од неке болести, вршење контроле, саветовање, пројектовање и др. Правним прописима се гарантује корисницима професионалних услуга пружање квалификоване услуге од носилаца слободних професија.[15]

У многим областима људске активности, у начелу, штете се могу избећи умешним поступањем. Кад је реч о медицини штете из њене делатности није могуће избећи. Наиме, медицинска делатност је по својој природи повезана с опасностима које не допуштају да увек буду обуздане. Нема те медицинске интервенције (операције, пункције, катеризације и сл.) која није повезана с извесним ризиком. „Захтев да се ради без икаквог ризика раван је захтеву да се не ради ништа.“ А не радити ништа је најризичније за пацијента, јер болест прети не само погоршањем његовог здравља него и његовој смрти. Због тога што не пристају на тај ризик, пацијент и лекар одлучују се на лечење и тиме прихватају мањи

15 На пример, Устав Руске Федерације „гарантује грађанима право на добијање квалификоване правне помоћи“. Конституция Российской Федерации (Российские вести, Н°. 251/1993), чл. 48 тачка 1.

или мање вероватан ризик. Носиоци слободне професије у области медицине свесни су опасности својих интервенција. Међутим, њихова професија их тера на предузимање медицинског подухвата у интересу болесника. „Лекар, наиме, мора увек нешто да учини, да одлучи и предузме, да се одважи на медицински захват. Једном речју, он мора и оно што не може. И то не само због моралне и правне дужности, него и због достојанства свог позива.“[16]

Професионална одговорност настаје повредом законских, односно уговорних обавеза носилаца одређене слободне професије у поступку пружања професионалних услуга њиховим корисницима (медицина, ветеринарска медицина, адвокатура, јавно бележништво, ревизија, инжењерство и др.). Посебност носилаца слободних професија је што ступају у однос са суптилним партнером (пацијентом, клијентом, странком, другим корисником професионалне услуге) коме је потребан савет, решење проблема, помоћ или нека друга врста професионалне услуге. На пример, све што лекар као носилац слободне професије учини или пропусти може се одразити на живот и здравље његовог пацијента. Због тога су носиоци слободних професија у прилици да у свом свакодневном обављању делатности дођу у формални сукоб с правом и моралом и више се излажу опасности од одговорности. Може се рећи да је то уобичајени ризик носилаца слободних професија. Једна од претпоставки професионалне одговорности је да носилац слободне професије поступа *contra legem artis*, тј. противправно.

У оквиру професионалне одговорности издвајају се посебни облици правне одговорности: грађанска, кривична и дисциплинска одговорност. Начелно, ниједан од наведених облика одговорности није условљен другим, јер сваки од тих облика одговорности носилаца слободних професија има своје услове и циљеве. Међутим, дешава се да један погрешан поступак носиоца слободне професије представља заједнички услов за све побројане облике одговорности. У том случају, макар теоријски, сви ти облици одговорности могу наступити паралелно и један другог не укидају, већ се међусобно допуњују. Сви наведени облици одговорности, макар теоријски, могу се у пракси реализовати паралелно према носиоцу слободне професије, јер су поједини облици одговорности међусобно комплементарни. На пример, реформа француског Кривичног законика из 1994. године, нагласила је комплементарност дисциплинског и кривичног права због њихове казнене и професионалне природе.[17]

16 Ристић Јован, *Медицина и друштво*, Београд, 1975, стр. 180. Наведено према: Радишић Јаков, *нав. дело*, стр. 121–122.

17 De Poulpiquet Jeanne, *Responsabilité des notaires (civile – disciplinaire – pénale)*, Paris, 2003, стр. 276 (превод).

Сви облици професионалне одговорности носилаца слободних професија претпостављају посебна и различита правна правила, услове за њихово постојање, поступке у којима се утврђују, органе надлежне за утврђивање и изрицање санкција. Грађанску и кривичну одговорност носилаца слободних професија утврђују и санкције изричу државни органи – надлежни судови, у законом предвиђеном поступку. Дисциплинску одговорност утврђују дисциплински органи, који се образују при професионалним удружењима, а у неким слободним професијама у упоредном праву наилази се и на учешће државних органа, у посебно уређеном поступку – дисциплинском поступку. Грађанска одговорност носилаца слободних професија уређена је грађанским закоником или другим прописом којим се уређује грађанска одговорност, кривична одговорност кривичним законодавством, а дисциплинска одговорност посебним законом којим се уређује конкретна слободна професија, статутом и/или посебним правилима професоналног удружења.

Под професионалну одговорност потпадају физичка лица, са статусом носилаца слободних професија, и правна лица која су регистрована за обављање неке од слободних професија. Због тога, физичко лице које испуњава услове за обављање слободне професије може да се појави у својству непосредног носиоца те професије или у својству лица које је закључило уговор о раду са правним лицем које је регистровано за обављање неке од делатности слободних професија.

У упоредном праву посвећује се дужна пажња питању одговорности носилаца слободних професија у њиховом раду и пословању. Они одговарају за повреде које причине својим радњама и пропустима корисницима професионалних услуга. Такође, они су одговорни за рад лица која су запослена у њиховим канцеларијама, односно друштвима.

Полазећи од самосталности и независности носилаца слободних професија, може се констатовати да је њихова одговорност лична. Разлози за њихову личну одговорност се огледају у повредама њихових дужности и обавеза, као што су: непоступање у раду сагласно начелима законитости, непристрасности и независности; обавеза чувања професионалне тајне; обавеза пружања правне помоћи и саветовања и др.

Носиоци слободних професија су одговорни за пропусте у вршењу професије, али и за непознавање професионалних обавеза.

У разматрању професионалне одговорности од значаја су четири основна питања: 1) правила по којима се решавају случајеви професионалне одговорности; 2) основ професионалне одговорности; 3) услови за постојање професионалне одговорности; 4) основи за искључење професионалне одговорности. У наставку овог рада задржаћемо се крајње начелно на посебним облицима професионалне одговорности.

III Грађанска одговорност

Грађанска одговорност носилаца слободних професија посебан је облик професионалне одговорности. До ове одговорности долази услед повреде законских и/или уговорних обавеза носилаца одређене слободне професије у поступку пружања професионалних услуга њиховим корисницима. У упоредном праву грађанска одговорност носилаца слободних професија регулисана је правилима која су садржана у грађанском законику или у неком другом закону. У нашем праву грађанска одговорност уређена је Законом о облигационим односима,[18] у оквиру општих правних института о уговорној односно вануговодној одговорности. По правилу, у прописима којима су уређене слободне професије није регулисан правни институт грађанске одговорности носилаца слободних професија, односно њихових организационих облика који су регистровани за обављање неке од слободних професија, већ се на њих примењују општа правила грађанског права о одговорности за проузроковану штету.

Грађанска одговорност носилаца слободних професија постојала је готово од појаве ових професија и не представља тековину новијег времена. Она је била друштвено и историјски условљена, јер је њена садржина била условљена моралним нормама и правном свешћу људи, али и развијеношћу науке и праксе у области слободних професија. У модерном праву све више је сазревала мисао о прихватању система грађанске одговорности до које може доћи проузроковањем штете услед пружања услуга које, у ствари представљају „нематеријалне производе".[19] Свака делатност слободне професије има за резултат пружање нарочите услуге њеном кориснику, која је по својој природи интелектуална услуга. Природа делатности слободних професија је услужна и неодвојива од личности и својстава носиоца слободне професије.

Носиоци слободних професија у обављању делатности неке од слободних професија сносе одговорност за штету причињену корисницима професионалних услуга својим незаконитим радом. У правној теорији поставило се питање правне природе грађанске одговорности носилаца слободних професија. По једном схватању, њихова одговорност је искључиво вануговорне, тј. деликтне природе. По другом схватању, она је претежно уговорне природе. По трећем схватању, она може бити и уговорна и вануговорна.

18 Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФР Југославије*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989 и *Сл. лист СР Југославије*, бр. 31/1993).

19 Шулејић Предраг, „Осигурање од одговорности давалаца услуга", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 6/1982, стр. 1011.

Вануговорну природу одговорности носилаца слободних професија у начелу је лакше појмити него уговорну из разлога што одређени објекти слободних професија (живот, здравље, телесни интегритет човека итд.) уживају апсолутну заштиту. Носилац слободне професије има дужност да ове објекте чува од повреде према сваком кориснику професионалне услуге, на шта га обавезују прописи, правила струке и професионални кодекс, независно од тога да ли се са њим налази или не налази у уговорном односу. У нашем праву су успостављена два строга правила у контексту вануговорне одговорности носилаца слободних професија: 1) „свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета", 2) „ко другом проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице".[20]

Кад је реч о адвокатури као слободној професији, већина земаља Европске уније основ одговорности адвоката види у противправној радњи – деликту, па је њихова одговорност деликтна односно вануговорна одговорност, за разлику од Немачке, која за одговорност адвоката узима уговорни однос, те се сматра да је у питању уговорна одговорност.[21]

Уговорна одговорност носилаца слободних професија постоји ако је однос између њих и корисника услуга слободних професија уговорне природе. По праву земаља Западне Европе уговорна одговорност, бар када је реч о здравственим радницима, неспорна је, као што је готово неспорно и гледиште да је њихов однос с пацијентом уговорне природе. „Ако дуговану медицинску радњу не обаве како ваља, медицинари чине тзв. позитивну повреду уговора."[22] Међутим, поред уговорне, здравствени радник има и општу правну обавезу да не штети здрављу и телу пацијента који му се поверио. Из тога следи да паралелно са уговорном стоји и вануговорна одговорност за сваки медицински третман, независно од тога да ли је третман предузет на основу уговора.

Право професионалне одговорности адвоката у Немачкој подразумева правне норме којима се регулишу правне претпоставке под којима је адвокат, у односу на свог налогодавца или друга лица, обавезан на накнаду штете. То право није законом регулисано, јер о њему нема посебних правних норми ни у прописима који регулишу статус адвоката нити у другим прописима. То право је у Немачкој, пре свега, право судске праксе. Извори права за професионалну одговорност

20 Закон о облигационим односима, чл. 16 и 154 став 1.

21 Јањић Зоран, „Одговорност и осигурање одговорности адвоката", *Одговорност и осигурање одговорности адвоката – Упоредно-правна решења и иностарана судска пракса*, Београд, 2006, стр. 27.

22 Јаков Радишић, *нав. дело*, стр. 103.

адвоката на накнаду штете јесу општи принципи грађанског права, а његова одговорност произлази из повреде уговора. Одатле, адвокат је обавезан да накнади штету кориснику његове услуге, за случај да му проузрокује штету скривљеном повредом своје обавезе. При том треба имати у виду да је неиспуњење, односно неблаговремено извршење уговора у другом плану у односу на неуредно извршење уговора.[23]

По трећем схватању, професионална одговорност носилаца слободних професија може бити и уговорна и вануговорна.

У центру интересовања цивилиста била су дуго и питања да ли се на носиоце слободних професија примењује објективна или субјективна одговорност. Аргументи присталица једног схватања омогућили су да се боље сагледају недостаци другог схватања.[24] Правило је да носиоци слободних професија одговарају на основу кривице. Такво становиште је прихваћено у праву европских земаља. Начелно, они одговарају само у случају кад је њихова активност (радња) у обављању слободне професије била противправна и када су они за то криви. Претпоставка је да су носиоци слободних професија поступали најблаже нехотице, тј. да се ради о грешци која се могла избећи. Кривица, као основ грађанске одговорности, у смислу понашања које није усаглашено са објективно типизираним професионалним стандардом, подесна је и довољна за одговорност носилаца слободних професија. Међутим, у судској пракси појавили су се приговори против принципа кривице.

Генерално, за грађанску одговорност носилаца слободних професија на основу кривице (субјективна одговорност) захтева се испуњење четири претпоставке: радња из које проистекла штета, која мора бити противправна – професионална грешка;[25] настала штета; узрочна веза између противправне радње и настале штете; кривица штетника.

---

23 Јањић Зоран, *нав. дело*, стр. 27.

24 Детаљније види: Михаило Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету", *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1953, стр. 296.

25 Професионална грешка, по правилу, ни данас није дефинисана у општем законодавству и посебном законодавству о слободним професијама. Међутим, овај појам се одређује у теорији, судској и пословној пракси. Иако га није лако дефинисати, због чега изазива тешкоће и неслагања, реч је о генусном појму под који се подводе све радње чињења и нечињења носилаца слободних професија које су противправне (недопуштене) и скривљене.

Недопуштена професионална грешка је у питању ако носилац слободне професије (штетник) повреди право (прописе, правила струке) којим се штити неки заштићени интерес корисника професионалне услуге (оштећеног). Право се може повредити повредом утврђене правне норме или правила струке, којима се уређује заштита права и интереса корисника професионалне услуге. Стојан Цигој, „Грађанска одговорност", *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I-III*, том први, Београд, 1978, стр. 411.

IV Кривична одговорност

Поред грађанске одговорности носилаца слободних професија, у посебну врсту њихове правне одговорности улази и кривична одговорност. У правној теорији постоји став да се грађанска одговорност носилаца слободних професија не може објаснити и разумети без указивања на основне карактеристике њихове кривичне одговорности. Такође, кривична одговорност, за разлику од грађанске, уже је постављена и успоставља се само као последње средство постериорне заштите, уколико је носилац слободне професије поступао незаконито при обављању своје делатности, на начин који је предвиђен као кривично дело. Ова одговорност је најтежа врста од свих правних облика одговорности носилаца слободних професија, која има за последицу примену најтежих правних санкција. Због тога је питање њихове кривичне одговорности најосетљивије и најделикатније.

Кривична одговорност носилаца слободних професија била је традиционално одговорност физичких лица са статусом носилаца неке од слободних професија, тј. била је искључиво индивидуална одговорност. Међутим, у савременим условима се, под законом утврђеним условима, успоставља кривична одговорност правних лица која су регистрована за обављање неке од слободних професија. У кривичном законодавству Србије до недавно правно лице није могло бити субјект кривичног дела, јер је важило тзв. средње решење, према којем је правно лице представљало субјект привредног преступа као посебне категорије деликта у нашем кривичном праву. Међутим, насупрот овом решењу, донет је Закон о одговорности правних лица за кривична дела.[26]

Полазећи од опште теорије кривичног права о општем појму кривичног дела,[27] може се констатовати да су кривична дела у области слободних професија она недопуштена понашања носилаца слободних професија за која правни поредак прописује кривичну санкцију. Реч је о општој претпоставци од које полази законодавац код одређивања кривичног дела уопште и предвиђа кривичне санкције за њихове учиниоце.

Обележја бића кривичног дела и у области слободних професија могу бити објективна (спољашња) и субјективна (унутрашња), с тим што ову поделу треба схватити условно. Најважнија специфичност кривичних дела носилаца слободних професија везана је за њихов статус:

---

26 Закон о одговорности правних лица за кривична дела (*Сл. гласник РС*, бр. 97/2008).

27 Општи појам кривичног дела у нашем кривичном законодавству обухвата четири конститутивна елемента: дело, предвиђеност у закону, противправност и кривицу.

они су нарочити субјекти кривичних дела, који подлежу кривичној одговорности управо у вези са незаконитим или неправилним радњама које предузимају у оквиру своје професије. Иако, као и сва друга физичка лица, носиоци слободних професија подлежу кривичној одговорности за тзв. конвенционална кривична дела (нпр. убиство, разбојништво, силовање и сл.), специфичност онога што се подразумева под кривичном одговорношћу носилаца слободних професија тиче се пре свега *delicta propria*, тј. оних кривичних дела која не може учинити свако лице, него само оно које има нарочито лично својство (службено лице, одговорно лице, адвокат, лекар, нотар и др.), нарочити лични однос или лични статус. Као и код других кривичних дела, у објективна обележја кривичног дела спадају радња и последица кривичног дела, средство и начин вршења радње, место и време извршења дела и нападни објект (објект радње кривичног дела). У субјективна обележја спадају облик кривице (умишљај или нехат), намера, побуда и циљ.

Субјективни елемент кривичног дела у области слободних професија огледа се у постојању одређеног субјективног, односно психичког односа учиниоца према радњи коју је предузео и последици која је настала из предузете радње према кориснику професионалне услуге. Тај психички елемент кривичног дела назива се кривицом и означава вољно, односно психичко саглашавање са радњом кривичног дела и одређени психички однос према кривичном делу.

Носиоци слободних професија могу се учинити кривично одговорним на основу општег кривичног законодавства и на основу посебног законодавства (тзв. споредног законодавства) о слободним професијама којим се уређују поједина кривична дела. Њихова кривична одговорност предмет је правног регулисања у највећем броју правних система, уз мање или веће разлике у начину и обиму регулисања. Они подлежу кривичној одговорности, пре свега, кад своју професионалну делатност обављају супротно закону. Они одговарају за одређена кривична дела, као што су: несавесно лечење болесника, одавање професионалне тајне, издавање лажне исправе и др.

Поступање носилаца слободних професија *lege artis* у обављању професионалне делатности не може да доведе до њихове кривичне одговорности, и обрнуто.

V Дисциплинска одговорност

За изучавање дисциплинске одговорности носилаца слободних професија од нарочитог значаја су следећа питања: субјекти дисциплинског поступка; дисциплински поступак; дисциплинске повреде; дис-

циплинске казне и мере. Како је дисциплинска одговорност носилаца слободних професија непосредно повезана са друга два облика професионалне одговорности (грађанска и кривичне одговорности), то је од значаја у области слободних професија анализирати и питања сличности и разлике између дисциплинске одговорности, с једне стране и грађанске и кривичне одговорности, с друге стране.[28]

VI Закључак

Професионална одговорност обухвата три правна института: грађанску, кривичну и дисциплинску одговорност носилаца слободних професија. Начелно, ниједан од наведених облика одговорности није условљен другим, јер сваки од тих облика одговорности носилаца слободних професија има своје услове и циљеве. Дешава се да један погрешан поступак носиоца слободне професије представља заједнички услов за све побројане облике одговорности. У том случају, макар теоријски, сви ти облици одговорности могу наступити паралелно и један другог не укидају, већ се међусобно допуњују. Сви наведени облици одговорности, макар теоријски, могу се у пракси реализовати паралелно према носиоцу слободне професије, јер су поједини облици одговорности међусобно комплементарни.

***Ljubiša* DABIĆ, PhD**
Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Economy

PROFESSIONAL RESPONSIBILITY OF THE FREE PROFESSIONS PRACTITIONERS

Summary

Professional responsibility includes: civil, criminal and disciplinary liability of the free professions practitioners. Generally, none of the mentioned forms of responsibilities is conditioned by other, because every of the forms of responsibility of the free professions practitioners is a mutual condition for all mentioned forms of responsibilities. In this case, et least theoretically, all the forms of responsibilities can be posed parallel to each other while not

28 Види детаљније: Кнежић-Поповић Драгана, „Дисциплинска одговорност у слободним професијама“, *Страни правни живот*, бр. 2/2009, стр. 215–234.

compromising but complementing one another. All the mentioned forms of responsibilities, even theoretically, can be implemented in practice as a parallel to free profession practitioner since some forms of responsibilities are mutually complementary to each other.

Key words: *professional responsibility, free professions practitioners, civil liability, criminal liability, disciplinary liability.*

др *Марија* КРВАВАЦ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Приштини

УРЕДБА РИМ II ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ: ПРИЛОГ ТЕЗАМА ЗА НОВИ ЗАКОН МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Резиме

Државе чланице Европске уније у обавези су да примењују Уредбу Парламента и Савета Европске уније бр. 864/2007 о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II), почев од 11. јануара 2009. године, чиме је започето обликовање новог европског међународног деликтног права. Циљ Уредбе је унификација колизионих одредба националног права држава чланица ЕУ и спречавање forum shopping-a. Одредбе овог акта примењују се универзално, без обзира на то да ли је реч о праву чланице или нечланице. Из тога произлази да се напушта двоструки колосек европског међународног приватног права, различито постављен када се ради о приватноправном спору субјеката држава чланица у односу на државе нечланице.

У одређивању меродавног права за вануговорну одговорност за штету Уредба Рим II предвиђа комбинацију објективних и субјективних одлучујућих чињеница, као и примену принципа најближе везе. Правила Уредбе полазе од традиционалног приступа, преузимајући решења која су већ била предвиђена у међународном приватном праву одређених држава чланица ЕУ, и водећи рачуна о решењима садржаним у правима неких држава нечланица.

Кључне речи: *Уредба Рим II, меродавно право, вануговорне обавезе, Европско међународно приватно право.*

Колизиона правила у области деликтних односа, од средине прошлог века до данашњих дана, налазе се у средишту научних расправа. Проблематика одређивања деликтног статута слови за једну од наинтересантнијих у доктринарним расправама.[1] Покушаји унификације међународног приватног права деликтних односа на општем нивоу нису дали задовољавајући резултат. На регионалном плану, унификација опште међународно приватноправне регулативе вануговорних обавеза покушана је у земљама Латинске Америке, земаља Бенелукса, скандинавским земљама.[2] У процесу уједначавања националних правила, односно комунитаризације европског међународног приватног права, Комисија Европске заједнице дала је приоритет управо уједначавању правила о праву меродавном за вануговорне обавезе. У првих, безмало, пола века Европске Заједнице унификацију одликује усвајање међународних уговора, као што су Бриселска конвенција о судској надлежности, признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. која је ступила на снагу 1973.[3] или Римска конвенција о меродавном праву за уговоре из 1980. г. која је ступила на снагу 1991. г.[4] У циљу унификације колизионих решења вануговорне одговорности за штету Комисија је оформила групу стручњака, која је припремила Нацрт Конвенције о меродавном праву за уговорне и вануговорне обавезе.[5]

ЕЕЗ Нацрт/72 прихвата меродавност права државе у којој је наступио штетни догађај (*lex loci delicti commissi*) за вануговорну одговорност за штету.[6] Одступање од овог колизионог решења могуће је у корист права у ближој вези, онда када између спорног односа и друге државе постоји ближа веза, под условом да однос који је произашао из догађаја који је проузроковао штету или повреду није у битној вези с државом у којој је догађај наступио.[7] ЕЕЗ Нацрт/72 одређује када се сматра да таква веза постоји, тако да се најужа веза заснива на тачки

1 Kahn-Freund, *Delictual Liability and the Conflict of Laws*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1968, II, стр. 37.

2 Codico Bustamante у одредби чл.168; Земље Бенелукса су усвојиле 1951. г. *Convention on Unification of the Rules of Private International Law*, измењена 1969. г. (RCDIP, 1951, 710; AJCL, 1970, 420–422); ближе, Nedelmann, „The Benelux Law on Private International Law", *AJCL*, 1970, стр. 406.

3 ABI, EG 1998 C 27/3.

4 ABI, EG 1980 C-282/1.

5 EEC Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non–Contractual Obligations (1972.); K. H. Nedelmann, „Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations", *AJCL*, 1976, стр. 9–21.

6 Чл. 10 ст. 1 Нацрта.

7 Чл. 10 ст. 2 Нацрта.

везивања која је заједничка за одговорно лице и оштећеног, а када је у питању одговорност трећег за штетника, неопходно је да се ради о тачки везивања која је заједничка за трећу особу и оштећеног.[8] Радна група није изричито навела о којим се тачкама везивања ради.

Доношењем Конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе (Римска конвенција) 1980. године земље чланице су јасно изразиле разлику у ставовима поводом колизионе регулативе вануговорних обавеза.

I Уједначавање колизионих правила за вануговорне обавезе после Уговора из Амстердама

Ступањем на снагу Уговора из Амстердама[9] уредбе постају главни инструмент секундарног законодавства ЕЗ, те и главни извор европског међународног приватног права.

Европска Комисија је покренула консултације, постављајући нацрт предлога уредбе Савета ЕУ о праву меродавном за вануговорне обавезе. На бази коментара Комисија је повела усмену расправу, након које је изашла са Предлогом уредбе о праву меродавном за вануговорне обавезе. Након усвојених измена и допуна, предложених од стране Европског парламента, Комисија је објавила заједнички текст, који је Парламент изгласао 10. јула 2007. године. Уредбом бр. 864/2007. године Европског парламента и Савета Европске уније, унификују се колизиона решења међународног деликтног права држава чланица.[10] Овај акт је познат као Рим II Уредба, пошто је претходно усвојена ревизија Римске конвенције и преточена у Рим I Уредбу о праву меродавном за уговорне обавезе.[11]

Уредба се примењује на вануговорне обавезе у грађанским и трговачким стварима у случајевима који укључују сукоб закона.[12] Појам вануговорна обавеза, у самој Уредби, објашњава се кроз појам штете, везујући је за штетну радњу, стицање без основа, пословодство без налога или *culpa in contrahendo*.[13] Поред тога Уредбом се утврђује да се она

8 Чл. 10 ст. 3 Нацрта.

9 Уговор из Амстердама донесен је 1997. г. као Уговор из Амстердама о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Европске заједнице као и неких с њима повезаних правних аката (OJ 1997, C–340–01).

10 OJ EU L 199/40.

11 OJ EU L 177/6.

12 Чл. 1 Уредбе.

13 Чл. 2 ст. 1 Уредбе.

односи на већ настале случајеве вануговорних обавеза и на оне који ће тек настати.[14] Тумачење појма вануговорна обавеза не подлеже националном праву. Колизиона правила Уредбе не примењују се на одговорност држава и њених органа и службеника, за чињење или нечињење којим је причињена штета у извршавању јавних функција.[15] Уредба се не примењује ни на пореске, царинске и управне ствари. Осим тога, колизионим решењима Уредбе не подлежу вануговорне обавезе произашле из породичних односа и односа који, према праву које је меродавно за такве односе, имају исто дејство укључујући и обавезе издржавања;[16] из брачноимовинског режима, имовинских режима, који према праву које је меродавно за такве односе, имају дејство слично браку, те из тестамента и наслеђивања; из меница, чекова, обвезница, и других преносивих вредносних папира у мери у којој обавезе из тих других вредносних папира произлазе из њиховог својства преносивости; из права привредних друштава или других правних лица у погледу питања као што су настанак, уписом у уписник или други начин, правна и пословна способност, унутрашња организација или ликвидација трговачких друштава и других правних лица, лична одговорност лица *ex lege* овлашћених за заступање и чланова, за обавезе трговачких друштава или другог правног лица и лична одговорност ревизора према привредном друштву или према његовим члановима; за вануговорне обавезе произашле из односа између оснивача, старатеља и корисника *trusta* створеног вољом странака; вануговорне обавезе произашле из нуклеарне штете; вануговорне обавезе произашле из повреде приватности и личних права, укључујући и клевету; на доказе и поступак у делу којем нису уређени чл. 21 и 22 Уредбе.

Одредбе Уредбе се примењују на спорове са елементом иностраности и спорове унутар комунитарног права. Територијална примена овог правног акта упућује на подручје свих држава чланица, изузев Данске сагласно чл. 1 и 2 Протокола о положају Данске.[17]

Када је реч о државама са нејединственим правним поретком према Уредби свака територијална јединица која има своја правила о вануговорној одговорности може се сматрати државом у погледу упућивања на меродавно право.[18]

14 Чл. 2 ст. 2 Уредбе.

15 В. преамбула 9 Уредбе.

16 Додатно појашњење у рец. 10 Уредбе.

17 Протоколом о положају Данске додатом Уговору о ЕУ и Уговору о оснивању ЕЗ Данска не учествује у сарадњи која се односи на визе, азил, усељење, и другу политику повезану са слободом кретања лица. Ово у складу са чл. 65 тч. б) Уговора о ЕЗ.

18 В. чл. 25 Уредбе.

Уредба се обавезно и директно примењује у целини у државама чланицама, у складу са општим правилима о ступању на снагу прописа заједнице и са приниципом неретроактивног дејства прописа. На поступке започете пре дана усвајања од стране Европског парламента Уредба Рим II се неће примењивати.

Право на које, као меродавно, упућују колизиона правила Уредбе примењује се без обзира на то да ли је реч о праву државе чланице или нечланице. Уредба упућује на примену супстанцијалног права, не и на колизионе норме меродавног права, што значи да упућује само на меродавност материјалног права, али не на право у целини, чиме је искључена примена *renvoi* (узвраћање и упућивање на даље право).

Међународни уговори закључени са трећим државама имају примат над Уредбом, насупрот уговорима закљученим између држава чланица, у односу на које Уредба има предност у примени, у мери у којој садрже колизиона решења за вануговорне обавезе.[19]

II Општа колизиона правила Уредбе Рим II

Уредба има седам одељака којима претходи преамбула, објашњавајући садржај, појмове, мотиве и разлоге појединих решења. У првом делу европски законодавац одређује поље примене Уредбе, у другом су садржане одредбе о штетним радњама у вези са чим утврђује опште колизионо решење и пет посебних облика вануговорне одговорности. Трећи део обухвата колизиона правила за квазиконтракте и *culpa de contrahendo*, док је наредни део посвећен страначкој аутономији воље у материји вануговорних обавеза. Пети део садржи општа правила тј. заједничка колизиона правила за све облике вануговорне одговорности, а следећи део је посвећен осталим правилима,односно неколизионим одредбама, да би се на крају одредило ступање на снагу и подношење извештаја Европске комисије о примењивости, односно о потреби евентуалне измене или допуне одредаба Уредбе.[20]

Може се слободно рећи да други део Уредбе представља њен централни део, када је реч о одређивању меродавног права за грађанскоправне деликте. Као опште колизионо правило Уредба прихвата упућивање на примену права места настанка штете, од којег се може одступити за случајеве у којима и оштећени и лице које је проузроковало штету имају своје уобичајено боравиште у истој држави, и применом избегавајуће клаузуле.

19 Чл. 28 Уредбе.

20 I. део, чл. 1–3; II. део, чл. 4–9; III. део, чл. 10–13; IV. део, чл. 14; V. део, чл. 15–22; VI. део, чл. 23–28; VII. део, чл. 29–32.

Пре усвајања Уредбе, чињенице које су најчешће представљале тачке везивања у колизионом праву деликтних односа јесу место штетне радње и место настанка штете.

Тачка везивања место штетне радње упућивало је на примену права државе у којој је извршена штетна радња, као *lex loci delicti commissi*, које је у упоредном законодавству и судској пракси постало општеприхваћено колизионо правило.[21] На то је у великој мери утицала веза која се у деликтном односу успоставља између штетног догађаја и права државе у којој је штетни догађај наступио. Тако је аустријски законодавац, Законом о међународном приватном праву, предвидео да се захтеви за вануговорну накнаду штете имају ценити према праву државе у којој је извршена штетна радња, уз изузетак примене права у тесној вези учесника са правом једне те исте државе.[22] Грчким Грађанским законом решење *lex loci delicti* је остављено без алтернативе, док је италијанским Законом о међународном приватном праву прихваћена, начелно, примена овог решења.[23]

Уредбом је значајно измењено колизионо законодавство земаља ЕУ, тако да опште колизионо правило упућује на примену права државе у којој је штета настала, без обзира на државу у којој је наступио догађај који је проузроковао штету и без обзира на државу или државе у којима су настале споредне последице штетног догађаја.[24] Индустријализација, масовна дистрибуција производа и добара, пораст штетних догађаја који неретко прелазе границе једног система, доводе до тога да место штетне радње може да буде сасвим случајно и тешко одредиво. Примена *lex loci delicti* претпоставља исправну локализацију штетног догађаја, па је сходно томе постала очигледна потреба за модернизацијом деликтног колизионог права, без обзира на то што је начело права места штетне радње прихваћено као основно колизионо решење у свим државама чланицама. Имајући у виду практичну примену тог начела у различитим државама, као и начело примене повољнијег права за оштећеног, Комисија се определила за *locus damni* као примарне тачке везивања. За-

21 В. Audit, *Droit international privé*, Paris, 1991, стр. 153.

22 В. чл. 48 аустријског ЗМПП (аустријски савезни Сл. л., бр. 304/78, 18/99, 135/00).

23 В. чл. 26 грчког Грађанског закона, чл. 62.2, и чл. 63 италијанског ЗМПП. Поред ових национално деликтно право пре Уредбе имале су и Бугарска (ЗМПП из 2005. г), Чешка (ЗМПП из 1963. г.), Естонија (ГЗ из 1994. г.), Литванија (ГЗ из 2000. г.), Мађарска (Законска Уредба о МПП из 1979. г.), Холандија (ЗМПП – деликтно право из 2001. г.), Немачка (УЗГЗ из 1896/1986/1999. г.), Пољска (ЗМПП из 1965. г.), Португалија (ГЗ из 1966. г.), Румунија (ЗМПП из 1992. г.), Словачка (ЗМПП из 1963. г.),Словенија (ЗМПП из 1999. г.), Шпанија (ГЗ из 1889/1981. г.), Уједињено Краљевство (ЗМПП – деликтно право из 1995. г.)

24 Чл. 4 ст. 1 Уредбе.

конодавац износи да је сврха овог решења успостављање равнотеже на правичним основама, између интереса одговорног лица и оштећеног.

Новије кодификације су предвиђале примену алтернативних тачака везивања места где се штета догодила и места последице штетне радње, а избор је зависио од додатних околности. Факултативна примена *lex loci delicti* и *lex loci damni* када ове чињенице нису везане за исту државу, темељила се на „теорији жртве" тако да је оштећени могао да изабере право које је за њега повољније. Међутим, Комисија није желела да фаворизује оштећеног а омогућавање избора повољнијег права не би било у складу са његовим оправданим очекивањима.[25] Осим тога, примена права места настанка штете у изјашњавању Комисије одражава савремен приступ грађанској одговорности и развоја система објективне одговорности. Ово, имајући у виду да су тежње теорије и праксе првенствено усмерене ка ефикасној и праведној накнади штете.

Заједничко право странака може довести до одступања од примене општег колизионог решења, а да се при том нужно не примени заједничко национално право. Од правила места настанка штете, као категорије везивања, Уредба предвиђа одступање у корист права државе у којој оштећени и одговорно лице имају своје уобичајено боравиште у време настанка штете. Изузетак од примене *lex loci damni* одговара оправданим очекивањима странака. Уредба не одређује уобичајено боравиште физичког лица у садржинском смислу. Насупрот томе, детаљније објашњава уобичајено боравиште правних лица, под којим се подразумева уобичајено боравиште трговачких друштава и других правних лица, без обзира на начин њиховог оснивања или места седишта. Као место уобичајеног боравишта правног лица посматра се и место у којем је смештена филијала, заступништво ако је штета настала у оквиру њиховог пословања.[26]

До одступања од примене општих колизионих правила може доћи и применом избегавајуће клаузуле. Општа избегавајућа клаузула подразумева примену права државе са којом је штетна радња у ужој вези, имајући у виду да право државе у којој је штета настала (право места последице штетне радње) није увек право у најближој вези са спорним односом. Правило најближе везе у европским земљама манифестовало се под утицајем колизионог права земаља „општег права", у облику клаузуле одступања. Одступање од колизионог правила у европско право уводи аустријско међународно приватно право, упућујући на примену најближе везе, при чему се не утврђује конкретно које је то право у најближој вези. Ради се о отвореним клаузулама у оквиру којих судови

25 Предлог Уредбе из 2003, 11.

26 Чл. 23 ст. 1 Уредбе.

примењују колизиона права по службеној дужности. Уредба предвиђа одступање од примене општих колизионих правила само у ретким случајевима, односно када је из свих околности случаја јасно да је штетна радња очито у ужој вези са државом различитом од државе места настанка штете и права заједничког уобичајеног боравишта странака. Од колизионих правила је могуће одступити и у корист права меродавног за претходни однос странака, нарочито из уговора. У том случају Уредба предвиђа могућност примене *lex causae* за тај уговор.

Када је реч о праву меродавном за саобраћајне незгоде неопходно је да суд узме у обзир одлучујуће стварне околности сваке појединачне жртве, укључујући и стварне губитке, трошкове здравствене неге.

III Посебна колизиона правила Уредбе Рим II

Уредбом су прописана и посебна правила: за одговорност за производе, нелојалну конкуренцију и акте који ограничавају слободну конкуренцију, за штету нанету животној средини, за повреду права интелектуалне својине као и за штрајк и *lock out*.

За вануговорну обавезу произашлу из штете коју је проузроковао неки производ меродавно је право уобичајеног боравишта странака.[27] Уколико оштећени и лице које је проузроковало штету немају заједничко боравиште у истој држави, меродавно је право државе у којој оштећени има уобичајено боравиште у тренутку настанка штете ако је производ који је проузроковао штету стављен у промет у тој држави; право државе у којој је производ који је проузроковао штету набављен под условом да је тај производ стављен у промет тој држави, или право државе у којој је настала штета, под условом да је производ који је проузроковао штету стављен у промет у тој држави. Уредба уноси клаузулу „предвидљивости" према којој ако оштећени докаже да није разумно могао предвидети присутност тога производа или производа исте врсте на тржишту државе чије је право меродавно према предходним тачкама, меродавно је право државе у којој оштећени има уобичајено боравиште.[28] Дакле, као и Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе,[29] примена права уобичајеног боравишта оштећеног условљена је тиме да оштећени докаже да није могао предвидети стављање у промет свог производа или производа исте врсте.

27 Чл. 5 ст. 1 Уредбе.

28 Чл. 5 ст. 1 Уредбе.

29 Чл. 7 Хашке конвенције.

Примена права у „очигледно“ ближој вези са спорним односом указује на примену битне околности од значаја за предмет спора и примену права, различитог од права оне државе на чије право су упутиле примарне тачке везивања.[30]

Уредба прописује да је примарно колизионо правило за вануговорну одговорност произашлу из штете настале из аката нелојалне конкуренције, примена права државе у којој има или је вероватно да ће имати, дејство на односе учесника тржишне утакмице или на заједничке интересе потрошача.[31] Ради се о примени права државе у којој је настала непосредна штета, дакле о специфичном виду *lex loci damni*. Опредељујући се за овако колизионо решење Комисија је прихватила подвргавање свих учесника тржишне утакмице под једно правило, као и заштиту потрошача и јавности. Наиме, Уредба предвиђа да се на акт нелојалне конкуренције који погађа искључиво интересе одређеног предузећа, примењују опште одредбе из чл. 4.[32] Изван тога се има применити право државе тржишта на којем је повређена конкуренција или колективни интереси потрошача, или би до повреде тек могло доћи. Када је реч о више тржишта погођеним актом којим се ограничава конкуренција или је вероватно да ће она бити погођена тим актом, примењују се права свих тих држава. Ако тужилац, у том случају, подноси тужбу против пред судом туженог, он може захтевати примену права форума односно државе суда, уколико је та држава директно и битно погођена штетним актом.[33]Исти захтев тужилац може да истакне и када се у улози тужених нађе више лица. Од ових колизионог правила се не може одступити у корист примене права заједничког уобичајеног боравишта одговорног лица и оштећеног, нити применом клаузуле одступања.

Европски законодавац је Уредбом колизионо регулисао и питање штете нанете животној средини, утврђујући посебно колизионо правило које упућује на право државе у којој је штета настала, осим ако особа која захтева накнаду штете изабере, као меродавно, право државе у којој је наступио догађај који је проузроковао штету.[34] Уредба не предвиђа изузетке од примарног колизионог решења.

На колизионо регулисање повреде права интелектуалне својине примењено је начело међународног права државе заштите, тако што је прописана меродавност права државе за коју се заштита тражи

30 Чл. 5 ст. 2 Уредбе.

31 Чл. 6 ст. 1 Уредбе.

32 Чл. 6 ст. 2 Уредбе.

33 Чл. 6 ст. 3 тч. (б) Уредбе.

34 Чл. 7 Уредбе.

lex loci protectionis. Територија Европске заједнице може се у погледу јединствених права посматрати као јединствена територија, па је меродавно право Заједнице, као право државе у којој се тражи заштита. Уредба прописује да је у случају када вануговорна обавеза прозилази из повреде јединственог права интелектуалне својине, меродавно право за питања која нису уређена правом заједнице, право државе у којој је предузет акт који је проузроковао повреду.[35] Примена права одређена на овај начин не може се отклонити у корист права заједничког уобичајеног боравишта одговорног лица и оштећеног, или избегавајућом клаузулом.

За вануговорне обавезе у погледу одговорности запосленог или послодавца, као и њихових удружења за штету проузоковану штрајком или *lock-out*-ом Уредба предвиђа примену права државе у којој се анција предузела или ће се предузети.[36] У садржинском смислу појам штрајка и *lock-out*, разликује се у државама чланицама, имајући у виду да је свака индустријска акција повезана са заштитом домаћег јавног поретка, тако да је законодавац комунитарног права пошао од права државе у којој је таква акција спроведена или ће се тек спровести. Међутим, оштећени и одговорно лице имају могућност избора меродавног права, па ће се сходно томе решења Уредбе применити тек уколико су странке пропустиле учине избор права и уколико не постоји њихово заједничко уобичајено боравиште.

IV Колизиона правила за остале облике вануговорних обавеза

Европска комисија је колизионо уредила и питања вануговорне одговорности настале због радње, која није штетна радња сагласно са Уредбом Рим II. Законодавац је предвидео колизиона решења за стицање без основа, пословодство без налога и одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*).[37]

За случај вануговорне одговорности поводом постојећег односа странака (нпр. уговор, штетна радња) уско повезаног за стицање без основа, Уредба утврђује примену права меродавног за тај однос.[38] Уко-

35 Чл. 8 ст. 2 Уредбе.

36 Чл. 9 Уредбе.

37 Ближе: G. Carella, „The law Applicable to Non-Contractual Obligations Other than Tort of Delict", у: A. Malatesta, *The Unification of Choise of Law Rules on Torts and other Non-Contractual Obligations in Europe: the Rome II Proposal*, CEDAM, Padova, 2006, стр. 73–84.

38 Ово решење је прихваћено од раније у законодавствима и теорији. Тако: Dicey, Morris, Collins, *Conflict of Laws*, Sweet & Maxwel, London, 2006, стр. 1863.

лико се меродавно право не може утврдити на тај начин, примениће се право заједничког боравишта странака у време настанка догађаја који је проузроковао стицање без основа. Најзад, уколико се ни таквим колизионоправним повезивањем не може утврдити меродавно право, стицање без основа подлеже праву државе у којој је дошло до стицања без основа.[39]

Слична колизиона решења су предвиђена и за пословодство без налога, полазећи од постојећег односа (уговорни, деликтни), поводом којег је предузета радња пословође без налога, а из које је произашла вануговорна одговорност. У том случају вануговорна одговорност подлеже примени права меродавног за тај однос. Уколико се на тај начин не може утврдити меродавно право, а странке имају редовно боравиште у истој држави у време радње пословодства без налога, меродавно је право те државе. Најзад, на вануговорну одговорност поводом пословодстава без налога, колизионоправно везивање предвиђено Уредбом, упућује на право државе у којој је радња пословодства без налога извршена (*lex loci actus*).[40]

За вануговорну обавезу произашлу из поступака који су предходили закључењу уговора, при чему није од значаја да ли је уговор закључен или није, неопходно је да се одговорност може приписати лицима која су учествовала у преговорима, које су, или би требало да буду, стране уговорнице. Право меродавно за тако закључен уговор или право које би било меродавно да је дошло до закључења уговора, представља колизионо решење Уредбе Рим II. У одредђивању меродавног права у том случају судови имају примењивати Римску конвенцију или Рим I Уредбу ЕУ. Законодавац комунитарног права предвидео је и супсидијарна колизиона решења, уколико се на бази примарног колизионог решења не може утврдити меродавно право. Уредба поставља алтерантивне тачке везивања, односно предвиђа приману права настанка штете *lex loci damni,* или примену права заједничког редовног боравишта странака у време настанка штетног догађаја, као и примену права у ближој вези уколико је јасно да је вануговорна обавеза произашла из поступака који су предходили закључењу уговора, очигледно уже повезана са неком другом државом, која није она на коју упућују предходна правила.[41]

Тумачење појма *culpa in contrahendo* је независно, па се сходно томе не ослања нужно на појмове националног права.

39 Чл. 10 Уредбе.

40 Чл. 11 Уредбе.

41 Чл. 12 ст. 1, ст. 2 Уредбе.

V Избор меродавног права сагласношћу воља странака

Уредба изричито предвиђа могућност уговарања деликтног статута за странке а самим тим и могућност заобилажења примене права државе у којој је наступио штетни догађај. Пре доношења Уредбе оштећено и одговорно лице су могле да изврше избор меродавног права само према швајцарском ЗМПП,[42] мада је та могућност била двоструко ограничена.

Принцип страначке аутономије воље је до скора био потпуно у дисфункцији са колизионим правом деликтних односа. Деликтне обавезе су традиционално подвргаване праву места деликта. Странке нису имале могућност да уговарају примену неког другог меродавног права од оног које је предвидео законодавац. Међутим, савремена доктрина је истицала да после настанка штетног догађаја странке могу слободно да располажу својим правима и обавезама, па се о накнади штете могу договарати и вансудском нагодбом. Стога би требало допустити, да после настанка штетног догађаја странке имају могућност да уговоре меродавно право за њихове вануговорне односе.

У одређеном смислу, прихватању страначке аутономије воље на подручју вануговорних обавеза претходила је могућност једностраног избора меродавног права од стране оштећеног лица у односу на избор повољнијег права између права места у којем се десио штетни догађај и права места последице, настанка штете, као алтернативних тачака везивања.[43]

Колизионоправна аутономија воље у области вануговорне одговорности за штету била је прихваћена у малом броју јудикатура, као што је белгијска,[44] холандска[45] или француска.

Занимљива је одлука француског Касационог суда у спору *Roho c. Caron et al.*, поводом накнаде штете проузроковане саобраћајном несрећом у Џибутију. Све странке су биле француски држављани, па је суд применио француско право, без обзира на то што Хашка конвенција о меродавном праву за саобраћајне незгоде (Француска је ратификова-

42 Чл. 132 швајцарског Закона о међународном приватном праву.

43 Bourel, *Du rattachment du quelques délits spéciaux en droit international privé*, RCADI, 1989, II t., стр. 284.

44 Реч је о одлукама Josi II од 30.10.1981. г. и Zürich од 17.11.1983. г.

45 Ближе: D. H. Tebbens, „Netherlands Judicial Desicions Involving Questions of Private international Law – Choise of Law in Tort", *NILR*, 1994, стр. 365–366. Најпознатији случај у којем је прихваћен принцип аутономије воље јесте спор *Handels kwekerij G. J. Bier B.V.* и *Stiching „Reinwater" v. Mines de Potasse d'Alsace S.A. (MDPA)*. Поступак пред Врховним судом завршен одлуком од 23.9.1988. (21 NYIL, 1990, стр. 434–440)

ла), упућивала на право државе у којој се незгода догодила.[46] Суд је као тачку везивања, која је упутила на меродавност француског права, применио пређутни споразум странака о меродавности француског права, заузимајући став да у погледу захтева којима странке могу слободно располагати имају могућност да изаберу меродавно право, другачије од онога на које, као меродавно, упућују колизионе норме међународне конвенције. Позитиван став према прихватању принципа *lex autonomiae* у материји деликтних односа имале су и енглеска и шкотска правна комисија, уносећи га изричито у свој извештај.[47]

Уредба утврђује колизионоправну аутономију воље, односно предвиђа могућност да се вануговорна одговорност подвргне изабраном праву. Аутономија воље је примарно колизионо решење и, начелно, је дозвољена у свим облицима вануговорнине одговорности, чији је сврха повећање нивоа правне сигурности странака.[48] Нема разлога да странке не изврше избор права после настанка штетног догађаја, с тим што колизиони избор треба да буде изричит или да произлази из околности случаја са разумном сигурношћу. Дакле, као и према Уредби Рим I и општем колизионом праву, није допуштена примена хипотетичке аутономије воље. Намера заштите слабије стране могућег уговорног или вануговорног односа, добија свој израз у постављању услова да споразум мора уследити после настанка штетног догађаја. Поред тога, Уредба предвиђа да споразум о меродавном праву могу закључити само странке које обављају трговинску делатност и да споразум преставља израз слободних преговора странака. Споразум не производи дејство на трећа лица.[49]

Уредба Рим II поставља ограничења дејства колизионоправне аутономије воље када су све битне околности случаја у време настанка штетног догађаја везују за једну државу, различиту од оне чије је право изабрано. Уместо изабраних, примењују се императивне норме права у ближој вези са спорним односом. Осим тога, када су све битне околности у једној или више држава у време настанка штетног догађаја, страначки избор права, које није право неке од држава чланица, нема утицаја на примену норми права Заједнице, домаћих прописа донетих ради имплементације права Заједнице у право државе чланице суда, када се те одредбе не могу уклонити споразумом странака.[50]

---

46 Одредба чл. 3 Хашке конвенције; Одлука француског Касационог суда *Roho c. Caron et al. Cour de Cassacio*, 19.4.1988, RCDIP, 1989, стр. 71.

47 The Law Commission 1984, стр. 93.

48 Чл. 31 преамбуле Уредбе.

49 Чл. 14 ст. 1 Уредбе.

50 Чл. 14 ст. 3 Уредбе.

Границе колизионоправне аутономије воље у области вануговорних обавеза постављене су у оквиру проузроковања штете животној околини, повреде права на слободну конкуренцију, повреде права интелектуалне својине.[51]

VI Колизиона правила за вануговорну одговорност у српском праву

Централно место у материји колизионоправног регулисања вануговорних обавеза припада проблему везивања грађанскоправних деликата са елементом иностраности. Упоредно међународно приватно право садржи ретке одредбе које се односе на друге облике вануговорне одговорности. Међународно приватно право Србије кодификовано је, готово, у целости Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗМПП).[52] Посебна колизиона правила су садржана у посебним законима националног права, којим се регулишу специфична материја поморске и унутрашње пловидбе, ваздушног саобраћаја, менице и чека.

Србија је земља чланица Хашких конвенција, усвојених у процесу унификације колизионих правила у области накнаде штете у саобраћајним незгодама и у погледу одговорности произвођача за своје производе[53] од стране Хашке конференције за међународно приватно право. Примена конвенцијских правила могла би у будућности да зависи од резултата процеса придруживања наше земље Европској унији, имајући у виду питање разграничења поља примене извора секундарног права ЕУ и конвенцијског права.

Међу ауторима српске доктрине међународног приватног права није било заговорника примене *lex fori*, као искључивог колизионог правила у овој материји. Ипак, један број теоретичара је истицао став да за одређена питања деликтне одговорности треба уз *lex loci delicti commissi* примењивати и *lex fori*, и то само за деликте настале у иностранству.[54]

---

51 О искључењу аутономије воље у јавном интересу ближе: G. T. Kadner, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bruxelles, 2004, стр. 20–33.

52 *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82. У Србији се интензивно ради на тезама новог ЗМПП, од стране еминентних домаћих теоретичара међународног приватног права.

53 Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне несреће из 1971. г. и Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе из 1973. г.

54 М. Пак, *Деликтна одговорност за проузроковану штету у међународном приватном праву*, Београд, 1972; М. Јездић, *Међународно приватно право*, Београд, стр.

Они полазе од претпоставке да суд не примењује исте колизионе норме на деликте извршене у иностранству и на оне извршене у домаћој земљи. У складу са учењима ових теоретичара квалификација деликта подлеже кумулативној примени страног и права форума.

Српски ЗМПП и доминантно становиште доктрине и праксе утврђују *lex loci delicti commissi* као опште колизионо решење, којим су обухваћени сви облици вануговорне одговорности за које не постоје посебна национална или међународна колизиона правила.[55] Посебна колизиона правила за вануговорну одговорност за штету садржана су у Закону о поморској и унутрашњој пловидби и Закону о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају.[56]

Полазећи од тешкоћа у примени и нееластичности овог решења наш законодавац би требало у нови закон да унесе клаузулу одступања, на коју би се надлежни орган позвао избегавајући примену општег колизионог правила и уколико спорни однос изражава ближу везу са неким другим правом, а које није право на које упућују колизиона решења закона. Сврха генералне клаузуле одступања је отклањање нефлексибилности колизионих решења, као што је то *lex loci delicti*. У складу са тим, као модел би могло да послужи решење швајцарског ЗМПП којим се иричито наглашава могућност одступања од редовне примене колизионог решења у корист права најближе везе, али само изузетно.

Принцип страначке аутономије воље није у складу са деликтним правом, али не постоји значајнији разлог за неприхватање могућности странака да изврше избор меродавног права после настанка штетног догађаја.

Српски ЗМПП уклања проблем квалификације појма *locus delicti*, у случајевима када штетна радња и штетна последица нису догодиле у истој држави. Под појам места грађанскоправног деликта подводи се место штетне радње и место у којем је настала последица штетне радње. Као меродавно, ЗМПП предвиђа право земље чије је право повољније за оштећеног. Законодавац је обавезу одређивања повољнијег права пребацио на надлежни суд, чиме је унапред заштитио интересе оштећеног.

174; Б. Благојевић, *Међународно приватно право*, Београд, 1950, стр. 367.

55 За домаћу судску праксу, Решење Врховног суда Србије, Прев. 412/02 од 21. маја 2003. г. „Конвенција о закону који се примењује на саобраћајне незгоде од 4. маја 1971. године одређује закон који се примењује на грађанску одговорност која проистекне из саобраћајне незгоде, без обзира на врсту суда који је надлежан да решава. Законодавство које се примењује јесте домаће законодавство државе на чијој територији се штета догодила."

56 ЗПУП *Службени гласник РС*, бр. 101/05; ЗОСОВС *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98 и исправке у *Службени лист СРЈ*, бр. 15/98.

ЗМПП не предвиђа опште ни посебне изузетке од примене *lex loci delicti commissi*. Међутим, имајући у виду да право државе у којој се десио штетни догађај није увек право у најближој вези са спорним односом, српски законодавац би могао да прихвати правила Уредбе у том погледу, увођењем додатних тачака везивања којима би се опште решење учинило еластичним, променљивим.

Дакле, општа колизиона решења за обавезе из вануговорне одговорности за штету садржана су у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, којим се утврђује да је за вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није другачије одређено, меродавно право места где је радња извршена или право места где је наступила последица, зависно од тога које је од ова два права повољније за оштећеног.[57] Противправност радње оцењује се према праву места у којем је радња извршена или где је наступила последица, а ако је радња извршена у или последица наступила на више места, довољно је да је радња противправна према праву било којег од тих места.

Јединствено колизионо решење *lex loci delicti commissi* прихваћено је за све случајеве вануговорне одговорности за штету. Закон даје и решење сукоба закона у погледу пропивправних догађаја из којих проистиче обавеза накнаде штете, који су настали на броду, отвореном мору, ваздухоплову, применом права места где су се догодиле чињенице које су проузроковале обавезу накнаде штете, под којим се сматра право државе чију припадност има брод, односно ваздухоплов.[58] Ово решење представља део ширег правила међународног јавног права о „продужецима" државне територије, када се брод или ваздухоплов нађу изван делова територије домаће, односно стране земље.[59] Меродавном праву подлежу питања која се тичу извршиоца штетне радње, оштећеног, опсега штете, висина и врста накнаде штете, околности ограничења или искључења одговорности и др.

Посебна колизиона правила код вануговорне одговорности за проузроковану штету садржана су у прописима о уговорима о поморској и инутрашњој пловидби и ваздушном саобраћају. Када је реч о случајевима накнаде штете произашле из судара бродова у територијалним водама, Закон о поморској и унутрашњој пловидби предвиђа меродавност права места судара. За бродове који припадају истој држави меродаван је њихов *lex banderae* (закон заставе), а у супротном *lex fori*. За разлику од ЗМПП, овај Закон о поморској и унутрашњој пловидби предвиђа изузетке од примене основног колизионог решења, за ситуације у којима су

57 Чл. 28 ст. 1 ЗМПП.

58 Чл. 29 ЗМПП.

59 Ближе: В. Томљеновић, *Поморско међународно приватно право*, Ријека, 1998.

сва заинтересована лица домаћи држављани или домаћа правна лица, као и кад је један од бродова домаћи јавни или ратни брод и др.[60] Вануговорна одговорност за штету проузроковану у ваздухоплову изнад територије неке државе процењује се према *lex loci delicti*.[61]

Питање, да ли меродавно право за вануговорну одговорност упућује на примену меродавног материјалног права или на право у целини тј. и на колизионе норме меродавног права, уобичајено је изазивало полемику међу теоретичарима међународног приватног права. Међународно приватно право наше земље прихвата установу узвраћања и упућивања на даље право (*renvoi*), без изричитих ограничења. Неки теоретичари сматрају да је законодавац несумњиво обавезао суд да примењују *renvoi* у колизионоправном упућивању, али се чини прихватљивије гледиште да се примена овог института код вануговорних односа не може препоручити јер би се противила захтевима и принципима који су значајни за избор меродавног права у овој материји.[62] У пракси судова налазе се и одлуке у којима је уместо страног права (*lex loci delicti commissi*) суд применио повољније право за туженог.[63]

У процесу обликовања српског међународног приватног права и његове хармонизације са правом ЕУ, чини нам се да нема разлога за неприхватање општих колизионих правила Уредбе Рим II у новом ЗМПП. Када је реч о посебним колизионим решењима ваљало би сачекати извештај Европске комисије, на темељу ревизионе клаузуле, Европском парламенту, Савету и економском и социјалном савету ЕУ о примењивости Уредбе и према потреби, о њеној измени. О томе да ли је утврђивање само једне тачке везивања као општег правила, испред њене еластичности било оправдано и примењиво у пракси, Комисија би требало да извести до августа 2011. г.

---

60 В. чл. 1006 ст. 1 тч. 1–3 ЗПУП.

61 В. чл. 228 ЗОСОВС.

62 Становиште К. Сајко, *Међународно приватно право*, Загреб, 2005, стр. 111. Насупрот томе: Г. Кнежевић, „Практични проблеми узвраћања и упућивања", *ПЖ*, 1984, стр. 743–744.

63 За судску праксу бивше СФРЈ, Пресуда ВСХ, II, Рев.-111/83. од 30.1.1985. г у спору поводом судара у италијанским водама и потапања брода Цавтат, у којем је потврђена примена *renvoi* с циљем примене домаћег права. Суд је примену домаћег права оправдао „До истих резулатата у погледу одређивања меродавног права дошло би се и у случају да се узело да се ради о односу из деликта односно о вануговорној одговорности за штету. У том случају колизионо правило *lex fori*, Закона о накнади штете због судара бродова, упућује на *lex loci delicti commissi*, дакле на италијанско право, будући да се судар догодио у италијанском територијалном мору а колизионо правило чл. 17 италијанског Закона о пловидби, опет упућује на југословенско право. Дакле и по *renvoi* меродавно је југословенско право."

Marija **KRVAVAC, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law University of Kosovska Mitrovica

ROME II REGULATION OF THE EUROPEAN UNION: THE PROPOSED THESIS FOR NEW PIL ACT

Summary

As of 11 January 2009, courts of the Member States of the European Union are required to apply the provisions of the Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). In European Parliament and European Union Council the passing of the regulation on applicable law for non-contractual means the beginning of a new form of the new European international law of torts. The goal of Rome II Regulation is the unification of conflict of laws regulations of autonomous law of the member EU countries and the prevention of forum shopping in the EU within the scope of tortuous liability.

The provisions of the Regulation are applied universally, regardless of the fact whether it is the law of a member or non-member state, which leads to abandoning the double track of European international private law, differently positioned when a legal dispute is between the subjects of member states compared to non-member states. When determining the applicable law for tortuous liability Rome II Regulation stipulates a combination of objective and subjective decisive facts, but also the application of the closest connection principle.

This Regulation is based on the traditional approach using the solutions that were already stipulated in the international private law of certain EU member states, but also takes care about the solutions contained in the law of some non-member countries (first of all, Swiss law).

Key words: *Regulation Rome II, applicable law, non-contractual obligation, European private international law.*

др *Иванка* СПАСИЋ
професор Правног факултета, Универзитета Привредна Академија, Нови Сад

ПРОДАЈА НЕДОСПЕЛИХ ПОТРАЖИВАЊА КАО ЈЕДАН ОД МОГУЋИХ ОБЛИКА ФИНАНСИРАЊА У ПРИВРЕДИ (уговори о факторингу и форфетингу)

Резиме

Обезбеђивање финансијских средстава представља један од кључних проблема пословања у привреди. Будући да „класични начини" финансирања (сопствена средства, кредит) често нису применљиви, пословна пракса је пронашла „нове" методе финансирања које задовољавају нарастајуће потребе за изворима финансирања. Те „нове методе и технике" пронађене су (између осталог) у институту уступања (на наплату) недоспелих потраживања. Уступање потраживања реализује се уговорима о факторингу и форфетингу у зависности од тога да ли се ради о краткорочним или дугорочним потраживањима.

У раду се анализирају специфичности уговора о факторингу и форфетингу, њихове сличности и разлике.

Кључне речи: *краткорочна потраживања, дугорочна потраживања, факторинг, форфетинг.*

I Увод

Један од највећих проблема са којим се у својој пракси сусрећу привредници је проблем финансирања. Класичним начинима обезбеђивања

средстава као што су рецимо коришћење сопствених готовинских средства или кредитирање, савремена пословна пракса је додала и неке нове; то су, пре свега, (уговорни) начини уступања (недоспелих) потраживања, какви су рецимо факторинг и форфетинг.

Факторинг је посао финансирања настао у пословној пракси англосаксонских земаља одакле се доста брзо ширио и освајао и остале земље са развијеном тржишном привредом. Будући веома погодан као извор (краткорочног) финансирања,[1] факторинг је доживео велику афирмацију и у земљама у развоју и транзицији.

Форфетинг посао, по функцији и настанку веома сличан факторингу, садржи извесне разлике пре свега у начину практичне реализације самог посла.

Оба привредна (банкарска) посла, представљају специфичне облике кредитирања донекле сличне есконту али, док се факторинг односи на краткорочна потраживања, форфетинг се користи искључиво код (продаје) дугорочних потраживања. Иако су веома слични, уговори о факторингу и форфетингу се разликују у неким битним елементима (рецимо, битан елемент уговора о форфетингу је обезбеђење потраживања неким од уобичајених облика обезбеђења уговора). Код форфетинга кредитна установа (форфетер) се (увек) одриче права на регрес, док код факторинга то може бити случај али и не мора. Веома значајна разлика постоји у вези са типом потраживања која се уступају; док се код факторинга ради о краткорочним потраживањима, код форфетинга је увек реч о дугорочним потраживањима. Код факторинг посла по правилу се уступају сва потраживања једног клијента (*глобална цесија*), док је код форфетинга обрнут случај, уступа се (продаје) искључиво појединачно потраживање.

Фирме које се баве пословима факторинга и форфетинга су специјализовани привредни субјекти, ове фирме су добро упознате са стањем на тржишту, односима понуде и тражње, потребама тржишта за одређеним средствима, кредитном способношћу и ликвидношћу привредних субјеката. Коришћење услуга ових специјализованих финансијских субјеката обезбеђује клијентима неопходна финансијска средстава, али и знатно умањује ризике наплате потраживања (које преузимају ове финансијске организације). Преузимајући наплату потраживања (и у оним случајевима када су повериоци и дужници слабо ликвидни) специјализоване организације које се баве откупом

1 У зависности од намене извори финансирања се појављују као дугорочни то су тзв. капиталне инвестиције и краткорочни какво је на пример финансирање трговине. Факторинг посао представља један од облика који се често користе код краткорочног финансирања трговине. Опширније видети код Р. Ковачевић, „Значајна улога факторинга као инструмента финансирања извоза – искуства нових чланица ЕУ“, *Економски анали*, бр. 165, (април – јун) 2005, стр. 81.

потраживања, утичу на подизање општег нивоа ликвидности привредних субјеката и привреде уопште, при чему унапређују и сигурност пословања (нарочито када се ради о међународним трансакцијама, које су и иначе знатно компликованије).[2]

II Факторинг посао и уговор о факторингу

Факторинг је банкарски посао који припада групи специјалних кредитних послова.[3] У економском смислу речи факторинг представља одређену технику наплате трговачких потраживања чијом применом клијент уступа фактору, банци или евентуално некој другој специјализованој финансијској институцији (недоспела) потраживања која има према трећим лицима по основу (различитих) уговора у привреди, ради наплате (тих) потраживања. Коришћење ове технике значајно смањује трошкове пословања и побољшава ликвидност учесника у промету.

Факторинг посао се реализује путем уговора о факторингу, облигационог уговора између клијента (продавца, повериоца) и фактора (банке или друге специјализоване финансијске институције), на основу кога се врши пренос потраживања и ризика наплате са клијента на банку односно фактора.

Правна теорија уговором о факторингу сматра такав уговор којим се једна страна – фактор обавезује да преузме (недоспела, краткорочна) потраживања друге стране – клијента, да их наплати, у своје име и за свој рачун, а клијенту одмах или у тачно прецизираном року исплати противвредност потраживања и (под извесним условима) гарантује наплату, а клијент се обавезује да за то фактору исплати одговарајућу накнаду.[4]

---

2 Поред повећаног ризика наплате потраживања код међународних трансакција се јављају и питања меродавног права, унификације норми материјалног права, евентуалних државних мера (углавном ограничавајућег карактера) и сл.

3 В. М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2006, стр. 290.

4 В. М. Тодоровић у: И. Спасић, М. Тодоровић, *Међународни финансијски леасинг и међународни факторинг*, Београд, 1989, стр. 19. Различите дефиниције факторинга видети код В. Горенц, „Факторинг цесија", *Привреда и право*, бр. 3/1982, стр. 3; С. Царић, *Нове појаве у правном регулисању робног промета*, Нови Сад, 1976, стр. 3; Б. Павићевић, *Уговори о лизингу, франшизингу, факторингу и форфетингу*, Београд, 1992, стр. 45; М. Тодоровић, *Уговор о факторингу*, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 1979, стр. 14; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 290; Р. Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд 1977, стр. 418; А. Ћирић, Р. Ђуровић, *Међународно трговинско право, посебни део*, Ниш, 2005, стр. 275; Ј. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, *Међународно привредно право*, Београд, 1989, стр. 430; С. Царић, М. Витез, Ј. Веселиновић, *Привредно право*, Нови Сад, 2006, стр. 241.

Уговор о факторингу је уговор са трајним извршавањем престација, то је уговор *intuitu personae,* двострано-обавезан, формалан и неименован. У пословној пракси се овај уговор реализује најчешће као уговор по приступу.

Уговор о факторингу садржи елементе бројних класичних уговора, пре свега уговора о цесији, кредиту, гаранцији, уговора о делу, уговора о комисиону.[5] Без обзира на постојање заједничких елемената са поменутим облигационим уговорима, које је евидентно, уговор о факторингу се са њима никако не може изједначавати.

Уговор о факторингу се разликује од цесије по ширини престација које се код овог посла пружају клијенту; од есконта, чији је предмет куповина хартија од вредности, разликује се по гаранцији фактора за наплативост потраживања и одустајању од регреса (од клијента) у случају немогућности наплате потраживања од дужника; од уговора о делу факторинг се разликује по карактеру радњи које фактор обавља за клијента (оне су превасходно правног карактера). Уговор о факторингу се разликује и од уговора о комисиону будући да фактор према трећим лицима иступа у своје име и за свој рачун. Сва упоређивања указују на постојеће битне разлике између факторинга и поменутих класичних уговора.

Што се тиче правне природе уговора о факторингу најопортуније га је третирати као специфичан – *sui generis* уговор.[6]

Будући да је уговор о факторингу настао у земљама *common law*-а, на темељу установе *assingnment*-а, одређене потешкоће могу настати (и настају) када се овај уговор примењује у пракси земаља континенталне правне традиције.[7] Те потешкоће су нарочито изражене када се ради о међународним факторинг пословима. Због поменутих потешкоћа 1988. године је, на иницијативу и уз ангажовање UNIDROIT-а, усвојена међународна конвенција о факторингу.[8] Конвенција UNIDROIT-а о међународном факторингу и Конвенција UNCITRAL-а о преносу потраживања у међународној трговини, донета нешто доцније,[9] конципирале су одговарајућа решења најважнијих питања у вези са факторинг

5 О сличностима и разликама уговора о факторингу и других уговора опширније код N. Joubert, *нав. дело*, стр. 90–100; исто И. Спасић, „Специфичности факторинг посла и уговора о факторингу“, *Правни живот*, бр. 12/2009, стр. 629.

6 В. И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 629–630.

7 То се, пре свега, односи на (не)могућност преноса укупних потраживања (глобална цесија) или будућих потраживања.

8 UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу, донета у Риму 28. V 1988. год.

9 Конвенција UNCITRAL-а о преносу потраживања у међународној трговини усвојена је 2001. год.

послом. Решења која су, на међународном плану, понудиле ове две конвенције могу истовремено представљати солуције за уређење овог посла и у националним оквирима (будући да већина земаља како развијених тако и неразвијених није факторинг посао уредила правним прописима).

III Функције, значај и врсте факторинг посла

Факторинг посао има више функција и све су од веома великог значаја.[10] Различите функције факторинга доприносе остваривању финансијске и правне сигурности наплате потраживања.

Како је већ наглашено факторинг представља изузетно значајан извор финансирања обртног капитала у савременој привреди,[11] па се може рећи да је финансирање његова основна и најважнија функција. Обезбеђење наплате потраживања је такође врло значајна функција факторинга; фактор води рачуна о бонитету (кредитној способности) дужника, па се, у случају да дужник не подмири своје обавезе, одриче права на регрес према клијенту. Поред ове две суштинске функције, факторинг има и услужну функцију. Фирма – фактор води ажурну евиденцију о наплатама потраживања од купца, о роковима доспећа потраживања према купцима, испитује кредитну способност (бонитет) дужника, води књиговодство клијента, обрачунава порезе и провизије и сл. Поред ових битних услуга фактор може да врши и друге услуге које нису најнепосредније везане за факторинг уговоре али имају посредног значаја за његову реализацију (анализа тржишта, статистика обављања промета и сл.).

У послу факторинга појављују се редовно три субјекта учесника који ступају у међусобне односе, то су фактор, продавац-испоручилац робе односно давалац услуге (клијент) и купац односно корисник услуге, који се у овом односу јавља у улози дужника. Субјекти учесници тространог привредног односа ступају у међусобне односе; фактор и клијент закључују уговор о факторингу на основу кога клијент уступа фактору једно или више потраживања (према своме дужнику), а за узврат добија накнаду у одређеном проценту од уступљених потраживања. Тај проценат редовно износи око 80–90% уступљеног потраживања. По закључењу уговора о факторингу дужник мора бити обавештен да убудуће своје обавезе из уговора са продавцем односно даваоцем услуга има извршити фактору.[12]

---

10 B. N. Joubert, *нав. дело*, стр. 89.

11 О савременим трендовима у развоју факторинга в. Р. Ковачевић, *нав. дело,* стр. 83 и даље.

12 Обавеза обавештавања дужника о преносу потраживања на фактора предвиђена је у свим националним правним системима. Законски прописи предвиђају обавезу

У послу извозног (међународног) факторинга појављује се још више субјеката учесника у послу; то су домаћи фактор, домаћи извозник, страни кореспондентни фактор и увозник. Домаћи фактор у овом сложеном односу уступа потраживања кореспондентном фактору ради наплате. Могућа је и другачија варијанта извозног (међународног) факторинга код кога домаћи фактор ступа у директан контакт са увозником, преко своје стране филијале.

Како је већ речено, финансирање продаваца робе односно даваоца услуга, које се обавља путем факторинга, је најважнија функција факторинг посла. Уступљена потраживања се исплаћују непосредно по уступању односно најкасније у року доспећа; на тај начин клијенти обезбеђују неопходна новчана средстава која им омогућавају даље пословање.[13]

Фирме фактори врше и услуге наплате потраживања, као једну од својих функција; могуће је да (фирма) клијент пренесе на фактора сва своја потраживања према (свим) својим дужницима (глобална цесија потраживања), растерећујући се тако обавеза око наплате свих тих потраживања и усмеравајући сву своју пажњу на своју основну и редовну делатност.

У послу факторинга фактор се може и одрећи права на регрес у односу према клијенту, чиме преузима улогу јемца наплате његових потраживања (*del credere*). Да би максимално смањио ризик наплате потраживања фактор преузима на себе испитивање бонитета клијентових дужника. У уговорима о факторингу фактори задржавају за себе право да, у случају лошег бонитета неког дужника, одбију да јамче за наплату његовог дуга. У овом случају (за разлику од *del credere* факторинга) ризик наплате сноси клијент. Разумљиво је да факторинг са јемством подразумева и веће накнаде за фирму фактора.

Поред услуга наплате потраживања услуге фактора редовно укључују и вођење књиговодства за клијента.

Улога фактора је нарочито значајна у пословима извоза-увоза, будући да он, преузимајући одређене обавезе као што је наплата потраживања или испитивање бонитета, обезбеђује континуирано функционисање посла.

Зависно од различитих критеријума постоји и више подела факторинг послова (и припадајућих им уговора). Будући да фактори

обавештавања у писаној форми, али идентичан ефекат имају и савремена средства комуникације. Ко ће, у конкретном случају, бити обавезан да обавести дужника одређује се у уговору (о факторингу).

13 Коришћењем факторинга клијенти могу одмах да набављају нову робу од добављача не чекајући исплату од купца што има обезбеђује ниже набавне цене.

могу обављати више различитих функција које су све врло значајне за факторинг посао једна од најзначајнијих подела има у основи обим функција које садржи одређени факторинг посао. У зависности од тога које се од (могућих) функција реализију код конкретног факторинг посла (кредитирање, обезбеђење плаћања, пружање стручних услуга) постоји прави факторинг, код кога су заступљене све поменуте функције и неправи или квази факторинг код кога изостају неке од функција; првенствено функција преузимања ризика инсолвентности дужника, дакле функција обезбеђивања плаћања.[14] Код правог факторинга фактор преузима клијентова краткорочна потраживања из уговора (о продаји робе или вршења услуга) са трећим лицем, врши авансно плаћање (кредитирање) клијента, вођење пословне евиденције односно књиговодства, као и преузимање ризика инсолвентности купца (дужника из уговора о продаји робе или вршења услуга).

Поред ове, у неку руку најзначајније, поделе постоји и подела на откривени (или отворени) факторинг и неоткривени (скривени) факторинг.[15] Ова подела је нарочито специфична за англосаксонско право.

Код откривеног факторинга извозник (клијент) цедира на фактора своја потраживања према иностраном купцу, имајући истовремено обавезу да о цесији потраживања обавести иностраног купца и позове га да дуговану куповну цену исплати фактору. Постоје две „варијанте" откривеног факторинга; код прве извозник своја потраживања према иностраном купцу дефинитивно преноси на фактора и престаје бити странка у основном послу, на његово место ступа фактор као нови поверилац (цесија потраживања). За уступљено потраживање фактор исплаћује клијенту (извознику) одређену вредност тог потраживања, уз одбитак камате, трошкова и провизије. Ова вредност иде и до 95% књиговодствене вредности потраживања у зависности од обима промета, биланског стања купца и ризика који преузима фактор. Код друге варијанте откривеног факторинга извозник (клијент) уступа фактору потраживање само ради наплате; цесија се овде не врши у циљу дефинитивног преноса потраживања на фактора већ само да би фактор наплатио потраживање од иностраног купца у своје име а за рачун домаћег извозника (клијента).[16]

Неоткривени факторинг је доста сложен правни посао код кога се пред трећим лицем прикрива постојање фактора у послу; код ове врсте факторинга извозник продаје фактору робу намењену извозу, за гото-

14 В. Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 52; нешто мало другачији концепт заступа проф. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 292.

15 В. Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 50–51.

16 Улога фактора је овде слична улози комисионара (факторинг посао је и настао из комисионог посла); в. Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 51.

вину. Фактор (као прикривени налогодавац) ову робу препродаје, на кредит, преко извозника, иностраном купцу Пред иностраним купцем се појављује само клијент, који није власник робе јер је она продата фактору. Клијент иступа у своје име а за рачун фактора (као његов комисионар). Оваква веома компликована трансакција омогућује увећавање цене (будући да је у њу урачуната факторова зарада и краткорочни кредит дат извознику). Коришћењем овакве трансакције извозник добија готовину без обзира што се роба продаје на кредит. Фактор, са друге стране, добија знатно већу провизију.[17]

Једна од значајнијих подела факторинг послова је и она на факторинг са или без права (фактора на) регрес. Код факторинга са правом на регрес, у случају немогућности фактора да наплати потраживање, он има право регреса према клијенту, док код факторинга без права на регрес, у случају изостанка исплате, фактор преузима целокупан ризик наплате потраживања, наравно уз вишу провизију.[18]

Факторинг се може разврставати и по територијалном критеријуму, па тако, разуме се, постоје домаћи и међународни факторинг, у зависности од тога да ли се уговор закључује између клијента и фактора у истој земљи или не.[19]

Имајући у виду број субјеката учесника у факторинг послу могућа је подела на индиректни и директни факторинг; код индиректног (међународног) факторинга појављују се два фактора извозни и увозни. Могуће је да се неке од подела међусобно „преклапају".

IV Облигациони односи у факторинг послу

Како је већ речено у послу факторинга појављују се три субјекта учесника (уколико није у питању међународни факторинг, који подразумева учешће домаћег и страног фактора у послу или пак неки од сложених облика факторинг трансакција које такође егзистирају у пракси).

Однос између фактора и клијента регулише се уговором, а уобичајени инструмент за пренос потраживања у уговору је цесија;[20] ипак,

17 Опширније Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 51–52.

18 B. N. Joubert, *нав. дело*, стр. 91.

19 Ово питање је од значаја нарочито код примене одредаба међународних унификацијских аката, ту спадају UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу (опширније видети код F. Mestere, *Explanatory report on the Draft Convention on International Factoring*, Revue de Droit Uniform, 1985, vol. II), као и Конвенција UNCITRAL-а о преносу потраживања у међународној трговини; ово разликовање је нарочито битно код овог другог унификацијског акта (опширније в. Т. Миленковић-Керковић, „Промена субјекта у облигацији и потребе законског регулисања уговора о факторингу", *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, стр. 463.

20 Уговор о факторингу наравно не треба идентификовати са цесијом.

треба нагласити да у неким земљама цесија потраживања није допуштена, па се уместо ње користи персонална суброгација.[21] Цесија, односно уступање потраживања, врши се на основу споразума (уговора) између уступиоца (*цедента*) и примаоца (*цесионара*), при чему сагласност дужника (*cesus-a*) није потребна.[22] Услов који обавезно мора бити испуњен да би цесија била пуноважна је обавештавање дужника (нотификација) о уступању потраживања У земљама *civil law*-а уобичајен је систем нотарског обавештавања дужника; за разлику од континенталних, законодавство и пракса англосаксонских земаља примењују систем регистрације потраживања. Примена регистрационог система има двојну функцију, поред обавештавања дужника о преносу потраживања, регистрација служи и као средство обезбеђења фактора, јер установљава првенство наплате у његову корист.[23]

Поред разлика у системима обавештавања дужника о извршеној цесији (односно о промени повериоца) разлике између *civil* и (појединих) земаља *common law*-а постоје и у погледу допуштености уговарања забране уступања потраживања. У земљама континенталног права али и у Енглеској уговарање забране уступања потраживања је допуштено;[24] непоштовање ове забране као последицу производи ништавост извршеног уступања (у том случају цесионар не може извршити наплату потраживања од дужника). Становиште америчког Једнообразног трговинског законика (UCC-а) је сасвим супротно, наиме, апсолутно је забрањено уговарање забране уступања потраживања. Ова апсолутна забрана уступања потраживања одговара врло јаким привредним субјектима који се појављују као купци у великом броју послова набавке.

На основу одредаба уговора о факторингу (између клијента и фактора) клијент (продавац, вршилац услуга) уступа фактору своја (углавном недоспела односно будућа потраживања из уговора о продаји или вршењу услуга, закљученог са купцем роба односно услуга).[25] Према

21 У Француској цесија потраживања није дозвољена у складу са општим правилима уговорног права; опширније в. Т. Рајчевић, *нав. дело*, стр. 426.

22 У већ поменутој Француској, да би се извршило пуноважно уступање потраживања, потребно је не само нотарско обавештење дужника, већ и његов пристанак; то у великом броју случајева отежава па и онемогућава пренос потраживања те је за потребе факторинг посла употребљен други институт а то је персонална суброгација.

23 О специфичностима америчког система регистрације и његовим битним разликама у односу на систем нотификације опширно код Т. Миленковић-Керковић, *нав. дело*, стр. 466.

24 Енглески *Law on Property Act* из 1925, италијански *Codice civile*, пар. 1260, Швајцарски законик о облигацијама, чл. 164 ст. 1 итд.

25 Уколико су у питању доспела потраживања не постоји кредитна функција факторинга већ само услуга наплате за другога (у своје име а за рачун другога).

купцу роба односно услуга фактор има положај повериоца у уговору из кога уступљено потраживање потиче. У складу са одредбама уговорног права купац (дужник) може истаћи према фактору све приговоре које је имао и према његовом претходнику (клијенту).

V Упоредноправно и међународно уређење факторинг посла

Будући нов институт настао у пословној пракси факторинг доста дуго није био изричито уређен у упоредном праву. Већ је поменуто да земље *common law*-а и римске правне традиције имају донекле различит приступ у вези са послом факторинга што ствара одређене проблеме, првенствено земљама *civil law*-а, будући да су оне морале да ускладе специфичности факторинга са правилима (свога) грађанског права. Генерелно највећи проблем земаља *civil law*-а представљала је немогућност уступања будућих и укупних потраживања („глобална цесија“).

У Француској се, као услов за пуноважност цесије, поред нотарске нотификације захтевао и пристанак дужника, те је стога, уместо института цесије као правни основ преноса потраживања коришћена персонална суброгација (чији је основ у фактичком испуњењу обавезе). Пошто ни коришћење персоналне суброгације није решило све проблеме факторинг посла, 1981. год. је донет пропис (*Loi Deilly*) који је омогућио једноставнији пренос будућих потраживања; ипак одредбе овог прописа нису имале нарочити учинак. За разлику од Француске, Белгија је унела у своје позитивно право одређене измене те је тако омогућила примену цесије.[26] У италијанској пракси факторинг је доста успешно коришћен упркос постојању одређених правних потешкоћа око његовог коришћења; поменуте потешкоће ефикасно је превазилазила судска пракса;[27] када се ради о обавештавању дужника прихваћен је систем нотарске нотификације. Строгост нотификације временом је ублажена, па су судови признавали и „обично“ писмено обавештење дужника. Проблем немогућности уступања будућих потраживања разрешен је доношењем специјалног закона 1991. год.[28] Немачка пракса је такође познавала институт факторинга; што се правне реализације факторинг посла тиче коришћен је доста компликован систем који се реализовао кроз оквирни уговор и више уговора о преносу потраживања са поверилаца на фактора; захваљујући компликованој уговорној структури није било великих захтева у погледу ефеката уступања према трећима. У САД факторинг посао је уређен одредбама UCC-а (Одељак 9–106). Фирма продавац прима од

26 В. Т. Рајчевић, *нав. дело*, стр. 427.

27 В. Т. Миленковић-Керковић, *нав. дело*, стр. 469.

28 Legge del 21 febbrai 1991, n. 52 sulla disciplina della cessione dei crediti d'impressa.

фактора новчана средства (финансирање) а као обезбеђење за примљена средства преноси на фактора своја (садашња и будућа) потраживања. Амерички систем је предвидео регистрацију. У Великој Британији за пуноважност уговора о факторингу тражи се писмено обавештење дужника, мада се ови захтеви, као и у неким континенталним земљама, све мање формализују, па се често и сама фактура сматра ваљаним обавештењем.

Из наведеног кратког приказа евидентно је да је у тржишно развијеним земљама, факторинг посао био уређен или специјалним законима, мада углавном спорадично (Француска, Италија), или су решења за факторинг посао проналажена у склопу постојећих трговинских или грађанских прописа (САД, Белгија). И неке (веома малобројне) земље у транзицији донеле су своје прописе о факторингу (Руска Федерација и Молдавија).

На међународном плану све до доношења UNIDROIT конвенције факторинг посао је био уређен само правилима обичајног и аутономног трговинског права. После спроведеног поступка међународне унификације који се одвијао под окриљем UNIDROIT-а 1988. год. у Отави је донета Конвенција о међународном факторингу.[29] Конвенција је ступила на снагу 1995. год.

Полазећи од великог броја постојећих модалитета Конвенција је дефинисала уговор о факторингу као уговор на основу кога се испоручилац обавезује да на фактора пренесе постојећа или будућа потраживања из уговора о продаји робе односно вршења услуга закључених између испоручиоца и његовог купца односно корисника услуга (дужника). Претпоставка је да се ради о трајним пословним односима између уговорних страна.

Конвенција је предвидела четири основне функције факторинга, то су финансирање испоручиоца, вођење књиговодства, наплата потраживања и заштита од пропуста у плаћању дужника. У складу са одредбама Конвенције фактор треба да врши бар две од четири наведене функције.

Конвенција је, као битан услов за постојање уговора о факторингу, истакла обавештавање дужника о преносу потраживања. У складу са одредбама Конвенције, испоручилац ће бити дужан да достави обавештење о преносу потраживања на фактора, али обавештење може доставити и фактор, по овлашћењу испоручиоца.[30]

29 Већ и из назива се види да се Конвенција односи само на међународне послове факторинга.

30 Одредбе Конвенције неће се односити на *non-notification factoring*, који је заправо банкарски кредит (есконт потраживања) код кога се потраживање користи као средство обезбеђења.; в. И. Спасић, М. Тодоровић, *нав. дело*, стр. 30.

Најзначајније одредбе Конвенције тичу се, наравно, права и обавеза уговорних страна. У складу са одредбама Конвенције могућ је пренос постојећих и будућих потраживања, а могуће је и уговарање глобалне цесије. Конвенција је, дакле, прихватила концепт цесије као начина преноса потраживања.

Једно од значајнијих решења из Конвенције односи се на споразуме о забрани преноса потраживања из основног посла (испоручилац-купац); овакви споразуми биће без дејства на факторинг посао. Увидом у одредбе Конвенције евидентно је да постоји правна независност између факторинга и уговора о продаји; питање одговорности испоручиоца према дужнику за повреду основног уговора, у случају уступања потраживања, не би утицала на сам факторинг посао.

Што се тиче правног односа између фактора и дужника у Конвенцији, овај потоњи има права да истиче све приговоре (према фактору) које је могао да истиче и према првом повериоцу (испоручиоцу).

Када се говори о нормативном уређивању факторинг посла треба поменути и извесне иницијативе на том плану покренуте у Србији. Предлог нормативног уређења факторинга коинцидирао је са иницијативама за доношењем целовитог текста Грађанског законика у Србији. Тако је факторинг посао (уз још неколико значајнијих уговора насталих у пословној пракси), конципиран у делу (будућег) законика који се односи на нове привредне уговоре.[31] Текст (будућег) Грађанског законика конципирао је алтернативно дефиницију факторинг уговора (ужа и шира варијанта[32]) имајући у виду различите облике факторинг послова.

Понуђени текст утврђује садржину факторинг уговора, утврђујући који су елементи (који чине садржину) битни а који не.[33] У складу са понуђеним текстом обавезном формом уговора о факторингу се сматра писмена форма. Понуђени текст (будућег) законика је предвидео да се могу уступати постојећа или будућа потраживања (одређена или одредива), при чему је тачно прецизирао који се моменат сматра моментом уступања постојећих[34] а који будућих потраживања.[35]

---

31 Текст предлога (будућег) Грађанског законика објављен је у часопису *Правни живот*, бр. 11/2007, стр. 300–307.

32 Шира варијанта има у виду решења UNIDROIT Конвенције о факторингу, која има у виду четири функције факторинга од којих морају конкретно постојати бар две.

33 Битнима се сматрају утврђивање уговорних страна, одређивање потраживања која се преносе, утврђивање момента доспелости потраживања, начина, времена и места плаћања, као и накнаде коју фактор наплаћује за своје услуге.

34 Моменат закључења уговора о факторингу.

35 Моментом уступања будућих потраживања сматра се моменат њиховог настанка, ако уговором није другачије одређено.

На основу понуђених законских одредаба клаузуле о забрани уступања потраживања неће имати дејства у односима између клијента и фактора. Предложени текст закона је предвидео права фактора на наплату и сношење ризика у вези са наплатом (у зависности од врсте факторинг посла односно обима потраживања која се уступају). Законски текст је предвидео и одговорности клијента за постојање уступљеног потраживања као и његову наплативост. Што се тиче обавештавања дужника, предложени текст је утврдио да су клијент или фактор (по овлашћењу дужника), обавезни да обавесте дужника о извршеном уступању; уколико би дошло до пропуста у обавештавању дужника овај не би био у обавези да изврши исплату фактору, али његова обавеза према испоручиоцу би остала на снази. Коначно, у складу са одредбама предложеног законског текста, дужник би могао да истиче фактору све оне приговоре које би могао истицати и према испоручиоцу.

Предложене одредбе (будућег) националног прописа (уколико остану у тој форми) углавном следе уобичајену пословну праксу и решења из UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу.

Док се не конципира и усвоји текст Грађанског законика у Србији ће се и даље (посредно) користити прописи о банкарским пословима као и правила аутономног трговинског права (општи услови пословања, типски уговори и сл.). Конвенција UNIDROIT-а о међународном факторингу у Србији још није ратификована, што би свакако требало што пре учинити.

VI Уговор о форфетингу

Исто као факторинг и форфетинг посао може бити облик финансирања коришћен у привреди. Форфетинг посао (односно уговор о форфетингу или форфетирању) користи се искључиво у међународним пословним трансакцијама, за разлику од факторинга који се користи како у домаћим тако и у међународним пословним трансакцијама.

У послу (међународног) форфетинга увек учествују домаћи извозник (продавац), банкарска установа-форфетер и инострани купац (увозник). Поред ових „главних" субјеката учесника у послу могу суделовати и други привредни субјекти, пре свега банка увозник (која обавља одређене послове у вези са форфетирањем), посредничка банка итд.

Привредни (банкарски) посао форфетинга се састоји у продаји дугорочних спољнотрговинских потраживања;[36] код овог сложеног правног посла извозник (клијент, продавац) продаје (уз одговарајући дис-

36 В. С. Царић, М. Витез, Ј. Веселиновић, *нав. дело*, стр. 250; исто М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 293.

конт) банци или специјализованој институцији своје спољнотрговинско потраживање (потраживање према иностраном купцу), које није оптерећено могућношћу регресних захтева. Форфетинг представља специфичан вид финансирања будући да продавац (извозник), продајући недоспело спољнотрговинско потраживање, одмах добија новчана средства (која су му неопходна за пословање), а форфетер (финансијска институција) добија одговарајућу накнаду (по основу уговора о форфетингу) и наравно недоспело потраживање које је „откупио". Код форфетинг посла форфетер се одриче права на регрес према клијенту (продавцу) у случају да откупљено потраживање остане ненеплаћено; одрицање од права на регрес представља битну специфичност овог посла.[37]

Комитент је, са своје стране, дужан да банци (форфетеру) преда одговарајуће исправе о дугу, као и да јој исплати трошкове, провизију и есконтну камату (које представљају дисконт).

Предмет уговора о форфетингу је увек дугорочно потраживање, које мора бити обезбеђењено неким од уговорних средстава обезбеђења.[38]

Ризик (не)наплате потраживања сноси банка форфетер која се, приликом закључења уговора, одрекла права на регрес од свог клијента.

Потраживања која су предмет уговора о форфетингу потичу најчешће из уговора о испоруци опреме или комплетних индустријских објеката и уређаја, или извођења инвестиционих радова у иностранству или других сличних уговора са трајним извршавањем престације.

Што се особина уговора о форфетингу тиче овај уговор је двострано обавезан и теретан, закључује се *intuitu personae* (од значаја је персоналитет лица са којим се закључује уговор). Уговор о форфетингу је формалан и формуларан. Уговор о форфетингу има у себи елементе алеаторности будући да форфетер преузима ризик наплате будућег, недоспелог, дугорочног потраживања; ризик је и увећан чињеницом да се форфетер одриче права на регрес према клијенту (продавцу потраживања).[39]

Што се тиче сличности и разлика са другим уговорима већ је истакнуто да форфетинг има највише сличности са уговором о факторингу, оба уговора представљају инструменте реализације банкарских послова код којих се цедирају потраживања у циљу прибављања финансијских средстава за кредитирање извоза, разлику представља чињеница да

37 Одатле заправо потиче назив овог посла – *forfeit* – одрицање (од права на регрес).

38 В. Капор, Царић, *Уговори робног промета*, Нови Сад, 2007, стр. 541.

39 О алеаторности форфетинг уговора и његовим евентуалним сличностима са пословима осигурања видети код Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 69 и даље.

се код факторинга преносе потраживања која доспевају за плаћање у оквиру традиционалних 60, 90 и 180 дана (краткорочна потраживања) а код форфетинга се ради о преносу дугорочних потраживања (са роком доспећа између 6 месеци и 6 година). Код факторинга се обично уступају сва потраживања једног клијента „глобална цесија" док се код форфетинга уступа искључиво појединачно потраживања. Потраживање код форфетинга мора бити обезбеђено неким од средстава уобичајеног уговорног обезбеђења потраживања. Код форфетинга форфетер се одриче права на регрес према клијенту уколико не наплати откупљена потраживања; код факторинга одрицање од права на регрес је могуће (*del credere факторинī),* али није обавезно као код форфетинга. Извесне сличности постоје и између уговора о ексонтном кредиту и уговора о форфетингу. Код оба уговора висина камате зависи од понуде и тражње новчаних средстава на финансијском тржишту, са том разликом што на висину камате код форфетинга утичу и други чиниоци, пре свега степен ризика који преузима банка форфетер, бонитет трећег лица (дужника-цезуса), врста обезбеђења потраживања и сл. Код есконтног кредита степен ризика банке је сведен на бонитет саме хартије од вредности. Уговором о есконтном кредиту финансирају се иначе искључиво краткорочна потраживања (као код факторинга) за разлику од форфетинга код кога се ради о дугорочном потраживању.[40]

VII Начини преноса (уступања) потраживања код форфетинга

(Дугорочно) потраживање код уговора о форфетингу може да се пренесе (уступи) на три начина: цесијом, откупом меничног потраживања и преносом документарног акредитива.

Пренос потраживања цесијом представља заправо замену повериоца при чему потраживање које је предмет уговора о форфетингу остаје непромењено. У овом случају важе општа правила о грађанскоправној цесији (уступању потраживања).

У међународној банкарској пракси форфетирање се врши најчешће путем откупа меничног потраживања. За разлику од цесије која је доста једноставна и неспорна код откупа меничног потраживања може да се јави проблем, наиме, у земљама женевског меничног система, није дозвољено уношење меничне клаузуле „без регреса" у трасирану меницу; будући да је одрицање од регреса битни елемент посла форфетирања овај облик уступања потраживања примењује се код сопствених мени-

40 О сличностима и разликама форфетинга и других уговора опширније видети код Капор, Царић, *нав. дело*, стр. 548 и даље; исто Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 7.

ца (код којих је употреба клаузуле „без регреса“ дозвољена) или пак коришћењем англоамеричких меница код којих је употреба клаузуле „без регреса“ такође допуштена.

Потраживање из уговора о форфетингу може да се пренесе и путем документарног акредитива, своје право у погледу куповне цене испоручене робе или извршене услуге комитент може да пренесе на банку форфетера путем документарног акредитива ако је овакав начин предвиђен у финансијској клаузули уговора о купопродаји (извозном послу). У време доспелости плаћања форфетер подноси акредитивној банци документа којима доказује да су испуњени сви услови за исплату акредитивног износа. Комитент преноси на банку форфетера акредитив и на тај начин финансира посао.[41] Да би акредитив могао да се пренесе потребно је да се са тим сложе сви учесници у акредитивном послу.

VIII Нормативно уређење форфетинг посла

За разлику од многих уговора творевина аутономне пословне праксе који су, у већој или мањој мери, уређени у упоредном праву као и међународним унификацијским инструментима, уговор о форфетингу није регулисан у упоредном праву (нити међународно). Будући да је овај уговор творевина банкарске и пословне праксе на њега се примењују правила аутономног међународног трговачког права, општи услови пословања (форфетинг организација), типски и формуларни уговори као и одговарајуће норме трговинског и облигационог права (земаље чије право је меродавно у одређеном конкретном уговорном односу).

41 Опширније код Б. Павићевић, *нав. дело*, стр. 73.

***Ivanka* SPASIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law, University "Business Academy", Novi Sad

ASSIGNMENT OF SHORT TERM AND LONG TERM CLAIMS AS A METHOD OF FINANCING IN BUSINESS PRACTICE (Factoring and Forfeiting Contracts)

Summary

One of the key problems of business practice is how to provide financial means. Among many possibilities (like credit for example) modern business practice find out the assignment of short term and long term claims as a very good source for providing the necessary financial means. The assignment of short term and long term claims represent the special "technique or method" of financing in modern banking practice. This special method is realised by factoring and forfeiting contracts.

In this article the autor is analizyng special characteristics of factoring and forfeiting contracts.

Key words: *short term claim, long term claim, factoring, forfeiting.*

***Ружа* УРОШЕВИЋ**
судија Управног суда

ОДБАЦИВАЊЕ РЕГИСТРАЦИОНЕ ПРИЈАВЕ

Резиме

Доношењем закључка о одбацивању регистрационе пријаве Регистратор је решио по пријави. Достављање документације прописане Законом, која уз пријаву није достављена и подношење усаглашене регистрационе пријаве, не представља уређење захтева – поднеска из члана 58 Закона о општем управном поступку, већ подношење нове регистрационе пријаве којом се покреће нови поступак за регистрацију података из регистрационе пријаве. Предност овакве поступка је у томе што су трошкови новог поступка упола мањи и што се подносиоцу пријаве гарантује приоритет раније поднете пријаве.

Кључне речи: *регистрациона пријава, недостаци, закључак, усаглашена пријава, жалба.*

Поступак регистрације привредних субјеката, почев од подношења регистрационе пријаве Агенцији за привредне регистре, па до објављивања регистрованих података, прописан је Законом о регистрацији привредних субјеката[1] (у даљем тексту: Закон). Иако овим Законом није прописано да ће се на питања поступка која њиме нису регулисана примењивати правила поступка прописана Законом о општем управном поступку, у пракси је чест случај да се у поступку регистрације привредних субјеката сходно примењују правила општег управног поступка, па чак и кад нема услова за сходну примену овог закона.

1 *Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005.

I Решавање Регистратора

Регистратор решава по поднетој регистрационој пријави решењем или закључком. Закључком одбацује регистрациону пријаву, с тим што, по изричитој одредби Закона, не може да одбаци регистрациону пријаву ако је поднета у складу са Законом. Закључак о одбацивању регистрационе пријаве доноси Регистратор у року од пет дана од дана подношења пријаве, ако утврди да нису испуњени услови из члана 22 Закона, и то:

- да није надлежан да поступа по регистрационој пријави;
- да је пријаву поднело неовлашћено лице;
- да пријава не садржи све податке у складу са овим Законом;
- да уз регистрациону пријаву није приложена сва документација утврђена Законом;
- да уз регистрациону пријаву није приложен доказ о уплати накнаде за регистрацију;
- да подаци који су унети у регистрациону пријаву нису истоветни са подацима у документацији приложеној уз пријаву; и
- да уз регистрациону пријаву није поднета сагласност која је законом прописана као услов за тражену регистрацију.

У пракси су најчешћи случајеви одбацивања регистрационе пријаве због тога што је пријаву поднело неовлашћено лице, што уз пријаву није приложена сва документација утврђена Законом, или што уз регистрациону пријаву није поднета сагласност која је законом прописана као услов за тражену регистрацију.

II Подношење пријаве од неовлашћеног лица

У пракси су чести случајеви одбацивања регистрационе пријаве са разлога што је пријаву поднело лице које није овлашћено за подношење. Вероватно постоје и случајеви усвајања захтева из регистрационе пријаве коју је поднело неовлашћено лице, но међу њима је свакако јединствен случај усвајања захтева из регистрационе пријаве коју је поднео, и захтев из пријаве усвојио, сам Регистратор.

„Из списа предмета се види да су решењем првостепеног органа БД. 130286/2006 од 25.7.2006. године регистроване промене података о тужиоцу, као привредном субјекту уписаном у Регистар привредних субјеката и то: промена оснивачког капитала привредног друштва и промена оснивача. У уводу и образложењу овог решења наведено је да је решење донео регистратор, решавајући по службеној дужности, а у

диспозитиву решења је констатовано да се усваја захтев подносиоца регистрационе пријаве и да се у Регистар привредних субјеката региструју промене података о тужиоцу, као привредном субјекту уписаном у Регистар привредних субјеката. У списима предмета се налази потврда Агенције за привредне регистре Републике Србије о примљеном захтеву за промену података Привредног друштва у Регистар бр. 130286, којом се потврђује да је регистратор ММ дана 25.7.2006. године поднео регистрациону пријаву под наведеним бројем за промену података Привредног друштва „ЗТ“ (промена основног капитала и промена оснивача) у Регистар привредних субјеката. У списима се налази и поднесак Акцијског фонда Републике Србије бр. 5384-2/06 од 23.6.2006. године, насловљен Агенцији за привредне регистре, господину ММ, у коме је наведено да се, информисаности ради, у прилогу доставља допис Акцијског фонда од 23.6.2006. године упућен „ЗТ“ Д.О.О. Златибор, везано за Скупштину друштва заказану за 24.6.2006. године. Првостепено решење БД. 130286/2006 од 25.7.2006. године, донето је с позивом на одредбе чл. 23 и 25 Закона о регистрацији привредних субјеката (*Службени ґласник РС*, бр. 55/04, 61/05), а решење је потписао регистратор ММ.

Код оваквог стања ствари, Врховни суд Србије налази да је диспозитив првостепеног решења супротан уводу и образложењу тог решења, да је решење донето супротно одредбама чл. 23 и 25 Закона о регистрацији привредних субјеката, којима је прописано да се решењем усваја захтев из регистрационе пријаве, ако су испуњени услови за регистрацију из члана 22 овог Закона и да регистратор у року од 5 дана од дана подношења регистрационе пријаве доноси решење којим се захтев из регистрационе пријаве усваја и регистрацију без одлагања спроводи у Регистар.

Из садржине цитираних одредби Закона о регистрацији привредних субјеката не произлази овлашћење регистратора да по службеној дужности одлучује о упису података у Регистар, нити из одредбе члана 10 и 18 истог Закона произлази овлашћење регистратора да подноси регистрационе пријаве за упис у регистар података о привредним субјектима.

Изложене неодостатке првостепеног поступка тужени орган у оспореном решењу није правилно оценио и отклонио, већ је нашао да су се стекли услови из члана 27 став 6 тачка 3 Закона о регистрацији привредних субјеката да се жалба одбије. У образложењу оспореног решења тужени орган се позвао на одредбе члана 5 став 1 и члана 8 Закона о општем управном поступку, којима је прописана обавеза органа који поступају у управним стварима да решавају на основу овог закона и других прописа, као и да у поступку утврде све одлучне

чињенице. Тужени орган се, такође, позвао и на одредбу члана 22 Закона о регистрацији привредних субјеката, којом је прописано да, по пријему регистрационе пријаве, регистратор, између осталог, проверава да ли регистрациона пријава садржи све податке у складу са овим законом и да ли је уз регистрациону пријаву приложена сва документација утврђена законом цитирајући при том и одредбу члана 25 став 1 истог Закона, којом је прописано да ако регистратор утврди да су испуњени услови за регистрацију из члана 22 овог Закона, доноси решење којим се захтев из регистрационе пријаве усваја и регистрација без одлагања спроводи у Регистар. Истовремено, тужени орган у образложењу решења констатује да је првостепени орган по службеној дужности донео ожалбено решење, којим је у Регистар привредних субјеката уписао промену оснивача и капитала на основу решења Министарства за привреду и приватизацију бр. 693-1/2000-23 од 2.4.2002. године, по обавештењу упућеном Агенцији за привредне регистре од стране Акцијског фонда Републике Србије дана 25.7.2006. године, које се не налази у списима предмета, не наводећи прописе из којих произлази овлашћење регистратора да о упису ових промена одлучује по службеној дужности.“[2]

III Недостављање документације утврђене законом

Према одредби члана 5 Закона у Регистар се уписује оснивање, повезивање и престанак привредног субјекта, статусне промене и промене правне форме тог субјекта, подаци о привредном субјекту од значаја за правни промет, подаци у вези са поступком ликвидације и стечајним поступком, као и други подаци одређени законом. У члану 6 су таксативно наведени подаци о привредном субјекту које Регистар обавезно садржи, подаци које Регистар садржи уколико они постоје, подаци које Регистар садржи када је у питању страно физичко или правно лице, као и подаци које Регистар може да садржи, ако то захтева привредни субјект. Како је реч о веома значајним подацима о привредном субјекту који се уносе у регистрациону пријаву, неопходно је да ови подаци буду документовани, односно да произлазе из документације утврђене законом која се доставља уз регистрациону пријаву.

Регистратор, према одредби члана 22 ст. 2 Закона, није овлашћен да испитује веродостојност докумената достављених уз регистрациону пријаву, али јесте овлашћен да закључком одбаци регистрациону пријаву ако утврди да уз регистрациону пријаву није приложена сва документација утврђена законом.

2 Пресуда Врховног суда Србије У. 1166/07 од 18.6.2009. године.

„Наиме, из образложења оспореног решења и списа предмета произлази, а тужилац не спори, да уз регистрациону пријаву за превођење привредног субјекта у Регистар привредних субјеката који се води код Агенције за привредне регистре, није приложио доказ да је у регистарски уложак бр. 1-6523-00 Трговинског суда у Нишу, уписано усклађивање привредног субјекта са Законом о предузећима, што је била законска обавеза тужиоца, као подносиоца пријаве, сходно чл. 442 ст. 3 истог Закона, нити је поступио по позиву првостепеног органа да поднету пријаву допуни у року од 5 дана, тако што ће доставити недостајућу документацију – решење Трговинског суда у Нишу о усаглашавању организације пословања са Законом о предузећима и Законом о класификацији делатности и о регистру јединица разврставања, односно уколико такву документацију не поседује, да достави документацију о усклађивању организације и пословања, сходно чл. 452. Закона о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 125/04). Стога је правилно, и по оцени овога суда, одлучио првостепени орган када је закључком одбацио захтев тужиоца, као подносиоца регистрационе пријаве за регистрацију превођења привредног субјекта, због неиспуњености услова из чл. 22 ст. 1 Закона о регистрацији привредних субјеката.“[3]

„Из образложења оспореног решења и списа предмета произлази да тужилац уз регистрациону пријаву за упис промене правне форме привредног субјекта „Д“ АД С. М. није приложио документацију у смислу члана 64 став 2 Закона о регистрацији привредних субјеката, којим је прописано да се на регистрациону пријаву из става 1 тог члана сходно примењује одредбе Закона о регистрационој пријави оснивања одговарајуће правне форме привредног субјекта, у овом случају одредбе које се односе на оснивање ДОО, а према којима је тужилац био дужан да првостепеном органу достави документацију из члана 35 став 1 поменутог Закона, односно да приложи доказ о идентитету оснивача, уговор о оснивању са овереним потписима оснивача, већ је приложио само одлуку Скупштине акционара о промени правне форме из члана 64 став 1 Закона о регистрацији привредних субјеката, одлуку Скупштине акционара о измени оснивачког акта из члана 430 став 5 Закона о привредним регистрима и одлуку о именовању заступника из члана 35 став 1 тачка 5 Закона о регистрацији привредних субјеката. Стога је правилно, и по оцени овог суда, одлучио првостепени орган када је закључком одбацио захтев тужиоца, као подносиоца регистрационе пријаве, за упис промене правне форме привредног субјекта, због неиспуњености услова из члана 22 став 1 Закона о регистрацији привредних субјеката.“[4]

3 Пресуда Врховног суда Србије У. 4687/07 од 6.3.2009. године.

4 Пресуда ВСС бр. У 7173/07 од 15.10.2009. године.

IV Недостављање сагласности

Уколико је посебним законом предвиђена претходна сагласност или изјашњење неког органа, као услов за регистрацију, а таква сагласност није приложена уз регистрациону пријаву, Регистратор ће одбацити регистрациону пријаву, јер нису испуњени услови за регистрацију, прописани одредбом члана 22 ст. 1 тач. 8 Закона.

Међутим, има случајева у којима претходна сагласност или изјашњење, као услов за регистрацију, нису изричито прописани законом или се на конкретан случај те законске одредбе не могу применити. То отвара Регистратору простор за процену и давање погрешних разлога за одбацивање регистрационе пријаве, чак и у ситуацији када је министарство надлежно за послове привреде, као другостепени орган у поступку регистрације привредних субјеката, претходно званично дало супротно мишљење.

„Одредбом члана 421а Закона о предузећима (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96... 36/02), која је остала на снази према одредби члана 456 Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/04) прописано је да се одлуке о статусним променама и променама облика предузећа које послује већинским друштвеним капиталом не могу доносити без претходне сагласности Владе републике чланице и да су одлуке донете супротно овој одредби, ништаве.

Обзиром на утврђено чињенично стање и наведене законске одредбе и уз позив на одредбу члана 16 став 2 тачка 1 и члана 22 став 1 Закона о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/04 и 61/05), којима је прописано која се документација прилаже уз пријаву и какво је поступање првостепеног органа по пријави, тужени орган је одбио жалбу тужиоца уз образложење да тужилац уз пријаву није приложио претходну сагласност Владе Републике Србије на одлуку о промени облика (правне форме) друштвеног предузећа, да мишљење Министарства привреде није битно и да је претходна сагласност Владе Републике Србије потребна у сваком случају када друштвено предузеће које послује већинским друштвеним капиталом, доноси одлуке о статусној промени или промени облика (правне форме) а да је без значаја будући облик организовања (да ли је то неки облик привредног друштва или задруге).

Одредбе наведеног члана 421а Закона о предузећима односе се на одлуке о статусним променама и променама облика предузећа. Према одредби члана 377 и чл. 378 став 1 и чл. 426 Закона о привредним друштвима, под реорганизацијом привредног друштва у смислу овог закона подразумева се статусна промена привредног друштва и проме-

на правне форме привредног друштва. Под статусном променом привредног друштва у смислу овог закона подразумева се спајање, подела и одвајање, а промена правне форме је прелазак из једне правне форме у другу, у складу са овим законом.

Обзиром на наведену одредбу Закона о предузећима и наведене одредбе Закона о привредним друштвима, не би се могао прихватити закључак туженог да је свака промена у друштвеном предузећу статусна промена у смислу одредаба Закона о привредним друштвима јер је организовање друштвеног предузећа у земљорадничку задругу предвиђено посебним законом, Законом о задругама и то одредбом члана 92. Према овој одредби, предузеће или делови предузећа која су настала на основама ранијих задруга могу са личним изјашњавањем њихових радника, задругара и кооперанта, организовати у задругу у складу са одредбама овога закона (а не неког другог закона). То су друштвена предузећа чије је порекло у целини или делимчно, задружно у која је задруга ранијим статусним и организационим променама задруге, унела своју имовину.

Из напред наведеног произлази да се организовање друштвеног предузећа у задругу врши према одредби члана 92 Закона о задругама у складу са одредбама Закона о задругама, а упис задруге у Регистар привредних субјеката, по одредбама Закона о регистрацији привредних субјеката.“[5]

„Осим тога, обавеза подносиоца пријаве да приложи изјашњење Акцијског фонда, у конкретном случају, и не постоји. Одредбом члана 8а став 2 Закона о Акцијском фонду (*Службени ɪласник РС*, бр. 38/2001 и 45/2005) прописано је, између осталог, да право гласа по основу акција које су пренете Акцијском фонду, Акцијски фонд користи приликом доношења одлуке о реорганизацији акционарског друштва. Одредбом члана 377 Закона о привредним друштвима (*Службени ɪласник РС*, бр. 125/2004) прописано је да се под реорганизацијом привредног друштва, у смислу тог закона, подразумева статусна промена привредног друштва и промена правне форме привредног друштва. Под статусном променом се, у смислу члана 378 истог Закона, подразумева спајање, подела и одвајање, а под променом правне форме, у смислу члана 426 тог Закона, прелазак из једне правне форме у другу. Правне форме привредних друштава су дефинисане у члану 2 став 1 истог Закона, као ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво (отворено и затворено). Како из наведених одредаба закона произлази да Акцијски фонд учествује само у одлучивању о реорганизацији, а пренос удела са једног члана друшт-

5 Пресуда ВСС У. 1349/07 од 16.1.2008. године.

ва на другог не представља реорганизацију привредног друштва, то изјашњење Акцијског фонда о коришћењу права гласа, не представља услов за упис тражене промене у Регистар привредних субјеката, као ни разлог за одбијање жалбе тужиоца. У прилог наведеном је и одговор Акцијског фонда Републике Србије упућен тужиоцу 16.7.2007. године, у коме се наводи да пренос удела са једног члана друштва на другог члана друштва није у вези са коришћењем права гласа Акцијског фонда који исти црпи из члана 8а Закона о Акцијском фонду, те да у предметној ствари Акцијски фонд ни на који начин није инволвиран."[6]

Изненађује чињеница да је у наведеним случајевима и другостепени орган, у поступку по жалби, у потпуности игнорисао своје, претходно дато мишљење у истој правној ствари, као и мишљење надлежног органа да његово изјашњење није потребно, односно да не постоји законска обавеза подносиоца пријаве да приложи тражено изјашњење, па је подносиоцу пријаве остала на располагању једино судска заштита.

Регистратор у образложењу закључка којим одбацује пријаву наводи разлоге за одбачај регистрационе пријаве и истим закључком оставља рок од пет дана подносиоцу пријаве да отклони утврђене недостатке (достави потребну документацију или сагласност) и поднесе усаглашену пријаву. У поуци о правном леку подносиоцу пријаве оставља рок од осам дана за изјављивање жалбе против закључка. И тада су подносиоци пријаве у великој дилеми, да ли да усагласе пријаву или изјаве жалбу, обзиром да су рокови веома кратки и да се преклапају, па ће у случају да и усаглашена пријава не буде прихваћена пропустити рок за изјављивање жалбе против закључка.

Верујући да је у питању уређење захтева (пријаве) из члана 58 Закона о општем управном поступку, подносиоци пријаве најчешће уз допис достављају Регистратору недостајућу документацију, и наводе да се тај акт има сматрати жалбом уколико захтев из регистрационе пријаве не буде усвојен. Регистратор тада прослеђује жалбу подносиоца пријаве органу надлежном за одлучивање по жалби, без доношења било какве одлуке по усаглашеној пријави, ризикујући пропуштање рока од пет дана за одлучивање, са правним последицама које нерешавање по регистрационој пријави производи у смислу члана 26 Закона (сматра се да је захтев из регистрационе пријаве усвојен и Регистратор је дужан да тражену регистрацију без одлагања спроведе у Регистар).

Како се ради о озбиљним последицама до којих може довести овакво поступање подносиоца регистрационе пријаве и Регистратора, чини се оправданим да се овом правном питању посвети дужна пажња.

---

6 Пресуда Управног суда 9У 919/10 (2007) од 11.2.2010. године.

V Поступак другостепеног органа

Доношењем закључка по поднетој регистрационој пријави Регистратор је решио по тој пријави тако што је пријаву одбацио. Против таквог закључка дозвољена је жалба министру надлежном за послове привреде, и у тој жалби подносилац пријаве не може да се позива на податке које није унео у регистрациону пријаву, нити на документацију коју уз пријаву није доставио. Аналогно томе, ни другостепени орган, када одлучује по жалби, не може да утврђује друге разлоге за одбачај пријаве, већ само да цени да ли су постојали разлози на које се Регистратор позвао у образложењу закључка, а који воде доношењу одлуке о одбацивању пријаве. У противном, другостепени орган би сам одлучивао о одбацивању пријаве у жалбеном поступку, за шта нема законско овлашћење. Према одредби члана 27 став 6 Закона министар може: да одбаци жалбу изјављену против закључка; да поништи побијани закључак и усвоји захтев из пријаве и да одбије жалбу као неосновану. У случају када одбија жалбу као неосновану, министар цени основаност жалбе, а не основаност регистрационе пријаве, па разлози за одбијање жалбе не могу бити разлози због којих се регистрациона пријава одбацује.

Са ових разлога је Управни суд уважио тужбу и поништио решење Министарства економије и регионалног развоја и у образложењу пресуде навео:

„По оцени Управног суда тужени орган је повредио правила поступка када је одлучивао о жалби тужиоца, која му је погершно достављена, будући да је тужилац алтернативно поставио захтев, односно свој поднесак је означио као жалбу само у случају да његова усаглашена пријава буде одбачена. Осим тога, тужени орган није оценио основаност жалбе изјављене против закључка Регистратора о одбачају пријаве, нити је за одбијање жалбе дао разлоге. Разлог којим се руководио тужени орган приликом доношења решења, не тиче се жалбом оспореног закључка, већ представља разлог за одбацивање регистрационе пријаве, који је могао да користи само Регистратор у поступку одлучивања по пријави, а не и тужени орган у поступку одлучивања по жалби, јер му Закон не даје такво овлашћење.“[7]

VI Уместо закључка

Код оваквог стања ствари, поставља се питање чему давање налога и остављање рока од пет дана за достављање документације која није поднета уз регистрациону пријаву која је одбачена, односно о којој ће коначно бити одлучено у жалбеном поступку?

7 Пресуда Управног суда 9 У 919/ (2007) од 11.2.2010. године.

Овде најпре треба рећи да је доношењем закључка о одбацивању регистрационе пријаве одлучено о захтеву подносиоца пријаве. Давањем разлога за одбачај пријаве у образложењу закључка и остављањем рока од пет дана за достављање неопходне документације прописане Законом и подношење усаглашене пријаве, Регистратор није наложио уређење поднеска, у смислу члана 58 Закона о општем управном поступку, зато што поднесак (пријава) садржи неки формални недостатак који спречава поступање по поднеску или је неразумљив или непотпун.

Напротив, он је пријаву одбацио и упутио странку на подношење нове, усаглашене пријаве, којом се покреће нови поступак. Право на подношење нове пријаве странка има и без упућивања од стране Регистратора и мимо остављеног рока од пет дана, по правилима општег управног поступка, јер закључак о одбацивању пријаве не стиче материјалну, него формалну правноснажност. Међутим, подношење усаглашене пријаве у том року, пошто су отклоњени утврђени недостаци, омогућава подносиоцу пријаве да задржи приоритет раније поднете пријаве, који може бити од великог значаја у случају сукоба интереса у вези са регистрациојом података, будући да је једно од основних начела регистрације привредних субјеката и начело приоритета, према којем у сукобу интереса у вези са регистрацијом података приоритет има раније поднета регистрациона пријава.

Осим задржавања приоритета раније поднете пријаве, ове две пријаве (раније поднету и усаглашену) на први поглед ништа не везује. Поступак по усаглашеној пријави се спроводи по истим правилима као и по раније поднетој пријави и у истим роковима. Захтев из пријаве може бити усвојен или пријава одбачена, а у случају недоношења одлуке по пријави у року од пет дана такође ће се сматрати да је захтев из пријаве усвојен. Међутим, износ накнаде за одговарајућу регистрацију код подношења усаглашене пријаве се умањује за 50%, у односу на накнаду по раније поднетој пријави, а усаглашена пријава не би могла бити одбачена са истих разлога са којих је одбачена ранија поднета пријава, ако је подносилац пријаве отклонио све недостатке које је утврдио Регистратор и навео их у образложењу закључка којим је раније поднету пријаву одбацио.

***Ruža* UROŠEVIĆ**
Judge of the Administrative Court

REJECTION OF THE REGISTRATION APPLICATION

Summary

By bringing a conclusion to reject the registration application, Registrator has decided about the application. Providing necessary documentation proscribed by the law along with registration application, shall not be considered as an application revision, according to article 58 of Administrative proceedings Law, and therefore it is a new registration application. The advantage of filing the new application in the line with a Conclusion of rejection is lower fee and priority right.

Key words: *registration application, conclusion, compilant application, appeal.*

др *Томица* ДЕЛИБАШИЋ
Београд

ПРОПИСАНИ ЦАРИНСКИ ПОСТУПЦИ СА РОБОМ

Резиме

Систем царинске контроле робе значајан је са аспекта царинског подручја на које се односи. Иако је то, на известан начин, елемент спречавања неограниченог слободног промета робе, значајан је са аспекта заштите тог промета, у односу на друге системе. Уједначавање решења нашег законодавства са правом ЕУ неминовно је, оно подразумева прихватање и трансплантацију одређених института, али и посебан законодавни рад на уградњи тих решења, јер није није добро просто превођење законских текстова. Царински поступци су разрађени у нашем закону, али су бројна питања неосновано препуштена подзаконској регулативи. Зато је потребан рад на доради законских решења. При том је потребно отклонити поједине нејасности законске регулативе.

Кључне речи: *царински поступак, контрола, слободан промет, тржиште, царинска роба.*

I Царинско подручје и контрола робе

Контрола увоза и извоза робе са одређеног подручја у друго подручје подразумева постојање тржишног система који захтева царинску контролу у односу на друга подручја, која су изван тог система. Ово је несумњиво вид ограничења трговине, промета робе и услуга, али неминовно постоји, јер различити државни и привредни системи не

могу постати равноправна и једнолика целина, без озира на настојање да се разлике превазилазе. О неравноправном третману и монополском понашању ових система, нећемо овом приликом. Овде се ради о границама пре свега тржишних система, које се не морају поклапати са државним границама, или не са свим тим границама. Државне и царинске границе ће се у правилу подударити, али то неће бити код царинских унија, савеза, где границе држава имају различите царинске третмане. И царински савези и уније имају потребу за царинском регулативом, посебно када се ради о трговини са трећим државама. Зато се царински прописи тичу територије на којој се примењују, али се у правилу тичу државне територије, ограничене царинском линијом, или територија више држава које имају споразум о заједничком царинском подручју, те односа са државама изван тог подручја. Царинско подручје подразумева контролу увоза и извоза, као и транзита робе, па су са тог аспекта мере царинског надзора и контроле значајан фактор да се тај циљ постигне.

II Појам „царински дозвољеног поступања или употребе робе“

Царинска контрола подразумева читав комплекс царинских поступака са робом, где је општи поступак царињење робе, али постоји читав низ других посебних поступака, па можемо говорити о општим и посебним царинским управним поступцима. Овде нас интересује структура тих поступака, а посебно шта у том контексту значи формулација нашег Царинског закона[1] о царински дозвољеном поступању са робом. Тачније, на више места се говори о одређивању царински дозвољеног поступања или употребе робе, што је недовољно јасна законска формулација, бар са становишта нашег језика. Читав део Царинског закона (чл. 86–190) носи наслов: Царински дозвољено поступање или употреба робе. Пре овог дела, регулишу се царинско подручје, царински пограничнi појас, царински прелаз, царинска роба, надзор и контрола, обавеза плаћања увозних дажбина, примена међународних уговора, вођење управног поступка, право заступања, обавештења о примени прописа, увозне дажбине, царинска вредност и порекло робе, декларисање робе. Но још пре дела четвртог (чл. 86–190), који је насловљен као царински дозвољено поступање или употреба, глава IV (чл. 77–82) говори о обавези одређивања царински дозвољеног поступања или употребе, где се говори о сажетој декларацији и привременом смештају робе, а изван тога у глави VI је само једна одредба (члан 83), о поступку транзита робе, па би из тог произлазило да поступак транзита, по цитираној

1 *Службени їласник РС*, бр. 73/2003, 61/2005, 85/2005, 62/2006.

одредби и њеној систематици, није у оквиру појма царински дозвољеног поступања или употребе робе, иако из даљих законских одредби супротно произлази, о чему ће бити речи. То говори о несистематичном законском приступању овом питању, па и да се појам царински дозвољеног поступања или употребе робе употребљава на непрецизан и чак контадикторан начин. Уз то појам царински дозвољено поступање или употреба,[2] ако се оба појма везују за робу, није довољно језички изнијансирана конструкција, па желимо да ово питање анализирамо, али то нас доводи до класификације царинских поступака са робом, као и утврђивању порекла и смисла самог појма.

Претходно да видимо шта Царински закон регулише изван наведног појма, и након одељка о ком је реч. Следе одредбе о ослобођењу од плаћања увозних дажбина, повраћају робе, производима морског риболова, царинском дугу и обрачуну увозних дажбина, мерама за заштиту интелектуалне својине на граници, као и одредбе о надлежности, организацији и раду царинске службе.

То значи да се под појам одређивања царински дозвољеног поступања или употребе робе подводе значајне ствари, бројни царински поступци, о чему говори и број законских одреби (чл. 86–190) које се односе на то. То су чак централни царински поступци.

III Трансплантација решења Царинског закона Европске уније и неспретности у томе

Анализом решења нашег Царинског закона, донетог 2003. године, упоређујући та решења са решењима Царинског закона Европске уније из 1992. године, види се да се ради о рецепцији и трансплатацији ових решења у наше право. Чак штавише, ради не само о преузимању правних института, већ и појединих формулација и термина, па и онда када није било једноставно наћи адекватно решење нашег језика. Тако је и фомулација „*customs-approved treatment or use of goods means*“ преведена као „царински дозвољено поступање са робом или употреба робе“, што се скраћује и у „царински дозвољено поступање или употребу робе“. Неки су то превели као одобрени царински поступак са робом или њена употреба, што изгледа коректније од законског решења. Међутим, код дефиниција наш Царински закон у члану 5 став 1 тачка 13) прелази

2 У члану 5 став 1 тачка 13 кад се дају појмовне одреднице, дефиниције, говори се о „и употреби“, а не „или употреби“, како се наилази у даљем законском тексту, а питање је шта значи кумулација, а шта алтернација о којима је реч. Поставља се питање да ли употреба робе поступање са робом, а свакако јесте, па припада овом појму. То говори да га није нужно посебно издвајати и наглашавати.

на лапидарну формулацију овог појма, методом набрајања, па каже: „царински дозвољено поступање са робом и употреба је стављање робе у царински поступак, уношење робе у слободну зону, поновни извоз робе из царинског подручја, уништење и уступање робе у корист државе". Након тога се у тачки 14) објашњава појам „пуштања робе", па каже да је то одлука царинског органа којом се одобрава коришћење робе у сврхе наведене у царинском поступку. Опет један необичан појам за робу. И не само то, већ се на овај начин тачка 13) раздваја од тачке 15), где се објашњава појам царинског поступка, па тако није сасвим јасно да су то поступци које претходно има у виду тачка 13) и да је царински дозвољено поступање са робом или њена употреба шири појам од појма царинског поступка, те да све те поступке обухвата.

У тачки 15) цитираног члана се набраја, да је царински поступак стављање робе у слободан промет, поступак транзита, поступак царинског складиштења, поступак активног оплемењавања, поступак прераде под царинском контролом, поступак привременог увоза, поступак пасивног оплемењавања и поступак извоза, где учесници у поступку стичу права и обавезе везане за робу.

Царински закон Европске уније је јаснији по овом питању, јер не оставља никакву дилему у каквом су односу царински одобрено поступање и царински поступци. Тако се у члану 4 под тачком (15) каже да је царински одбрено поступање са робом или употреба (ако је то адекватан превод) следеће:

(а) спровођење царинског поступка;

(б) улаз робе у слободну зону или у слободно складиште;

(в) поновни извоз из царинског подручја Заједнице;

(г) уништење робе;

(д) уступање робе надлежном органу.

Одмах затим се у тачки (16) каже да је царински поступак:

(а) пуштање робе у слободан промет;

(б) транзит;

(в) царинско складиштење;

(г) активно оплемењавање (дорада);

(д) прерада под царинском контролом;

(ђ) привремени увоз;

(е) пасивно оплемењавање (дорада);

(ж) извоз.

Преузимајући концепцију ових решења, наш законодавац је у члану 5 став 1 тачка 14) између појмова царински дозвољеног поступања и царинских поступака, увео и дефинисао појам „пуштања робе", наводећи да је то одлука царинског органа којом се одобрава коришћење робе у сврхе наведене у царинском поступку спроведеном над робом. Али то се чини пре него што се уопште у оквиру тачке 15) у оквиру царинских поступака, побројн тај поступак „пуштања робе". И не само то, већ се у тачки 15) потом говори о „стављању робе у слободан промет", а не „пуштању робе". Неко би рекао да се ради о различитим појмовима и тако би се могло језички закључити, иако је тешко рећи да је била законска намера да се ови појмови раздвајају, што у осталом није језички сасвим могуће. У оквиру царинских поступака, на првом месту се у чл. 87 и 88 говори о поступку стављања робе у царински поступак. Анализом ових одредби, види се да се ради о општим одредбама за царинске поступке код којих се подноси царинска декларација. И Царински закон Европске уније у чл. 79–80 говори о стављању робе у слободан промет (*release for free circulations*), што подразумева поступак након дефинитивног царињења робе. Ове одредбе се и налазе након регулативе царинских поступака и декларација које се у њима подносе (чл. 59–78 Царинског закона Европске уније), а наш закон говори о стављању робе у царински поступак, пре регулисања царинских поступака, а потом говори о стављању робе у промет. У члану 87 говори се о стављању робе у царински поступак, а не промет, а о стављању робе у слободан промет се говори у чл. 106–109, наводећи да то подразумева окончање прописаних поступака у вези са увозом робе, као и наплату свих прописаних увозних дажбина, пореза, акциза и других накнада, када страна роба стиче статус домаће робе. Стављање робе у слободан промет би требало да представља „пуштање робе", ако се користимо цитираном формулацијом члана 5 Царинског закона. Уз све то, ако се након члана 110 говори о посебним царинским поступцима, оно што претходи, а то је стављање робе у слободан промет, односно регулисање радњи које томе претходе, то би требао да буде општи или основни царински поступак, који отпочиње, како се у закону каже, отпочињањем стављања робе у царински поступак (члан 87), а завршава се стављањем робе у слободан промет (члан 106). Да ли нам је онда ту нужан и појам „пуштања робе", питање је, а мислимо да није. Уопштена формулација члана 5 да је „пуштање робе" одлука царинског органа којом се одобрава коришћење робе у сврхе наведене у царинском поступу спроведеном над робом, ништа посебно не објашњава, већ се уводи један неадекватан појам који није у потпуној коресподенцији са осталим законским појмовима. Потом се о „пуштању робе" говори у члану 227 који се односи на обрачун и наплату царинског дуга, затим у чл. 242 и 244 који се односе на мере

заштите интелектуалне својине на граници, односно прекид царинског поступка због тога, те дозвољавање настављања поступка цриљења по протеку одређеног рока и ако надлежни орган не одреди привремену меру. У најмању руку то није сагласно ни дефиницији члана 5 где се „пуштање робе“ не везује за појединачни царински поступак. Чини се да се без разлога говори о пуштању робе, као посебом институту, да поред појма стављања робе у слободан промет није било разлога за то, већ да то уноси недоумице. Уз то се код преузимања законских решења, али уз уношење новине у редоследу појмова, стварају нејасноће које нису потребне, нити их је законодавац уочио, већ је очито у убеђењу да је извршио рецепцију права Европске уније. Дословни преводи страних правних решења могу бити несистематични и нејасни са становишта језика на који се превод врши, о чему треба водити рачуна. Зато то није оправдање за правне текстове који нису довољно јасни, систематични и логично у својој укупности. Преузимањем законских решења битно је да се преузме суштина правног института, а поједина решења морају претрпети дораде са становишта потреба домаћег законодавства и језика.

IV Царински поступци и други видови окончања цариљења робе

Из наведног произлази да се поступак увоза и поступања са царинском робом може окончати пре свега цариљењем у ужем смислу тог појма, што је општи царински управни поступак, затим неким посебним царинским поступком, који је у правилу претходни поступак општем царинском управном поступку, односно коначном цариљењу или замењује тај поступак, а постоје и други видови окончања цариљења робе. Оцариљена роба, односно роба чији је царински статус решен на неки други начин, ставља се у слободан промет.

У посебне царинске поступке спада пре свега транзит робе, што подразумева кретање робе под царинским надзором између два места унутар царинског подручја, било да се ради о страној роби намењеној увозу или домаћој роби намењеној извозу, а циљ је да се роба под царинским надзором допреми другом царинском органу који ће коначно одлучити о поступку који се на њу примењује. Зависно од тога да ли се ради о кретању робе између граничних или и унутрашњих царинских органа, говори се о спољном и унутрашњем транзиту. Кретање је могуће на основу ТИР карнета, АТА карнета, као и поштом.

Поступак царинског складиштења подразумева одобрење смештаја царинске робе у царинско складиште и роба се тада налази под царинским надзором, до њеног коначног цариљења.

Поступак активног оплемењавања робе се примењује на робу која се увози, за разлику од поступка пасивног оплемењавања који се тиче извозне робе. Процес оплемењавања подразумева обраду робе, укључујући њену монтажу, склапање и уградњу у другу робу, оправку робе, укључујући њену рестаурацију и довођење у исправно стање, као и употребу одређене робе која није садржана у добијеним производима, али која омогућава или олакшава производњу добијених производа. Увозна роба за коју је одобрен поступак оплемењавања не подлеже плаћању царине ако се роба у одобреном року извезе у иностранство, али се на робу може платити царина и тражити њено стављање у слободан промет. Извезена роба за коју је одобрен поступак оплемењавања (назива се пасивним), треба да се поново увезе од добијених производа и то такође у одређеном року, а увоз се врши уз потпуно или делимично ослобођење од плаћања царинских дажбина.

Од ових поступака треба разликовати поступке прераде под царинском контролом, као и привременог увоза робе. Прерада под царинском контролом подразумева мењање природе или стања робе, с тим што се за то време на робу не плаћа царина, већ се након прераде врши обрачун царине и роба ставља у слободан промет. Код привременог увоза робе на робу се не плаћа царина, или се царина плаћа по сниженој стопи, а постоји обавеза извоза робе у непромењеном стању, осим уобичајеног смањења вредности због употребе. Роба која је привремено увезена може се ставити у слободан промет, ако се претходно регулише поступак плаћања царинских дажбина.

Царињење робе се може окончати и на други начин, и то улазом робе у слободну зону или у слободно складиште; поновним извозом, уништењем робе; као и уступањем робе надлежном органу. Овде се ради о другим видовима окончања царинског поступка, за разлику од редовних поступака, о којима је било речи.

Зато се може говорити о општим и посебним царинским поступцима, односно другим видовима окончања царињења робе. То је у ствари оно цитирано царински дозвољено поступање или употреба робе, за разлику од царинских поступака, који су део претходног појма. Имајући то у виду, поставља се питање да ли је било могуће на једноставнији и јаснији начин, примерен нашем језику и правној култури, изразити наведену класификацију, а не упустити се у формулације које су дослован превод и тако се претварају у чудне реченичке конструкције. При свему томе, свака корекција, систематика, па и најмања промена, може довести до неоговарајућих и неразумљивих појмова и термина, јер се нема у виду да се прилагођавање решења може вршити уз комплекснију анализу, која је некад тежа од самог писања новог текста, ако се жели у њему остати и уједно вршити прилагођавања.

Професор Васиљевић[3] указује на потребу позајмљивања, трансплатирања познатих правних института из упоредног пословног права, посебно права Европске уније, јер не постоји потреба нити правни капацитет изградње оригиналних решења, да се на тај начин врши индиректна хрмонизација, али указује и на ризике модификације због недовољног разумевања приликом пресађивања. Примери који су изнети указују да механичко трансплатирање није увек могуће, да ако су прихваћени основи института, да свако прилагођавање подразумева ширу правну културу и знање, да то не може бити само ствар одговарајућег или неодговарајућег превода, већ пре свега разумевања института о коме је реч, како би он био јасан и логичан и практично примењив. Наша царинска регулатива о којој је реч оправдано је преузела поједина решења из Царинског закона Европске уније, али то не значи да се прилагођавање решења може односити само на налажење одговарајућих језичких формулација код превода. То ће бити јасније и када се анализира однос законске и подзаконске регулативе.

При том треба имати у виду да се у преамбули Царинског закона ЕУ истиче да је препоручиво да се царинско законодавство измени и допуни ради усклађивања, поједностављења и отклањања одређених недостатака који још увек постоје, а с обзиром на велики значај спољне трговине за заједницу, да је потребно да се царински поступци и контроле укину или бар ограниче на најмању могућу меру, те да је значајно да се обезбеди једнообразна примена. Но царински прописи обухватају овај закон и посебне прописе, који су ради његове примене усвојени на нивоу Заједнице или на националном нивоу. Одређене одредбе царинских прописа могу се примењивати и изван царинског подручја Заједнице, на основу прописа којима се уређују одређене области или на основу међународних конвенција.

V Однос наше законске и подзаконске царинске регулативе и питање усклађивања са правом ЕУ

Ако је наш важећи Царински закон настао у основи рецепцијом решења Царинског закона ЕУ, то се одразило на његову концепцију, јер су поједина решења по први пут уређена овим законом, но уједно су испуштена нека решења до тада традиционално присутна у законском тексту, а то је имало за последицу да се та решења пренесу у подзаконску регулативу, но која је обликована као обимна, нарочито у поређењу са законским текстом. Питање царинске основице, односно царинске вредности робе, на коју се примењују стопе из царинске тарифе, и раније је било

3 М. Васиљевић, „Пословно право Србије и Европска унија", *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 35–37.

у основи уређено на начин како то регулише Царински закон ЕУ, наиме и у ранијим законским текстовима је постојало решење да је царинска вредност робе трансакцијска вредност, односно стварно плаћена цена или цена коју треба платити за робу купљену ради извоза у царинско подручје Србије. Но овде се поставља и питање одредби о утврђивању вредности када приказана вредност очито одступа од уобичајених података о вредности одређене робе, наиме у случају умањења због избегавања плаћања царине. У елементе за одређивање царинских дажбина спада и порекло робе, што се тиче непреференцијалног порекла, ради примене одговарајуће царинске тарифе, као и преференцијалног порекла, које повлачи повољнији третман код царињења.

Царински поступци о којима је било речи нису били разрађени у нашим ранијим законским текстовима, па су на описани начин по том питању преузета решења из Царинског закона ЕУ. Ранији законски текстови су имали одредбе о царинским поступцима у појединим врстама саобраћаја, и то железничком, друмском саобраћају, саобраћају воденим путевима, ваздушном саобраћају, поштанском саобраћају, путничком промету (којих одредби сада нема у законском тексту, већ су пренесене у подзаконску регулативу), а ту су биле одредбе упућивању, пријављивању и предаји робе пријемној царинарници, превозу робе, поступку са робом чији је увоз забрањен, смештају царинске робе. Одредбе о царињењу, подељене на увоз и извоз, обухватале су основне поступке, да би уследила законска диференција по том питању. И раније су поједини поступци који су везивани за врсту саобраћаја надопуњавани подзаконском регулативом, док је важећи законски текст то питање сасвим испустио, а на рачун једног обимног прописа, који се назива, сходно већ цитираној терминологији, Уредба о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга.[4] Овај пропис се често мења и највише допуњава, а основни текст садржи чак 314 чланова. То говори да се ради о значајним питањима која су препуштена подзаконској регулативи, иако би та питања морала бити бар у основи законски регулисана, а подзаконска регулатива би требала бити само спроведбена за законска решења.[5] Уредба се не бави само поступцима у појединим врстама саобраћаја, иако то доминира, већ и појединим другим питањима која

4 *Службени гласник РС*, бр. 127/03, 20/04, 24/04, 63/04, 104/04, 44/05, 71/05, 76/05, 106/05, 5/06, 47/06, 86/06, 10/07, 25/07, 80/07, 9/09, 26/09, 28/09, 57/09, 96/09. Одговарајући пропис је раније називан Уредба о царинском поступку у железничком и друмском саобраћају, саобраћају воденим путевима, ваздушном и поштанском саобраћају и путничком промету (*Службени листи СРЈ*, бр. 48/92 са каснијим изменама и допунама).

5 То је део шире појаве да се све више значајних питања препушта уредбодавном и уопште подзаконском регулисању, чиме јача улога извршне на рачун законодавне власти.

су у основи законски регулисана, полазећи од питања порекла робе (до члана 53), а после царинских поступака у врстама саобраћаја (од члана 206), су одредбе које се тичу појединих царинских поступака. Видљиво је превелико препуштање регулативе подзаконским прописима, што отвара питање оцене која од тих решења треба да нађу место у закону, али уједно се поставља питање да ли је место у закону одредбама којих иначе нема ни у Царинском закону ЕУ. Наиме, од 2003. године, од када је на снази важећи законски текст, у њему су одредбе о надлежности и организацији Управе царина, укључујући радноправна питања, што је раније било предмет посебног закона о царинској служби, који је тада престао да важи. Ово није добро решење, јер су ово посебна питања која треба издвојити из Царинског закона, враћајући се ранијем законском решењу, о посебном закону ове врсте. То значи да текст Царинског закона треба преиспитати у два правца, укључивањем одредби које су неоправдано испуштене и препуштене подзаконској регулативи, као и одвајањем одредби које се односе на рад царинске службе и које би требале бити предмет посебне законске регулативе. У овом другом правцу се размишља, јер о томе говори пројект закона који се припрема, али се не размишља да је преширок број питања препуштен подзаконској регулативи, и то на тај начин да у законском тексту не постоје ни основне одредбе у томе. То нарушава концепцију односа закона и његових подзаконских спроведених одредби.

VI Нејасност регулативе права на привремени увоз моторних возила

Посебан царински поступак тиче се права на привремени увоз возила стране регистрације, којим се на територију земље долази. Ту је важно које категорије лица имају то право, али Уредба о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга, о којој је реч, није потпуна по том питању, већ садржи недостаке које онемогућавају њену закониту примену.

До доношења Закона о спољнотрговинском пословању из 2005. године,[6] право привременог увоза моторних возила од стране физичких лица било је предмет спољнотрговинске регулативе, законских и подзаконских одредби, које су тада престале важити, а на које су се наслањале казнене одредбе овог закона. Вођени су и прекршајни поступци због неврaћања тих возила у иностранство, њиховог задржавања у земљи, давања другом на употребу, продаје и стављања у правни промет. Ово питање престаје бити предмет спољнотрговинске регулативе, која има другу концепцију, али не престаје бити актуелно са становишта регула-

6 *Службени ґласник РС*, бр. 101/05, а тада престаје важити Закон о спољнотрговинском пословању из *Службеної листа СРЈ*, бр. 42/92 са каснијим изменама.

тиве Царинског закона и његових казнених одредби. Питање привременог увоза је ствар регулативе тог закона. Међутим, у вези са тим Царински закон ништа посебно не регулише, нити мења, са аспекта одредби које су биле раније предмет спољнотрговинске регулативе, наиме иако је то постало предмет царинске регулативе, ништа није учињено да се та регулатива прилагоди насталој промени, а такво стање траје годинама. Основно је да не постоји важећа законска одредба о праву на привремени увоз возила на основу усмене пријаве у путничком промету, нити разграничењу права домаћих грађана од права странаца и наших грађана коју су са боравком или пребивалиштем у иностранству, који се понекад називају радници на привременом раду у иностранству. Уопштене казнене одредбе није могуће примењивати без одговарајућих материјалних одредби ове врсте, јер оне представљају јединство. Уредба о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга садржи одредбе о привременом увозу са потпуним ослобођењем од плаћања увозних дажбина (чл. 220 до 240), у оквиру којих се говори о појединим категоријама увоза друмских превозних средстава (чл. 222 до 226), али ту нигде нема категорија о којима је реч, нигде се не говори о праву странаца и наших грађана са боравком у иностранству, да имају то право, за разлику од домаћих грађана, односно других лица која то право немају. Право привременог увоза возила уз усмену пријаву царини, које је нерегулисано и сасвим нејасно, за разлику од писмене пријаве, која је регулисана, мора бити јасно и одговарајуће регулисано, јер без тога није могуће адекватно примењивати одговарајуће казнене одредбе, будући да су честе злоупотребе привремено увоза ових возила, који увоз се иначе по међународним стандардима мора признавати. То не значи да је могуће домаће казнене одребе примењивати без материјалних одредби које су законска целина, као диспозиција и санкција.

VII Нови царински закон РС

У „Службеном гласнику РС“, број 18 од 26. марта 2010. године објављен је нови Царински закон РС, који се примењује од тридестог дана од ступања на снагу, односно од почетка маја ове године. Овде је потребно нешто рећи шта он доноси као новине у смислу анализираних питања. Овај текст се још више држи текста Царинског закона ЕУ, практично у целости и више него његов претходник, уз пар додатих поглавља и одредби, као и додате казнене одредбе. Новина у односи на ранији закон је појмовна класификација поступака, дата у члану 110 која представља преузимање решења члана 84 Царинског закона ЕУ. Тако се у члану 110 каже да у царински поступак „са одлагањем“ (ове речи наш законодавац додаје а изворник каже само „поступак“) спадају: транзит,

царинско складиштење, активно оплемењавање уз „примену система одлагања“, прерада под царинским надзором и привремени увоз, а „царински поступак са економским дејством“ чине: царинско складиштење, активно оплемењавање, прерада под царинском контролом, привремени увоз, пасивно оплемењавање. Према наведеном, транзит спада у царински поступак са одлагањем, а пасивно оплемењавање у поступак са економским дејством, док се у осталом ови појмови садржински поклапају. То не говори о оправданости ове класификације и њеног увођења у законски текст, јер она уноси само терминолошке нејасноће, а ови се појмови потом јављају у тексту, укључујући казнене одредбе. Поставља се и питање односа класификације „царинског поступка са одлагањем“ и „царинског поступка са економским дејством“ (члан 110), у односу на другу класификацију, и то „царински дозвољено поступање са робом или употребу робе“ и „царинске поступке“ (дефиниције члана 5 под 13 и 14). Занимљиво је, рецимо, да извоз робе или стављање робе у слободан промет, не сападају у царинске псотупек са одлагањем, нити у цариснке поступке са економским дејтвом. „Преводилачка“ терминологија, која не води рачуна о суштини, иде рецимо дотле да се у члану 123 говори о „принципалу“, те да је он одговоран за предају робе одредишној царинарници у непромењеном стању, иако би ту требало да се ради о главном обвезнику носиоца спољног транзитног поступка, како и пише у уводном делу одредбе члана 96 Царинског закона ЕУ, која одредба се даље преузима. На одредбу члана 123 се потом не позива ни једна казнена одредба, иако би то било логично, имајући њену потребе примене у пракси, али се у члану 292 став 1 тачка 3 говори о недопреми робе царинском органу, а у члану 294 став 1 тачка 12 о неизвршавању транзитног поступка и непредају робе одредишном царинском органу. Испада да се иста ствар може различито квалификовати, док према члану 298 прекршај из члана 292 повлачи заштитну меру одузимања робе, а не и прекршај из члана 294 наведног закона. Дакле, суштински иста ствар једном повлачи ову меру, а други пут не, што значи могућност различите примене закона.

Царински закон ЕУ у члану 84 каже да се израз поступак и царински поступак са економским дејством везују за чл. 85 до 90, а не читав законски текст, а наш Закон генерализује појмове „царински поступак са одлагањем“ и „царински поступак са економским дејством.“ Зато ће имајући и другу наведену чласификацију из члана 5 бити занимљиво како ће се називати подзаконски пропис који се очекује, а који се се до сада звао Уредба о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга. Наиме, да ли ће сада бити битна новоуведена класификација о којој је било речи.

Царински закон ЕУ нема казнене одредбе, то је свар националног законодавства, па је као такав неподесан за стварање казнених одредби.

Ако је ранији наш закон настојао да томе прилагоди бића прекршаја која су у пракси присутна и већ позната, садашњи текст казнених одредби се стриктво везује за терминологију закона, па то представља нове конструкције казнених бића кажњивих радњи, које су уз то не лако разумљиве, имајући у виду анализирано. Прекршај рецимо чини онај ко „не поштује обавезе које проистичу из одобрења царинског поступка са економским дејством“ (члан 294 став 1 тачка 10), што је не само нова, већ нејасна и широка формулација, која се тиче бројних поступака. Шта ће све то значити код преузимања ове надлежности од прекршајних судова и Вишег прекршајног суда, колико ће бити нејасноћа и неспоразума, не треба наглашавати. Да не говоримо о нејасноћи првостепене надлежности за царинске прекршаје и да ли су та решења усклађена са Законом о прекршајима и правосудним законима који су донети, што је посебна тема.

Ово значи да се морамо вратити писању законских текстова на јасан начин, полазећи од културе домаћег језика, а не простим превођењем текстова међународног и упоредног права.

VIII Закључне напомене

Царински поступци имају за циљ да регулишу поступање са царинском робом од њеног увоза или извоза до коначног решења статуса те робе, која је након тога у слободном промету. По овом питању наш Царински закон је имао за узор решења Царинског закона ЕУ.

Код преузимања правних института и решења, одступања у систематици, учињена и у незнатном облику, могу довести до логичких нејасноћа, где је наш Царински закон очит пример.

Појам царински дозвољеног поступања или употребе је недовољно изнијансиран, без обзира што представља превод изворног законског текста. Поступање са робом и употребу робе није потребно разграничавати као засебне институте.

Код рецепције и трансплатације упоредних решења потребно је имати у виду концепцију домаћег језика и института, познатих појмова и решења. Пример неадекватног решења је појам пуштања царинске робе, која садржи Царински закон, где се поставља питање да ли је исправно разликовати пуштање робе и стављање робе у слободан промет.

Под законске појмове царински дозвољеног поступања и употребе подводе се сви царински поступци, општи и посебни, а то би морала једна складинија уопштена формулација могла да изрази.

Дословни преводи правних института могу бити несистематични и нејасни са становишта језика на који се превођење врши, ако се на то не

обрати пажња. Но свака корекција уједно подразумева стваралачки системски рад уједначавања решења и њихово довођење у међусобну везу. То је комплексно питање, некада теже од писања аутономног текста.

Није адекватно решење да Царински закон значајна питања и у њиховом великом обиму препусти подзаконској регулативи, јер се тиме доводи у питање однос законодавне и извршне власти, а законски текст је суштински некомплетан. Подзаконска решења не могу бити аутономна регулатива, већ спроведена законска решења.

Царински закон мора јасно регулисати, а то није учинио, право привременог увоза моторних возила на основу усмене пријаве царини, било у законском или подзаконском тексту, како би се материјалне и казнене одредбе могле адекватно тумачити, односно уопште била могућа законита примена.

Наш законодавац се мора вратити писању законских текстова на јасан начин, полазећи од културе домаћег језика, јер није добро просто превођење текстова међународног и упоредног права, за шта је пример Царински закон који пати од такве недоследности и нејасноћа.

***Tomica* DELIBAŠIĆ, PhD**
Belgrade

REGULATED PROCEDURES FOR CUSTOMS OF GOODS

Summary

The system of customs control of goods is a significant aspect of the customs territory to which it refers. Although it is, in some ways, the element to prevent unlimited free movement of goods, a significant aspect of the protection of traffic, compared to other systems. Standardization solutions of our legislation with the EU is inevitable, it means acceptance and transplantation of certain institutes, and special legislative work on the installation of these solutions, because it is not simply an interpretation of legal texts. Customs procedures have been developed in our Customs Law, but left many questions to regulation by lower power. For that reason, it is necessary to finish work on legislative solutions. This is necessary to remove some obscurity legislation.

Key words: *customs procedures, controls, free traffic, market, customs goods.*

Вера **МАРКОВИЋ**
дугогодишњи судија Врховног суда Србије
адвокат у Београду

ПРАВНИ РЕЖИМ ГРАДСКОГ ГРАЂЕВИНСКОГ ЗЕМЉИШТА КОД СТАТУСНИХ ПРОМЕНА

Резиме

Правна одговорност у вези са грађевинским земљиштем тиче се правне одговорности не само привредних субјеката већ и државе па и судова.

У свим временским периодима почев од примене Закона о удруженом раду до данас правни режим преноса грађевинског земљишта статусном променом био је дозвољен. Дилему је унела једна пресуда Врховног суда Србије којом је проглашено ништавим поравнање којим је на основу сукцесије права дозвољен упис истог у земљишне и друге јавне књиге правном следбенику.

Дилему створену том пресудом разрешио је недавно донети Закон о планирању и изградњи који је задржао правни режим да је тај пренос сукцесијом дозвољен и чак дао право и дужност стицаоцима земљишта статусном променом да измене и име инвеститора у грађевинској и локацијској дозволи. Штавише изричито је прописано да и јавно (државно) грађевинско земљиште може бити предмет улога у привредно друштво.

Други део реферата је кратак осврт на реформске одредбе новог закона. Нови закон доноси битне промене у правном режиму грађевинског земљишта. Најбитнија је слободан промет грађевинског земљишта, делимична денационализација и конверзија.

Кључне речи: *градско грађевинско земљиште, статусне промене, промет, пресуда.*

I Увод

Овај реферат се неће бавити питањем правне одговорности државе која је доносећи нови Закон о планирању и изградњи (*Службени гласник РС*, бр. 72/2009) унела низ позитивних реформских промена у правни режим градског грађевинског земљишта. Међутим и поред добрих и позитивних промена велико је питање да ли у појединим решењима која се тичу конверзије права коришћења у право својине, и наметнутом ороченом обавезом откупа грађевинског земљишта по тржишној вредности није изазвала контра ефекат. Одузимање већ стечених права инвеститорима, довела је у питање правну сигурност инвеститора, што већ има за последицу да је у Београду за шест месеци издата само једна грађевинска дозвола. У ситуацији финансијске кризе то је трошак који ће битно утицати на динамику градње и прекид нових инвестиција а што доводи у питање остварење циља закона. Код преноса статусном променом задржан је исти правни режим.

Овим радом истовремено се придружујем захтевима да се и правоснажне судске одлуке могу подвргнути контроли стручне јавности. Тим пре што се и у другим предметима, нарочито у вези са споровима из приватизације показало да за тим има потребе.

II Ранији и садашњи правни режим грађевинског земљишта

Мој реферат ће се бавити правном одговорношћу судова у примени ранијег правног режима грађевинског земљишта код статусних промена и делимично новим законом и то управо у делу који је у вези са статусним променама као и у делу уопште о променама којима је у суштини извршена либерализација у промету грађевинског земљишта проглашавањем да је промет истог дозвољен, те којим је учињена делимична денационализација грађевинског земљишта.

Разлог за писање реферата је као што је речено, једна недавно донета пресуда Врховног суда Србије Прев бр. 473/08 од 5.3.2009. год којом је правоснажно окончан предмет а којом је одступљено од вишедеценијске судске праксе и која је по мишљењу аутора супротна законским прописима. Том пресудом заузет је став да привредни субјекти приликом статусне промене не могу као улог у привредно друштво поред осталог уносити као неновчани улог стечена права, као што је право коришћења градског неизграђеног земљишта и право на градњу добијено грађевинском дозволом.

Аутор овог реферата сматра да је том пресудом направљен преседан који је могао имати далекосежне последице да није непосредно иза

те пресуде донет напред цитирани нови Закон о планирању и изградњи. Али поред већ нанете штете у конкретном предмету и шире та пресуда још увек може имати штетне последице на спорове који су у току а који потичу из периода пре доношења новог закона.

У анализи наведене пресуде потребно је поћи од прописа који су важили у време доношења пресуде. Може се чак поћи и раније, од Закона о грађевинском земљишту (*Службени ῑласник РС*, бр. 44/95, 16 /97 и 23/01) на који се позвао првостепени суд. Тај закон је био ригорозан у забрани промета грађевинским неизграђеним земљиштем. Одредбом чл. 21 тога закона прописано је да градским неизграђеним грађевинским земљиштем располаже општина. Међутим, и у време важења тог закона привредни субјекти који су били носиоци права коришћења градског грађевинског неизграђеног земљишта могли су статусним променама да располажу истим. Безброј је примера поделе, спајања, припајања делова једног предузећа другом или уношењем улога приликом оснивања новог предузећа и увек је пренос тога земљишта у јавним књигама могао да се обави када су биле у питању статусне промене. Тај пренос није се сматрао прометом грађевинског земљишта.

Нешто блажи режим промета уведен је првим Законом о планирању и изградњи (*Службени ῑласник РС*, бр. 47/03 и 34/06) који уноси у ову област значајне прогресивне новине јер уводи две категорије градског грађевинског земљишта. Одредбом чл. 68 истог прописано је да грађевинско земљиште може бити: 1) јавно грађевинско земљиште и под 2) остало грађевинско земљиште. За јавно земљиште задржава исти режим забране промета док је за категорију „остало грађевинско земљиште“ по одредби чл. 79 дозвољен промет истим.

Такође треба рећи да је јавно земљиште било у књигама уписано као државно са правом коришћења оног правног лица које је то право стекло ради градње или ради обављања делатности или статусном променом. И под режимом тога закона у односу на привредне субјекте био је дозвољен пренос права коришћења градског неизграђеног земљишта код свих облика статусних промена, јер се тај пренос није сматрао прометом. Дакле, у свим правним режимима грађевинског земљишта почев од Закона о удруженом раду па до дана доношења наведене пресуде код свих облика статусних промена тај пренос се није сматрао прометом и није био под режимом забране.

У време доношења пресуде то право преноса имовине и стечених права, па и права коришћења градског неизграђеног земљишта, приликом оснивања предузећа, поделе, спајања или уношења као улога у привредно друштво а да се не сматра прометом произлазило је из системских закона и то:

1) Закона о привредним друштвима (*Сл. ґласник РС*, бр 125/2004).

Одредбом чл. 13 ст. 1 истог прописано је: „Ортаци, чланови и акционари привредног друштва дужни су да уложе своје улоге у имовину друштва одређену оснивачким актом, уговором или другим актом друштва.“

Одредбом чл. 110 ст. 1 улог у друштво с ограниченом одговорношћу може бити новчани; *неновчани*, укључујући и извршени рад и пружене услуге.

Одредбом чл. 192 ст. 1 улог у акционарско друштво у замену за издавање акција може се унети у новцу или у *ґравима*.

2) Закона о порезима на имовину (*Службени ґласник РС*, бр. 26/2001, 80/2002 и др.) којим је установљено право уношења улога у привредно друштво према одредбама Закона о привредним друштвима без опорезивања јер се то не сматра прометом.

Одредбом чл. 31 ст. 1 је прописано: да се порез на пренос апсолутних права не плаћа код улагања апсолутних права у капитал акционарског друштва, односно друштва са ограниченом одговорношћу.

О томе постоје велики број објављених упутстава у стручним часописима и мишљења на сајту Министарства за финансије.

3) Закона о порезу на додату вредност (*Службени ґласник РС*, бр. 84/2004, 86/2004).

Одредбом чл. 6 ст. 1 тач. 1 прописано је: да се прометом добара и услуга не сматра пренос целокупне или дела имовине као улог ако стицалац продужи да обавља делатност или тим преносом постаје порески обвезник

Детаљније објашњење у вези са преносом улога објављено је у Правилнику о утврђивању преноса целокупне или дела имовине, као улог који се не сматра прометом добара и услуга (*Службени ґласник РС*, бр. 67/2005), такође се позивајући на Закон о привредним друштвима.

Дакле, када улог у привредно друштво поред осталог представља пренос права коришћења неизграђеног земљишта, онда се тај пренос не сматра прометом грађевинског земљишта.

Тако је било све до доношења горе наведене пресуде Врховног суда. Шта је био разлог за доношење пресуде која је супротна прописима не може се видети ни из образложења исте јер и не садржи разлоге који би пружили објашњења за одступања од прописа и дотадашње судске праксе.

Не позивајући се ни на један пропис Врховни суд Србије је закључио да уношење неизграђеног грађевинског земљишта заједно са пројектима, документацијом за градњу и другим правима везаним

за делатност грађења као улог у новоосновано друштво претставља прометовање истим. Цитат из исте који се тиче чињеничног стања:

„Дана 1.3.2006. год. закључен је уговор о оснивању туженог као друштва са ограниченом одговорношћу. Уговор о оснивању закључили су оснивачи ДМГП доо и Т. Н. којим је у чл 9 Уговора констатовано: да је укупан капитал основаног друштва (туженог 3.946.500 еура) и да се састоји од 500 евра у динарској противредности на дан уплате као новчаног улога и девизног износа од 3.946.000 евра, као неновчаног улога. Неновчани улог означен је у чл. 10 ст. 2 Уговора и састојао се од грађевинског земљишта у Београду, Општина Чукарица „локација Церак“ уз Јабланичку улицу, са свим правима која происртичу из тога попут издате урбанистичке и грађевинске дозволе и др. Решењем Агенције за привредне регистре бр. 1098662/2006 од 6.3.2006. регистровано је оснивање предузеће „J...“ ДОО из Београда, Кнеза Милоша бр... Странке у спору су пред првостепеним судом закључиле поравнање које је одобрено решењем првостепеног суда И-Р104/06 од 29.3.2006. год. Закљученим поравнањем одобреним од првостепеног суда утврђено је да је тужено предузеће правни следбеник (сукцесор) тужиоца по правима која произлазе из 16 исправа означених у закљученом поравнању. Утврђено је да је тужени (новоосновано друштво) правни следбеник права коришћења непокретности уписаних у пописном листу бр. 3810 КО Жарково и да је тужилац дужан да призна и трпи да се дозвољава да се тужени на основу закљученог поравнања у свим јавним књигама и евиденцијама упише као носилац права коришћења тако и права из свих осталих поменутих исправа из закљученог поравнања.“

Из наведеног чињеничног стања закључак Врховног суда је: да је захтев за утврђивање ништавости поравнања основан са разлога: „Предмет закљученог поравнања је располагање и прометовање неизграђеним градским грађевинским земљиштем и пренетим правима везаним за располагање тим земљиштем. За такво одлучивање нижестепени судови су дали ваљане чињеничне и правне разлоге које у целости прихвата и ревизијски суд и на њих упућује.“

Као што се види ревизијски суд прихватио је разлоге нижестепених судова, не дајући никакво образложење за одступање од прописа и досадашње судске праксе.

А нижестепени судови су се позвали на Закон о грађевинском земљишту који је укинут шест година пре доношења пресуде. Тај закон је по одредби чл. 175 Закона о планирању и изградњи (*Службени ῑласник РС*, бр. 47/2003 од 5.5.2003. год.) престао да важи још 13.5.2003. год. Значи, у време доношења пресуде тај закон није био на снази.

Другим речима, пресуда која одступа од прописа и до тада деценијама важеће судске праксе донета је без правног образложења и са позивањем на прописе који су престали да важе. Али, што је још важније и у режиму тог Закона о грађевинском земљишту пренос права коришћења грађевинског земљишта био је дозвољен код свих видова статусних промена, па позивање нижих судова на тај закон представља погрешно тумачење истог.

Ова пресуда представља преседан који је могао имати далекосежне последице у ограничавању права привредних субјеката установљених Законом о привредним друштвима. Она ускраћује привредне субјекте у правима која им наведени закони дају.

Срећна је околност да је неколико месеци после доношења те пресуде донет горе цитирани нови Закон о планирању и изградњи који потврђује дотадашњи слободан режим преноса истог код статусних промена. Тај нови закон задржава досадашњу регулативу да се код статусних промена чак и јавно (државно) грађевинско земљиште може уносити као улог у привредно друштво и чак доказује да је то могло да се чини и до тада.

То се најбоље види из одредаба чл. 141 који носи наслов „Измена решења о локацијској и грађевинској дозволи услед промене инвеститора". Тим чланом се доказује да је пренос земљишта био дозвољен статусном променом а закон ставља обавезу новом инвеститору да промени и име инвеститора, изменом решења о локацијској и грађевинској дозволи. Уз захтев за промену инвеститора због статусне промене *нови инвеститор је дужан да поднесе решење о статусној промени привредног друштва из кога се на неспоран начин може утврдити правни континуитет подносиоца* (чл. 141 ст. 1, 2 и 7).

Из ове одредбе недвосмислено произлази да је у случају преноса грађевински неизграђеног земљишта статусном променом, нови стицалац који је нови инвеститор дужан да усклади грађевинску документацију преносом исте на своје име уместо имена свог правног претходника.

Шта значе ове одредбе? Значе управо то да је и пре доношења закона у ново привредно друштво могло да се унесе градско неизграђено грађевинско, као улог, за које сада због промене инвеститора по новом закону може да се добије нова локацијска и грађевинска дозвола.

Осим наведеног нови закон је чак и изричито прописао:

„Неизграђено грађевинско земљиште у јавној својини може се уносити као оснивачки улог у привредна друштва и јавна предузећа" (чл. 96 ст. 8). Значи, настављена је постојећа правна регулатива.

Зашто је писан овај реферат када је нови закон решио све дилеме, које и нису постојале до наведене одлуке Врховног суда, већ их је та одлука створила. Управо зато што је та одлука већ произвела велике штетне последице, али и због тога што има спорова који су у току а односе се на период пре ступања на снагу новог закона.

III Осврт на одредбе новог Закона у делу о грађевинском земљишту

На крају у вези са правним режимом и прометом грађевинског земљишта треба нагласити у чему је још овај закон унео позитивне новине.

Као битну реформску новину треба посебно нагласити скидање забране у промету грађевинског земљишта тиме што је проглашено да је промет дозвољен. То је учињено одредбом чл. 83 генералном клаузулом која гласи: „Грађевинско земљиште је у промету."

Такође битна одредба у истом члану је „Грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине". При том је дефинисано да јавну својину чини грађевинско земљиште у својини Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе и које је такође у промету.

У чему је даље реформски значај овог закона. У томе што представља делимичну денационализацију. То је одредба чл. 101 која гласи: „Лицима која су уписана као носиоци права коришћења на изграђеном грађевинском земљишту у државној својини у јавној књизи о евиденцији непокретности и правима на њима престаје право коришћења на грађевинском земљишту и *прелази у право својине*."

Исто је са етажним власницима, пословним и пословно стамбеним зградама где постају власници сразмерно површини чији су власници.

Међутим, другачија је правна ситуација када се ради о грађевинском земљишту на коме су носиоци права коришћења привредна друштва и друга правна лица у друштвеној својини. У том делу није извршена денационализација. Напротив, одредбом чл. 103 закона је прописано: „На грађевинском земљишту у државној, односно јавној својини на коме су носиоци права коришћења била или јесу привредна друштва и друга правна лица на која су се примењивале одредбе закона којима се уређује приватизација, стечајни и извршни поступак право коришћења може се конвертовати у право својине уз накнаду тржишне вредности тог грађевинског земљишта у моменту конверзије права, умањену за трош-

кове прибављања права коришћења на том грађевинском земљишту.“ И та одредба не би била проблематична да је тим друштвима остављено на вољу да га откупе када сами одлуче да добију својину уместо права коришћења. Међутим, то је наметнуто као обавеза и то орочена на само годину дана од дана ступања на снагу закона а ако то не учине исто ће им бити одузето.

Као што је речено, овај реферат се неће бавити питањем целисходности контроверзне конверзије јер је то комплексно питање које заслужује дубље анализе будући да постоје контрадикторна мишљења о истом. Ово се помиње само у склопу питања правне одговорности државе која кроз овај закон покушава да исправи несагледиве штетне последице настале због прописа о приватизацији. Ти прописи су својевремено били тема и на овом скупу којом приликом је указивано на штетност истих по привреду и привређивање, али су та указивања игнорисана. Тада је било битно само да што пре нестане друштвена својина а није било битно што ће то уништити привредне активности, није било битно што ће се продавати по багателним ценама, ко ће их купити, са којим парама, да ли ће наставити производњу и за који период и колико радника ће остати без посла. Продаја привредних друштава је вршена по почетној књиговодственој вредности а не по стварној тржишној вредности. Сада, овим законом то већ пренето земљиште као право коришћења држава поново продаје али по тржишној вредности. Чини се да је ова одредба о орочавању куповине и одузимању већ стечених права нарушило основни циљ сваке правно уређене државе а то је правна сигурност.

***Vera* MARKOVIĆ**
Long-Standing Judge of the Supreme Court of Serbia
Attorney at Law, Belgrade

LEGAL REGIME OF CITY'S BUILDING SITE IN STATUS CHANGES

Summary

Legal responsibility for building sites concerns legal responsibility not only of economic entites but of the state itself and of the courts.

In all periods of time, starting with Joint Work Law, to this day legal regime of transfering building sites by status changes was allowed.

The dilemma was brought in with one verdict of the Supreme Court of the Republic of Serbia announcing void the settlement in which on the basis of the succession of rights was allowed signing in the site an land register and other public to the legal successor.

The dilemma caused by this verdict was resolved in the new Law on Planning and Construction which kept the legal regime that this process trough succession is allowed, and even gave right and obligation to the site acquirers by status change to change the investitor's name in building permit and location permit. Moreover, explicitly was legislated that public (state) building sites can be subject of deposit in company.

The other part of the report is short review on reformed provisions of the new law. The most important is the one about free market of building sites, partial denationalization and conversion.

Key words: *city building site, status changes, market, verdict.*

др *Мирјана* ЦУКАВАЦ
Секретар Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије

ДОКАЗИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ОГРАНИЧАВАЈУЋИХ СПОРАЗУМА У АНТИМОНОПОЛСКОМ ПРАВУ СЈЕДИЊЕНИХ ДРЖАВА

Резиме

Америчко антимонополско право прави суштанцијалну разлику између споразумних активности више фирми и независне активности једне фирме. Због тога уговор, споразумевање или договор између више фирми представљају незакониту удружену активност под условом да неразумно ограничавају трговину за разлику од независног понашања једне фирме које је незаконито само уколико би се сматрало актом монополизације.

Доказивање постојања удружене активности неопходно је да би се успоставила одговорност на основу антимонополског права те ће сви нејасни наводи о њеном постојању бити лако одбачени. Постојање рестриктивног споразума може се доказати како путем директних, тако и индиректних доказа. Амерички судови признају да је само у ретким случајевима на располагању директан доказ о постојању изричитог споразума те да ће доказивање путем индиректих доказа бити не само допуштено већ и једино расположиво. Претпоставка постојања договора између конкурената на тржишту често се базира на шаблону једнаког пословног понашања, такозваном „свесном паралелизму" док постојање вертикалног споразума може бити изведено на основу постојања раз-

личитих околности зависно од чињеничног стања сваког појединачног случаја.

Кључне речи: *споразумна активност, директан доказ, индиректан доказ, свесни паралелизам.*

I Увод

Шерманов закон из 1890. год. садржи две сумарне одребе материјалне природе које су током 120 године његове примене амерички судови, на првом месту Врховни суд Сједињених Држава, разрађивали и прилагођавали економском развоју америчког друштва. Члан 1 Шермановог закона (15 U.S.C.§§1 et seq.) проглашава нелегалним све уговоре, груписања у облику труста или другачије као и тајне договоре које имају за циљ ограничење трговине док члан 2 истог закона забрањује стицање или одржавање као и покушај стицања монополске моћи. Супстанцијална разлика између ова два члана огледа се у разлици између споразумних и независних активности те је унилатерална активност једне фирме незаконита само под условом ако представља акт монополизације док су споразуми између више фирми незаконити уколико представљају неразумно ограничење трговине.

Доказивање постојања уговора, споразумевања или завере између два или више лица или ентитета представља први и основни корак да би се успоставила одговорност која се базира на повреди члана 1 Шермановог закона. Друго, када се докаже постојање удружене активности, потребно је даље доказати да она представља неразумно ограничење конкуренције и на треће, да погађа трговину између држава-чланица САД или међународну трговину.

Ипак, за неке категорије споразумних активности, као што је већина хоризонталних споразума између конкурената, претпоставља се да увек неразумно ограничавају конкуренцију и без детаљне анализе тржишта на коме се то одиграва, проучавања актуелног ефекта на конкуренцију или процене сврхе за коју се то ограничење употребљава те се такви споразуми сматрају сами по себи – *per se* незаконити.[1] Када су у питању *per se* незаконити споразуми, практично, осим доказивања

1 Врховни суд САД у *Northern Pacific Railway Co. v . United States*, 356 U. S. 1 (1958): „Постоје извесни договори и понашања за која се, због погубног ефекта на конкуренцију и недостатка било каквог надокнађујућег контрадејства, може претпоставити да су неразумна и следствено томе забрањена без вођења детаљне истраге о тачној шетети коју су проузроковала или да се било ко може изузети због тога што их је примењивао."

њиховог постојања, ништа даље више није ни потребно. Када су у питању споразуми који су подвргнути *rule of reason* анализи, који нису сами по себи незаконити већ само уколико представљају неразумно ограничење трговине, и овде полазну тачку представља доказивање постојања споразума, јер уколико овај не постоји не може се ни поставити питање његове незаконитости.

Из свега горе наведеног може се видети да утврђивање постојања недозвољеног споразума представља почетни (а негде и крајњи) услов за успостављање одговорности на основу одредаба антимонополског права те да ће у већини случајева тужени негирати његово постојање у циљу ослобађања од одговорности. Иако на први поглед изгледа лако, одговор на питање да ли постоји неки недозвољен споразум у пракси не мора бити ни мало једноставан и амерички судови су током више од сто година примене Шерманового закона покушали да установе извесне стандарде доказивања на основу којиих се може утврдити постојање спорног споразума.

II Појам уговора, споразумевања или завере између два или више лица

Уговор, договор или завера захтевају учешће две или више странке и уобичајено се називају „споразумне активности“ (*concerted actions*).[2] Употребом више појмова да би означио „споразумне активности“ амерички законодавац истиче да појавне форме ових споразума могу бити веома различите Овакве активности се по правилу сматрају за опасније од једностраних активности и стога су и строже регулисане јер су „споразумне активности по самој својој природи оптерећене антикомпетитивним ризиком“.[3] Због тога што је удружена активност круцијална за успостављање одговорности по члану 1 Шерманового закона, неоправдани и нејасни наводи о постојању заједничке активности лако могу бити одбачени. Тужилац мора идентификовати ко-конспираторе и описати природу и ефекте наведене завере.[4] Чињеница да (оп)тужени нису имали идентичне мотиве или да је неко или неколико њих био принуђено да учествује у недозвољеним активностима не ослобађа их одговорности.[5]

---

2 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp*., 465 U. S. 752, 761(1984).

3 Врховни суд САД у *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp*., 467 U. S. 752, 768–69 (1984).

4 У *In re Nine West Shores Antitrust Litigation*, 80 F. Supp. 2d 181,191 (S. D. N. Y. 2000). Такође у *DM Research, Inc. v. College of American Patologists*, 170 F. 3d 53, 55–56 (1st Cir. 1999).

5 *Spectators Communication Network v. Colonial Country Club*, 253 F. 3d 215, 220–221 (5th Cir. 2001) цитирајући *United States v. Paramount Pictures, Inc.,* 334 U. S. 131, 161

Изричити споразум – уговор било у писменој форми[6] било закључен простом сагласношћу воља (на пример експлицито манифестоване руковањем – „*handshake agreement*“) – без сумње најлакше доказује постојање заједничке активности али такав директан доказ, због свести актера о незаконитости, готово никада или веома ретко ће бити на располагању тужиоцу. Постојање споразума ће се углавом морати извести кроз постојање неких других околности. У протеклих пола столећа амерички судови су се непрекидно борили да дефинишу количину и квилитет доказа који треба да подрже закључак о томе да споразум постоји. Ране одлуке Врховног суда као што је *American Tobaco* дефинисале су споразум као јединство сврхе или заједничку намеру, разумевање или сагласност воља за постизање незаконитог договора.[7] Касније одлуке су установиле да такво разумевање може бити прећутно, без било какве вербалне комуникације.[8] Заједничка активност може настати и када странке изричито негирају да су постигле било какав договор као на пример кад је једна странка позивала на активност која је следила њеним предузимањем[9] или у случају када је једна странка најављивала цене које намерава да наплаћује уз изјаву „да ге не интересује шта ће други да раде“.[10]

III Доказивање постојања споразумних активности

1. Директни и индиректни докази за искључење независног деловања странака

У случају *Monsanto,* који ће бити ближе приказан у делу који се тиче доказивања постојања вертикалних споразума, Врховни суд Сједињених Држава је установио модерну формулу непосредних и посредних доказа за постојање заједничке активности.[11] Према *Monsanto* стандарду, докази морају искључити независно деловање странака. Због тога мора постојати или директан или посредан (*circumstantial*) доказ

(1948) „Антимонополско право некада не захтева идентичне мотиве између конспиратора, па су чак и невољни учесници одговорни за учешће у завери.“

6 *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U. S. 211, 213–218 (1899).

7 *American Tobaco Co. v. United States,* 348 U. S. 781, 810 (1946).

8 Овакви споразуми, пошто су недвосмислено забрањени, могу настати и без икакве вербалне активности, јер „свесни миг оком може значити више него речи“. *Esco Corp. v. United States*, 340 F. 2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965) .

9 *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.,* 498 U. S. 46, 49 (1990).

10 *United States v. Foley*, 598 F. 2d 1323,1332 (4th Cir. 1979).

11 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.,* 465 U. S. 752 (1984).

који потвђује да су странке свесно тежиле заједничком плану намењеном постизању незаконитог циља.[12]

Иако су судови признали да ће у ретким случајевима постојати директан доказ постојање завере ипак у новије време су тужиоци (било државне агенције било приватна лица) чешће успевали да их обезбеде кроз видеотраке, озвучење састанака између конкурената, сведочење учесника и сл.[13] Много чешће ће тужилац морати да се ослони на посредне доказе, који могу бити веома различити, зависно од околности сваког појединог случаја.

а) Постојање мотива за заверу

У случају да тужилац не поседује уверљиве директне или индиректне доказе за заверу веома је важно доказати да ли су тужени имали мотив за предузимање недозвољене активности. У случају *Matshushita*[14] група америчких произвођача телевизора (*Zenith Radio*) је тужила 21 јапанског произвођача исте робе (*Matshushita*) за заверу која се огледала у томе да је *Matshushita* на јапанском тржишту одржавао вештачки високе цене ТВ апарата како би у исто време извозио и продавао телевизоре у Сједињеним Државама по веома ниској цени у циљу избацивања америчких произвођача са тржишта,чиме је прекршио чланове 1 и 2 Шермановог закона схемом завере за монополизацију кроз предаторске цене. Од гомиле презентованих доказа, првостепени суд је нашао да су многи неприхватљиви а они који су прихватљиви да не постављају питање фактичког постојања наводне завере те је донео *summary judgment* у корист *Matshushite*. По жалби, виши суд је изменио првостепену одлуку и нашао да постоје непосредни и посредни докази за заверу. Одлучујући у последњем степену Врховни суд Сједињених Држава је нашао прво, да постоји мало директних доказа за заверу у циљу успостављања предаторских цена и друго, да у фактичком контексту случаја тужбени захтев *Zenith*-а нема економски смисао те да је *Zenith* морао презентовати доказе да је новодна завера била разумна.[15] Завера у циљу предаторских цена по мишљењу Врховног суда је по природи спекулативна и захтева од учесника да издрже значајне губитке да би их надокнадили неизвесним профитом. Због тога је наводна завера, која је трајала двадесет година, у овом случају невероватна.[16] У недо-

12 *Monsanto, ibid*, 768.

13 *United States v. Andreas*, 216 F. 3d 645, 652 (7th Cir. 2000).

14 *Matshushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.,* 475 U. S. 574 (1986).

15 *Matshushita,* 585.

16 *Matshushita,* 588.

статку разумног мотива за предузимање заједничке активности, морају се пронаћи други, недвосмислени докази.[17] Поседовање разумног мотива за организовање или придруживање завери као и понашање које је у складу са независним интересом биће од прворазредне важности за установљење претпоставке постојања завере уколико непосредни и посредни докази нису довољно уверљиви.[18] Односно, како је то касније појаснио Апелациони суд за осми округ постојање завере ће се претпоставити уколико се може доказати да се странка понашала на начин који би био необјашњив у случају да је деловала независно.[19]

2. Претпоставка постојања хоризонталног споразума

Наводи о постојању заједничких активности између конкурената најчешће се базирају на моделу истоветног понашања који су судови често називали „свесни паралелизам". То што се више фирми понаша на истоветан начин ипак само за себе није довољно да би се доказало да између њих постоји споразум.[20] Такође, чињеница да је један учесник на тржишту изабрао да копира понашање другог[21] могла би се објаснити легитимним интересом фирме да предвиди поступке конкурената и на њих одговори на адекватан начин. Да би се доказала завера поред чињенице да фирме делују паралелно потребно је доказати да је паралелизам био резултат споразума.[22]

У једном од најранијих случајева *Interstate Circuit v. United States*[23] (који је такође и типичан пример такозване *hub & spoke* завере о којој ће касније бити речи) власници биоскопа за приказивање филмова у неколико градова су користећи свој монопол, оркестрирали активност дистрибутера који су поседовали лиценцу права приказивања филмова. Наиме, схема се састојала у томе да су дистрибутери када би лиценцирали право накнадног приказивања филмова другим биоскопима у истим градовима захтевали од прималаца лиценце да поштује одређену минималну цену улазнице те да се уздрже од приказивања филма на „дуплу" улазницу са филмом других дистрибутера. Сврха ове конструкције

17 *Matshushita,* 595.

18 *Matshushita*, 588.

19 *E. S. Development, Inc.,v. RWM Enterprises, Inc.,* 939 F. 2d 547, 553–554 (8th Cir. 1991).

20 *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.,* 346 U. S. 537, 541 (1954); *Souza v. Estate of Bishop*, 821 F 2d 1332, 1335 (9th Cir. 1987); *DM Research, Inc. v. College of American Patologists*, 2 F. Supp. 2d 226, 229–230 (D. R. I.) aff'd 170 F. 3d 53 (1st Cir. 1999).

21 *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F. 2d 478, 484–85 (1st Cir. 1988).

22 *Theatre Enterprises,Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.,* 346 U. S. 537, 541 (1954).

23 *Interstate Circuit v. United States,* 306 U. S. 208 (1939).

била је да се заштите власници биоскопа за премијерне филмове од конкуренције биоскопа за накнадно приказивање који су уобичајено приказивали и филмове других дистрибутера чиме би се фаворизованим биоскопима обезбедила доминација на тржишту. Врховни суд је нашао да је шаблон једнаког понашања осам великих филмских дистрибутера који су наметали готово истоветне рестрикције за приказивање филмова довољан да се претпостави постојање заједничке воље да се фиксира минимална цена биоскопске улазнице и да се лимитира дистрибуција филмова за друго приказивање. Суд је нашао неколико чињеница у прилог овоме: у писму којим се захтевало ово поступање било је наведено свих осам дистрибутера у својству пошиљаоца, сваки дистрибутер је знао за уплетеност других и на крају сви су имали јак мотив да предузму антикомпетитивну активност јер су сви били конкуренти и без јединствене акције би били у великом ризику за губитак а са њом су имали добар изглед да забележе профит.[24] Како дистрибутери нису успели да докажу никакав алтернативни разлог за паралелно понашање суд је нашао да се сваки од њих појединачно сагласио са предузетим активностима.[25]

Међутим, доказивање да су паралелне активности резултат споразума није довољно, већ је потребно доказати још један, „плус" фактор, односно испитивање и тумачење понашања мора бити засновано на пословној логици и мотиву стицања профита. Докази за фактор плус варирају и морају се узети у обзир околности конкретног случаја. Тако фактор плус може бити интерес који може бити задовољен само сличним понашањем, као у претходно наведеном случају,[26] вештачка стандардизација производа,[27] размена информација која је трајала дуже време,[28] подизање цена када постоји превелика снабдевеност тржишта одређеном робом[29] и друго.

3. Претпоставка постојања вертикалног споразума

Када су у питању вертикални споразуми мора се поћи од разлике између једностраног понашања, када произвођач на пример објављује какву ће политику цена заузимати у пословању са својим дистрибутерима, од недозвољених међусобних споразума чија је једина сврха

24 *Interstate Circuit*, 222.

25 *Interstate Circuit*, 223.

26 *Interstate Circuit*, 226–228.

27 *C-O-Two Fire Equipment v. United States*,197 F. 2d 489, 497 (9th Cir.) cer. denied 344 U. S. 892 (1952).

28 *Todd v. Exxon Corp.,* 275 F. 3d 191, 198–199 (2nd Cir. 2001).

29 *American Tobaco v. United States*, 328 U. S. 781, 805 (1946).

ограничење конкуренције.[30] Врховни суд Сједињених Држава је у својим најранијим одлукама подржао право произвођача да објављује једнострану политику цена и одбије да послује са дистрбутерима који не желе да је следе.[31] Каснијим случајевима је ипак лимитирано под којим околностима ће се сматрати да је такво понашање искључиво једнострано.[32] Нижи судови су у времену после *Parke, Davis*-а сматрали да се претпоставка вертикалног фиксирање цена може извести из околности прекида сарадње произвођача са оним дилерима који нису следили најављену цену у препродаји, пошто је произвођач примио притужбе од осталих дилера. Водећи прецедент по питању стандарда доказивања постојања вертикалног споразума је Монсанто. У наведеном случају *Spry Rite*, Монсантов дистрибутер на велико пољопривредних хербицида,је одобравао дисконтне цене својим купцима. Монсанто је одбио да обнови уговор о дистрибуцији са *Spry Rite*-ом после сарадње која је трајала једанаест година а *Spry Rite* је такође био онемогућен да купује од осталих Монсантових дистрибутера који су одбијали да му продају хербициде. Врховни суд је у Монсанту, у погледу стандарда доказивања, нашао да је потребно још нешто осим жалби осталих дистрибутера да би се установила претпоставка заједничке активности[33] те да произвођач поседује легитимни интерес да буде заинтересован за цену у препродаји и да има право да о томе размењује информације са дистрибутерима.[34] Према мишљењу Врховног суда „природно" је да се дилери који следе политику цена из препоруке коју је објавио произвиђач жале на оне који је не следе те стога уколико би се постојање споразума претпоставило само на основу жалби других дистрибутера или чак из чињенице да је прекид сарадње са неким дистрибутерима дошао пошто су се други жалили то би могло довести до санкционисања потпуно легитимног понашања.[35] Да би се закључило да постоји завера морају се наћи и други докази, који искључују да су произвођач и дистрибутери са којима није прекинута сарадња деловали независно један од другога те да морају постојати директни или индиректни докази на основу којих се разумно може закључити да су произвођач и други дилери били свесно посвећени заједничкој схеми намењеној постизању противзаконитог циља.[36] Ипак, на основу стандарда доказивања за сваки појединачни случај, Врховни суд је закључио да је Монсанту било довољно по-

30 *United States v. Colgate & Co.,* 250 U. S. 300 (1919).

31 *Colgate & Co.,* 307.

32 *United States v. Parke, Davis & Co.,* 362 U. S. 29 (1960).

33 *Monsanto Co., v. Spray-Rite Service Corp.,* 465 U. S. 752, 762 (1984).

34 *Monsanto, ibid.*

35 *Monsanto,* 763.

36 *Monsanto,* 768.

средних доказа за формирање става пороте да су Монсанто и његови дистрибутери закључили недозвољен споразум. Као посредни докази узети су претња Монсанта једном другом дистрибутеру да ће престати да га снабдева робом уколико не буде продавао по утврђеној цени, обавештење Монсанта упућено *Spray Rite*-у да се остали дистрибутери жале те претња да ће окончати уговор са *Spray Rite*-ом уколико овај на подигне цену, а после раскида уговора о дистрибуцији, илегални бојкот *Spray Rite*-а од стране Монсанта и његових дистрибутера.

Иако је Врховни суд и касније поновио да раскид са неким дилером као одговор на жалбе других дилера не представља сам по себи доказ о постојању споразума,[37] нижи судови су остављени да се боре око количине и квалитета посредних доказа којима би се проткрепило постојање вертикалног споразума.

а) Претпоставка постојања хоризонталних споразума настали х као резултат вертикалних – Hub & Spoke Conspiracy

Неке завере имају карактеристике и хоризонталних и вертикалних споразума. Пример за то је такозвана *hub & spoke*[38] завера. Врховни суд Сједињених Држава је нашао да су овакви споразуми незаконити и пре него што им је дато име.[39] Овакав тип незаконитог понашања постоји када доминантни купац или продавац на релевантном тржишту – *hub* улази у низ вертикалних споразума са снабдевачима или дистрибутерима – *spokes* којима се у ствари оркестрирара њихов међусобни договор на хоризонталном нивоу – *rim*. Сами за себе, вертикални уговори који неко склапа са снабдевачима или дистрибутерима не би били незаконити јер произвођач има право да најављује своју унилатералну политику те да оконча уговор са оним дистрибутером који је не следи.[40] Међутим, оваква серија вертикалних уговора може бити незаконита само уколико се докаже да постоје чињенице које доказују постојање хоризонталног споразума између конкурената – произвођача или дистрибутера.

Поред већ наведеног *Interstate Circuit* случаја новији пример оваквог споразума био је случај *Toys „R" Us*[41] у коме је *Federal Trade Commission* успела да докаже да је *Toys*, ланац дисконтних продавница

37 *Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs Corp.,* 485 U. S. 717, 726–31(1988).

38 Термин *hub & spoke* је у широкој примени у енглеском језику нарочито у области ваздушног саобраћаја, дистрибуције и сл. Буквално се односи на пренос силе када су у питању точкови. Преносно значење подразумева постојање *hub*-а као главног чворишта одакле иде акција ка приферним деловима – *spoke*.

39 *Interstate Circuit v. United States*, 306 U. S. 208 (1939).

40 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300, 307 (1919).

41 *Toys „R" Us v. FTC*, 221 F. 3d 928 (7th Cir. 2000).

играчака, оркестрирао хоризонтални споразум између многобројних произвођача играчака путем креације вертикалних уговора у којима је сваки произвођач играчака обећавао да ће ограничити дистрибуцију својих производа чланицама Заједнице складишних продавница које су имале ниже цене од *Toys*-а, под условом да и други произвођачиураде исто. Суд је нашао да је FTC сакупила довољно доказа у прилог чињенице да произвођачи играчака нису радили независно те да је *Toys* смислио хоризонтални споразум у циљу бојкотовања конкурената, који треба да буде осуђен без детаљне истраге питања тржишне моћи и његовог про или антикомпетитивног дејства.[42] У овом случају се није радило само о низу вертикалних споразума које је *Toys* склопио са снабдевачима већ и о хоризонталном споразуму базираном на заједничком разумевању снабдевача, који је *Toys* оркестрирао, да ће свако прихватити споразум ако и други буду то урадили.[43]

Да би се доказало постојање *hub & spoke* завере, поред идентификовања учесника – *hub* и *spokes* – потребно је презентирати довољно доказа на основу којих би се могло претпоставити постојање хоризонталног споразума између конкурената – *rim,* чиме оваква врста споразума постаје *per se* противзаконита.

б) Везана предузећа

Питање које се поставља је да ли чланице групе предузећа (мајка, кћерке, унуке или друга везана друштва) могу међусобно сачињавати забрањене споразуме. Пре 1984. год. једна фирма је могла бити одговорна ако је склопила споразум са фирмама у свом потпуном власништву којима су на пример утврђиване цене.[44] Међутим, 1984. год. Врховни суд је напустио ову праксу у случају *Copperweld*[45] те одлучио да се активности које су предузете између фирме-мајке и фирме-кћерке у потпуном власништву сматрају као да су предузете од стране једног предузећа и стога не спадају у поље примене члана 1 Шерманового закона.[46] Врховни суд је резоновао да зато што мајка може у сваком моменту остварити пуну контролу над кћерком ако ова пропусти да делује у мајчином интересу, мајка и потпуно поседована кћерка имају увек јединство сврхе и намере због чега није могуће да се понашају као завереници у смислу члана 1.[47]

42 *Toys „R" Us,* 936.

43 *Toys „R" Us,* 932–936.

44 *United States v. Citizens & National Bank*, 422 U. S. 86,116–17 (1975).

45 *Copperwled Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752 (1984).

46 *Copperwled*, 768.

47 *Copperwled*, 771–772.

Нижи судови су затим проширили дејство *Coperweld*-а на споразуме између сестринских корпорација[48] те корпорација које поседује и контролише иста група људи.[49] Врховни суд је међутим оставио отворено питање под којим условима друштво-мајка може бити одговорно за заверу са друштвом-кћери коју не поседује потпуно[50] те како стандард који је успостављен у *Copperweld*-у применити када су у питању сложеније групације или интересно повезивање које подразумева висок ниво статусне и економске интеграције али мањи него што је постојао у *Copperweld*-у.[51]

в) Joint venture

Странке не могу избећи одговорност називајући свој уговор бенигним именом *joint venture* јер је одлучујућа природа активности а не њен назив.[52] Међутим, и код самих *joint venture*-а као и других пословних комбинација мора се узети у обзир степен интегрисаности као и друге околности те у неким околностима они могу деловати као јединствено а у другим као више самосталних предузећа.

ї) Активности пословних асоцијација

Под извесним околностима, активности пословних асоцијација могу представљати кршење антимонополског права.[53] Споразум између конкурената има исти економски ефекат било да су га постигле фирме међусобно било да је настао као производ одлуке пословне асоцијације или друге групације у коју су фирме учлањене. Иако су многе пословне асоцијације оглашаване одговорним за кршење антимонополског права кроз фиксирање цена,[54] организовање групног бојкота,[55] поделу потрошача и територија,[56] сузбијање потенцијалне конкуренције[57] то никако

48 *Eichorm v. AT & T Corp*., 248 F. 3d 131 (3rd Cir. 2001).

49 *Century Oil Tool Co. v. Production Specialistes*, 737 F. 2d 1316 (5th cir. 1984).

50 *Copperwled Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 767 (1984).

51 О случајевима у којима се ово питање поставило више код: Richard J.Yurko, Nicole M. King, *Section 1 of the Sherman Act: Horizontal Restraints of Trade and Communications Among Compretitors,* доступно на: *http://www.bizlit.com/docs/about/articles/ShermanAct.htm*.

52 Department of Justice & Federal Trade Commission Antitrust Guidlines for Collaborations among Competitors §3.2 (2000).

53 *California Dental Ass'n v. FTC*, 526 U. S. 756, 781 (1999).

54 *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U. S. 773 (1975).

55 *Fashion Originators Guild of America, Inc. v. FTC*, 312 U. S. 457 (1941).

56 *United States v. Topco Assoc., Inc.*, 405 U. S. 596 (1972).

57 *United States v. Women's Sports Wear Mfr. Ass'n.*, 336 U. S. 460 (1946).

не значи да су све активности пословних заједница незаконите јер је првенствени циљ њиховог оснивања и деловања сасвим законит а то је унапређење делатности у одређеним гранама привреде. Да би једна активност пословне асицијације представљала кршење антимонополског права потребно је да буде предузета у име и за рачун групе.[58] Ипак, постојање формалне активности није неопходно, већ се понашање пословне заједнице којим се крши антимонополско право може и посредно доказивати.[59]

III Процесне претпоставке, *Twombly* реформа

Рестриктивни споразуми чине *hard-core* америчког антимонополског права за чије је кршења предвиђена како кривично-правна тако и грађанско-правна одговорност. Остављајући по страни кривично извршење за које је искључиво надлежно Министарство правде (*DOJ – Department of Justice*), у грађанско-правном извршењу учествују како државне агенције тако и приватне странке. Ипак, више од 90% грађанско-правног извршења антимонополског права у САД односи се на тужбе приватних лица за надокнаду штете у троструком износу коју су претрпели кршењем антимонополског права.[60]

Амерички грађански поступак кроз који се извршење спроводи је специфичан и веома се разликује од грађанског поступка континенталног права. Да би се уопште прошло на усмену расправу пред поротом (*jury trial*) странке морају претходно проћи кроз поступак *discovery* током кога ће једна од друге захтевати и добијати приступ одређеним документима, сведоцима и другим доказима (ова фаза поступка је непозната континенталним правима). *Discovery* је веома скуп и сложен те да би се спречила његова злоупотреба туженом стоје на располагању различити приговори (*motions*) којима се неутемељена тужба може одбацити у најранијој фази и парница завршити без проласка кроз скупи поступак *discovery*-а. Поред осталих *motions*-а, тужени најчешће подноси захтев да се тужба одбаци (*motion to dismiss*) на основу низа разлога предвиђених Законом о грађанском поступку. *Motion to dismiss* се најчешће подноси због недостака надлежности суда, застарелости (која је у Сједињеним Државама процесна категорија), недостатка активне легитимације на страни тужиоца (што подразумева доказивање да је претрпео штету услед антимонополске повреде, да је директан купаци сл.) а нарочито уколико тужилац није успео да успостави еле-

58 *Alvord Polk, Inc., v. Schumacher & Co.*, 37 F. 3d 996, 1009 (3rd Cir. 1994).

59 *Alvord Polk,* 1008–09.

60 15 U. S. C. §15(a).

менте случаја на основу кога би му се досудила трострука накнада штете. Успостављање елемента случаја према члану 1 Шермановог закона претпоставља чињење вероватним постојања споразума два или више лица уз навођење одређене економске теорије према којој је такав споразум незаконит.

Својом недавном одлуком у случају *Twombly*[61] Врховни суд је још више подигао стандарде за успостављање случаја када су у питању доказивање постојања завере у циљу ограничења конкуренције. У наведеном случају, који је био *class action*,[62] представници класе која је

61 *Bell Atlantic v. Twombly*, 127 S. Ct. 1955 (2007).

62 *Class action* или тужба већег броја тужилаца као процесни институт који је специфичан за право Сједињених Држава који омогућава тужиоцима да туже не само у своје име него и у име одсутних тужилаца који се налазе у истом материјалноправном положају. Остављајући по страни сва процесна, веома често врло компликована правила везана за овај институт а која се тичу испуњавања услова за *class action* у погледу саме класе лица која су тужиоци, додатних услова које поставља процесни закон као и доношење одлуке о цертфиковању класе од стране суда, *class action* има пресудан утицај којим се омогућава да накада штете у троструком износу одигра своју улогу у „заштити потрошача од претераних цена које су резулатат фиксирања цена". (Врховни суд Сједињених Држава у *Reiter v. Sonotone Corp*., 442 U. S. 330, 343 (1979)). Основни задатак *class action* механизма је да превазиђе проблем ниских надокнада за појединца које му не би допустиле да подигне индивидуалну тужбу за заштиту својих права (*Amchem Prods., v. Windsor,* 521 U. S. 591, 617 (1997)). Ово нарочито треба имати у виду јер су антимонополски спорови по правилу тешки и неизвесни, те би диспропорција између досуђене накнаде штете за појединца и адвокатских трошкова била толико несразмерна да потрошач као индивидуални тужилац не би никада нашао адвоката да га заступа, иако је у антимонополским споровима дозвољено уговорити са адвокатом *contingent fee* (проценат од добијене накнаде). Наиме, по тумачењу америчких судова, узимајући у обзир ризик антимонополских спорова, адвокати су вољни да заступају на проценат само уколико могу да рачунају да ће своје трошкове наплатити у потпуности (*Kristian v. Comcast Corp*., 446 F. 3d 25, 59 no. 21 (1st cir. 2006)).

Како је Врховни суд нагласио, „*class action* има за циљ унапређење приватног извршења антимонополског права дозвољавајући грађанима да удружују своја ограничена средства да би постигли повољнији процесни положај". (*Havaii v. Standard Oil of Cal.*, 405 U. S. 251, 266 (1972)). Без овог средства, картели као и друга кршења антимонополског права која погађају велики део тржишта имали би мало разлога за страх да ће морати да компензују своје жртве. Нижи судови су такође са своје стране стално понављали да су антимонополски тужбе нарочито погодне за *class action.*

У једној недавној студији професора *Lande* и *Davis*-а који су анализирали 40 најуспешнијих приватних антимонополских спорова од 1990. год. велика већина односно 34 спорова су биле *class action* тужбе. Robert H. Lande, Joshua P. Davis, „Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", 42 *U. S. F. L. Rev*. 879, стр. 892 и 902. Даљи резултати до којих је дошло наведено истраживање су били да су у анализираних 40 случајева (који су само највећи од свих добијених случајева по приватним парницама) потрошачи или привредни субјекти добили обештећење између 18–20 милијарди долара док је у истом временском периоду

обухватала локалне преплатнике на телефон и/или Интернет су тужили групу оператера локалних линија због наводне завере у циљу ограничења трговине тако што су повећали цену својих услуга путем „паралелног понашања", које је са своје стране представљало плод тајног, илегалног споразума. Акција је претила да буде масовна на нивоу Сједињених Држава јер је обухватала најмања 90% свих преплатника локалних телефона или брзог Интернета а тужене су биле највеће америчке телекомуникационе фирме као учеснице у наводној завери која је трајала седам година. У својој одлуци да тужба треба да буде одбачена Врховни суд Сједињених Држава је истакао да успостављање елемената случаја морају пратити одређени чињенични наводи. Да би се успоставио случај према члану 1 Шермановог закона тужба мора да садржи довољно чињеничних навода (узетих да су тачни) који би сугерисали да постоји споразум. Наводи о паралелном понашању и гола изјава да постоји завера нису довољни.[63] Тужилац стога мора навести чињенице које „уверљиво" сугеришу постојање завере. Тај стандард „уверљивости" који није само „вероватноћа" захтева „довољно чињеница које би довеле до разумног очекивања да ће *discovery* открити доказе о постојању недозвољеног споразума."[64] Суд је затим појаснио да је потреба за додатним чињеницама нарочито неопходна када су у питању антимонополски спорови зато што антимонополски *discovery* а нарочито антимонополски *class action discovery* може бити потенцијално масован и веома скуп. Због опасности да ће трошкови *discovery*-а натерати туженог да се поравна и у „анемичним" случајевима захтев да се морају навести чињенице је неопходан да би се очистили, у стадијуму испитивања тужбе, они случајеви који нису „разумно основани на нади да ће поступак *discovery*-а открити релевантне доказе који би подржали захтев из члана 1.[65]

Иако се *Twombly* стандарду признаје известан позитиван утицај јер пружа заштиту од неоснованих тужби критичари нарочито истичу

(1990. до 2007. год.) на основу новчаних казни изречених у кривичним поступцима покренутим од стране антимонополског одељења Министарства правде (DOJ) наплаћено укупно 4,2 милијарде долара, што значи да су приватна лица добила више него четири пута веће обештећење него држава (*ibid*, стр. 895). Исто истраживање је такође показало да је скоро половина обештећења потицала из 15 случајева који нису пратиле акције федералних или органа појединих држава-чланица (*ibid*, стр. 898), те да се нешто мање од половине случајева (17) уопште није односило на најтеже повреде антимонополског права као што је фиксирање цена или намештање понуда на јавним лицитацијама (*bid rigging*) и да су у већини од ових случајева (14) тужиоци оспоравали понашања која потпадају под чисти *rule of reason* стандард доказивања (*ibid*, стр. 902).

63 *Bell Atlantic v. Twombly*, 127 S. Ct. 1955, 1964 (2007).

64 *Twombly*, 1965.

65 *Twombly*, 1967.

негативан ефект који лишава странку њених легитимних права. Наиме, приватна странка као тужилац, за разлику од државе која поседује ефикасна средства истраге, по правилу не поседује довољно доказа за постојањем споразума пре поступка *discovery*. Пошто се до доказа углавно долази кроз *discovery*, приватни тужилац је практично спречен да подигне тужбу и заштити своја права.[66]

V Закључна разматрања

Иако су државне агенције за извршење антимонополског права у Сједињеним Државама овлашћене да у управном поступку утврђују кршења антимонополског права, изричу одређене мере као и да доносе опште и појединачне акте којима се ближе регулише ова материја, амерички систем спровођења антимонополских закона се базира на судском извршењу у грађанском или кривичном поступку јер је за коначну одлуку о томе да ли постоји нека повреда увек у крајњој инстанци надлежан суд. За кривично-правно извршење искључиво је надлежно Министарство правде (DOJ) које покреће кривични поступак пред судом док у грађанско-правном парницама учествују како државне агенције тако и приватне странке. Рестриктивни споразуми, зависно од њихове природе, могу бити предмет кривичног гоњења као и грађанске парнице. Но без обзира да ли се питања постојања рестриктивног споразума поставља у кривичном или грађанско-правном поступку те да ли се у својству тужиоца у парници појављује држава или приватно лице амерички судови су током година изградили одређене правне стандарде у погледу количине и квалитета доказа које тужилац треба да презентује а који би подржали наводе о постојању ограничавајућег, противзаконитог споразума. Правни стандарди, које је на првом месту моделирао Врховни суд Сједињених Држава, изграђивани су током година и били су подлежни променама, обликовали се и еволуирали у складу са економским развојем земље.

Како (оп)тужени по правилу готово увек негирају постојање споразума без обзира о ком се рестриктивном споразуму ради (било да ли је у питању картелски, по правилу тајни споразум као и други хоризонтални споразуми који нису картели, било вертикални споразуми), тужилац мора презентовати суду довољно уверљивих доказа о постојању споразума да би могао да успостави случај и избегне одбацивање тужбе у почетној фази поступка. Амерички судови признају да је само у ретким случајевима тужиоцу на располагању директан доказ о постојању

66 Scott Dodson, „Pleading Standard after Bell Atlantic Corp. v. Twombly", 93 *Va. L. Rev*. In Brief, 135, 138 (2007).

споразума и то по правилу када је тужилац држава која има средстава и начин да до таквих доказа дође, те да ће у многим случајевима доказивање морати да се изврши путем индиректних доказа. Питање квалитета, количине и доказне снаге индиректних доказа није затворено и предмет је сталног разматрања од стране америчких судова.

Mirjana **CUKAVAC, PhD**
Secretary, Foreign Trade Court of Arbitration of Serbian Chamber of Commerce

PROVING ILLEGAL AGREEMENT UNDER US ANTITRUST LAW

Summary

American antitrust law draws a basic distinction between concerted and independent action. Thus, contract, combination or conspiracy that unreasonably restrains trade may be an illegal concerted action while the conduct of a single firm is unlawful only when it threatens actual monopolization.

Because proving concerted action is essential to establishing antitrust liability, vague allegations of concerted action are vulnerable to dismissal. Illegal contract can be shown either by direct or circumstantial evidence. American courts recognize that only rarely will there be direct evidence of an express agreement and circumstantial evidence is therefore not only admissible but often dispositive. Inferring agreement among competitors is frequently based on a pattern of uniform business conduct so called "conscious parallelism" while existence of an vertical agreement could be inferred from various circumstances depending on facts of evry particular case.

Key words: *concerted action, direct evidence, circumstantial evidence, conscious parallelism.*

др *Мирјана* КНЕЖЕВИЋ
доцент Економског факултета Универзитета у Крагујевцу

ОДГОВОРНОСТ ЗА ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРА ЗАКЉУЧЕНИХ ЕЛЕКТРОНСКИМ ПУТЕМ

Резиме

У раду се разматрају неке карактеристике правних односа који се јављају код уговора закључених електронским путем. Аутор покушава да истакне недостатак правне регулативе у електронском пословању уопште, као и у електронској трговини кроз приказ постојећег решења у међународном и домаћем праву. Упоредноправна анализа националних прописа који регулишу ову материју указује на постојање великих разлика код многих правних питања. Из тих разлога, аутор указује на значај уједначеног регулисања појединих питања као што су одговорност уговорних страна у појединим фазама закључења Е-уговора, и питање закључење и испуњења Е-уговора.

Кључне речи: *Е-трговина, Е-легислатива, одговорности уговорних страна, закључење Е-уговора.*

I Нормативно уређење Е-трговине

Електронско пословање заузима значајно место у међународној трговини, где су се током времена јавили разни проблеми међу којима и недостатак правне регулативе. Из тих разлога многобројне владине и невладине међународне организације приступају целокупној или делимичној хармонизацији правила која се односе на Е-трговину. Упоредноправном анализом се закључује да не постоје веће државе у све-

ту које нису усвојиле посебан закон којим се регулише Е-пословање и уједно омогућава компанијама да у правним оквирима закључују Е-уговоре.

ЕУ је започела нормативно уређење Е-трговине још 1997. године доношењем акта под називом „*A European initiative in Electronic Commerce*". Од тада неколико легислативних инструмената је усвојено у намери да се направи погодна клима за Е-трговину. Најважнија је *E-Commerce* директива из јуна 2000. године.[1] Усвајање ове Директиве изазвало је лавину легислативне активности. Донете су директиве за дистанциону продају,[2] за приватност,[3] за приватност и електронске комуникацијске мреже и услуге,[4] и за електронски потпис.[5]

Европска комисија се определила да заштити одређене аспекте ауторских и сродних права у информатичком пословању, уређујући их као као допуну постојеће легислативе у већ уређеним правним односима. Из тих разлога настаје Директива из 1991. године која се односи на заштиту компјутерских програма, познатија као „софтверска директива". У активностима које су као последица уређења постављених питања, настају прописи за електронско плаћање за јавне набавке, као и многе иницијативе за даље уређење Е-пословања. Међу њима издваја се иницијатива за стандардизацију европског електронског потписа из 2001. године и иницијатива за имплементирање у домену ЕУ који се односи на европске компаније.

Поред тога покрећу се многи европски пројекти који се баве правним питањима из области Е-уговарања, као што су европски пројекат *elegal* и *alive* пројекат из 2003. године. *Elegal* пројекат се бавио подршком у процесу уговарања екектронским путем, тј. информатичком технологијом зато што се *alive* пројекат бавио са правним питањима повезаним са виртуелним пословањем *(Virtual Enterprises-VE).* Такође, као један од важнијих европских пројеката везаних за Е-уговарање је *cosmos* пројекат, намењен за развој интернет платформе којим је представљен модел уговора који пружа комплетност а истовремено избегава опасност од великог детаљисања.

Генерално посматрано, легислатива ЕУ повезана са Е-трговином може да се подели у три основне групе: ИТК (информатичко-комуни-

1 Directive 200/31/EC of the Europien Parlament and of the Council of 8 June 200 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular electronic commerce in the Internal Market, *OJ L 178*, 17–07–2000 (у тексту E-Commerce Директива из 2000).

2 Directive 97/7/EC.

3 Directive 95/46/EC.

4 Directive 97/66/EC.

5 Directive 1999/93/EC.

кацијска технологија) регулатива, Е-бизнис и интелектуална својина. Карактеристике ове правне регулативе су: обавезност, успостављање минимума заједничке садржине, хоризонтално дејство и слобода у избору метода усаглашавања.

Документ УНЦИТРАЛ-а новијег датума који је у великој мери инкорпорисан у многа национална законодавства је Конвенција УН о употреби електронске комуникације у међународним уговорима из 2005. године. Конвенција се примењује на електронске комуникације у току сачињавања или испуњења уговора између уговорних страна које имају седишта у различитим државама, као и на уговоре закључене у вези ствари намењених за личну употребу, ствари којима се тргује на берзи, банкарска плаћања, менице, цесије и слично. Конвенција даје дефиницију појмова: комуникација (укључивање и понуда и прихватање понуде), електронска комуникација, електронска порука, одашиљач електронске поруке прималац поруке *(Adresse),* информатички систем, аутоматизован систем порука *(Automated message system)* регистровано пословно седиште и др. Конвенција садржи и правила о потпису, форми и чувању података у оригиналњ форми и др.

У ранијој активности УНИЦИТРАЛ-а издвајамо као међународне правне изворе у области Е-трговине модел Закона о Е-трговини и модел Закона о електронском потпису из 1996. године, Конвенцију УН о употреби електронске комуникације у међународним уговорима из 2005. године.[6] Затим, Конвенцију УН о независним гаранцијама и документарним акредитивима из 1995. године.[7] Најновији документ УНЦИТРАЛ-а који уређује Е-трговину је *Promoting Confindence in Electronic Autentication and Signature Methods (UN Vienna 2009)* која се односи на материју аутентификације (потврђивање веродостојности, верификације) електронског потписа, иако појам аутентификације у ширем смислу значи обезбеђивање аутора одређене поруке, тако и интегритета саме информације. Овај документ између осталог регулише питање прекомерне употребе електронског потписа и методе верификације и аутентификације укључујући и међународни утицај на националне законе.

Активности међународних организација у области регулисања Е-трговине су биле бројне. Светска трговинска организација је још 1998. године усвојила радни програм Е-трговине, са циљем да се испитају делатности повезане са трговином у глобалним оквирима. Тако је извршена анализа Е-трговине и утицаја интернет уговора на GATT или TRIPS инструменте. Међународна трговинска комора са седиштем у Паризу

6 United Nations Convention on the Use Contracts 2005.

7 UN Conventions on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit 1995.

донела је низ докумената који утичу или се односе на Е-пословање. Извршене су измене INCOTERMS-а сагласно појави Е-трговине, затим Водич за Е-уговарање са МТК условима и терминима од 2004. године, који имају за циљ правну сигурност уговора закључених путем електронских средстава.[8] Поред ових докумената, издвајају се и Једнообразна правила и обичаји за документарни акредитив из 2002. године[9] који регулише питања електронских документарних акредитива и свих електронских докумената који се издају као подршка акредитиву, као и њихов однос са традиционалним правним правилима. Једна од новијих иницијатива МТК је и иницијатива „*netcase*" која је повезана са побољшањем услуга везаних са Правилима арбитраже из 1998. године. *Netcase* је искључиво повезана са међународним трговинским судом МТК. *Netcase* треба да појасни комуникацију помоћу страна инволвираних у арбитражном поступку преко сачињавања безбедног интернета за сваки арбитражни случај. МТК је од 2001. године покренула иницијативу за могуће измене Римске Конвенције за меродавно право и евентуалне ефекте Е-трговине. Са овом иницијативом се предлаже да се на Е-деликте примењује право државе пријема а не земље порекла. Указује се на дејство права државе порекла на међународну трговину.

У међународном саобраћајном праву, где је процес унификације достигла завидни ниво, у области Е-пословања су донети многа докодокументи. По значају се издвајају Правила за електронски коносман,[10] издат од стране Међународног поморског комитета.

II Појам Е-трговине

Појам Е-трговине није униформно дефинисан из разлога што многи правни теоретичари сматрају да нема потребе за посебном дефиницијом једног оваквог опште прихваћеног термина.

Светска трговинска организација дефинише Е-трговину као производњу, дистрибуцију, маркетинг, поруџбине или испоруку ствари и услуга путем екектронских медија. УНЦИТРАЛ одређује Е-трговину на идентичан начин.[11] *Уопште посматрано, Е-трговина као део елек-*

8 ICC guide for E-Contracting.

9 Uniform Customs and Practice for Documentary Credits –UCP.

10 Rulled for Electronic Bills of Lading 1998. Економска комисија за Европу RG 4. (CEFACT) – United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Busines– Recommendation 25– use of the UN electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport (05.07.2000 – UN/EDIFACT).

11 Е-трговина је било која производња, дистрибуција, маркетинг, поруџбина, или испорука ствари и услуга путем електронских медија, или било која информација која садржи податке употребљене у комерцијалне сврхе.

Електронско пословање представља било коју трансакцију преко рачунарске мреже, која укључује пренос власништва или права за коришћење роба или услуга. Трансакција се извршава у оквиру изабраног процеса е-пословања (на пример, процес продаје) и сматра се комплетном (завршеном) након сагласности између купца и продавца о коришћењу роба или услуга. Наравно, трансакција може али не мора да буде новчано изражена (на пример, бесплатан софтер).[12]

Закон о електронској трговини Републике Србије дефинише електронску трговину робом и услугама као даљинску трговину у смислу закона којим се уређује трговина.[13]

Е-трговина примарно се састоји од дистрибуирања, куповине, продаје, маркетинга и сервисирања производа и услуга путем електронских система као што је Интернет и друге компјутерске мреже. Такође укључује и електронски трансфер новца, управљање ланцем снабдевања, е-маркетинг, електронску размену података и аутоматске системе за сакупљање података.

Ужа дефиниција Е-трговине обухвата куповину и продају робе, услуга и информација путем мреже. То значи да је електронска трговина концепт који описује процесе куповине и продаје, односно размену производа, услуга и информација путем компјутерских мрежа укључујући и Интернет. За разлику од традиционалног тржишта, електронско тржиште има неутралну посредничку улогу између купца и продавца и обавља услуге обема странама у трансакцијама.

Појам Е-трговине се користи да означи комерцијалну употребу интернета или употребу ICT (информацијско комуникацијске технологије), преко које комуникацирају пословни субјекти са својим потенцијалним пословним партнерима или потенцијалним потрошачима.

Иако се у почетку сматрало да нема неких посебних разлика између традиционалног и Е-уговарања, ипак се показало да су стандарди Е-пословања и сложенији и строжи од традиционалних. Сама појава Е-уговарања преко новог медијума – Интернета имала је за циљ да олакша трговину, с тим да таква промена ипак не значи мењање до

12 Примери трансакција Е-трговине су: индивидуална куповина књига на Интернету, резервација хотелске собе за запослене из неке организације преко Интернета, бесплатно позивање телефонског броја и наручивање неког производа преко интерактивног телефонског система продавца, организација купује канцеларијску опрему онлајн или преко електронске аукције, производни погон у организацији наручује електронске компоненте из другог организационог дела у оквиру организације користећи Интернет, корисник повлачи новац из банкомата *(Automatic Teller Machine).*

13 Закон о електронској трговини (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009), чл. 4.

краја и у потпуности начина уговарања, јер ипак неке ствари морају да се изврше традиционално (нпр. да се роба испоручи купцу физичком предајом). Поред других схватања сама техника закључења Е-уговора је специфична, као медиј на коме се манифестује воља за закључење уговора (електронска порука, е-потпис, е-печат правног лица). Зато су Е-уговори подложни хакерству (пробијању личних података), ауторска права се често повређују, моменат закључења уговора се различито одређује у односу на разлике теорије које важе за овај моменат и правни режим који за њега важи. Занимљив је приступ који имају тзв. *just-in-time contracting* којим се уводи могућност за одређење момената настанка уговора, тако што је дата могућност за узимање последњег могућег момента и на тај начин се омогућава странкама да благовремено реагују на тренутну тржишну динамику. Код Е-уговора једно је закључење уговора а друго је њихово испуњење. Ово посебно важи за случај када се као уговорне стране појаве једна која има седиште у држави са развијеним Е-пословањем и друга, која има седиште у држави где је Е-пословање тек у повоју. У том случају се препоручује да се Е-уговор потврди и у писменој форми.[14]

Е-легислатива је нормативно уређење специфичности информативно комуникацијске технологије и утицаја које ова легислатива врши на постојеће правне институте и правне гране. Сматра се да Е-уговарање треба да помогне преко употребе информатичке технологије, побољшању ефикасности хартијског тј. папиролошког уговарања. Традиционално, већина националних законодавстава захтева да трговински уговори буду у писменој форми (у хартији) било да је та форма *ad probationem* или *ad solemnitatem,* и то са обавезним потписом са традиционалним мастилом. Међутим, нови закони који се односе на Е-уговоре и Е-потпис дозвољавају одступање од ове класичне форме и захтевају савремену форму коју захтева ново пословање, нове и другачије потписе. Али сама садржина таквог пословања се не разликује од традиционалног, тако да се не иде предалеко од традиционалног схватања уговора.

Као и већина земаља и Република Србија има посебну стратегију у области Е-трговине и уговарања. У Србији је усвојена Стратегија развоја информационог друштва још 2006. године, а стратегија реформе државне управе 2004. године. За разлику од земаља у окружењу, још увек није усвојена посебна Стратегија развоја система е-управе, нити сам Закон о е-управи. Ако се погледају посебне одредбе које регулишу ову материју, у већини националних закона примећују се велике резлике, као на пример у погледу тога шта представља сигурно чување података, шта је електронски потпис, верификација идентитета уговорних страна (аутентификација) и сл.

14 Н. Вуковић, *Електронско пословање,* ФОН, Београд, 2002.

III Одговорност уговорних страна у појединим фазама закључења Е-уговора

Уобичајено сачињавање једног уговора се састоји од 4 фазе: информисања друге стране о производњи или услугама које се нуде, преговарање, уговарање, закључење уговора, испуњење уговора. До скоро је постојала развијена уговорна пракса и договор између уговорних страна да се прескоче прве две фазе. У међународним трговинским уговорима често је садржана клаузула о начину комуникације између уговорних страна. За давање одређене понуде једна страна може да да целу или делимично претходно дефинисану структуру уговора (адхезиони уговор). Овај модел може да послужи као основ за почетак преговора. Уговарачи могу да се користе и стандардним уговорним клаузулама у моделима уговора.[15]

У поступку закључења Е-уговора постоји неколико фаза. У првој фази која није обавезна издвајају се прелиминарни контакти, преговори и предуговор. У обавезној фази постоји понуда и прихват понуде.

Под појмом прелиминарног контакта, подразумева се рекламирање на Интернету – Интернет маркетинг. Прелиминарни контакт код Е-уговора на Интернету има улогу интерактивности на веб страници и то је јединствено место где се добијају подаци потребни за започињање преговора и закључење уговора.

Под појмом предуговора се подразумева Е-уговарање које је углавном базирано на закључењу уговора као што су: формуларни, типски, адхезиони. Уговори се закључују аутоматски, два пута кликнувши на квадратић са постављеним питањем на веб страници. Код ових уговора се исказује потреба за прецизним формулисањем одређених клаузула јер су оне унапред припремљене.

Због брзине и масовности код закључења Е-уговора, потребно је јасно преузимање традиционалних појмова облигационог права, што значи да многи правни институти одређени Законом о облигационим односима могу бити примењени на Е-пословање без потребе посебног законског уређења тј. преузимања законских решења других држава. Међу, већ законом уређених правила се налазе она правила која регулишу питање разлика између понуда и позива да се учини понуда, улоге општих услова уговора, клаузуле за ограничење или ослобођење од одговорности у одређеном случају итд. За Е-уговара од значаја су уговорне одредбе о меродавном праву, начину и моменту закључења уговора, испуњењу и начинима извршења уговорних обавеза, цени валути, начину плаћања, промена општих услова пословања на веб страници или

15 Б. Раденковић, Електронско пословање-стање и перспективе, ФОН, Београд, 2004.

садржина саме веб странице и слично. Код Е-уговора, по правилу сами понуђивачи опредељују начин изјаве за прихват понуде, тј. опредељују софтверску апликацију преко које се изјављује прихват понуде (нпр. два пута кликнувши на квадратић у коме пише да се прихватају услови из понуде) и да сте у целини сагласни са елементима понуде или са обичним давањем налога за плаћање, попунивши све податке повезане са вашом кредитном картицом. То значи да је дат прихват понуде који има конклудентно дејство. Када се користи веб страница *(world wide web)* за закључење Е-уговора, за поручивање ствари и услуга, треба проверити да ли PIN или *User ID* корисника (идентификација корисника) не намећу неограничену одговорност или искључивање одговорности јаче стране када би требало да дође до потврђивања и примене основних начела облигационог права (равноправност учесника, савесност и поштење, и др.) што само по себи ствара велику правну несигурност.

IV Правна регулатива Е-трговине у Републици Србији

Закон о електронској трговини Републике Србије уређује питање закључења Е-уговора, тако што одређује да Е-уговор може бити закључен електронским путем, тј. у електронској форми, тако да се понуда и прихват понуде могу дати електронским путем. Када се електронска порука, односно електронска форма користи приликом закључења уговора, таквом уговору се не може оспорити пуноважност само због тога што је сачињен у електронској форми.[16]

Упоредно правном анализом законских решења у земљама у окружењу долазимо до закључка да закони истог или сличног назива постоје и у њиховим правним системима. У БиХ постоје два закона и то: Закон о електронском потпису и Закон о електронском правном и пословном промету. Тако повезани прописи представљају добар законодавни оквир за увођење електронског пословања. Република Српска има закон истог назива. У Словенији постоји Закон о изменама и допунама закона о електронском пословању и електронском потпису. Доношењем овог закона, Словенија је у правни систем уврстила Директиве о електронској трговини Европског парламента,[17] које нису уврштене у постојећу законодавну регулативу у области заштите потрошача. Нови закон детаљно описује одговорности понуђача информатичких решења, као што су пренос података.

Новине закона о електронској трговини Републике Србије су у одређивању појединих врста уговора на које се његове одредбе не

16 Закон о електронској трговини, чл. 9.

17 Directive 2000/31/EC.

примењују као што су нпр.: уговори којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима; изјаве странака и дугих учесника у поступку за расправљање заоставштине, форму завештања, уговоре о уступању и расподели имовине за живота, уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем, као и друге уговоре из области наследног права; уговори о утврђивању имовинских односа између брачних другова, уговори о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност, уговори о поклону, као и други правни послови или радње, за које је посебним законом изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.

Када се као претпоставка пуноважности и настанка уговора захтева потпис лица, сматра се да тај услов задовољава електронска порука потписана квалификованим електронским потписом, у складу са законом којим се уређује електронски потпис.[18] Квалификовани електронски потпис у односу на податке у електронском облику има исто правно дејство и доказну снагу као и својеручни потпис, односно својеручни потпис и печат, у односу на податке у папирном облику.[19]

Пружалац услуга дужан је да потенцијалном кориснику услуга, пре закључења уговора о пружању услуга, обезбеди на јасан, разумљив и недвосмислен начин податке и обавештења о: поступку који се примењује код закључивања уговора; уговорним одредбама; општим условима пословања, ако су саставни део уговора; језицима на којима уговор може бити закључен; кодексима понашања у складу са којима поступају пружаоци услуга и како се ти кодекси могу прегледати електронским путем.[20] Текст уговора и одредбе општих услова пословања које су саставни део уговора закључених у електронској форми морају бити доступни корисницима услуга на начин који омогућава њихово складиштење, поновно коришћење и репродуковање.[21] Електронским путем, без одлагања, посебном електронском поруком, пружалац услуга је дужан да потврди пријем електронске поруке која садржи понуду или прихват понуде за закључење уговора. [22]

Време закључења уговора у електронској форми је час када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеног да прихвата понуду. Понуда и прихват понуде, као и друге изјаве воље учињене елек-

18 Закон о електронској трговини, (*Службени ɩласник РС*, бр. 135/2004; даље у фуснотама: ЗОЕТ).

19 ЗОЕТ, чл. 10.

20 ЗОЕТ, чл. 12.

21 ЗОЕТ, чл. 13.

22 ЗОЕТ, чл. 14.

тронским путем, сматрају се примљеним када им лице коме су упућене може приступити.

Пружалац услуга који преноси електронске поруке није одговоран за садржај послате поруке и њено упућивање, ако није: иницирао пренос; извршио одабир података или докумената који се преносе; изузео или изменио податке у садржају поруке или докумената; одабрао примаоца преноса. Пренос порука и пружање приступа порукама морају бити обављени на начин који омогућава аутоматско, посредничко и привремено складиштење пренетих порука и у њима садржаних података и морају бити привремено складиштене само у временском периоду који је неопходан за пренос порука.

Пружалац услуга који податке унете од стране корисника услуга преноси посредством комуникационе мреже, није одговоран за аутоматско, посредничко и привремено складиштење које служи само за ефикасније формирање преноса података тражених од стране других корисника услуга под одређеним законским условима, као ни за трајно складиштење података. Пружалац услуга који складишти податке није одговоран за садржај ускладиштеног податка, ако уважава услове за приступ подацима; поступа у складу са правилима за ажурирање података; делује у складу са дозвољеном применом технологија за прикупљање података; уклони или онемогући приступ подацима које је чувао одмах након сазнања да су подаци уклоњени из преноса посредством мреже или је онемогућен приступ до њих, као и када је суд, односно други надлежни орган, наредио њихово уклањање или онемогућавање приступа. Пружалац услуга који складишти податке није одговоран за садржај трајно ускладиштеног податка, ако није знао нити је могао знати за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај податка, као и када одмах након сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклони или онемогући приступ том податку. Ово правило се не примењује у случајевима када је корисник услуга лице зависно на било који начин од пружаоца услуга (повезана привредна друштва у смислу закона којим се уређује положај привредних друштава).

Значи, пружалац услуга информационог друштва није одговоран за садржај послате поруке, али је дужан да спречи било какву злоупотребу својих ресурса, за коју није одговоран, осим у случају учествовања у таквој злоупотреби. У том смислу прописано је искључење одговорности, привремено чување података, трајније чување података, линкови и обавезна обавештења. Под привременим чувањем података подразумева се чување у сврху уштеде комуникационих ресурса. Такав облик чувања података је привремен из разлога што се подаци којима није нико приступио у одређеном временском интервалу аутоматски бришу. Трајније чување података подразумева чување у сврху њихове репродукције.

V Закључак

На тржишту се, у садашњим условима развијају нове технике уговарања и доказивања, као што су формуларни уговори, општи услови пословања, адхезиони уговори, *веб* странице понуђача и сл. Развијају се и нови начини закључења уговора, путем електронских порука и применом ИКТ. Прихватају се информатичке технологије у трговини, али аутономија воље уговорних страна је и даље основни принцип уговарања с тим што се код Е-трговине акценат ставља на начин изјављивања воље уговарача. Воља уговарача се тумачи објективно. Треба размислити о новим решењима у погледу опозива понуде, прихвата понуде, релативизације писмене форме и уређењу електронске форме уговора. Електронска трговина није била правно уређена, тако да је дуго представљала извор правне несигурности за учеснике у пословним трансакцијама, што је промењено доношењем Закона о електронској трговини чиме су постављени правни оквири за Е-трговину у складу са законским решењима ЕУ.

Mirjana **KNEŽEVIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Economics University of Kragujevac

RESPONSIBILITY FOR REALIZATION OF CONTRACTS SIGNED IN ELECTRONIC FORMAT

Summary

On the market under the current conditions are developed new techniques of contracting and argumentation, like formulary contracts, general conditions of doing business, adhesive contracts, and web pages of the bidder and so on. Also are developed new ways of closing the contract, via emails and ICT. IC technologies are accepted in trade, but the autonomy of will of the contracted parties is still the basic principle of contracting, while on e-trade is accentuated the way of expressing will of the contract parties. Will of contract parties is interpreted in the objective manner. We should think about new solutions regarding withdrawal of the offer, relativization of the written form and arrangement of the electronic format of the contract. Electronic trade was not regulated, so it was for a while the source of legal insecurity for the participants in business transactions, which was changed by enacting the Law on electronic trade which established legal frameworks for e-trade according to the legislative of EU.

Key words: *E-commerce, E-legislative, responsibility of contrating parties, contracting E-contracts.*

др *Никола* БОДИРОГА
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРОДУЖЕНИ ПОСТУПАК ИЗВРШЕЊА РАДИ НАПЛАТЕ НОВЧАНОГ ПОТРАЖИВАЊА

Резиме

Продужени поступак извршења ради наплате новчаног потраживања је уведен у право Србије Законом о извршном поступку из 2004. године. Намера законодавца је била да побољша заштиту извршних поверилаца и спречи да они остану ненамирени. Све друго је спорно. Не може се прихватити тумачење да се ради о продуженом поступку. Поступак треба да буде регулисан општим одредбама ЗИП, и да буде отворен за све извршне повериоце, а не само за оне који траже намирење продајом покретних ствари. Предвиђа се кривично гоњење извршног дужника на начин који је у супротности са Уставом и Закоником о кривичном поступку. Да би овај поступак профункционисао, потребно је изменити и друге законе и унапредити транспарентност извршног поступка. Коначно, не видимо потребу за гарантовањем права на приговор извршном дужнику против решења којим суд наређује његов упис у књигу извршних дужника.

Кључне речи: *продужено извршење, законско регулисање, одговорност извршног дужника, транспарентност.*

I Општи појам

Продужени поступак извршења ради наплате новчаног потраживања се води у случају када извршење није довело до потпуног намирења

извршног повериоца. „Продужени поступак извршења ради наплате новчаног потраживања је потпуно нов поступак који је регулисан одредбама чланова 92 до 97 ЗИП. Из формулације одредбе члана 92 која уређује услове за покретање продуженог поступка извршења ради наплате новчаног потраживања, може се закључити да се ради о захтеву извршног повериоца у раније започетом поступку извршења у коме извршни поверилац није потпуно намирен. Из наведеног произлази да се у конкретном случају захтев за добијање изјаве о имовини извршног дужника, а на основу решења суд из члана 93 став 1 ЗИП, не може сматрати новим предлогом за извршење нити пак новим предметом, већ је очигледно да се ради о наставку – продужењу већ започетог поступка извршења. Формулацију „који у извршном поступку није потпуно намирен" треба тумачити тако да је извршни поверилац безуспешно покушао да се намири из имовине на начин који је првобитно предложио спровођење извршења. Да би се радило о продуженом поступку извршења, потребно је да је суд неке радње у спровођењу извршењу већ предузимао, па макар и безуспешно, а не би било неопходно да је дошло и до делимичног намирења потраживања."[1] Тада извршни поверилац добија право које до сада није постојало у нашим законима о извршном поступку. Извршни поверилац чије потраживање у извршном поступку није потпуно намирено, може да поднесе захтев суду за добијање изјаве о имовини извршног дужника, чиме стиче право и могућност да се намири на имовини извршног дужника која му до тада није била позната.

По до сада важећим прописима у случају да извршни поверилац није у потпуности или уопште био намирен, а предложено је извршење пописом, проценом и продајом покретних ствари, извршном повериоцу је било омогућено да предложи нов попис. Да би се извршни поверилац користио овим својим овлашћењем било је неопходно да има информације о месту налажења покретних ствари извршног дужника. Када извршни поверилац учини вероватним да извршни дужник зна где се налазе ствари које нису пронађене, суд ће позвати извршног дужника да у року од три дана од дана достављања позива пружи информације о месту налажења ствари. Ова обавеза се извршава по правилима за извршење обавезе коју може да изврши само дужник лично.[2]

1 Правни став Вишег трговинског суда од 20.9.2005.

2 Види члан 79 став 2 ЗИП. Када радњу утврђену у извршној исправи може да изврши само извршни дужник, суд му решењем о извршењу одређује рок за испуњење обавезе и истовремено изриче новчану казну за случај да не изврши обавезу. Након што рок протекне ако извршни дужник није испунио обавезу, суд ће по службеној дужности да спроведе решење о изреченој новчаној казни. Суд одређује нови рок за испуњење обавезе и изриче нову новчану казну у већем износу него што је била

Ако извршни суд оцени да су испуњени потребни услови, тј. уколико извршни поверилац није успео да у целини наплати своје потраживање, суд ће решењем дати налог извршном дужнику да у року од десет дана достави суду своју изјаву о имовини. То би у ствари значило, да извршни дужник треба да састави списак целокупне своје имовине, при чему се ту подразумевају и сва његова потраживања, као и да под претњом кривичне одговорности гарантује тачност наведених података. Уколико се извршни дужник не повинује налогу суда у остављеном року, суд ће донети решење о одређивању рочишта на које ће позвати извршног дужника да на записник суду да изјаву о имовини (члан 93 став 1 и став 2 ЗИП). Суду стоји на располагању могућност привођења извршног дужника, уколико он не приступи на заказано рочиште или не достави списак целокупне своје имовине и потраживања. Извршни дужник је дужан да предочи потпуне и тачне податке, јер ће у противном бити кривично одговоран у складу са чланом 191. КЗ Србије. Наиме, ако извршни дужник да непотпуне или нетачне податке у изјави о имовини, сматраће се да је таквим лажним приказивањем односно прикривањем довео у заблуду извршног повериоца и на тај начин онемогућио извршног повериоца да наплати своје потраживање.

Ratio legis продуженог поступка извршења јесте да се не дозволи да извршни повериоци остану ненамирени услед чињенице да им дужниково имовно стање није било познато. Овај поступак не користи само једном повериоцу, већ је његово вођење у интересу већег броја садашњих

она која му је пре изречена, за случај да ни у том року не испуни обавезу. Изрицање новчаних казни и претње новима се настављају све док укупни збир изречених новчаних казни не достигне износ прве изречене казне, који се поступак понавља док извршни дужник не изврши своју обавезу. Тако се изрицање новчаних казни може понављати све до наведеног лимита, извршни дужник их може плаћати, а да не открије податке о својим правима која могу бити предмет извршења. Првенствено је ово неприменљиво на извршне дужнике који имају вреднију а нерегистровану имовину (не само заборавити да осим релативно не(сређене) евиденције права на непокретностима, не постоје регистри покретних ствари веће вредности). Због неефикасности овог инструмента законодавац је прибегао увођењу продуженог поступка извршења ради наплате новчаног потраживања. Поред захтева за спровођењем продуженог поступка извршења, извршном повериоцу би стајала на располагању и промена средства извршења (уместо пописа, процене и пленидбе покретних ствари извршни поверилац преиначује првобитни предлог за извршење и тражи да се сада извршење спроведе на акцијама извршног дужника). Реализација овог преиначеног предлога опет зависи од приступа извршног повериоца регистрима имовинских права извршног дужника. Како ти регистри још увек нису у потпуности код нас заживели, то се извршни поверилац опет може ослонити само на изјаву извршног дужника о сопственој имовини, и надати се да ће претње покретањем кривичног поступка довољно стимулативно деловати на извршног дужника да обавести суд и извршног повериоца о свим својим правима на којима се може спровести извршење.

и потенцијалних поверилаца. Ненамирењем извршног повериоца у разумном року се крше стандарди из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), односно стандарди утврђени праксом Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП). Посебно имамо на уму 1. Протокол уз ЕКЉП којим се гарантује право на мирно уживање имовине, а које из угла извршног повериоца бива доведено у питање спречавањем његовог намирења уопште, односно његовог намирења у разумном року. Отуда се тражи од извршног дужника да покаже одређен степен кооперативности, а како спровођење извршног поступка не би било безуспешно. Од њега се тражи да стави на увид каталог својих имовинских права. Изјава извршног дужника о имовини се уписује у књигу извршних дужника.[3]

Увођење продуженог поступка извршења ради наплате новчаног потраживања јесте добар почетак на плану постизања веће транспарентности имовине извршног дужника. То је ипак само почетак. И тај почетни корак је могао боље да се изведе. Поставља се питање зашто извршни дужник даје изјаву о имовини тек ако извршни поверилац није успео да се намири. Мишљења смо да изјава дужника о имовини треба да буде правило, а не само покушај да се изађе из ситуације у којој је извршни поверилац након спроведеног извршног поступка остао кратких рукава. Право треба да делује и превентивно, а не само репресивно. Увођење изјаве о имовини као правило, би свакако допринело већој дисциплини у дужничко-поверилачким односима, а самим тим и смањењу процента неефикасно окончаних извршних поступака.

Давање изјаве о имовини извршног дужника јесте значајна новина у том смислу. На томе не сме да се стане. Постоји низ других инструмената о којима би требало размислити. Тако би Фонд ПИО морао да на захтев извршног повериоца достави податке о томе да ли је неко лице осигураник фонда и по ком основу. Министарство унутрашњих послова би имало дужност да на захтев извршног повериоца пружи потребна обавештења о томе да ли је неко лице власник моторног возила и да

3 Упис у књигу врши се у складу са чланом 95 ЗИП: „Суд је дужан да води књигу извршних дужника која садржи евиденцију извршних дужника са евиденцијом њихових изјава о имовини. Суд је дужан да у року од три дана од пријема изјаве о имовини, односно, њеног узимања на записник, изврши упис извршног дужника у књигу извршних дужника. Извршни дужник може бити избрисан из ове евиденције, уколико извршни поверилац достави изјаву суду да је његово потраживање намирено. Евиденција извршних дужника је јавна.“ Од овога ће највише профитирати потенцијални повериоци, јер након добијања обавештења од суда да је дужник уписан у књигу дужника, могу добро да размисле да ли ће ступити у комерцијалне односе са дужником, имајући у виду његову способност за правовремено извршавање евентуално преузетих обавеза (најчешће из уговора о кредиту).

ли на моторном возилу већ постоји неки терет. Агенција за привредне регистре би морала да обезбеди увид у податке о сталном рачуну преко кога послује неко привредно друштво.

Ово су само примери неких мера, односно могућих законодавних интервенција, којима би се постигао комплетнији увид у имовину извршног дужника. Садашње стање ствари не пружа довољно оптимизма у погледу ефикасности извршног поступка. Евидентно је да је законодавац показао свест о постојању проблема недовољне транспарентности извршења, али одговарајуће измене тек треба да уследе.

II Место у систематици закона

Одредбе којима се уређује продужени поступак извршења ради наплате новчаног потраживања се налазе у првој глави трећег дела ЗИП која се односи на извршење на покретним стварима. Из тога би се могао извући закључак да се продужени поступак извршења може покренути само ако је извршни поверилац остао ненамирен након покушаја извршења на покретним стварима. ЗИП говори о повериоцу који није потпуно намирен, што значи да пронађене, пописане и продате покретне ствари нису биле довољне за намирење извршног захтева, или да покретне ствари уопште нису пронађене. Подсетимо се, извршни поверилац приликом подношења предлога за извршење на покретним стварима није дужан да прецизира где се покретне ствари налазе (летеће извршење). Такав његов предлог за извршење не би могао бити одбачен као неуредан. Сасвим је замисливо да се покретне ствари извршног дужника уопште не пронађу, или се пронађу само неке од њих, чија вредност није довољна да би се намирило потраживање утврђено извршним насловом. Тада продужени поступак извршења има смисла.

Оно што нас на овом месту занима јесте да ли се поступак продуженог извршења може применити када је извршни поверилац, односно његово новчано потраживање остало ненамирено и када је извршење вођено другим предметом и средством. Проблем није реално поставити уколико је извршење одређено на заради или на другим сталним примањима где ће се пре или касније, уколико не престане основ примања, извршни поверилац намирити. Претпоставимо да је извршни поверилац предложио извршење на потраживању извршног дужника, или на акцијама, или на хартијама од вредности, па се добијени износ не покаже довољним да би се дужничко-поверилачки однос угасио. Исто се може десити ако се извршни поверилац одлучио на намирење путем продаје непокретности. Када бисмо стриктно тумачили одредбе ЗИП, у свим наведеним ситуацијама би извршни поверилац би након неуспелог

извршења другим средством и предметом, морао да се на крају определи да тражи извршење пописом, проценом и продајом покретних ствари, па тек онда, ако ни то не буде довољно да поднесе предлог у складу са чланом 92 ЗИП. Чињеница да је извршење на покретним стварима протекло неуспешно, довољан је разлог да се тражи покретање продуженог извршног поступка. Ако је извршење одређено другим средством и предметом, продужени поступак извршења није могуће водити уколико се определимо за аргументацију да је, услед места које му је законодавац одредио у структури ЗИП, ова погодност резервисана искључиво за извршне повериоце који нису успели да се намире продајом покретних ствари извршног дужника.

Имајући у виду разлоге због којих је продужени поступак извршења уведен у наше право, мишљења смо да га треба оставити отвореним за све извршне повериоце који своје новчане захтеве нису могли да намире по редовној процедури. У супротном, они се приморавају да, по неуспелом извршењу које је одређено другим средством и предметом, захтевају извршење на покретним стварима, па тек ако ни оно не доведе до резултата, да траже вођење продуженог поступка извршења. Принцип ефикасности извршног поступка, тј. императив његовог окончања у разумном року, захтева, да продужени извршни поступак буде доступан свим извршним повериоцима чије је новчано потраживање остало ненамирено у складу са одредбама ЗИП, независно од тога за које су се средство извршења определили, те би у том смислу у некој будућој измени ЗИП, одредбе о продуженом поступку извршења требало сместити у део посвећен општим одредбама ЗИП.

III Наставак старог или нови поступак?

Извршни поверилац, који се у извршном поступку није потпуно намирио може да поднесе захтев суду за добијање изјаве о имовини извршног дужника, чиме стиче право да захтева спровођење извршења на имовини извршног дужника која му до тада није била позната.[4] Из редакције законског текста уочавамо да је било неопходно да се првобитно покренути извршни поступак оконча безуспешно по извршног повериоца, да би он код суда могао да исходује изјаву о имовини извршног дужника. То значи да су све покретне ствари продате, али да постигнута цена није довољна и да извршни дужник и даље дугује одређени износ извршном повериоцу, односно да покретне ствари које би биле предмет намирења уопште нису пронађене.

Суд потом, доноси решење којим ће наложити извршном дужнику да у року од десет дана достави суду изјаву о имовини. Уколико из-

4 Види члан 92 ЗИП.

вршни дужник не поступи по налогу суда, суд одређује рочиште ради давања изјаве о имовини. На рочиште се извршни дужник може привести, ако не поступи по налогу суда, односно не појави се на рочишту.[5] Примерак изјаве о имовини извршног дужника се доставља извршном повериоцу.

Извршни поверилац је добијањем изјаве о имовини стекао увид у листу имовинских права извршног дужника. Ово наравно под условом да је извршни дужник пружио истините податке на увид. Тада извршни поверилац сазнаје за имовинска права извршног дужника, а која могу бити предмет извршења у смислу одредаба ЗИП, за која раније није знао. На основу тих информација он може тражити извршење другим средством и предметом, а како би се коначно реализовало његово потраживање.

Узимајући у обзир све наведене карактеристике, поставља се питање да ли је продужени извршни поступак заиста само продужетак неуспешно окончаног раније вођеног извршног поступка. Извршни дужник даје изјаву о имовини на основу посебног решења извршног суда. То решење се доноси по предлогу извршног повериоца. По неким тумачењима, реч је о адхезионом поступку у поступку извршења.[6] Након што је донето решење којим се извршни дужник обавезује да пружи на увид суду и извршном повериоцу своју имовинску карту, извршном повериоцу преостаје да поново подноси предлог за извршење, па тек након по том предлогу донетог решења, следи спровођење извршења, новим предметом и средствима.

Овај уметнути поступак, заправо не може по својој природи да се уподоби извршном поступку. Аналогија би пре могла да се изведе са манифестацијском или ступњевитом тужбом у парничном поступку.[7] Он је само једна значајна претпоставка за успешно намирење извршног повериоца. Њему се само обезбеђују потребне информације којима до тог тренутка није располагао. Да се не ради о продуженом поступку извршења, може се закључити и из поређења са извршењем ради отклањања поновног сметања државине. Тада суд у складу са чланом 220 ЗИП, ако је на основу извршне исправе донесене у поступку по тужби због сметања државине извршење спроведено, или је извршни дужник добровољно испунио своју обавезу, а после тога поново учинио

5 Види члан 93 став 3 ЗИП.

6 Тако: Б. Старовић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Интермекс, Београд, 2007, стр. 352.

7 Ради се о тужбама извршног повериоца који према извршном дужнику има имовинскоправни захтев, а којима се обезбеђује увид у имовину извршног дужника и друге релевантне податке зарад ефикасног спровођења извршног поступка. Ове тужбе познаје немачко и хрватско право.

сметање државине које се у основи не разликује од претходног, на основу исте извршне исправе, доноси решење о извршењу којим се одређује враћање ствари у посед, односно решење о извршењу којим се изриче казна за неизвршење радње коју може да изврши само дужник. Јасно је да се у нашем случају након добијања изјаве о имовини води нов поступак новим средством и предметом (мада до њега не мора доћи све док извршни дужник не стекне неко од субјективних грађанских права на којем се извршење може одредити), док се у примеру поновљеног сметања државине, заправо понављају средства из раније окончаног поступка. У том смислу разлика се показује јаснијом. Док се извршење код поновљеног сметања државине спроводи јер је извршни дужник поновио сметање државине налик ономе описаном у извршној исправи, при чему се ништа у самом поступку извршења не мења, то није случај са продуженим извршним поступком. Вођење продуженог извршног поступка претпоставља да је раније започет поступак поступак извршења на покретним стварима (односно ради наплате новчаног потраживања)[8] спроведен без резултата – потпуног намирења извршног (извршних) повериоца (поверилаца). Док ће се поступак у складу са чланом 220 ЗИП (поновно сметање државине) увек спровести када је извршено сметање државине које се не разликује од ранијег, продужени поступак извршења, односно његово вођење, зависи од тога да ли уопште постоје нека друга права извршног дужника на којима се може спровести извршење, тј. и ако постоје да ли је извршни дужник спреман да их пред судом открије.

Сматрамо да се тумачење продуженог извршног поступка као адхезионог поступка тешко може оправдати. Оно је проблематично већ на први поглед ако се има у виду сама природа адхезионог поступка. Адхезиони поступак има свој циљ који се не може поистоветити са циљем главног поступка. Он се зато и умеће у главни поступак јер му је циљ комплементаран главном поступку. Циљ продуженог поступка извршење јесте намирење извршног повериоца. Конкретан резултат продуженог поступка извршења јесте добијање изјаве о имовини извршног дужника, али у коначном исходу то је претпоставка намирења потраживања извршног повериоца.[9] На захтев извршног дужника суд ће извршити брисање уписа након протека рока од три године од дана

8 Видели смо да систематика ЗИП даје основа за закључак да се за продуженим поступком извршења може посегнути само ако је безуспешно окончано извршење на покретним стварима, али нас сама конструкција и циљ продуженог извршног поступка више наводи у правцу омогућавања вођења овог поступка увек када је извршење ради наплате новчаног потраживања безуспешно окончано.

9 Адхезиони кривични поступак води остварењу имовинскоправног захтева оштећеног, али то није циљ кривичног поступка у који се адхезиони поступак умеће.

уписа.[10] Суд може извршити брисање уписа и пре истека овог рока, ако поверилац на чији је захтев извршен упис у књигу извршних дужника изјави суду да је његово потраживање намирено.

IV Кривична одговорност извршног дужника

Како би се осигурало успешно довршење „продуженог" извршног поступка законодавац није остао само на привођењу извршног дужника на рочиште и давању изјаве о имовинским правима. Ако извршни дужник да непотпуне или нетачне податке у изјави о имовини, сматраће се да је таквим лажним приказивањем, односно прикривањем чињеница довео у заблуду извршног повериоца да наплати своје потраживање на имовини коју је лажно приказао, односно прикрио.[11] Свако заинтересовано лице које утврди да је изјава о имовини непотпуна или нетачна, може да покрене кривични поступак против извршног дужника.[12]

Обе цитиране одредбе су спорне из различитих разлога. Претпоставимо да би се у овом случају водио кривични поступак због кривичног дела преваре. ЗИП се о томе не изјашњава, али нас употребљена формулација асоцира на биће поменутог кривичног дела. Одредба члана 94 став 1 је последица наставка лоше праксе да се кривична дела уместо на једном месту нормирају у потпуно различитим законима. При томе, обележје је „дато" у одредбама ЗИП, а сама санкција се налази у одредбама Кривичног законика. Оно што нас овде занима јесте настојање да се ова одредба помири са уставним правом на одбрану. Лице које је окривљено или коме се суди за кривично дело није дужно да даје исказе против себе или против лица блиских себи, нити да призна кривицу.[13] Чланом 9 став 2 ЗПП се странкама, њиховим заступницима и умешачима налаже да говоре истину. Ова дужност се односи на чињенице којима се заснива захтев странке али и захтев противника. Посебно се има у виду доказ саслушањем странака. Како се одредбе ЗПП сходно примењују у поступку извршења (члан 27 ЗИП), то је и у извршном поступку дужност странака да открију информације којима располажу, када се изводи доказ саслушањем странака. То је случај и приликом давања изјаве о имовини извршног дужника.

Оно што је спорно јесте давање овлашћења сваком заинтересованом лицу, да у случају неистинитости или нетачности изјаве о имови-

10 Овим се доводи у питање сама сврха продуженог извршног поступка, јер три године могу да протекну, а да извршни поверилац није намирио своје потраживање.

11 Члан 94 став 1 ЗИП.

12 Члан 94 став 2 ЗИП.

13 Види: члан 33 став 7 Устава Србије.

ни, покрене кривични поступак против извршног дужника. Право на покретање кривичног поступка се уређује одредбама истоименог закона. Могуће је поднети захтев за спровођење истраге, подићи оптужницу или оптужни предлог. У одредбама ЗИП право на покретање кривичног поступка је признато сваком заинтересованом лицу. Не само да поменутој одредби није место у ЗИП, већ је она и у супротности са одредбама ЗКП, а које је писац ЗИП-а морао имати у виду.

V Приговор у продуженом поступку извршења

У поступку продуженог извршења, постоји приговор као правно средство на страни извршног дужника. Извршни дужник може да изјави приговор против решења о упису у књигу извршних дужника. ЗИП не наводи разлоге за приговор, али имајући у виду циљ вођења продуженог поступка извршења, требало би узети да као разлог за приговор може бити свака чињеница чије постојање вођење продуженог извршног поступка чини излишним. Приговор се изјављује у року од три дана. Приговор има суспензивно дејство, јер се његовим изјављивањем одлаже упис извршног дужника у књигу дужника. О приговору одлучује веће од тројице судија истог суда у року од три дана од дана пријема приговора (ремонстративност).

Поставља се питање да ли је законодавац требало и у овом поступку да пропише жалбу као правно средство, односно да ли има оправдања да се против решења донетог у поступку продуженог извршења изјављује приговор. Могуће је да је законодавац имао намеру да сам поступак по овом приговору поједностави, па је зато прописана његова ремонстративност и одлучивање без претходног изјашњења извршног повериоца (једностраност). Остаје нам само да претпостављамо, да су ремнострaтивност и бржи поступак одлучивања који не подразумева контрадикторно расправљање, нагнали законодавца да пропише да се у овом случају изјављује приговор, а не жалба против решења о упису дужника у књигу извршних дужника. Да је законодавац хтео да дозволи жалбу против решења о упису у књигу извршних дужника не би постојао члан 97 ЗИП који носи наслов „Приговор“. Наиме, жалба је дозвољена против сваког провостепеног решења осим ако је закон искључује.[14] Када се у члану 97 ЗИП не би говорило о приговору против овог решења несумњиво је да би се против њега могла изјавити жалба. Очигледно је намера законодавца била да пропише поступак другачији од оног који следи у случају изјављивања жалбе против првостепеног решења.

14 Види: члан 12 став 2 ЗИП.

Оно што се намеће као још већи проблем јесте питање оправданости права на приговор извршног дужника у оваквој ситуацији. ЗИП не говори о праву извршног дужника да изјави правни лек против решења којим се извршном дужнику налаже да у року од 10 дана достави суду изјаву о имовини.[15] Не говори се о ни о праву извршног дужника да изјави правни лек против решења којим се наређује његово принудно довођење на рочиште. Опет, могли бисмо излаз да потражимо у тумачењу члана 12 става 2 ЗИП. Па ипак, законодавац је нашао за сходно да дозволи изјављивање приговора против решења којим суд одређује упис извршног дужника у књигу извршног дужника. Ако се тиме хтело одступити од општег правила о дозвољености жалбе против сваког првостепеног решења, под условом да иста није искључена, то можемо да разумемо. Нас овде занима једна много важнија претпоставка допуштености правног лека – постојање правног интереса. У одсуству правног интереса сваки правни лек, а и правно средство уопште се одбацује као недопуштено. Који је правни интерес извршног дужника да спречи његов упис у књигу извршног дужника? Који би били евентуални разлози због којих би се тај приговор изјављивао? Када је већ покренут продужени извршни поступак, и када је извршни дужник већ дао изјаву о имовини, зашто би спречавао упис те изјаве у књигу о имовини. Та књига и њена доступност свим заинтересованима је у интересу не само странака извршног поступка, већ у датом тренутку потенцијално неодређног круга лица који би са извршном дужником могли да ступе у неки грађанскоправни однос. Због тога нам се гарантовање права на приговор у овој ситуацији чини неоправданим.

Из одредаба ЗИП се не види, да ли се у случају поступка продуженог извршења против решења о извршењу изјављује жалба или приговор. Као полазна тачка за разрешење ове дилеме могло би да нам послужи одредба члана 12 став 2 ЗИП-а по којој је против решења донетог у првом степену могуће изјавити жалбу, ако то законом није другачије одређено. Имајући у виду чињеницу да се решењем о извршењу донетим у продуженом поступку извршења само допуњује извршење између истих странака ради остварења истог потраживања, то не би било могуће изјавити жалбу против решења о извршењу донетог у продуженом поступку извршења из свих разлога из којих је иначе могуће изјавити жалбу против решења о извршењу, од којих су неки наведени у члану 15 ЗИП. Тако се жалба не би могла изјавити: зато што извршна исправа на темељу које је донесено решење о извршењу није извршна исправа (члан 15 став 1 тачка 2 ЗИП), односно зато што одлука на основу које је донесено решење о извршењу није извршна (члан 15 став 1

15 Види: члан 93 став 1 ЗИП.

тачка 2 ЗИП). Из тих разлога се жалба могла изјавити против решења о извршењу донесеног у ранијем поступку.

Из следећих разлога жалба би се могла изјавити само под условом да су они настали након тренутка до кога су могли бити изнесени до првобитно донетог решења о извршењу: 1) да је одлука на основу које је донесено решење о извршењу укинута, поништена или преиначена (члан 15 став 1 тачка 4 ЗИП), 2) ако је извршни поверилац одложио испуњење обавезе за време које још није истекло (члан 15 став 1 тачка 9 ЗИП), 3) ако је протекао рок у коме се по закону може предложити извршење (члан 15 став 1 тачка 9 ЗИП), 4) ако потраживање није прешло на извршног повериоца, односно ако обавеза није прешла на извршног дужника (члан 15 став 1 тачка 11 ЗИП), 5) ако није протекао рок за намирење потраживања или ако није наступио услов који је одређен поравнањем (члан 15 став 1 тачка 6 ЗИП). Жалбу би требало допустити из разлога што ако је извршење одређено на стварима, новчаном потраживању и другим правима који су изузети од извршења, односно на којима је могућност извршења ограничена (члан 15 став 1 тачка 7 ЗИП). Коначно, из опозицијског разлога (ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад извршни дужник то није могао да истакне у поступку из ког потиче извршна исправа, односно ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после закљученог поравнања (члан 15 став 1 тачка 8)), може се изјавити и неблаговремена жалба.

VI Нацрт Закона о извршењу и обезбеђењу

Радна група Министарства правде је крајем 2009. израдила нацрт Закона о извршењу и обезбеђењу (у даљем тексту: нацрт ЗИО), у којем је продужени извршни поступак уређен на другачији начин. На првом месту не говори се више о продуженом извршном поступку, тј. не постоји глава у нацрту ЗИО која носи тај наслов. Цео поступак је смештен у другом делу који носи назив „Заједничке одредбе о извршењу". Трећа глава има наслов „Поступак за добијање изјаве о имовини извршног дужника". У односу на још увек важећи ЗИП одмах се уочавају важна разлика. Сам поступак је смештен у заједничке одредбе нацрта ЗИО, док се у ЗИП налази у глави која уређује извршење на покретним стварима ради наплате новчаних потраживања. То значи да се овим поступком могу користити извршни повериоци без обзира на то о ком се средству извршења (под условом да је у питању наплата новчаног потраживања) ради. Ми се у овом раду залажемо за тумачење по којем је то могуће и по важећем ЗИП, али нам систематика ЗИП није давала за право.

Поступак за добијање изјаве о имовини извршног дужника се покреће пред судом надлежним за одређивање извршења, а на захтев извршног повериоца који је покренуо поступак извршења.[16] Захтев се може поднети и уз предлог за извршење (у којем случају суд може да раздвоји поступак) и у току извршног поступка све док поступак не буде окончан.[17] Сам суд може прибавити изјаву о имовини од извршног дужника када је то потребно ради извршења решења о новчаној казни. Када се у улози дужника појављује Република Србија, АП или јединица локалне самоуправе, изјава о имовини се не може захтевати.[18] Суд може да одбаци захтев извршног повериоца за добијање изјаве о имовини ако постоје процесне сметње због којих се по захтеву не може поступати. Неке од њих су наведене у члану 60. нацрта ЗИО: 1) ако извршни поверилац није покренуо поступак извршења (у том случају би недостајао правни интерес); 2) ако сам предлог за извршење не садржи потребне податке; 3) ако уз предлог за извршење није поднета извршна исправа, ако извршна исправа није снабдевена потврдом извршности или ако нису испуњени услови за одређивање извршења на основу стране извршне исправе;[19] 4) ако уз предлог за извршење на основу веродостојне исправе није поднета веродостојна исправа или нису испуњени услови за одређивање извршења на основу веродостојне исправе.

Суд решењем налаже извршном дужнику приступи и суд ради давања изјаве о имовини на записник пред судијом или да у року који не може бити дужи од 5 дана достави суду изјаву о имовини у потребном броју примерака. Уз решење извршном дужнику се доставља примерак захтева за добијање изјаве о имовини те упозорење да му у случају непоступања по решењу може бити изречена новчана казна па чак и затвор. Жалба против овог решења је искључена. У сврху давања изјаве о имовини суд може да нареди и принудно довођење извршног дужника. Одбијање давања изјаве о имовини повлачи новчано кажњавање у складу са чланом 56 нацрта ЗИО. Суд може извршном дужнику да одреди и затвор који траје све док извршни дужник не да изјаву, али најдуже до 30 дана.[20] Ако се као извршни дужник појављује правно лице наведене

16 Види: члан 59 став 1 нацрта ЗИО.

17 По важећем закону овај поступак се покреће тек пошто је извршење на покретним стварима ради наплате новчаног потраживања окончано безуспешно по извршног повериоца. Нема говора да се овај поступак може покренути заједно са подношењем предлога за извршење.

18 Види: члан 59 став 5 нацрта ЗИО.

19 Овде је законодавац направио конфузију разлога за одбацивање и одбијање предлога.

20 Види: члан 61 став 5 нацрта ЗИО. Наведено решење је у директној супротности са чланом 267 став 1 ЗПП који забрањује примену примену принудних мера према странци која се није одазвала позиву суда ради саслушања, нити странка принуди-

радње се предузимају према лицу које је законом или актима на основу закона одређено да га заступа. Мере се одређују према законском заступнику и када извршни дужник нема пословну способност. Извршни поверилац може, у року од пет дана од пријема изјаве о имовини односно записника са изјавом, захтевати допуну изјаве, односно нову изјаву ако изјава не садржи довољно података из којих се имовина наведена у њој може идентификовати или ако јавном односно по закону овереном исправом докаже да је дужник у изјави саопштио непотпуне односно нетачне податке и уз то учини вероватним да се из имовине извршног дужника која је до тада позната не може у потпуности намирити његово потраживање.[21] Ако извршни поверилац није захтевао да се да нова или допуњена изјава о имовини, а извршење спроводи суд, дужан је да најкасније у року од 5 дана од добијања изјаве о имовини да предложи средства и предмете извршења, иначе ће извршење бити обустављено. Садржина изјаве о имовини је уређена чланом 64. нацрта ЗИО из чије редакције се види да законодавац не прави разлику између појма ствари и појма права.[22] „Сматра се да је извршни дужник дао нетачне односно непотпуне податке о имовини: 1) ако извршни поверилац јавном или по закону овереном исправом докаже да је у време састављања изјаве о имовини извршни дужник поседовао имовину или да је пре састављања изјаве предузимао правне радње на терет своје имовине које у изјави није навео (члан 63 став 2), а из имовине извршног дужника која је до тада позната односно која је наведена у изјави, не може се у потпуности намирити његово потраживање; 2) ако треће лице у складу са овим законом докаже да њему припада имовина коју је извршни дужник у изјави навео као своју.“[23] Ако постоје основи сумње да је извршни дуж-

ти на давање исказа. Ако је законодавац хтео да поступак давања изјаве о имовини уреди по угледу на кривични поступак, онда је морао имати на уму посебна права окривљеног из члана 33 став 7 Устава Србије којим се гарантује право окривљеног да не исказује против себе или њему блиских лица. Наведено решење представља корак у назад и враћање на стање које је у извршном процесном законодавству постојало по ЗИП из 2000, а који је супротно европским стандардима допуштао затварање дужника због неиспуњавање обавеза из грађанског права.

21 Види: члан 63 став 2 нацрта ЗИО.

22 У грађанскоправном смислу ствар је део материјалне природе који се налази у људској власти и на којем постоји право својине или неко друго стварно право. Стварно право у субјективном смислу је субјективно право које се одликује, с једне стране, тиме што је апсолутно и као такво делује према свима, а, с друге стране што за свој непосредни објект има ствар. У том смислу види О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право,* Београд, 1996, стр. 1–6. Насупрот томе, законодавац у члану 64 нацрта ЗИО наводи и ствари и права као садржину изјаве о имовини.

23 Ово представља одступање од начела слободне оцене доказа, а прилагођено је циљевима извршног поступка, односно могућностима које суд у извршном поступку има, приликом утврђивања чињеница. Покретање кривичног поступка против извршног дужника у случају давања неистинитих података је, за разлику

ник, поступајући као у ставу 1 овог члана довео или покушао да доведе извршног повериоца у заблуду ради избегавања сопствене обавезе, суд ће фотокопију списа доставити надлежном јавном тужиоцу.

Суд води књигу извршних дужника која садржи евиденцију са подацима о извршном дужнику, о основу уписа, о датуму уписа, о решењу којим је наложен упис и евиденционом броју под којим се чува исправа у збирци исправа. У књигу извршних дужника уписује се извршни дужник:1) који је предао изјаву о имовини са пописом имовине; 2) који је предао изјаву да не поседује имовину (члан 64 ст. 3); 3) који није поступио по налогу суда за предају писмене изјаве о имовини (члан 61 ст. 3); 4) који је одбио да да изјаву о имовини у присуству судије (члан 61 ст. 4); 5) који је саопштио нетачне или непотпуне податке о својој имовини (члан 66).[24] У збирци исправа се чувају оригинални примерци изјаве извршних дужника о имовини, тј. преписи записника који садрже изјаве о имовини и решења којим је одређен упис и књигу извршних дужника. Збирци исправа прилаже се примерак правноснажног решења о упису у књигу и звршних дужника, а када је основ за упис давање изјаве о имовини, прилаже се и оригинал изјаве односно препис записника са изјавом.[25] Уписом у књигу извршних дужника извршни поверилац на основу чијег захтева је извршни дужник дао изјаву о имовини, не стиче право првенства у наплати свог потраживања из имовине наведене у изјави.[26]

Суд доноси посебно решење о упису у књигу извршних дужника, и о у року од три дана од дана пријема изјаве о имовини, односно од дана када је безуспешно протекао рок за њену предају, тј. од дана када је извршни дужник одбио да преда изјаву о имовини у присуству судије.[27] У решењу се наводи основ уписа у књигу извршних дужника као и рок и услови под којима се може тражити брисање уписа. Ако након извршеног уписа у истом предмету наступи основ за нови упис заснован на другим чињеницама, суд ће донети решење о новом упису и истовремено одредити да се ранији упис брише. У случају да изјава о имовини извршног дужника накнадно буде само допуњена (члан 63 став 3), неће се брисати ранији упис већ ће се решењем одредити да се допунска изјава о имовини приложи збирци исправа уз исправе о ранијем упису.[28]

од још увек важећег решења сада уређено у складу са Уставом и Закоником о кривичном поступку.

24 Види: члан 67 став 4 нацрта ЗИО.

25 Види: члан 67 став 5 нацрта ЗИО.

26 Види: члан 67 став 6 нацрта ЗИО.

27 Види: члан 68 став 2 нацрта ЗИО.

28 Види: члан 68 став 4 нацрта ЗИО.

За разлику од важећег ЗИП приговор против решења о упису у књигу извршних дужника је детаљније уређен, па се као разлози за приговор наводе неиспуњеност услова за поступање по захтеву за добијање изјаве о имовини, односно постојање другог основа за упис у књигу извршних дужника.[29] Као и по важећем закону приговор има суспензивно дејство, а решење по приговору је правноснажно.[30]

Извршни дужник може да захтева брисање из књиге извршних дужника: 1) у случају правноснажне обуставе извршења, осим ако је до обуставе дошло због непостојања имовине која може бити предмет извршења; 2) у случају када је упис извршен због пропуштања рока за давање изјаве о имовини, због одбијања извршног дужника да да изјаву, због саопштавања нетачних или непотпуних података или када је упис извршен на основу изјаве да извршни дужник не поседује никакву имовину: када током поступка престану разлози због којих је тај упис извршен односно ако је протекло пет година након окончања извршног поступка, а у књизи извршних дужника није било накнадних уписа за истог извршног дужника или су накнадни уписи брисани;[31] 3) у случају када је упис извршен на основу изјаве у којој је наведена имовина: ако је протекло три године након окончања извршног поступка, а у књизи извршних дужника није било накнадних уписа за истог извршног дужника или су накнадни уписи брисани. Ако је у случајевима под 2) и 3) било накнадних уписа, брисање се може тражити само када се стекну услови за брисање свих накнадних уписа.[32] Брисање је могуће на основу изјаве извршног повериоца (на основ чијег захтева је извршен упис) да је потраживање намирено и да је он сагласан са брисањем. Суд ако посумња у веродостојност изјаве може захтевати да она буде оверена. Суд по службеној дужности наређује брисање уписа по службеној дужности ако у истом предмету наступи основ за нови упис заснован на другим чињеницама, изузев ако је изјава о имовини извршног дужника накнадно само допуњена.

29 Опет не видимо посебан разлог за прописивање приговора као правног средства јер постоји опште правило садржано у члану 42 Нацрта ЗИО по којем се против сваког првостепеног решења донетог у извршном поступку може изјавити жалба, ако је закон не искључује.

30 Види: члан 69 став 4 и став 5 нацрта ЗИО. Обзиром на природу и начела извршног поступка може се довести у питање и суспензивно дејство приговора.

31 Нови извршни поверилац који би покренуо извршни поступак против истог извршног дужника након протека рока од пет година би онда морао да поново захтева покретање поступка за давање изјаве о имовини. Говори се о окончању извршног поступка. То окончање може да буде и неуспешно из угла извршног повериоца. Не сматрамо да би и тада требало дозволити брисање уписа у књизи извршних дужника.

32 Види: члан 70 став 1 и став 2 нацрта ЗИО.

Свако заинтересовано лице има право увида у књигу извршних дужника као и на то да му се достави обавештење о упису одређеног лица у књигу извршних дужника, о времену и основу уписа. Свако лице које учини вероватним постојање оправданог интереса може захтевати од суда да му се одобри прегледање, фотокопирање и преписивање података из збирке исправа.[33] Ради јединствене евиденције правних субјеката уписаних у књигу извршних дужника, може се основати јединствен регистар за територију целе Републике.[34]

***Nikola* BODIROGA, PhD**
Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

EXTENDED ENFORCEMENT PROCEDURE FOR COLLECTION OF MONEY CLAIMS

Summary

Serbian 2004 Enforcement Procedure Act has introduced extended enforcement procedure for collection of money claims. The intention was to strengthen the position of enforcement creditor and help him collect his claim. The idea itself is out of question. In all other aspects this institute can be criticized. It is not extension of the old, but more likely new procedure. It should be regulated by general provisions and be available for all creditors, but not only for those who have filed motion for enforcement against chattels. Criminal Responsibility of enforcement debtor has seriously violated the principles of Constitution as well as the principles of Criminal Procedure Code. Furthermore, transparency should be improved through other laws. Finally we don't see the need for legal remedies against the court order on registering enforcement debtor and his assets.

Key words: *extended enforcement, statutory regulation, enforcement debtor's responsibility, transparency.*

33 Види: члан 72 нацрта ЗИО.

34 Види: члан 73 нацрта ЗИО.

Дарка **В. ВУЈОВИЋ**
ЈП Електромрежа Србије

ПРИВАТИЗАЦИЈА ЕЛЕКТРОПРИВРЕДЕ И ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ

Да бисте доносили добре одлуке морате стећи навику бирања.
Изаберете ли лоше, бирајте поново.

Colin Turner

Резиме

Правна одговорност свих одговорних фактора у држави (влада, скупштина, министарства, организације и институције), електропривреде (управа и запослени) и грађана за последице и штете проистекле из чињења и нечињења у поступку корпратизације и приватизације електропривреде мора да буде дефинисана и регулисана законима и уговорима о будућој корпратизацији и приватизацији електропривреде. Ова одговорност се мора заснивати на императивним нормама закона, коју субјекти не могу да мењају својом вољом. Правна одговорност треба да буде везана за тачно одређена лица, односно уговорне стране једног уговора, које су у обавези да испуне своје обавезе (одговорност in personam), а деликтна одговорност треба да се односи на сва лица (одговорност in rem) с обзиром да потиче из општег правила о забрани проузроковања штете другоме.

Кључне речи: *корпоратизација и приватизација електропривреде, тржишна цена електричне енергије, правна одговорност, тржиште електричне енергије.*

I Увод

Један проповедник ме је упозорио да онај који пуца преко глава оних који га слушају, не даје им апсолутно ништа. Говорити о електропривреди у оквиру задате теме „Привреда и правна одговорност“ за овогодишње Саветовање правника у привреди Србије, може да буде такав „пуцањ“, јер о електропривреди сви причају, сви све знају, све занима ова тема, било да се ради о стратегији у енергетици, било да је реч о правном оквиру, било да је тема ценовна политика или приватизација овог сектора. Аутор реферата када говори о овој теми и сам постаје беспоштедни критичар, иако се хотимично уздржава да иде у том правцу, јер више од две деценије ради у тој електропривреди. Међутим, како говорити о проблемима у енергетици која никако да нађе себе и свој курс, о несигурности и колебањима у избору модела корпоратизације и приватизације електропривреде, поред тако актуелних тема и дилема за и против атомске енергије, за НАТО-а, за Европу, па космичког загревања, економске кризе. Отвореност према другачијем мишљењу није карактеристика наше стручне расправе. То ствара утисак да су електропривредна јавна предузећа постала „партијски плен“. Много је „лобија“ који би урадили све да стање остане какво јесте и да Србија постане још више зависна од увоза енергије.

Има симболике и између Тесле и овог што се догађа у нашој енергетици. Тесла је веровао да је електрицитет чиста суштина прљавог света. Веровао је да су муње само спектакуларна верзија онога што стално тече кроз бића и ствари. Био је имперсонално посвећен свом делу. Али исто тако биле су му одвратне институције. Није хтео да се удене у њих, у њихове интересе и интересе других тада моћних људи.

II Енергетска будућност

Данас енергетика функционише као „*perpetuum mobile*“, али то је једна лирска слика, а где су штрајкови, тендери, „енергетске мафије“ и три пуне деценије како није изграђен ниједан производни енергетски објекат. Направљена је по нека трафостаница, а последњи објекат пуштен је у рад 1990. године и то мала хидроелектрана „Завој“ код Пирота. Оно што је изграђено, изграђено је у периоду од 1966. до 1990. године, односно 1980. године (када је започета изградња последњег производног енергетског објекта). Списак изграђених термоелектрана и хидроелектрана у овом периоду је импозантан: 1960. Хидроелектрана „Бистрица“, „Кокин Брод“ и „Потпећ“, 1962. Термоелектрана „Косово А“, 1966. Хидроелектрана „Бајина Башта“, 1967. Термоелектрана „Костолац“, 1969.

Термоелектрана „Морава“, 1970. Термоелектрана „Никола Тесла“ највећа на Балкану, 1970. Хидроелектрана „Ђердап 1“, највећа хидотехничка грађевина на Дунаву, 1979. Хидроелектрана „Увац“, 1981. Термоелектрана и топлана „Нови Сад“, 1982. Реверзибилна хидроелектрана „Бајина Башта“, 1983. Термоелектрана „Никола Тесла Б“ и Термоелектрана „Косово Б“, 1985. Хидрелектрана „Ђердап 2“, 1989. Термоелектрана и топлана „Зрењанин“, 1990. Термоелектрана „Дрмно“ и 1990. Хидроелектрана „Завој“. Дакле, електране које су данас у погону имају између 30 и 50 година. Техничка струка каже да ротирајуће машине имају век трајања од 20–25 година, а наше раде већ 40 година. У периоду који је пред нама јавност ће имати прилику да види како ће се разрешти овај „гордијев чвор“ у вези са приватизацијом јавних предузећа у енегетском сектору.

Грађани, стручне правне, економске и техничке организације и институције и појединци који су се у свом раду доказали и стекли професионални углед, а пре свих запослени у јавним предузећима не смеју да дозволе да их заобилазе и потцењују, односно не смеју да омогуће сопствено заобилажење и потцењивање. Приватизација (продаја или стратешки партнер) под оваквим условима тешко може да успе, али ако не успе онда смо и сви, грађани и запослени у електропривреди, криви. Ту се и налази објашњење зашто владајуће елите успевају у томе да представе сопствену вољу за опстанак на власти као вољу грађана Србије. Међутим, када стварност почнемо да претварамо у политички материјал прва ствар којом ћемо се позабавити јесте баш време. Електране имају свој век трајања, раде одређено време, а не заустављају их стратегије и расправе о инвестицијама и облицима приватизације о којима се само прича (а не говори) месецима, годинама, а сада и деценијама. Шта ми то, заправо, радимо? Реално, геофизичко време претварамо у нешто друго – одговорни се „играју“ нечим што представља услов за живот и напредак нације. Енергија и енергетика то јесу!

С обзиром на значај који има енергетика, али исто тако и на искуства из најближе прошлости (незаинтересеновaност државе за стање у енергентском сектору, одбијање да се донесе стратегија и Закон о енергетици, одбијање да се јавна предузећа корпоратизују), избор начина приватизације ових предузећа мора да буде под великом лупом јавности. Ако смо као друштво заинтересовани за успешан развој енергетике и успешну заштиту конкуренције на слободном тржишту свих видова енергије, не улазећи у расправу о компетентности појединих органа и квалификацији појединаца који имају моћ да одлучују (још је у старом Риму важило правило да не треба говорити *ad nominam*), треба указати на опште претпоставке о којима се мора водити рачуна. Пре свега није у јавном интересу да се приликом одлучивања о моделу приватизације примењује систем неформалних „партијских квота“, односно за гласање

„за“ и „против“ неког модела. Ово решење и по дубини и по ширини подрива сваку помисао да ће бити изабран најбољи метод.

Важеће регулативе Европске уније на забрањују и не упуштају се у питање власништва, већ налажу да не може бити било какве дискриминације на тржишту енергије. Прватизација јавних предузећа у енергетском сектору би требало да допринесе економском напретку, добробити друштва и користи потрошача електричне енергије.

У Србији се више од три деценије не мења бесмисао на политичкој сцени када је у питању стратегија у енергетици. Зашто се не користе сада већ кумулирана искуства и у региону и у другим земљама? Зашто не постоји иницијатива и политички консензус за бржи развој електроенергетског сектора? Зашто Србија нема реалну стратегију у енергетском сектору? Зашто нема дугорочне планове у области инвестирања у енергетски сектор? Зашто се не доносе закони који треба да омогуће да се заврши процес корпоратизације јавних предузећа, како би и она почела да раде као затворена акционарска друштва (пре свега Закон о средствима у својини републике Србије и Закон о јавним предузећима)? Зашто се ни данас не зна вредност имовине и активе којом располажу јавна предузећа? Зашто не постоји план и програм за имплементацију *acquis communitauire*, у складу са Уговором о организовању Енергетске заједнице југоисточне Европе? Зашто се јавна предузећа не усклађују са правилима конкурентности која важе у Европској унији, а ту су обавезу преузела још давне 2005. године? Зашто се не зна на чему се заснива ценовна политика Владе Србије у вези електричне енергије коју спроводе Регулаторна агенција за енергетику и електропривредна предузећа? Зашто се ни данас, 2010. године, не зна колики су оправдани трошкови производње? Зашто се не зна колико износе губици у овом сектору? Зашто се тако дуго чека на нови закон о енергетици? („Закон мора изражавати опште тежње, он мора прописивати корист за све и мора одговарати откуцају срца једне нације“, *Macini*).

Много је тога „зашто“ и зато нема правне сигурности и нема правне одговорности када су у питању озбиљније промене и инвестирање у енергетски сектор.

Пре приватизације (продаје или пре избора стратешког партнера?) држава као власник би требала, прво, да разлучи и да се определи, доношењем одговарајућег закона, која су то добра, у првом реду природна богатства, од општег интереса и које су то делатности од јавног општег интереса, па због тога треба да остану у државном власништву, а да све друго добије свог новог власника, друго, да јавна предузећа у што већој мери финансијски консолидује, односно да реши питање њихових пословних губитака, треће, да ова предузећа корпоратизује и четврто,

да (поново) реши питање вишка запослених. Да би овај поступак био остварљив, потребно је да се донесе неколико нових и измени неколико постојећих закона. Промена регулативе, односно правног оквира, треба да омогући да се заврше процеси реструктурирања, односно да се предузећа организују по лиценцираним делатностима (производња, дистрибуција, пренос, снабдевање, трговина), при чему тако организована предузећа могу да добију свог власника, а то би сада били ЈП ЕПС и ЈП ЕМС. Спровођењем поступка корпоратизације, односно поступка избора одговорног власника за добра од општег интереса која су дата у имовину тако организованим јавним предузећима конституисаће се предузећа као затворена акционарска друштва, која могу (и морају) да буду нови модели привредног развоја. Ови процеси морају да буду транспарентни и законити.

Корпоратизација јавних предузећа у енергетском сектору је предуслов за све даље активности, пре свих инвестиционе активности у области енергетике, јер чак и када би се кренуло у нове инвестиције (па и избором новог „стратешког партнера" ко год да буде?), каква је данас способност и капацитет постојећеих предузећа да након вишедеценијског урушавања одговоре овим захтевима. У напредним земљама енергетика, технологија и знање су покретачи привредног развоја.

Постојећа јавна преузећа због нерешеног питања својине и других бројних имовинских правних питања у вези енергетских објеката (термоелектране, хидроелектране, трафостанице, далеководи и др.), постројења и земљишта (право коришћења земљишта, упис у земљишне књиге, однодно катастар, техничка и имовинско правна документација, грађевинске и употребне дозволе и др.), због одуговлачења са процесом корпоратизације, због нерешених питања у вези ценовне политике, немају ни кредитни рејтинг који би им омогућио издавање корпоративних обвезница или задуживање код домаћих и страних комерцијалних банака. У периоду од деведесетих година до данас сви пројекти у енергетском сектору финасирају се из зајмова међународних финансијских институција и на основу билатералних кредитних уговора.

Изградња енергетских објеката који су изграђени у периоду од 1960. до 1990. године финансирана је из државних фондова, средстава електропривреде и страних кредита. Финансирање у процентима је изгледало овако, у периоду 1966–1971, из општег инвестиционог фонда (средства Југославије) 47%, из републичког инвестиционог фонда + привреда 34,5%, и комерцијални банкарски кредити 13,2%, а ЗЕП (Здружена електропривреда) 5,3%; у периоду од 1972–1976, из републичког инвестиционог фонда + привреда 32,4%, и комерцијални банкарски кредити 51,2%, а ЗЕП (Здружена електропривреда) 16,4%; у периоду од

1977–1980, из републичког инвестиционог фонда + привреда 41,0% и комерцијални банкарски кредити 43,0%, а ЗЕП (Здружена електропривреда) 16%. Резултат је био да је инсталисана снага хидроелектрана и термоелектрана са 702 MW у 1960. години порасла на 8.420 MW у 1990. години, док је производња електричне енергије повећана са 2,2 на 36,5 милијарди kwh. У том периоду је порасла и производња угља са 2,1 на 42,3 милиона тона годишње.

Врло важан податак из овог развојног периода електропривреде је и то да се у процесу изградње наведених објеката задуживала електропривреда, не држава и да је еелектропривреда имала свој високи кредитни рејтинг код Светске банке. На основу тако високог кредитног рејтинга електропривреда је добила и кредит од 300 милиона долара за изградњу „Колубаре Б“, који због санкција није могао да буде искоришћен. Пресудна је, поред других општих друштвено-политичких чинилаца у том периоду, била стратегија развоја енергетике и политика цена, као и ефикасност наплате произведене и испоручене електричне енергије. Електропривреда је у том периоду просечно годишње улагала у инвестиције по 400 милиона долара. До 1990. године цена електричне енергије је износила и до 95% тадашње светске цене и два пута годишње је редовно коригован тарифни систем (регулисане цене). Таква политика се управо водила због потребе задуживања и континуиране изградње нових објеката. Светска искуства и пракса говоре да нема такве изградње, а ни уредног снабдевања потрошача електричном енергијом ако се континуирано не улаже око 1,5 до 2,0 одсто бруто домаћег производа земље у енергетику.

III Друга прилика

Свима је познато шта се десило деведесетих, али и поред тих политичких и економских промена, пре свега, на глобалном нивоу, и поред значајног погоршања стања у том енергетском сектору (штете проузроковане НАТО бомбардовањем и штетепроузроковане лошом политиком), енергетика је тих година постала интегрални фактор не само у региону, већ у Европи. Енергетски систем Србије је био и остао део европског енергетског система, а званично је од 2004. године повезан са електроенергетским системима свих земаља Европске уније. Овај догађај многи сматрају историјским чином, јер од тада у преносу електричне енергије у Европи постоји само једна зона.

Од 2005. године, када је ратификован Уговор о организовању Енергетске заједнице југоисточне Европе, Србија је и званично део отвореног европског тржишта електричне енергије и природног гаса. Енергетски сектор у Србији, стратешки је врло значајан за Европу.

Из тих разлога је необјашњиво и неразумно понашање државе према овом сектору. Зашто се успорава природан интегративни карактер овог сектора са развијеним земљама у Европи? Зашто се после 2004. године стало са значајним правним, институционалним и структурним променама које су биле усмерене ка стварању либерализованог тржишта електричне енергије и демонополизацији електропривреде, путем увођења конкуренције, слободног тржишта и то у скоро свим сегментима где је то могуће (производња, дистрибуција, снабдевање, трговина), односно чврста регулација у деловима који представљају природни монопол (пренос и транзит електричне енергије и гаса)? Процеси регионалне интеграције у енергетском сектору су условљени обавезном применом међународно прихваћених принципа и стандарда у креирању европске законодавне регулативе, односно обезбеђења недискриминаторних услова за пренос, дистрибуцију и трговину електричне енргије у региону, односно у Европи. У Уговору о организовању Енергетске заједнице југоисточне Европе, а и у Споразуму о придруживању и стабилизацији наше обавезе у погледу регионалне сарадње су формирање и отварање регионалног тржишта за електричну енергију до 2007. године. Зашто се касни са извршавањем преузетих обавеза?

Необјашњиво је и зашто се касни са изградњом нових енергетских објеката. Међународне финасијске организације попут Светске банке, EBRD, EIB, KfW и других, после 5. октобра 2000. године дале су значајне кредите за ревитализацију система, а Европска агенција за реконструкцију скоро пола милијарде евра у виду донација. Међутим, 2005. године, прекинут је овај инвестициони циклус. Нови Закон о енергетици донет је са закашњењем тек 2004. године, али у то време је био у значајној мери усклађен и хармонизован са *acquis communautaire*, тј. правом енергетике Европске уније. Наредне године, 2005. потписан је и ратификован Уговор о организовању Енергетске заједнице, а исте године започете су и реформе у организовању енергетског сектора, односно реструктурирање вертикално интегрисаног електропривредног предузећа ЈП ЕПС на два јавна предузећа: ЈП ЕПС (производња, дистрибуција и снабдевање) и ЈП ЕМС (управљање и пренос). Реформе су до 2006. године, док су се поштовале прихваћене европске смернице биле успешне.

Сви проблеми који су настали и пре и приликом реформи енергетског сектора у свом корену имају само једно: недостатак политичке воље да се држава одрекне контроле енергетског сектора. То је последица бриге да ће тржишна цена бити политички неодржива, мада не треба занемарити ни могућност да се преко овог сектора значајна средства преливају одређеним интересним групама. Ако је намера државе да и даље држи под контролом енергетски систем и цене електричне

енергије, онда се ЈП ЕПС не мора приватизовати. Ако је пак намера државе да омогући максималну конкуренцију, уз све ризике отвореног тржишта, али и погодности које уз то иду, онда ЈП ЕПС апсолутно мора да се, прво, раздвоји на производне и дистрибутивне капацитете, друго, да цена електричне енергије достигне „економски" ниво, а то је минимална цена која је довољна да се покрију трошкови електроенергетског система, колико год тај систем био (не)ефикасан и обезбеде средства за неопходне инвестиције! Трагично је и имаће несагледиве последице по енергетски сектор, а и шире укупни привредни развој, што још увек нису јасне смернице за модел ЕПС и даље реформе.

Податак о броју консултаната и експерата који су ангажовани по овом питању и висини средстава која им је плаћена је „импресиван". Резултата нема иако је, посебно са аспекта, техничког, економског и правног функционисања енергетског систем више него јасно да је тржишна цена једина цена која подстиче рационална улагања у енергетску ефикасност, подстиче оправдана улагања у електроенергетски систем и не уноси дисторзије у макро и микро економију државе. Циљ државе треба да буде превасходно успостављање тржишних механизама у сектору електричне енергије. То је и најбољи начин да се обезбеди испуњење осталих приоритета, као што су сигурност снабдевања енергијом и заштита животне средине.

IV Електропривреда мора да се корпоратизује и приватизује

У садашњим условима када се не зна стратегија у енергетиком сектору, када се не доноси нови (или мења постојећи) Закон о енергетици дуже од три године, када је цена електричне енергије значајна полуга државе за одржавање социјалног мира, када тако „одређена" цена има сасвим природан (нетржишни!) ефекат – повећање потрошње од стране становништва (за грејање и клима уређаје), када нема средстава да се подмире трошкови одржавања система и покрене инвестициони програм, када се капитал троши за подмиривање текућих трошкова, све води ка једном исходу: пропаст система. Можда су позитивни искораци све изражајнији захтеви ЕПС који се значајно разликују од одлука државног врха. Из ЕПС јасно стижу информације да „у случају да Влада одобри само једно поскупљење од 10% у 2010. години, губитак ЕПС ће нарасти на 30 милијарди динара"! Анализом пословања ЕПС долази се до закључка да је цена електричне енергије, кључни фактор вредности електропривреде Србије. За свако повећање цене електричне енергије за 0,5% евро/центи по киловат часу, повећава се вредност електропривреде за око милијарду евра.

Држава у овом тренутку није одговорни власник електропривредних предузећа, ЕПС и ЕМС, јер на основу овакве ценовне политике, неко може да извуче закључак да постоје интереси да ЕПС што више пропадне, а онда да га што јефтиније (у деловима) продају иностраним енергетским компанијама. Ако се томе додају и друга сазнања у вези са иностраним интересовањима за све јефтинији ЕПС, бојазан од штетних потеза за општи интерес била би основана. Колико је ЕПС новца потребно за нове инвестиције најбоље илуструје, на пример податак да је у овој години само за отварање нових копова угља у Колубари потребно 19 милијарди динара, а у Костолцу 14 милијарди динара.

Зато можемо да кажемо да је проблем приватизације електропривреде већи од комплетног посла досадашње приватизације свих предузећа и банака. Али зато не би требало да држава и даље води краткорочну политику и да и даље постоје дилеме када је у питању: Електропривреда: корпоратизација и/или приватизација? *In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris* (Iulianus – D. 1, 5, 15). У ономе што је установљено противно смислу права не можемо тражити правно правило (изузеци се уско тумаче).

Ко ће бити правно одговоран за досадашње пропусте у процесу реструктурирања предузећа у енергетском сектору и за садашње будуће последице у раду електроенергетског система? Шта заправо значи избор модела приватизације електропривреде? То је заправо питање модела власништва, а и опредељења за одговор на бар два круцијална питања: прво, да ли се жели јача социјална заштита и солидарност која би се обезбедила и регулисаним, а не тржишним ценама електричне енергије или се жели виши степен привредне иницијативе и могућност за бржи развој и промоцију приватног (недржавног) власништва, друго, да ли друштву одговара да се држава задужује и ствара колективна добра или преферира модел у коме ће се привредни субјект, односно „приватни“ власник задуживати и располагати средствима уместо државе? То је и питање вере народа у будућност и жели ли да се задужи ради инвестирања у ту будућност или сматра да је боље бити обазривији и прво ефикасније располагати постојећим средствима (имовином). Све су то легитимна питања која заслужују ширу друштвену расправу и јасан политички одговор.

Приликом расправљања о овим питањима треба имати на уму и презентирати тачне податке и информације и о јавном дугу и активи државе, тј. о финансијским инструментима у поседу државе (девизне резерве, потраживања, односно зајмови, акције, и др.) и о физичким добрима стеченим задуживањем државе (енергетска, саобраћајна и телекомуникациона инфраструктура, објекти и др.). То даље значи да је кључно питање шта је држава урадила у последње три деценије с креди-

тима и какву имовину, поред дуга оставља наредним генерацијама. Зато је питање приватизације енергетског сектора важно колико и питање структуре и висине јавног дуга, а проблематика избора „стратешког партнера" је једнако важна колико и претходна расправа о томе да ли нам и какав нам партнер треба. Чињеница је и да постојећа енергетска ифраструктура нема велику вредност и да тек предстоје велика инвестициона улагања.

За стране инвеститоре у Србији и данас постоје, многобројне препреке као што су високи ризици за улагања, непостојање доследности у пореској политици, а веома је важно и питање положаја радника, радничка права и комплексност ситуације у тој области. Сви се слажу да људска права морају да буду заштићена и да морају да постоје фер правила понашања према радницима. Међутим, ова питања се комликују због „резултата" досадашњих приватизација. Такође постоји и озбиљна сумња да се нешто може ефикасније и боље урадити уколико „естаблишмент" (ресорни министри, директори, чланови управа) и даље буде део система који мења законе и „управља" независним правосудним системом. Можда се зато и одустаје од решавања проблема на дужи рок, али и од (не)инвестирања у енергетски сектор.

Није парадоксално закључити и поред свих негативности у досадашњој политици у енергетском сектору да је најбоље да у поступку корпоратизације и приватизације електропривреде држава опет буде већински, али не и једини власник, али сада одговорни власник. У уређеном правном систему могуће је да се кроз корпоратизацију електропривреде омогући да држава ефекте свог власништва убира на власничкој основи, а не кроз краткорочне политичке мере, као што је ограничење цене електричне енергије и слично. Корпоратизација не значи одустајање од било какве приватизације, то је само прва фаза у подизању перформанси електроенергетског система. Након тога створиће се низ могућности за разна „стратешка" партнерства приватног и јавног власништва, као и за злажење у неке веће пројекте, разне инвестиције у нове објекте. Суштина овог приступа је у корпоративној филозофији, а то значи посматрање предузећа као отвореног система, где се шири број заинтересованих учесника за његово функционисање. Заједничка тачка њихових различитих интереса је да такво предузеће ствара вредност на комерцијалном, либерализованом тржишту електричне енергије и на тржишту капитала. За стварање вредности на комерцијалном тржишту, кључни услов је цена електричне енергије. Потенцијал ЕПС на комерцијалном тржишту је прилично висок, али комерцијализација пословања ЕПС није могућа преко ноћи. Када је пак реч о акцијама, ако би се гледале садашње цене и вредност електропривреде, изводи се закључак да су те акције „неатрактивне". Међутим, ако се узме у обзир да је неминован раст цене електричне енергије, онда је потпуно јасно да

би те акције имале висок потенцијал на тржишту капитала. Поставља се следеће питање ко би имао највеће користи од раста вредности акција. Било би добро и корисно да се до фазе док се ЕПС не подигне на неки виши вредносни ниво, релативно смањи власништво државе и то би могло да се оствари кроз додатне емисије акција. Да би смо имали купце тих акција, ЕПС би морао да постепено пређе у профитабилну зону пословања. Док се то не учини, корпоратизација по систему јавне понуде и стратешко партнерство, нема смисла. Шири ефекти свега тога односили би се на развој тржишта електричне енргије и тржишта капитала код нас у Србији, кроз њихову интернационализацију, а очувањем једног оваквог система чува се и јак ниво интервенционизма у привреди и то на јасној, економско и правно одговорној основи. Тада би држава као већински власник имала велики приход од дивиденди које би пристизале од електропривреде.

Данас, може се рећи да, држава послује недомаћински. Добра државна инвестициона потрошња покреће инвестициони циклус, а остаје енергетски систем, металска индустрија, путеви. То треба касније да привуче стране инвестиције. Међутим, сада је стање обрнуто, постоји прекомерна државна домаћа неинвестициона потрошња (зараде, пензије). Доносе се одлуке о повећању тих трошкова, тј. повећавају се расходи, а не води се рачуна о приходовној страни, која зна се како се повећава (повећање акциза и/или пореза), а то даље значи нова задуживања због покрића повећаних трошкова. Такође се инсистира на државној пракси за субвенционисање кредита из буџета у друге делатности, али не у енергетику (на пр. у грађевинску индустрију, станоградњу и др.). Поставља се питање да ли се из тих делатности или из енергетике слива више новца у буџет? Да ли има визије за промене у таквој државној политици у вези инвестиција у енергетски сектору, шта ту треба да се мења, има ли визије колико има времена за промене? Да ли држава разматра начине да енергетски сектор учини атрактивним за стране инвеститоре, па у оквиру тога, ако већ неће приватизацију електропривредних предузећа, да ли размишља о решавању губитака у овом сектору и решавању наслеђених проблема у свери кредитирања овог сектора, о преузимању њихових дугова и трошкова у вези смањења броја запослених. Јавна електропривредна предузећа могу брзо да дођу у ситуацију као „Јат ервејз“, национални авио превозник.

Задаци који стоје пред електропривредом су велики. Захтеви за повећање квалитета и поузданости испоручене електричне енергије од стране корисника, као и све строжији захтеви регулаторне Агенције за енергетику Европске уније да се унапреди ниво услуга и ефикасност, а да се истовремено смање трошкови, нису нимало лаки. Поред потреба да се инвестира у нове капацитете ништа нису мањи захтеви и потребе за инвестирање у нове технологије у производњи, преносу и дистрибуцији

електричне енергије (енергетски ефикасна опрема и уређаји, опрема и технологије које се користе за повећање поузданости и стабилности дистрибутивног система, оптимизацију рада преносне мреже и смањење техничких губитака, смањење прекида у напајању потрошача и др.). Ту су и захтеви за инвестирање у производне капацитете и технологије за производњу електричне енергије из обновљивих извора (мале хидроелектране, коришћење потенцијала ветра – ветротурбине, сунчеве енергије, биомаса и др.) и у пројекте заштите животне средине.

Зато је одговор аутора на питање: Приватизација реструктурираног, корпоратизованог и ЕПС организованог као холдинга, „да", и то продајом одговарајућег мањег дела државног пакета акција, заснованом на фер тржишним принципима, а средства од продаје да буду транспарентним путем по јавно доступним критеријумима од општег интереса пласирана само у нове инвестиције, нове капацитете.

Худинијевски излаз из ове клаустофобије је политички концензус за процес корпоратизације и приватизације ЕПС у овој години. Можда има бекства од свакодневице, али нема бекства од ескапизма. Енергетици Србије је потребно Начертаније да зна шта и кад ће производити ако икада ишта почне, јер су постојећи производни капацитети старији су од 35 година.

Стратешки партнер као облик независног финасирања у нове капацитете је практично уговорно улагање капитала, које може да буде својинског (докапитализација) или само уговорног карактера (BOT, „*joint venture*"). Међутим, овај појам представници владе и ЕПС не користе у истом значењу, односно како га они представљају није јасан. Стратешки партнер су за њих и државе: Немачка, Чешка, Русија, Кина, Италија и друге, али и велике компаније: немачки RWE, чешки ČEZ, италијански EDISON и друге.

Закон о страним улагањима, Закон о привредним друштвима, Закон о облигационим односима, Закон о јавним предузећима и др. закони не познају и не дефинишу појам „стратешког партнерства". Уколико се жели да одређена компанија обезбеди средства за инвестирање у изградњу нове електране и на тај начин стекне удео у капиталу енергетског субјекта коме ће припадати та електрана, то је такође приватизација, а не избегавање приватизације у енергетици. Питање је само шта се приватизује, који правни енергетски субјекат се приватизује, ЈП ЕПС и/или једно од предузећа за производњу и/или једно од предузећа за дистибуцију. Проблеме инвестирања страни инвеститори су изнели у тзв. „Белој књизи" и овде их не треба наводити јер је енергетика бременита и својим специфичним проблемима, које је један странац дефинисао као: ценовни притисак и имате вредности, а немате критеријуме, то је пакао!

Аутору као запосленом у ЕМС мало више одговара оно што је изнето у Извештају Европске комисије за 2008. годину о напретку у енергетском сектору: уочен одређен напредак у области енергетике, добар напредак у области унутрашњег тржишта, донета Правила о раду преносног система, успостављено формално отварање тржишта (билатерални уговори, алокације преносних капацитета), организована Агенција за енергетику, а онда следе критике: још није усвојен Закон о енергетици, слаб напредак у области енергетске ефикасности и обновљивих извора енергије. Свеукупни закључак је да је Србија до 2008. године „умерено напредовала у сектору енергетике, али је напредак неуједначен". Извештај за 2009. још није презентиран, а ради се у склопу Извештаја о реализацији Споразума о придруживању и стабилизацији.

Свако ко данас прати збивања у свету може да уочи да све државе најављују огромне инвестиције у енергетику, вредне хиљаде милијарди евра. А ми? Прошле године Србија је „стигла" на 40% индустријске производње из 1989. године, а потрошња електричне енергије је већа него тада. Све анализе и оцене показују да се само инвестирањем у енергетику и изградњом енергетских објеката стање може значајно изменити. Да се подсетимо података с почетка реферата, недостатак енергије у Србији крајем 60-тих година прошлог века, натерала је надлежне да створе услове за отварање рудника, изградњу електрана, рафинерија, за почетак гасификације. Све што данас постоји и ради сграђено је тада, прецизније за 20–25 година интезивног улагања у енергетику (1966–1990). И не само у енергетици, тада су створена предузећа у области машиноградње, електроопреме и других делатности које су биле озбиљни извозници. За разлику од света где енергетеке компаније постају све јаче, у енергетском и економском смислу и бележе стални раст и развој, код нас је развој заустављен, деценијама се не гради ништа ново, а сви произвођачи електричне енергије послују са губицима. За тржишну привреду је апсурд улагати у компаније и гране привреде које послују са губицима. Али један од учесника „Економског форума" на Копаонику ове године је рекао: Свака држава треба да има заставу, химну и енергетику"! Зато је државни интерес да крене коначно нађе услове за развој енергетике, морамо мислити о будућности, не некој далекој већ о ономе што ће се десити сутра.

Инструменти за остваривање нужних реформи у енергетском сектору су: нова или иновирана енергетска стратегија, законски оквир за реструктурирање енергетског сектора и корпоратизацију, нови закон о енергетици усклађен са *Acquis* о енергетици (нови трећи пакет усвојен 2009. године), нова подзаконска акта у вези прибављања енергетских дозвола и изградње енергетских објеката, тендера за нове капацитете,

доношење правила о раду тржишта електричне енргије и енергетских деривата (тржиште регулисано и слободно, билатерално, балансно, дан унапред, интерконективним капацитетима), регулисање конкуренције и природних монопола (пренос електричне енергије). У пракси Уговор о организовању Енергетске заједнице је добра полазна основа за развој енергетског система и развој тржишта, али реализација зависи од даљег међусобног усклађивања система и партнера у региону и у Европи.

За крај је да интерпретирам Толстојеву дефиницију интелектуалца (и правник је интелектуалац) као неког ко је одавно изгубио веру у чуда, за разлику од данашњег „јавног интелектуалца" (правника стручњака) који јавно продаје своје услуге за потребе свеобухватне манипулације. Аутор верује да су могућа чуда у енергетици, ако за то постоји заједничка воља, политички концензус и правна одговорсност за процес корпоратизације и приватизације електропривреде у овој години.

***Darka* V. VUJOVIĆ**
JP "Elektromreže Srbije", Belgrade

PRIVATIZATION OF ELECTRIC POWER SYSTEM AND LEGAL LIABILITY

Summary

Legal responsibility of all responsible subjects in the state (government, parliament, ministries, organizations and institutions), electric power system (administration and employees) and citizens for all the consequences and damages caused by performing or not performing certain actions in the process of corporatization and privatization of electric power system must be defined and regulated by the laws and contracts of the future and privatization of electric power system. This responsibility must be based on imperative norms of law, which can't be changed on a free will of the entities. Legal responsibility should be related to specific subjects, i.e. contractual parts of the agreement, which are required to fulfill their obligations (liability in personam) and offense liability should apply to all persons (liability in rem) because it comes from the general rule on the prohibition of causing harm to others.

Key words: *corporatization and privatization of electric power system, market price of electric energy, legal liability, electric energy market.*

Славица **НАРАНЏИЋ**
дипл. правник, Архив Србије

Марија **НЕНАДИЋ**
дипл. правник, Архив Србије

ЗАШТИТА АРХИВСКЕ ГРАЂЕ

Резиме

Овај реферат се бави темом очувања и заштите архивске грађе.

Архивску грађу чине документи од посебног значаја за науку и културу, настали у раду државних органа и организација, органа јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, установа, политичких организација, верских заједница, као и појединаца, без обзира на то кад су и где настали. Веома је важно очувати и заштитити архивску грађу за будуће генерације.

Стваоци и имаоци архивске грађе и документарног материјала су дужни да обезбеде адекватан простор и опрему за смештај и чување документације. Такође, дужни су да документарни материјал заштите од оштећења, да сачине његов попис, да одабирају архивску грађу из документарног материјала итд. Архивска грађа се предаје надлежном архиву након 30 година од њеног настанка.

Аутори, такође, анализирају и надлежност јавних архива.

Кључне речи: *архивска грађа, документарни материјал, заштита, чување.*

I Увод

Историјско памћење и потврђивање сопственог идентитета не може се замислити без архивског документа. Он је сведок прошлих времена и извор сазнања о догађајима који су од значаја за историју, науку и културу. Зато је неопходно да друштво архивским законодавством и правилно организованом архивском службом заштити архивски документ на најпотпунији начин. Међутим, веома је важно да свест о значају и неопходности очувања овог документа имају и сви они у чијем раду он настаје и који се о њему старају до предаје надлежном архиву.

II Регулаторни оквир

Основни извор права у области заштите архивске грађе и регистратурског материјала је Закон о културним добрима[1] – у даљем тексту Закон, којим је регулисан и дефинисан појам архивске грађе, затим обавезе стваралаца архивске грађе у погледу чувања архивске грађе, као и поступци излучивања безвредног регистратурског материјала и предаје архивске грађе надлежном архиву. Овај Закон садржи и казнене одредбе за правна и физичка лица која се не придржавају прописаних одредаба.

Подзаконски акти којима се ближе уређује начин пописивања и излучивања безвредног документарног материјала су: Уредба о листи категорија органа државне управе,[2] Упутство о начину вођења и коришћења архивске књиге[3] и Упутство о поступку одабирања архивске грађе, излучивању безвредног регистратурског материјала и о начину примопредаје архивске грађе.[4]

Канцеларијско пословање регулише Уредба о канцеларијском пословању органа државне управе[5] и Упутство о канцеларијском пословању органа управе[6] на основу којих стваоци архивске грађе доносе општа акта о канцеларијском пословању, којима уређују управљање документима који настају у њиховом раду.

Од међународних стандарда, за архивистичко и канцеларијско пословање је најзначајнији стандард *СРПС ISO 15489*, усвојен 2007. године. Циљ овог стандарда је да свеобухватно регулише област управљања

1 *Службени гласник* РС, бр. 71/94.

2 *Службени гласник* РС, бр. 44/93.

3 *Службени гласник* РС, бр. 47/81.

4 *Службени гласник* РС, бр. 47/81.

5 *Службени гласник* РС, бр. 80/92.

6 *Службени гласник* РС, бр. 10/93 и 14/93.

документима, као и да омогући нову законску регулативу у овој области. Састоји се из 2 дела: *ISO 15489 – 1* прецизира елементе управљања документима и дефинише резултате и исходе које треба постићи. Примењује се на управљање документима свих формата и на свим медијима насталих или примљених током спровођења делатности јавне или приватне организације или сваког појединца који има обавезу да ствара и чува документа; *ISO 15489 – 2* обезбеђује методологију за примену, корак по корак.[7]

Постојећи законски оквир не може у потпуности да испрати друштвене промене и новине које су најизраженије у области управљања и архивирања докумената у електронској форми, па је потребно усвајање низа нових прописа, пре свих закона о архивској грађи и архивској служби, чији је Нацрт сачињен и о којем је одржана јавна расправа у току јануара 2010. године. Овим законом ће бити детаљно уређена заштита архивске грађе од тренутка њеног настанка, као и функционисање архивске службе и који ће детаљно уредити актуелна питања која се односе на обавезе стваралаца и ималаца документарног материјала у електронском облику, обавезе стваралаца и ималаца приватне архивске грађе, предају грађе укинутих субјеката, архивску грађу код приватних правних лица у процесу транзиције и др.

III Обавезе органа, установа, предузећа и других правних лица у току чијег рада настаје регистратурски материјал и архивска грађа

1. Архивска грађа

Архивску грађу чине изворни и репродуковани, писани, цртани, компјутеризовани, штампани, фотографисани, филмовани, микрофилмовани, фонографисани или на други начин забележени документарни материјал од посебног значаја за науку и културу који је настао у раду државних органа и организација, органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, политичких организација и њихових органа, установа и других организација, верских заједница, као и појединаца, без обзира на то кад је и где настао и да ли се налази у установама заштите или ван њих.[8] Законом је регулисан начин и поступак предаје архивске грађе надлежном архиву.

---

7 Светлана Аџић, „СРПС ISO 15489 управљање документима“, *Архивски гласник* бр. 3/2008, стр. 9.

8 Закон о културним добрима (*Сл. гласник* РС, бр. 71/94), чл. 24.

2. Обавезе стваралаца архивске грађе

Чланом 37 Закона предвиђено је да су сви ствараоци архивске грађе и регистратурског материјала дужни да: означавају и датирају регистратурски материјал, да воде евиденцију тј. архивску књигу о архивској грађи и регистратурском материјалу, да грађу чувају у сређеном и безбедном стању. Даље, да врше одабирање архивске грађе уз излучивање оних делова којима је протекао рок чувања, а нема важност за текући рад. Затим, обавезује ствараоце да доносе опште акте и правилнике у вези са начином чувања и евидентирања архивске грађе и регистратурског материјала међу којима је најважнија Листа категорија регистратурског материјала са роковима чувања.

3. Архивска књига

Архивска књига је општи инвентарни преглед целокупног регистратурског материјала насталог у раду организације, као и регистратурског материјала и архивске грађе који се по било ком основу налазе у просторијама организације. У архивску књигу регистратурски материјал и архивске грађа се евидентирају по деловодницима и годинама или по годинама и класификационим ознакама.

Уписивање у архивску књигу врши се на следећи начин:

- У рубрику „Редни број регистратурског материјала“ уписују се од један па надаље бројеви истоврсног регистратурског материјала насталог током једне године, без обзира на број регистратурских јединица, при чему је дати број јединствен и не може се додељивати другој врсти регистратурског материјала. Редни бројеви се настављају у књизи континуирано из године у годину. Регистраурске јединице обележавају се редним бројем под којим се материјал одређене врсте води у архивској књизи.
- У рубрику „Датум уписа“ – уписује се дан, месец и година уписа регистратурског материјала. Регистратурски материјал из претходне године уписује се у архивску књигу најкасније до априла наредне године.
- У рубрику „Година настанка“ уписује се година односно раздобље у којем је регистратурски материјал настао. За регистратурски материјал који обухвата податке из више година, уписује се почетна и завршна година, односно распон година.
- У рубрику „Класификациони знак“ уписује се класификациони знак из јединствене класификације по материји или друга одговарајућа ознака која упућује на садржину предмета.

– У рубрику „Садржај“ уписује се кратка садржина регистратурског материјала.
– У рубрику „Количина регистратурског материјала“ уписује се укупан број регистратурских јединица истоврсног регистратурског материјала.
– У рубрику „Број и датум Записника“ уписује се број и датум записника који је састављен приликом излучивања безвредног регистратурског материјала или приликом примопредаје архивске грађе надлежном архиву.
– У рубрику „Рок чувања“ – уписује се податак колики је рок чувања предвиђен за ту категорију утврђен листом категорија регистратурског материјала са роковима чувања.
– У рубрику „Примедба“ – уписују се подаци у вези са смештајем документације, као и напомене да ли је оштећена, уништена и др.

Препис архивске књиге за протеклу годину доставља се надлежном архиву најдаље до краја априла месеца наредне године.

Приликом достављања преписа архивске књиге доставља се и податак о количини архивске грађе и регистратурског материјала изражено у дужним метрима по годинама.

Пример

Ред. број	Датум уписа	Година настанка	Класификациони знак	Садржај	Количина	Број и датум записника	Рок чувања	Примедба
1	15.1.2010.	2009.	04	Деловодник	1 књига		Трајно	Архивски депо

4. Листа категорија

Закон обавезује ствараоце да доносе опште акте и правилнике у вези са начином чувања и евидентирања архивске грађе и регистратурског материјала међу којима је најважнија Листа категорија регистратурског материјала са роковима чувања.

Листа је општи акт којим се утврђују рокови чувања за сваки документ појединачно. Предлог листе се доставља надлежном архиву који даје своју сагласност на исту. Листом се одређује која ће се документа чувати трајно и самим тим одређује шта је значајно за историју и науку Државе. Након добијања потребне сагласности листа се може примењивати. Листа као општи акт има изузетно важну улогу у архив-

ском пословању и заштити архивске грађе јер се на основу листе врши одабир архивске грађе уз излучивање оних делова којима је протекао рок чувања. Наиме, да би се сачувала документација која је за трајно чување, неопходно је уништавати ону документацију којој је протекао оперативан рок чувања.

Поступак за уништавањем безвредне документације којој је протекао рок чувања према важећој листи категорија регистратурског материјала са роковима чувања, покреће сам стваралац и то захтевом који у прилогу има детаљан попис безвредне документације. попис садржи опис категорије документације односно врсту, годину настанка, редни број из важеће листе као и податке о количини. Захтев се доставља надлежном архиву чија служба за заштиту архивске грађе ван архива, поступајући по захтеву, излази на лице места и увидом у физички одвојену и пописану безвредну документацију утврђује да ли је доспела за уништавање.

Органи управе примењују Уредбу о категоријама регистратурског материјала са роковима чувања (*Сл. гласник РС*, бр. 44/93).

Навешћемо пример листе категорија регистратурског материјала са роковима чувања у којој су исказане само поједине врсте докумената груписане у одговарајуће области.

На основу члана 38. Закона о културним добрима (*Службени гласник РС*, бр. 71/94), директор _____ дана _____. године доноси предлог:

ЛИСТЕ КАТЕГОРИЈА РЕГИСТРАТУРСКОГ МАТЕРИЈАЛА СА РОКОВИМА ЧУВАЊА

Члан 1.

Ова листа садржи све категорије архивске грађе и регистратурског материјала, настале у раду _____, као и рокове њиховог чувања и то:

Редни број	Садржај – врста предмета	Рок чувања
I	**ПРЕДМЕТИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ОСНИВАЊЕ И ОРГАНИЗАЦИЈУ РАДА**	
1	Предмети у вези са оснивањем и почетком рада (пријава надлежним органима о почетку пословања, статусне промене и др.)	Трајно
2	Акти о избору функционера и органа	Трајно
II	**ПРЕДМЕТИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ОСНОВНУ ДЕЛАТНОСТ**	
3		

Редни број	Садржај – врста предмета	Рок чувања
III	**ПРЕДМЕТИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА РАД ОРГАНА УПРАВЉАЊА**	
4	Записници са седница Управног одбора са пратећим материјалима	Трајно
5	Решења о образовању комисија, записници са материјалима са њихових седница (пописна комисија, комисија за уништење печата идр.)	2 године
IV	**ПРАВИЛНИЦИ И ДРУГА ОПШТА АКТА**	
6	Статут	Трајно
7	Правилник о заштити од пожара	5 година по престанку важења
V	**ПРАВНИ И ОПШТИ ПОСЛОВИ**	
8	Годишњи планови и програми рада и извештаји о раду	Трајно
9	Уговори о делу и ауторском хонорару	2 године
VI	**ПРЕДМЕТИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ЗАСНИВАЊЕ И ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА**	
10	Матична књига радника	Трајно
VII	**ПРЕДМЕТИ У ВЕЗИ РАДНОГ ВРЕМЕНА, ОДМОРА, ОДСУСТВА, БОЛОВАЊА**	
11	Молбе и решења о коришћењу годишњег одмора	2 године
12	Евиденције о повредама на раду	Трајно
VIII	**ИНВЕСТИЦИОНО-ТЕХНИЧКА ДОКУМЕНТАЦИЈА**	
13	Пројекти у вези изградње, адаптације и реконструкције зграде Агенције	Трајно
14	Евиденција о издатим радним налозима радницима техничке службе	2 године
IX	**МАТЕРИЈАЛНО-ФИНАНСИЈСКА ДОКУМЕНТАЦИЈА**	
15	Финансијски извештаји и извештаји ревизије	20 година
16	Обрасци М4	Трајно
17	Годишњи обрачуни зарада, накнада за рад, пореза и доприноса	Трајно
X	**СТАМБЕНА ДОКУМЕНТАЦИЈА**	
18	Молбе радника за доделу станова, и решења о додели станова	Трајно

Редни број	Садржај – врста предмета	Рок чувања
19	Жалбе и приговори на решења о додели станова, кредита за куповину, адаптацију или изградњу, ранг листа, материјали стамбене комисије	40 година
XI	**КАНЦЕЛАРИЈСКО И АРХИВСКО ПОСЛОВАЊЕ**	
20	Деловодник са пописима аката	Трајно
21	Архивска књига	Трајно
22	Интерна доставна књига	2 године
XII	**САРАДЊА СА ОРГАНИМА И ОРГАНИЗАЦИЈАМА У ЗЕМЉИ И ИНОСТРАНСТВУ**	
23	Позиви и материјали са међународних скупова, саветовања, семинара и др.	Трајно
24	Преписка са међународним међународним организацијама	Трајно

Члан 2.

Ова Листа категорија регистратурског материјала са роковима чувања ступа на снагу по добијању сагласности од стране Архива Србије, а примењиваће се на регистратурски материјал и архивску грађу која је настала у раду _____ почев од оснивања ____. године и даље.

Члан 3.

Измене и допуне ове Листе категорија регистратурског материјала са роковима чувања вршиће се на исти начин и у поступку као за њено доношење.

Датум _____. године Директор

_____

5. Чување архивске грађе код стваралаца

Стваоци архивске грађе дужни су да обезбеде адекватну просторију за смештај документације која испуњава све техничке услове за ту намену. Просторија у коју се смешта и чува архивска грађа односно архивски депо, мора бити сува, чиста и опремљена одговарајућим полицама.

Папир, пергамент и кожа чувају се на температури од 13–18°C и релативној влажности ваздуха 50–60% и те вредности одржавају њихову гипкост. Преко 70% влажности узрокује појаву плесни и других микроорганизама док проценат влаге око 40% доводи до кртости

и брзог пропадања.[9] Такође, архивски депо треба да буде обезбеђен од уласка неовлашћених лица што подразумева техничко али и физичко обезбеђење. Архивска грађа у архивском депоу треба да буде потпуно заштићена од свих негативних фактора ризика као што су пожар, поплава, глодари, инсекти, прашина и др. како би се сачувала све до предаје надлежном архиву. У случају оштећења архивске грађе неопходно је без одлагања обавестити надлежни архив и предузети све адекватне мере заштите.

Сређена и пописана архивска грађа предаје се надлежном архиву после 30 година, рачунајући од дана настанка грађе.[10]

6. Архивска грађа у електронском облику

Народна скупштина Републике Србије усвојила је 2009. године *Закон о електронском документу* (*Службени гласник РС*, бр. 51/09) који омогућава коришћење електронских докумената у истом правном статусу и на исти начин као и докумената у папирном облику. Законом је утврђено да је електронски документ пуноважан, да има доказну снагу и да се сматра оригиналом. Закон ће додатно регулисати електронско пословање које ће пракси бити изједначено са класичним пословањем у којем се користе документи у папирној форми. Електронски потпис по закону има исти статус као и својеручни. Закон о електронском потпису је усвојен још 2004. године.

Према Закону о електронском документу, правна и физичка лица и органи власти дужни су да чувају и архивирају електронска документа у информационом систему или на медијима који омогућавају трајност електронског записа за утврђено време чувања, у складу са законом којим се уређује архивска грађа,[11] законом којим се уређује електронски потпис и прописима о канцеларијском пословању.

IV Надзор над применом важећих прописа у области заштите архивске грађе

Архиви као установе заштите[12] архивске грађе су специјализоване установе чија је основна делатност прикупљање, чување, заштита и

9 Светлана Перовић-Ивовић, „Превентивна заштита писаног културног наслеђа“, *Архив*, часопис Архива Југославије, бр. 2/2004, стр. 45.

10 Закон о културним добрима, чл. 39, ст. 1.

11 Нацрт овог закона је сачинила Радна група Министарства културе Републике Србије.

12 Закон о културним добрима, чл. 70 ст. 1.

давање на коришћење архивске грађе. Архиви врше стручни надзор над архивирањем, чувањем, стручним одржавањем и одабирањем архивске грађе, као и излучивањем безвредног регистратурског материјала, који се налази ван архива; налажу предузимање мера за отклањање утврђених недостатака; преузимају, чувају, одржавају, сређују, обрађују и објављују архивску грађу.[13] Архиви врше стручни надзор над применом и поштовањем обавеза предвиђених Законом преко својих служби за заштиту архивске грађе ван архива које обилазе ствараоце грађе и увидом у стање и сређеност архивске грађе и регистратурског материјала на лицу места, утврђују да ли су испуњени услови у погледу одговарајућег смештаја документације, да ли се пописује у архивску књигу и да ли се редовно спроводи поступак излучивања на основу листе категорија регистратурског материјала са роковима чувања и на основу других позитивних прописа. О прегледу се сачињава записник којим се констатује да ли постоје неправилности и уколико их има, дају се налози за њихово отклањање у одређеном року.

Такође, ова служба пружа и стручну помоћ ствараоцима архивске грађе у циљу што боље заштите.

V Закључак

Архивска грађа је културно добро и зато је неопходно обезбедити правилно поступање и заштиту документа од тренутка његовог настанка, без обзира на облик у којем настаје, до предаје надлежном архиву, који је специјализована установа за заштиту архивске грађе.

Стална едукација запослених на пословима заштите архивске грађе и регистратурског материјала, како у регистратурама, тако и у архивима, примена позитивних прописа, праћење савремених тенденција из области архивирања, подизање опште свести о вредности очувања архивске грађе, су предуслови за успешно чување документа као јединог трага нашег времена за будуће генерације.

13 Закон о културним добрима, чл. 76.

***Slavica* NARANDŽIĆ**
Graduated Lawyer, Archive of Serbia

***Marija* NENADIĆ**
Graduated Lawyer, Archive of Serbia

PROTECTION OF ARCHIVES

Summary

This report is about preservation and protection of archives.

Archives (archival material) are documents of special importance to science and culture, created through the function and activity of state authorities bodies, units of local self-government and administration bodies, institutions, political organizations, religious comunities and individuals, regardless of the time and place of their creation. It is very important to preserve and protect the archives for future generations.

Creators and owners of archives and current records are obliged to provide proper space and equipment for the storage and preservation of current records. They are also obliged to protect current records from damage, to make a list of current records, to select archives from current records etc. Archives will be transferred to competent archival institution 30 years after their creation.

The authors also analyze jurisdiction of public archives.

Key words: *archives, current records, protection, preservation.*

***Саво* МАНОЈЛОВИЋ**
млађи саветник – приправник у Уставном суду

ПРАВО НА ДЕЛОТВОРНО ПРАВНО СРЕДСТВО И ЧЛАН 9 ЗАКОНА О БАНКАМА

Резиме

У раду се анализира компатабилност одредбе чл. 9 Закона о банкама којом се против решења Народне банке Србије искључује могућност изјављивања жалбе и одлучивања Управног суда у пуној јурисдикцији, са правом на делотворно правно средство. Анализира се разлика у дефинисању овог права у Европској Конвенцији о људским правима и Уставу Србије од 2006. Поред општих разматрања, у обзир се узима и специфични карактер централне банке, која има самостални и независни положај у управним делатностима. Уз релевантну праксу Европског суда за људска права, осветљавају се разлике између управног и управно-судског поступка, анализира се чл. 198 ст. 2 Устава којим се гарантује судска заштита у управно-правним стварима, уз позив на праксу Уставног суда. Као пример институционалне незрелости и неналажења праве мере у односу између управних и управно-судских органа наводи се случај „Астра банке“.

Кључне речи: *право на делотворно правно средство, Народна банка, управни поступак, управно-судски поступак, управни спор пуне јурисдикције.*

I Увод

Одредбама члана 9 Закона о банкама[1] (даље: ЗБ) искључује се право на жалбу у управном поступку, а искључује се и могућност да се управни спор реши у пуној јурисдикцији. С обзиром да не постоји виша инстанца која би могла да у потпуности одлучи о захтеву којим се оспорава решење Народне банке Србије, поставља се питање, није ли у конкретном случају дошло до нарушавања права на делотворно правно средство.

Одредбом чл. 9 ст. 4 ЗБ се решење донето у првостепеном поступку проглашава коначним, чиме се дерогира прокламовано начело двостепености, тј. право на жалбу из чл. 12 ст. 1 Закона о општем управном поступку (даље: ЗУП).[2] Законодавац је искористио могућност прописану одредбом чл. 12 ст. 4 да се *lex specialis*-ом искључи право на жалбу, али само под условом ако је „обезбеђена заштита права и правних интереса странке, односно заштита законитости". У чл. 9 ст. 5 ЗБ прописано је да се контрола од стране управног судства ограничава на спор ограничене јурисдикције, искључивањем могућности да суд реши „управну ствар за чије је решавање овим законом утврђена надлежност Народне банке Србије". С обзиром да је коначно, првостепено решење, по доношењу извршно, суд га може само касирати и вратити на поновно одлучивање Народној банци. Озбиљан проблем би могао настати у случају када би и Народна банка и Управни суд[3] наставили да истрајавају у свом управно-правном виђењу ствари, па пошто суд може само укидати одлуку НБ таквим поступањем би се могао отворити „вир пинг-понг надмудривања" између Народне банке и Управног суда.

---

1 „Народна банка Србије, у поступку утврђеном овим законом, врши контролу бонитета и законитости пословања банака и, на основу надлежности утврђених овим законом, решава о правима, обавезама и правним интересима лица.

На поступак из става 1 овог члана сходно се примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, ако овим законом није друкчије уређено.

У поступку из става 1 овог члана Народна банка Србије одлучује решењем.

Решење из става 3 овог члана је коначно.

Против решења из става 3 овог члана може се водити управни спор, али тужба против овог решења не може спречити ни одложити његово извршење.

У управном спору против решења из става 3 овог члана суд не може решити управну ствар за чије је решавање овим законом утврђена надлежност Народне банке Србије." Члан 9 ЗБ, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005.

2 *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/2001.

3 Према одредби чл. 29 ст. 1 важећег Закону о уређењу судова (*Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009) у управним споровим суди Управни суд.

II Специфична улога централне банке

„Улога централне банке је да склони чинију пунча, баш када се журка распламса.“[4]

Обично се свака анализа државних функција своди на пребројавање грана власти. Овај посао, често практично залудан, а теоријски прилично прежвакан, често се завршава академским песимизмом и констатацијом, да тако чиста и одељива подела државних функција, постоји само у професорским главама и њиховим уџбеницима.[5] Устав Републике Србије[6] (чл. 4 ст. 2 и 3) стоји на монтескјеовском класичном концепту о постојању три гране власти (законодавне, извршне и судске). Сам уставни и законодавни поредак Републике Србије, међутим, слично као и у другим модерним системима истиче сијасет институција које изузима од подвођења под три наведене класичне гране власти. Као илустративни „инвентар“ независних институција можемо навести: Уставни суд (видети чл. 166 ст. 1 Устава), заштитника грађана (чл. 138 ст. 1 Устава), бројне агенције, као и Народну банку Србије (чл. 95 ст. 1 Устава).

Уз констатацију да разврставање и теоријска заокруживања државних функција, превазилазе домете и потребе овог рада и уз прихватање констатације да постоји више димензија поделе власти,[7] осврнућемо се на специфичности које су од утицаја на тему нашег рада и која могу утицати на (не)оправданост становишта за које се законодавац одлучио у чл. 9 ЗБ. Основне функције централне банке су вођење монетарне политике, емисиона функција и чување новчаних средстава државе и комерцијалних банака.[8] Централна банка се, због специфичне области своје надлежности, издваја ван окриља извршне власти и тежи самосталности и независности. Разлог оваквог решења је крајње практичне природе и искуствено потврђен: реч је о правилу да већа независност од централне банке доводи до мање инфлације. По природи ствари, све владе су у предизборним циклусима склоне популистичким потези-

4 Forrest Capie, Charles Goodhart, Stanley Fischer, Norbert Schnadt, *The Future of Central Banking*, Cambridge, 1994, стр. 60.

5 О подели власти и основним теоријама писали смо у нашем мастер раду: *Појединачни политички акти (разграничење од управних аката)*, Београд, 2009, стр. 17–19 (доступно у библиотеци Правног факултета Универзитета у Београду).

6 *Службени гласник*, бр. 98/2006.

7 Војислав Становчић, *Улога уставног судства у остваривању „владавине права“ и „поделе власти“*, Уставни суд Србије (у сусрет новом уставу), Београд, 2004, стр. 32–33 и шире.

8 Више о томе: Зоран Рељић, *Правна контрола надзорне функције централне банке, са посебним освртом на Народну банку Србије*, Београд, 2006, стр. 6–12.

ма који дугорочно гледано штете економским интересима земље, па је зато потребно бригу о монетарној и емисионој политици, поверити на старање независним стручњацима који ће одређени период радити независно од ћуди изборних циклуса.

У управној грани права, када је материјално право у питању, крије се читав низ разнородних група, тако да је, чак и теоријски гледано, обједињавање или познавање целокупног дела управног права немогуће. Послови и функција централне банке, додатно су издвојени из ове некохерентне групе. С обзиром да се бави функцијом монетарне и емисоне политике, којима се регулише „новчани крвоток" сваке државе, јасно је да је реч о јавној институцији. Бројни аутори тежећи да истакну њену особеност и њену одметнутост од „шињела" класичних државно-управних органа указивали су на њен „парадржавни" карактер, због кога „не спада у класичне државне органе, али им је по свему блиска: по начину образовања и по овлашћењима";[9] упућивали да је реч о делатности која је „мање или више удаљена од државне власти",[10] односно „појачано самосталној установи".[11] По нашем мишљењу, реч је несумњиво о државној функцији,[12] често називаној и „петом власти". Њен циљ за разлику од комерцијалних банака, није максимализација профита, већ постизање финансијске стабилности и старање о јавном интересу. Поред јавно интересног приступа целој ствари (спровођење монетарне политике, курса домаће валуте, емисија новца, брига о платном промету у земљи и у иностранству, управљање девизним резервама, контрола рада банака и осигуравајућих друштва), централна банка има и друга обележја управе (ауторитативност, надлежност, инокосни облик организовања и извршивост). Такође решење из чл 9 ЗБ има све карактеристике управног акта.[13]

По својој правној природи функција централне банке је типично управна, али због практичне потребе за својом независношћу и особеношћу послова, који су за разлику од управних послова осталих органа, у значајној мери заокружени, можемо говорити о „финансијској грани власти".

---

9 Драган Милков, *Управно право I*, Нови Сад, 2001, стр. 94.

10 Ратко Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, стр. 185. Њен недржавни карактер, истичу и Никола Стјепановић, Стеван Лилић, *Управно право*, Београд, 1991, стр. 172–173.

11 Зоран Томић, *Управно право*, Београд, 1998, стр. 246.

12 Упитност државног карактера централне банке се доводи у питање у САД, с обзиром да постоји и приватни капитал. Више о томе: Зоран Рељић, *нав. дело*, стр. 34–37 и шире.

13 *Ibid*., стр. 161–163.

II Право на делотворно правно средство

Право на делотворно правно средство, спада у корпус права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (даље: ЕКЉП). „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству“ (чл. 13 ЕКЉП). Ово право се, такође, налази на листи права гарантованих Уставом Републике Србије од 2006 године:[14] „Свако има право на жалбу или друго правно средство...“

Само постојање (делотворног) правног средства, наравно да није никаква гаранција да ће било које суштинско право бити заштићено, и *vice versa*, непостојање делотворног правног средства, не значи да ће одређено право по правилу бити угрожено. Систем се на крају увек своди на људе, али стварање институција и адекватних правних средстава, смањује могућност угрожовању људских права и слобода. Уосталом, дилема владавина људи или институција, решена је у корист овог другог, још за време грчких мислилаца Платона и Аристотела. Само право на делотворну правну заштиту, не исцрпљује сопствену суштину

14 Водећа „пера“ наше уставноправне мисли, истакли су критике на тако исцрпно и детаљно навођење људских права у самом Уставу. Тако: „Део Устава, насловљен „Људска и мањинска права“, чл. (18–81), по броју чланова готово да је једнак читавом важећем Уставу Пете француске републике, који уопште не садржи одредбе о људским (поготово не о мањинским) правима, него само изражава привржености правима човека „како су била утврђена Декларацијом из 1789, потврђеном и допуњеном Преамбулом Устава из 1946“, и то у својој преамбули. Декларација права човека и грађанина из 1789. је кратак текст, који се састоји од преамбуле и 17 кратких чланова, док је Преамбула Устава Француске из 1946. још краћи текст, па нико не тврди да су у Француској права човека сужена и да је Француска недемократска земља. Овај део Устава из 2006. је, по својој садржини, инкорпорација Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама из 2003. и одговарајућих одредаба Устава Србије из 1990. Тај део Устава је, са нормативног становишта, промашај. Он је непотребно развучен и детаљистички и, слободно се може рећи, одудара од природе и дикције уставног нормирања. Данас нема земље чланице Европске уније чији устав има толико текста о људским и мањинским правима, па би, судећи према Уставу, испало да је Србија водећа земља у Европи по броју људских права и бризи о њиховој заштити. Та непотребна нарација у уставу избегава се једноставно тако што се након навођења и одређивања неких основних људских права и права мањина у уставу земље каже да устав признаје и јамчи и сва друга људска права и права мањина које признаје међународно право, па се затим наведу извори у којима су та права утврђена. То је и у овом Уставу речено (члан 18 став 2): ‘Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима’.“ Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали*, бр. 2/2006, стр. 11–12.

самим постојањем, већ као постоји да би се лица заштитила од повреде материјалних права.

Управо овде ваља истаћи разлику у дефинисању права на делотворно правно средство у ЕКЉП и Уставу РС. Члан 13 ЕКЉП стоји на управо изложеном становишту, па тако право на делотворни правни лек има „свако *коме су повређена права и слободе*" (курзивом С. М.). Из изложеног произлази да је повреда члана 13 повезана с повредом материјалних права. Повреда члана 13 самог по себи (*per se)* према слову Конвенције није могућа.[15] Када је у питању право на делотворно правно средство, на начин који је гарантовано одредбом члана 36 став 2 Устава РС, оно је само по себи потпуно, заокружено и самоегзистирајуће право. Према наведеној одредби Устава РС право на жалбу или друго правно средство има свако „против *одлуке којом се одлучује о његовом праву*, обавези или на законом заснованом интересу" (а не против одлуке којом је повређено његово право, прим. С. М.). Тиме је степен заштите овог права, нормативно гледано у Уставу РС, на вишем бивоу него у ЕКЉП.

Оно што свакако не иде у прилог уставотворцу, јесте изостављање придева *делотворно* испред жалбе, односно правног средства у наведеном чл. 36 ст. 2 Устава. Овај пропуст уставотворца, иако му свакако не служи на част, суштински не мења ствари, како због одредбе члана 18 став 2 Устава („Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима"), тако и због елементарне правне логике да би супротно тврђење било подржавање или барем толерисање неделотворних, импотентних правних средстава!

Европски суд за људска права се истакао неформалистичким тумачењем[16] Конвенције, не држећи се стриктно језичког тумачења Конвенције, па је у случају *Sylver v. United Kingdom*[17] заузео становиште да подносилац поднеска (апликант) који износи тврдњу да му је повређено неко од права гарантовано Конвенцијом, мора и имати могућност да тражи заштиту права. Такође, у предмету *Boyle and Rice v. United Kingdom*

15 Исто: Карен Рид, *Европска конвенција о људским правима – водич за практичаре*, 2 том, Београд 2007, стр. 553.

16 Конвенција се посматра као динамични, жив инструмент чија се интерпретација спроводи у духу садашњег времена, а не према времену доношења. Видети више о томе у: Clare Ovey, Robin C. A. White, *The European Convention of Human Rights*, fourth edition, Oxford, 2006, стр. 46–47. Тако је и у Европски суд за људска права стао на становиште да ће се одредбе ЕКЉП, тумачити у светлу данашњице, али да то не укључује стварање нових права. Упореди: Johnston v. Ireland, ст. 53.

17 *Idem*., стр. 113.

притужбе подносиоца захтева о повреди права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8 ЕКЉП) одбијене су као неосноване, али је проглашена прихватљивост притужбе у вези са непостојањем делотворног правног средства. Због поменуте хетерогености случаја и специфичности зачињене разноликошћу националног система из ког долази, Европски суд за људска права је стао на становиште да се од држава не може тражити прописивање правних лекова за права нису толиког значаја да би добила заштиту на међународном нивоу.[18]

Из праксе Европског суда за људска права, лако се могу скицарати основне контуре суштине права на делотворно правно средство. Тако би као основне тезе из инвентара најмаркантнијих пресуда овог суда могли истаћи да правни лек, мора бити пред органом који има моћ да одлучује о тврдњи појединца и истовремено пружи накнаду за повређено право, уколико је то потребно.[19] Делотворност правног средства се цени према томе, како функционише у пракси, а не како гласи у законима. Такође, уколико између органа унутар једне државе се не поштује хијерархијско устројство одлука, јасно је да се не може говорити о ефикасним правним лековима.[20]

III Однос права на делотворно правно средство и члана 9 Закона о банкама

Како је то Иво Крбек сажето приказао еволуција управног права се може осликати у три етапе. Прва, у којој су постојала правила интерног карактера, упутства нижим управним органима, где се управно право сводило на арбитрерност, а пут до остваривања права странку је водио преко „трновитог" пута милости (*via gratiae).* Затим је наступио, нешто бољи *via justiae,* по коме управа јесте ограничена изричитим прописима, који су изузетни, али је правило слободно деловање управе. Као последња етапа, јавља се деловање управе на основу изричитог правног основа, темеља.[21]

Модерни концеп владавине права, имплицитно упућује на потребу за контролом која долази споља, ван управе. Управна контрола управе[22] долази из истог „шињела" као и орган чији се рад, односно акт

18 Упореди: Карен Рид, *нав. дело*, стр. 554.

19 *Sylver v. United Kingdom, Klass v. Germany*.

20 Тако је у случају *Iatridis v. Greece* утврђена повреда права, јер је Министарство финансија Грчке одбило да поступи по одлуци суда, која је била у корист подносиоца представке.

21 Упореди: Иво Крбек, *Дискрециона оцјена*, Загреб, 1937, стр. 286–289.

22 Више о томе: Зоран Томић, *Управно право (управна контрола управе)*, стр. 35–36 и шире. Овај аутор разликује „органско гледиште", где је управна свака контрола

контролише. Контролни и контролисани орган имају исти (у)правни резон, наступају са исте, надмоћније позиције, имајући у виду (пре свега) јавни интерес и захтеве службе. Отуда став да је „органима управе, закон више оквир него руководна идеја деловања".[23] Ту не постоји адекватна објективност и непристрасност и не можемо рећи да се уважава начело *nemo index in re sua.* Управно-судска контрола у значајној мери надомешћује изнете недостатке, али оно због чега се надомешћују мане управне контроле, истовремено је узрок недостатку друге врсте. Тако се управном-судству увек спочитава непознавање специфичности управне материје. Баш зато се судска контрола управе и своди на оцену законитости, а управна контрола поред ње укључује и контролу целисходности.

Овде треба јасно раздвојити питање о целисходности постојања управно-судске контроле и њене неопходности у односу на право на делотворно правно средство. Европски суд за људска правна као несумњиви правно-стручни ауторитет, јасно указује да се суштински не мора радити о судском поступку, већ да се делотворност правног лека цени у односу на процесне гарантије.[24] Када је наш правни систем у питању, судска заштита је обавезна, не због гаранција о делотворности правног лека, већ због одредбе чл. 198 ст. 2 Устава („Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена друкчија судска заштита."). Из наведене одредбе јасно произлази да би свако искључивање управног спора у управним стварима, било неуставно. У том смислу је и Уставни суд РС касирао одредбе члана 128 став 2 Закона о полицији[25] (одлука ИУ 68/2006 од 9. јула 2009. године) и члана 86 став 2 Закона о планирању и изградњи[26] (одлука ИУ 409/2005 од 2. априла 2009. године).

Предмет овог рада имао је и своју практичну поздину, која је претходила доношењу важећег Закона о банкама. Према тадашњем позитивном праву, спор пуне јурисдикције није био искључен, али је у случају „Астра банке", ипак, дошло до сценарија који смо окарактерисали као „пинг-понг надмудривање" суда и централне банке. Тадашњи Савезни суд СРЈ пресудама Ус 1093/2001 и Ус 1094/2001 од 15.4.2002.

која долази од стране органа управе, и материјална (садржинска), где контролна активност мора имати посебан управни квалитет.

23 *Ibid*. стр. 426.

24 *Klass v. Germany*, ст. 67.

25 *Службени ɪласник РС*, бр. 101/2005.

26 *Службени ɪласник РС*, бр.47/2003 и 34/2006.

године, Ус 307/2002 од 18.7.2002, Ус 704/2002 и 705/2002 од 24.9.2002. године, Ус 779 и Ус 780 од 3.12.2002. године упорно је поништавао решења Народне банке, која је (такође упорно) настављала да доноси решења о одузимању дозволе за рад и ликвидацији „Астра банке" и да занемарује примедбе Савезног суда о пропустима учињеним у поступку доношења решења. На крају Савезни суд пресудом Ус 779/2002 од 3.12.2002. године поништава решење о одузимању дозволе и „решава управну ствар" (пуна јурисдикција!) покушавајући да пресудом регулише *pro futuro* ситуацију и спречи даље одузимање дозволе *(sic!)*. Без обзира што према тадашњем закону, право на управни спор пуне јурисдикције, није било искључено, *prima facie* је уочљиво да сама природа спора нипошто не дозвољава решавање у пуној јурисдикцији. Чим се решење о одузимању дозволе поништи, више не постоји управна ствар која би се могла решити! Понашање оба органа је крајње дискутабилно: Народна банке игнорише пресуде Савезног суда (па чак и наставља да доноси решења о одузимању дозволе, и након карикатурне пресуде Ус 779/2002 од 3.12.2002. године којом је Суд одлучио у пуној јурисдикцији); а Савезни суд решава у спору пуне јурисдикције, тамо где природа ствари то апсолутно не дозвољава.

Што се тиче спора пуне јурисдикције, његове капацитете не треба прецењавати. Спор пуне јурисдикције је могућ, само ако *природа ствари* то дозвољава (чл. 43 ст. 1 Закона о управним споровима[27]). Раније становиште присутно у теорији да би под „природом ствари" (како је гласила формулација и претходног ЗУС-а) требало подразумевати да суд неможе решавати управну ствар која подразумева и доношење дискреционе оцене, законодавац је одредбом чл. 43 ст. 2 важећег ЗУС-а учинио *de lege lata* обавезом. Ставом 3 истог члана законодавац је сам себи оставио могућност, коју је као што можемо примети и пре тога користио, да посебним законом спор пуне јурисдикције може бити искључен. Стога све изнето у вези са чл. 9 ЗБ *mutatis mutandis* ће се односити и на сва остала законска решења која истовремено искључују и право на жалбу и спор пуне јурисдикције. Спор пуне јурисдикције, дакле није тако употребљив и увек доступан, као правно средство, па је врло упитно да ли би чак и његово реституисање, покрило све случајеве.

Друга алтернатива, која би се огледала у увођењу двостепености у оквиру управног поступка унутар саме Народне банке, свела би се на „гурање проблема под тепих". Јасно је да се због уставом гарантоване, а природом надлежности узроковане, независности Народне банке, увођење било какве другостепене управне контроле од стране других државних органа немогуће. Стварање некакве двостепености у окви-

27 Даље ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

ру НБ било би само фингирање делотворности правног средства, јер се суштински ради о јединственој институцији. Због своје специфичности и заокружености послова некакво организационо одвајање унутар Народне банке, било би стварање „квазидвостепености".[28] Реч је о покушајима да се формом забашури суштина. Пракса Европског суда за људска права показује да недостатак независности у управним областима, без постојања адекватне судске заштите може да поткопа делотворност правног лека.[29]

Што се тиче ванредних правних средстава прописаних ЗУС-ом, захтев за преиспитивање судске одлуке би се могао поднети на судску одлуку донету у вези са решењем из чл. 9 ЗБ, јер је испуњен услов из чл. 49 ст. 2 тач 3) ЗУС (дозвољеност захтева уколико је искључена жалба у управном поступку). Пресудом Врховног касационог суда (који одлучује по захтеву за преиспитивање судске одлуке) у случају усвајања захтева, пресуда донета у управном спору се може укинути или преиначити (чл. 55 ст. 2). С обзиром да се преиначеном пресудом замењује претходна, јасно је да се њоме не може донети пресуда у спору пуне јурисдикције.

Уставна жалба као правно средство установљена је одредбом чл. 170 Устава РС.[30] Она међутим, спада у условно речено вансистемско правно средство, јер је предвиђена тек након што правни систем Србије да своју коначну оцену. Одлуком по уставној жалби се, између осталог, утврђује да ли је до повреде права на делотворно правно средство дошло! Са аспекта Европског суда за људска права, уставна жалба, како је сам и оценио у случају *Vinčić and Others v. Serbia*, јесте делотворно правно средство. То значи да би у случају пред Европским судом за људска права, везаним за повреду чл. 13 ЕКЉП, у вези са ситуацијом из чл 9 ЗБ, повреда права на правно средство била пресуђена, само у случају, ако би Суд могао претходно, или у том конкретном случају, донео одлуку којом би утврдио неделотворност уставне жалбе. Много је већа упитност остваривости права на делотворно правно средство са аспекта нашег Устава, где је уставотворац, можда и превисоко „подигао лествицу" овог права.

---

28 Зоран Томић разлику је четири модела решавања по жалби у управном поступку: права двостепеност, парадвостепеност, квазидвостепеност и једностепеност. Видети у: „Сукцесивност управне и управно-судске заштите", *Правни живот*, бр. 10/2007, стр. 537.

29 *Chahal v. United Kingdom*, ст. 153.

30 „Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту."

IV Закључна разматрања

Делатност Народне банке по свим карактеристикама сврстава се у управну. Специфичност материје којом се бави, узрокује потребу за независношћу и самосталношћу, па је организационо издвојена од остатка управе. Зато се као потпуно логично намеће решење о коначности првостепених аката. Искључење спора пуне јурисдикције, међутим, доводи у питање право на (делотворно) правно средство, које за разлику од ЕКЉП, Устав РС установљава као самодовољно право. Како спор пуне јурисдикције, није подложан за решавање сваке управне ствари, већ је прилично проређена могућност његове употребе, можемо рећи да је право на делотворно правно средство, када су у питању решења донета од стране Народне банке (у смислу чл. 9 ЗБ), прилично танко, а забраном спора пуне јурисдикције, законодавац га и додатно истањује.

Да резимирамо, специфичан однос управног и управно-судског поступка, посматран кроз призму специфичне улоге Народне банке, и иначе има проблематичан и клизав однос са питањем делотворности правног средства. У случајевима где се институције, понашају као „овнови на брвну" уместо као репрезенти јавног интереса, правно средство је далеко од делотворности, и представља у ствари „мртво слово на папиру". У таквој ситуацији друштво се, ишчекујући одлуку законодавца, може осећати као у тамном вилајету. За које год решење да се законодавац одлучи, жалиће се.

***Savo* MANOJLOVIĆ**
Jounger Advisor in Constitutional Court of Serbia

THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY AND ARTICLE 9 OF THE SERBIAN LAW ON BANKS

Summary

According to Serbian Law on Banks (Article 9) the resolutions of the National Bank by which it performs supervision of safety and soundness and legal compliance of activities of banks are final. The court competent in the administrative proceedings cannot resolve the administrative issue for which this Law stipulates competence of the National Bank of Serbia. The purpose of this paper is to examine compatibility between this regulation and the right on effective

legal remedy proclaimed by the Serbian Constitution and European Convention of Human Rights. In addition, differences in definition and determination of the right on effective legal remedy are analyzed as well. Particular features of Central bank and its autonomous and independent position in administrative activities are also considered. Besides, the paper deals with the differences between administrative and administrative-judicial procedure taking into account decisions of the European Court of Human Rights, and analyzes article 198 par. 2 of the Serbian Constitution with the relevant practice of the Constitutional Court. The case of Astra bank is given as an illustrative example of institutional immaturity and disorientation between administrative and administrative-judicial bodies.

Key words: *right to effective legal remedy, National Bank of Serbia, administrative procedure, administrative-judicial procedure, administrative case of complete jurisdiction.*

СТЕЧАЈ И ПРИВАТИЗАЦИЈА

др *Небојша* ЈОВАНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОЦЕНА И СИТНЕ ГРЕШКЕ ЗАКОНА О СТЕЧАЈУ*

Резиме

Писац у овом раду оцењује Закон о стечају, који је Србија донела 2009. године, указујући на три мале грешке. Иако је тај закон знатно бољи од старог закона у стечајној материји, којег је укинуо, у њему се јавља низ грешака. Неке од њих су крупне, као што је повреда Устава Србије, те никако нису смеле да се догоде. Друге грешке си ситне и готово уобичајене у многим српским законима, али их учени правници не би учинили. Ситне грешке тичу се одлучујућег гласа председника одбора поверилаца, ступања на снагу закона и непостојања правила о судској ликвидацији у закону. У раду се разматрају узроци грешака, као и последице које би могле да изазову. Закључује се да су грешке могле да се избегну озбиљнијим промишљањем законописаца.

Кључне речи: *стечај, стечајни управник, одбор поверилаца, ликвидација.*

I Увод

Србија је 2004. године (24. јула) донела Закон о стечајном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 84/04; даље: стари закон), којим је битно измени-

* Реферат се објављује у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (нап. аут.).

ла дотадашњи систем стечаја. Уместо дотадашњег система који је био заснован на германском праву, уведен је систем по узору на америчко право. Рађен на брзину, без довољног удубљивања домаћих учених правника, а под притиском страних правника и уз њихово битно уплитање у законописање, тај закон је био „грбав" већ на „рођењу". Иако је био заснован на ваљаним кључним идејама, „правнотехнички" је био лоше урађен, уз недопустиво велики број грешака, противречности, двоумица и празнина. Због тешкоћа које је изазвао већ у првој години своје примене било јасно да не може да опстане, те да мора да се битно измени или да се замени новим законом, како би се исправиле грешке. Непуних пет година по његовом ступању на снагу (1. фебруар 2005), то је и учињено, јер је Србија донела Закон о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 104/09 од 16. децембра 2009). Како је овај закон већ ступио на снагу већим својим делом (24. децембра 2009. односно 23. јануара 2010), пожељно је да се оцени и укаже на његове добре стране, али и на слабости.

II Оцена

Суштински гледано, Закон о стечају (или нов закон) задржава исти систем стечаја, као и стари, али га битно разрађује и појашњава, отклањајући већину мана старог закона. Очигледно је да је у правнотехничком смислу рађен знатно пажљивије од старог закона, због чега је свакако бољи од њега, те ће бити и дуговечнији. На бољитак и већу разрађеност закона указује и знатно продужење текста новог у односу на стари закон. Текст је дужи не само по броју чланова (212 према 188), већ су и сами чланови новог закона по правилу знатно дужи него у старом. Иако је систем стечаја остао суштински исти, неколико је битних измена, углавном формалноправне природе.

Прво, у текст закона унето је правило о циљу стечаја (што повољније намирење стечајних поверилаца), као и начела стечаја (чл. 2. до 10), чега није било у старом закону. Тиме се олакшава тумачење закона и доприноси правној сигурности, јер се сужава могућност самовоље суду и стечајном управнику. Друго, укинуто је стечајно веће, тако да је од судских органа стечајног поступка остао само стечајни судија, на кога су прешли послови из надлежности већа (чл. 17, 18). Тиме се стечајни поступак поједностављује, убрзава и појефтињује, а не губи се у правној сигурности. Треће, због укидања стечајног већа укинут је стечај мале вредности (до 5.000.000 динара), јер за њим више нема потребе. По старом закону (чл. 145) водио га је стечајни судија, уместо већа, и није било одбора поверилаца, а у циљу снижавања трошкова

поступка.[1] Четврто, уведена је презаduженост као стечајни разлог, али само у добровољном стечају, јер због ње само дужник може да га покрене (чл. 11, 55). Пето, јавни правобранилац, јавни тужилац и пореска управа нису више активно легитимисани за подношење предлога за покретање стечајног поступка, као што су били у старом закону, али је то овлашћење дато ликвидационом управнику, кога стари закон на то није изричито овлашћивао (чл. 40). Сигурно је, ипак, да јавни правобранилац и пореска управа јесу овлашћени на подношење прелога за покретање стечајног поступка на основу општих правила у име правних лица која по закону заступају, а која су повериоци инсолвентног дужника (нпр. држава, територијалне јединице). Тада су они само подносиоци предлога, а предлагачи и странка у поступку су лица која заступају (нпр. држава као поверилац за порез). Шесто, круг лица која не могу да буду стечајни дужници (тзв. пасивна стечајна легитимација) проширен је Централним регистром хартија од вредности и јавним агенцијама (чл. 14). Седмо, битно су разрађене дужности стечајног управника (нпр. стручно усавршавање, извештавање Агенције за стечајне управнике), наметнута му је обавеза осигурања од професионалне одговорности (најмање на износ од 30.000 евра у динарима) и пооштрена је његова одговорност (чл. 20–31). Осмо, уведена је преклузија потраживања које повериоци благовремено не пријаве суду у стечајном поступку (најкасније до 120-ог дана по објављивању огласа о отварању стечаја у Службеном гласнику; чл. 111). Тиме је укинуто правило старог закона, по коме није било преклузије непријављених тражбина, те су потраживања могла да се пријављују готово до коначне деобе стечајне масе (чл. 90 и 95).[2] Девето, уведен је институт стечаја по службеној дужности у

1 О стечају мале вредности в. Јовановић Zattila Милена, Чоловић Владимир, *Стечајно право*, Београд, 2007, стр. 142.

2 Правило о непостојању преклузије за неблаговремено пријављена потраживања вероватно је у стари закон унето под притиском страних учесника у његовом писању, као уступак страним повериоцима који своја потраживања нису пријављивали у стечајевима наших предузећа због тога што су поштовали међународне санкције својих држава према нашој земљи. На тај начин су њихове земље на два начина оштетиле наша предузећа. Први начин је био тај што су им санкцијама одузели тржишта (спречили извоз) или онемогућили производњу (нпр. спречили увоз сировина), економски их уништивши и гурнувши у стечај. Други начин је у томе што су у стечају наших предузећа овим правилом омогућили својим привредним субјектима, који су иначе сами криви за непријављивање тражбина у стечају, да накнадно пријаве своје тражбине у стечајевима наших предузећа и да их равноправно намире са домаћим повериоцима, који су своје тражбине благовремено пријавили, чиме се умањила сразмера намирења домаћих поверилаца. Чини се да се ради о улизичком уступку српске државе лицемерним страним, углавном западним државама и повериоцима, који не би учинила држава са иоле самопоштовања и достојанства (аут. нап.).

случају дуготрајне инсолвентности, што је добра идеја, али је изузетно лоше разрађена у закону (чл. 150). Десето, у реорганизацији је посебно уређен институт унапред припремљеног плана реорганизације, иако је то омогућавао и стари закон, али није изричито уређивао (чл. 156, 158–160). Осим тога, изричито је предвиђено да стечајни судија решењем потврђује план реорганизације (чл. 166), што није било предвиђено старим законом, али је била судска пракса. Једанаесто, укинут је посебан стечај предузетника, чија је суштина била његова лична управа у циљу јефтинијег и једноставнијег спровођења поступка. Чини се да то није добро решење, иако сужава могућност за самовољу судије, стечајног управника и предузетника на штету поверилаца, а тиме и могућност подмићивања и злоупотреба у стечају.[3] Ту врсту стечаја је требало задржати и боље уредити по узору на државе са дугогодишњим исуством у њему (нпр. скандинавске државе, Немачка). Дванаесто, међународни стечај је битно детаљније и боље уређен (чл. 144–203), али је пропуштена прилика да се утврди искључива међународна надлежност домаћег суда кад се главнина имовине (средиште пословања) дужника налази у Србији. Такву надлежност домаћих судова предвиђају све озбиљне државе, маколико да су мале, јер је то средство заштите домаћих интереса, као и питање самопоштовања државе.[4]

III Грешке

Због наведених измена и правнотехничког побољшања текста закона, општи утисак је повољан. Ипак, учињено је неколико непотребних грешака, које ће вероватно изазвати тешкоће и спорења у пракси. Неке од њих су врло значајне, јер се у њима очигледно повређује Устав Србије, док су друге мање значајне, али свакако могу да ремете остваривање правног поретка у Србији.

Неуставности има две и обе се тичу државног присвајања имовине стечајног дужника без накнаде. Прво присвајање (подржављење) тиче се стечаја незнатне вредности, а друго, стечаја због дуготрајне инсолвентности. У оба случаја, држава под прописаним условима без накнаде стиче имовину стечајног дужника, укључујући и приватну, што значи да је национализује (експроприше). Како је Уставом Србије забрањено

3 Слијепчевић Драгиша, Спасић Слободан, *Коментар закона о стечајном поступку*, Ces mecon, Београд, 2006, стр. 494. О манама личне управе предузетника у стечају у старом закону, те како је требало да се уреди в. Радовић Вук, *Индивидуални стечај*, Досије, Београд 2006, стр. 296.

4 Закон о стечају Финске из 2004, чл. Глава 7, одсек 1; Стечајни закон Хрватске из 1996, чл. 301.

држави да одузима без накнаде имовину која је законито стечена (чл. 58), очигледно је да су та правила Закона о стечају противуставна. Наравно, овде се не ради о конфискацији као санкцији за кривично дело, коју суд може изрећи у прописаним случајевима учиниоцу (нпр. за организовани криминал). Конфискацијом се одузима противзаконито стечена имовина, а овим „стечајним мерама" се одузима имовина коју је дужник законито стекао, при чему се његови повериоци лишавају могућности да намире ишта од својих потраживања.[5]

Поред ових крупних грешака, законодавцу су се поткрале и ситне грешке, које „руже" повољан утисак о новом закону, нарушавајући складност правног поретка. Занимљиве су три грешке. Прве две грешке се састоје у непримењивости правила у којим се јављају, чинећи их бесмисленим и непотребним у закону. Прва од њих се тиче одлучујућег гласа председника одбора поверилаца, а друга, ступања на снагу закона. Трећа грешка је значајнија, а тиче се непостојања правила о судској ликвидацији.

1. Прва грешка

Прво бесмислено правило се односи на одлучујући глас председника одбора поверилаца. Закон о стечају предвиђа да је одбор поверилаца један од органа стечајног поступка, поред стечајног судије, стечајног управника и скупштине поверилаца (чл. 17). То је зборни орган стечајног поступка подређен скупштини поверилаца, који је задужен да штити њихове интересе у стечају. Чланове му бира скупштина, с тим што мора да их је непаран број, а највише девет (значи, од три до девет). Одбор има свог председника, којег бирају његови чланови (чл. 38). У одбору се при одлучивању гласа „по главама" чланова, што значи да сваки члан има право на један глас. Изузетно, кад у стечају нема више од пет необезбеђених поверилаца, скупштина поверилаца има положај одбора поверилаца, те члан (поверилац) има право гласа сразмерно уделу своје тражбине у укупним тражбинама свих поверилаца у стечају (чл. 36). Одбор поверилаца доноси одлуке већином гласова свих својих чланова (присутних и одсутних са седнице), било да се гласови броје по главама чланова или по величини тражбина. Ако се у неком питању током гласања јави једнака подела гласова између чланова, тако да се одлука не може изгласати већином гласова, одлучујући је глас председника одбора (чл. 39). Ту законодавац упада у „математичку" бесмислицу.[6]

5 О неуставностима в. Јовановић Небојша, „Two Unconstitutionalities of the Serbian Insolvency Act", Зборник радова са скупа „*Liber Amicorum*" посвећеног Кристи Јесел Холст, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.

6 Слично решење у случају једнаке поделе гласова садржи и Стечајни закон Хрватске из 1996. год., с тим што је бесмислца нешто друкчија. И тамо одбор поверилаца

Бесмислица се састоји у сукобу правила о одлучујућем гласу председника одбора у случају једнаке поделе гласова, као споредног правила, са правилом да одбор доноси одлуку већином гласова свих чланова, као главног. Ово због тога што у систему одлучивања већином свих чланова зборног органа са непарним бројем чланова математички није могућа једнака подела гласова. Ако се гласови присутних чланова на седници органа тако поделе да нема већине ни за ни против одређеног предлога (нпр. због одсуства неког члана са седнице или због његове уздржаности у гласању на седници), онда предлог није изгласан као одлука. Тада је предлог одбијен, што значи да је донета негативна одлука. Пошто је правило о одлучујућем гласу председника одбора споредно у односу на правило о већинском одлучивању, значи да је непримењиво, те да је због тога и бесмислено. У супротном, оно би укидало главно правило о већинском одлучивању, чинећи њега бесмисленим. Због тога за њим није било потребе у закону.

Да би се ова „математичка" логика потпуно разјаснила, потребно је детаљније објашњење процеса одлучивања у одбору поверилаца. Наиме, ако се одлука доноси већином гласова свих чланова, укључујући и оне који су одсутни са седнице, а одбор по закону мора да има непаран број чланова (од три до девет), онда је математички гледано немогуће да се јави једнака подела гласова. У таквом начину гласања, математички гледано, или је одлука донета, кад за предлог гласа више од половине укупног броја чланова, или није, кад та већина није постигнута, што значи да предлог није усвојен. На ту математичку логику не утиче ни уздржани глас присутног члана, ни одсуство неког од чланова са седнице одбора, због чега је дошло до једнаке поделе гласова присутних и гласалих чланова, јер тада нема већине гласова, те нема ни одлуке. Рецимо, ако одбор има три члана, који су сви присутни на седници, па је један гласао за предлог, други против, а трећи је био уздржан, нема већине гласова свих чланова, те одлука није донета. Ако су два члана гласала за предлог, а трећи није, одлука је донета. Доследном применом правила о одлучујућем гласу председника, одлука би била донета и у случају кад

мора да буде непаран, али он доноси одлуке већином гласова присутних чланова, а не свих чланова као у Србији (чл. 32, 37). У случају поделе гласова поверилаца одлучује стечајни судија, који се обавезно позива на његове седнице. Бесмислица је се састоји у томе што се правило о одлучујућем гласу стечајног судије противи правилу о већинском одлучивању присутних поверилаца, као што је то случају са гласом председника одбора у српском закону. Значи, ако су гласови поверилаца подељени, нема већине, те нема ни одлуке (нпр. да се неко потраживање оспори, да се приговори радњи стечајног управника). Бесмислицу увећава чињеница да хрватски закон даје право стечајном судији да се меша у одлуке поверилаца у свим питањима, па и у оним у којим је у сукобу интереса са повериоцима (нпр. кад одбор одлучује о оспоравању одлука управника, судије или већа).

би један члан гласао против предлога, други био уздржан (или одсутан), а трећи за предлог, под условом да је он председник одбора. То би било заиста претерано занемаривање начела већинског одлучивања у одбору, јер би тада председников глас морао да вреди три „главе", да би надгласао несагласне и одсутне (или уздржане) чланове (3 > 1 уздржан + 1 противан глас). Иста логичност (односно нелогичност) јавља се и у одбору са више од три члана. На пример, ако одбор има пет чланова, од којих је један одсутан са седнице, предлог мора да добије најмање гласове три члана да би постао одлука, јер је то већина свих чланова, како налаже правило о већинском начину одлучивања у одбору. Стога, ако је за предлог гласало два члана, а друга два нису (било да су гласали против или уздржано), нема већине гласова свих чланова, нити једнаке поделе гласова, те одлука није донета, јер је два гласа мањина у укупном броју од пет. Исто важи и за одбор који има више чланова (нпр. седам или девет).

Објашњена логика се не ремети ни у случају кад се у одбору гласа сразмерно уделу тражбина у укупним потраживањима свих поверилаца у стечају због тога што их нема више од пет. Једина разлика је што се тада гласови рачунају по величини тражбина, а не по главама чланова одбора. На пример, одбор има три члана, од којих један има тражбину од 10.000.000 динара, други од 30.000.000 динара, а трећи од 40.000.000 динара, што укупно износи 80.000.000 динара. Одлука се доноси већином гласова свих чланова (односно гласовима чланова са више од половине укупних тражбина), а то је у овом примеру 40.000.001 динар. Ако такве већине нема, нема ни одлуке. Рецимо да у овом примеру чланови са мањим тражбинама гласају за одлуку (10.000.000 + 30.000.000 = 40.000.000), а онај са већом тражбином да гласа против (40.000.000). Тада одлука није донета, јер нема већине гласова (50% : 50%), иако постоји једнака подела гласова. Применом правила о одлучујућем гласу председника одбора (нпр. оног са 40.000.000 динара потраживања) у овом примеру сматрало би се да је одлука донета. То би значило да његово потраживање више вреди, него што заиста износи, што је математички бесмислено.

Недвосмислен закључак је да је правило о одлучујућем гласу председника бесмислено, јер битно „урушава" систем већинског одлучивања у одбору, као основни. Оно је примерено само у зборним органима са *парним* бројем чланова, што је често допуштено у енглеском и другим англо правима. Оно се тамо примењује нарочито у управним одборима компанија, због потребе брзог и делотворног одлучивања, како би компанија прилагодила своје пословање наглим променама на тржишту. У зборним органима са парним бројем чланова, једнака подела гласова је могућа, те је једини излаз из такве гласачке ситуације одлучујући

глас најугледнијег члана органа, а то је његов председник, који је обично и највећи улагач у компанију. Напротив, за тим нема потребе у зборним органима са непарним бројем чланова, у којим се по законској наредби одлучује само већином свих чланова, као што је то случај са нашим одбором поверилаца у стечају.

2. Друга грешка

Поред математичке бесмислице одлучујућег гласа председника уочљива је правна бесмислица правила о ступању на снагу Закона о стечају (чл. 212). Њиме је утврђено да закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику, а да почиње да се примењује истеком тридесетог дана од дана кад је ступио на снагу. На тај начин је у закону учињена разлика између појмова ступања на снагу закона и почетка његове примене, иако је то, у ствари, једно исто. Наиме, ступање на снагу закона је час у ком закон почиње да обавезује субјекте на које се односи. То значи да од тог часа почиње да важи односно да се примењује у пракси, јер су од тада лица на које се односи обавезна да се по њему понашају.[7] Према томе, очигледно је да Закон о стечају почиње да важи тек тридесет осмог дана од дана објављивања (23. јануара 2010. године), јер тек тада почиње да обавезује повериоце, дужнике, судове и остале учеснике стечаја. Истек осмог дана од дана објављивања (24. децембра 2010), који се спомиње у завршној одредби као дан ступања на снагу, нема практичан значај, јер тада закон никог још не обавезује. Чим не обавезује, нема ни правну снагу, због чега је правно бесмислено да се у закону тврди да је има (да је ступио на снагу). Значи, време чекања за ступање на снагу овог закона (*vacatio legis*) није осам дана, како се у њему одређује, него тридесет и осам дана.

Домишљати правник би, ипак, могао да помисли да се чин ступања на снагу може да разликује од чина почетка примене закона, како би пронашао смисао у овом правилу Закона о стечају. Та два чина (момента) могу да се разликују у два случаја, зависно од тога да ли чин ступања на снагу укида стари закон или не. Прво, ако би га укидао, онда би учинак ступања на снагу новог закона био да укине стари, с тим да почне да се примењује касније, кад протекне њиме одређено време чекања, како би се заинтересована лица упознала са његовим правилима. Овакво тумачење правила о увођењу новог закона у „живот“ било би, међутим, бесмислено. Наиме, ако би нови закон ступањем на снагу прво укидао стари, па касније почео да се примењује, онда би створио правну празнину у предмету свог уређивања у времену од ступања на

7 Васић Радмила, Чавошки Коста, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2009, стр. 339.

снагу (укидања старог закона) до почетка своје примене. То би свакако било лоше, јер би област друштвених односа у којој се доноси остала правно неуређена у том међувремену, што је свакако лошије, него да је лоше уређена старим законом. Друго, ако нови закон својим ступањем на снагу не би укидао стари, онда би чин ступања на снагу требало да има обавезујући учинак по лица на која се односи. Ово схватање је више засновано на тексту Закона о стечају него прво, јер он изричито одређује да стари закон престаје да важи даном почетка његове примене (чл. 211). Пошто се стари закон не укида ступањем на снагу новог, значи да се упоредо примењује са новим до почетка примене новог закона. Међутим, и ово тумачење разлике ступања на снагу и почетка примене закона је бесмислено због немогућности истовремене примене два закона у истој материји. Како нови закон увек нека питања различито уређује од старог, то би значило да људи морају да се понашају на два различита начина у истој ситуацији. Пошто је то практично немогуће и збуњујуће по правне субјекте, примена новог закона не би била могућа. Због тога и ово тумачење разлике ступања на снагу и почетка примене закона треба да се занемари као бесмислено и непримењиво.[8]

3. Трећа грешка

Последња лако уочљива грешка у Закону о стечају тиче се судске ликвидације солвентног привредног субјекта. Она се састоји у томе што тим законом уопште није уређена, иако је код нас досад одувек била уређена стечајним законом, укључујући и Закон о стечајном поступку из 2004. године, који је укинут Законом о стечају. Како је Законом о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 125/04) уређена само вансудска ликвидација (чл. 347–365), очигледно је да се након ступања на снагу Закона о стечају јавила озбиљна празнина у правном поретку Србије. Ово због тога што се Законом о привредним друштвима, којим су иначе уређени разлози ливидације, у одређеним случајевима налаже престанак привредног субјекта (привредног друштва или предузетника) иако је солвентан (нпр. неиспуњавање услова за постојање, забрана рада, престанак природних услова, необављање делатности прописано време, блокада одлучивања), а да он односно његови имаоци (нпр. чланови, акционари) не пристају на престанак. Тада је једини начин престанка субјекта да га суд принудно ликвидира у посебном поступку (судска ликвидација). Нажалост, у нашем праву то није више могуће, нити ће бити док се судска ликвидација поново не уреди законом.

8 Слично о упоредној примени старог и новог закона у вези са истим проблемом у Закону о заштити конкуренције (*Сл. гласник РС*, бр. 51/09) в. Беговић Борис, Павић Владимир, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, стр. 80.

Вероватан разлог за „брисање“ судске ликвидације из стечајног закона јесте његов смисао. Како је смисао и предмет овог закона уређење односа у којим се налази инсолвентни привредни субјект, логично је да се у то не уклапа институт престанка солвентног привредног субјекта. Међутим, логично је и да нови закон који замењује стари закон, који је тај институт садржавао, уреди начин решавања правне празнине коју ствара његовим укидањем, док се она не попуни новим пописима. Отуда је озбиљан пропуст што се бар у прелазним одредбама Закона о стечају није предвидело да члан старог закона, којим је судска ливидација била уређена (чл. 144), остаје на снази док се на одговарајући начин не уреди другим прописом (нпр. у Закону о привредним друштвима или у посебном закону). Логика правила о судској ликвидацији у старом закону била је једноставна. Она се састојала у сходној примени правила о стечају на судску ликвидацију, осим правила стечаја која имају циљ заштиту интереса поверилаца. За њиховом применом у судској ликвидацији нема потребе, јер су и без њих повериоци заштићени. То су правила о реорганизацији, скупштини и одбору поверилаца, разлучним повериоцима, побијању дужникових правних радњи и рочишту за главну деобу.[9]

Поред пропуста у уређивању судске ливидације, што донекле може да се правда разлогом да она не треба да буде предмет стечајног закона, у Закону о стечају је учињен још један пропуст у вези са ликвидацијом, који не може тиме да се правда, јер се баш односи на стечајну материју. Тај пропуст се тиче признавања радњи које су предузете у ликвидацији до покретања стечајног поступка у случају кад је у њој утврђен стечајни разлог, те је покренут стечајни поступак, чиме се она претвара у стечај. Пропуст увећава и чињеница што је Закон о стечају изричито активно легитимисао ликвидационог управника за подношење предлога за покретање стечајног поступка (чл. 55), што стари закон није изричито предвиђао. Попунивши ту празнину старог закона, писци новог закона нису имали довољно умне снаге да замисле могућност избегавања понављања у стечају радњи које су већ предузете у ликвидацији. Наиме, начело економичности стечајног поступка налаже признавање пуноважности у стечају неких радњи које су раније предузете у ликвидацији, како се у стечају не би непотребно понављале. Рецимо, ако је у ликвидацији утврђен стечајни разлог (нпр. инсолвентност или презадуженост путем почетног ликвидационог биланса), онда нема потребе за спровођењем претходног стечајног поступка, који служи утврђивању тог разлога. Тада је оправдано да се одмах отвори главни поступак, како би се уштедели процесни трошкови. Овако би требало да се уреди нарочито однос судске ликвидације и стечаја, а често и вансудске ликвидације са стечајем, у којој ипак постоји мање поуздање у предузете радње него у судској ликвидацији.

9 Слијепчевић Д., Спасић С., *нав. дело*, стр. 495.

IV Разматрање узрока и последица

Кад се уоче грешке у тек донетом закону разумљиво је да се пита шта је њихов узрок и какве последице могу да изазову у пракси. Чини се да су узроци и последице различите зависно од грешке, иако је у основи свих грешака недовољно размишљање писаца закона.

Узрок бесмислице у вези са одлучујућим гласом председника одбора поверилаца вероватно јесте непромишљено преузимање (преписивање) страних решења у домаће право, без стварне потребе за њима. Њена последица је могућност озбиљних спорења између поверилаца о пуноважности одлука одбора. Ако до таквих спорова дође, то ће сигурно отежавати и отезати стечајни поступак, услед чега ће поскупљивати, а тиме смањити сразмеру њиховог намирења из стечајне масе.

Бесмислица разликовања ступања на снагу закона и почетка његове примене сигурно је узрокована правничком неукошћу писца завршне одредбе закона. Он није савладао основе права са прве године правних студија, ако је уопште правник, те је срамота за државу што му је поверила учешће у писању закона. Њега је вероватно збунила техника ступања на снагу прописа Европске уније, где се разликује ступање на снагу прописа од почетка његове примене, што тамо има практичног значаја. Наиме, кад неки пропис Европске уније ступи на снагу (нпр. упутство), онда почиње да обавезује надлежне *орīане* у свакој држави чланици да га објаве и по потреби унесу у своје националне прописе. Насупрот томе, кад пропис почне да се примењује, значи да почиње непосредно да обавезује сва лица на која се односи, без обзира да ли су га органи држава чланица објавили и донели прописе ради њихове примене на њиховим националним територијама. Ова грешка у писању закона у Србији је постала честа, јер се јавила и у низу других закона, као што је, на пример, Закон о тржишту хартија од вредности из 2006. године (чл. 264), Закон о инвестиционим фондовима из 2006. године (чл. 93) или Закон о заштити конкуренције из 2009. године (чл. 81). На срећу, ова грешка не може код нас да има теже штетне последице, јер ни држава не инсистира на примени закона одмах по његовом ступању на снагу, а пре него што „почне да се примењује".

Празнина у регулисању судске ликвидације вероватно је узрокована лакомисленошћу и бахатошћу законописачке бирократије у „осмишљавању" правног система престанка привредних субјеката. Ово због тога што се највероватније ради о намерном изостављању правила о судској ликвидацији у Закону о стечају бар у прелазним одредбама док не буде уређена другим законом (нпр. Законом о привредним друштви-

ма, Законом о ванпарничним поступку, Законом о парничном поступку или посебним законом). Како је просто невероватно да се превиди тако значајан правни институт, те да се случајно изостави из закона, вероватно се у законописачкој групи заузео став да природа судске ливидације не одговара стечају и да је треба уредити другим законом, а да се олако држало да ће се она лако и брзо унети у други закон. Тај други закон би требало да буде Закон о привредним друштвима, чије се измене припремају већ дуже од годину дана. Како се ради о врло значајном закону за чије измене треба озбиљно промишљање и стручност, није извесно да ће се оне десити убрзо. Пошто се у међувремену може јавити потреба за судском ливидацијом у низу случајева, овакав став законописачке групе свакако је лакомислен, бахат и врло непажљив према судовима. Ово због тога што ће судови, због уставне дужности пружања судске заштите субјективним правима, морати да поступају у таквим случајевима, макар да нема посебних правила. Непостојање посебних правила ствара ризик за различито поступање, па и самовољу судова, што може да изазове озбиљне спорове, правну несигурност и штете у пракси престанка привредних субјеката.

V Закључак

Објашњене бесмислице и празнина у Закону у стечају свакако ће изазвати штетне последице у пракси, ако судови по њима буду поступали. Због тога се јавља питање, како да се тумаче правила Закона о стечају, која их садрже, да би се штетне последице избегле, као и како би требало та питања да се уреде. Решења су различита зависно од грешке у закону.

Бесмисленост правила о одлучујућем гласу председника одбора поверилаца требало би отклонити његовим занемаривањем у пракси. Образложење би требало да буде да се ради о омашци у закону. Изменом закона би свакако требало укинути право председника на одлучујући глас, осим ако се допусти да одбор поверилаца има паран број чланова, као и да одлучује већином присутних чланова на седници, с тим да се председников глас рачуна као два гласа у случају поделе гласова.

Бесмисленост правила о различитим временима ступања на снагу и почетку примене Закона о стечају је без значаја за праксу, пре свега због лењости и неспособности српске бирократије да брзо почне да принуђава људе да се по закону понашају. Због тога се завршна одредба Закона о стечају у вези његовог ступања на снагу треба да думачи да није ступио на снагу осмог дана по објављивању у Службеном гласнику, како је иначе изричито одређено, већ да је се то десило истеком рока за почетак његове примене.

Празнина у вези са судском ликвидацијом треба да се што пре отклони допуном Закона о стечају или другог закона. Том допуном би требало и да се уреди питање да ли се и које радње предузете у ликвидацији (судској и вансудској) признају у стечају, у случају кад је због испуњености услова за стечај (презаduженост) ликвидациони управник поднео суду предлог за покретање стечајног поступка. До тада би судови требало да заузму став (нпр. на општој седници Врховног касационог суда) да се поступак судске ликвидације може водити упркос законској неуређености, и то по правилима судске ликвидације садржаним члану старог закона, који је изостављен из новог.[10]

***Nebojša* JOVANOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

A BRIEF REVIEW AND SMALL MISTAKES OF THE INSOLVENCY ACT

Summary

In this paper the author makes a brief review and estimation of the Insolvency Act, which Serbia enacted in 2009, pointing to three small mistakes in it. Though that Act is much better than the old one, which it repealed, it has several mistakes. Some of them are significant, such as violation of the Constitution of Serbia, for which reason they may have not happened in any case. The others are small and almost usual for many Serbian acts, which sophisticated jurists certainly would not have made. They are the subject of this paper. Small mistakes relate to decisive vote of the president of the creditors' board, entering into force of the Act and omission of regulation of judicial solvent liquidation. The author tries to investigate causes of the mistakes, as well as their possible consequences. The conclusion is that the mistakes could be avoided by more serious cogitation of the act-writers.

Key words: *insolvency, insolvency administrator, creditors' board, liquidation.*

10 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, чл. 44.

др *Драгиша* Б. СЛИЈЕПЧЕВИЋ
судија Уставног суда Србије

СТЕЧАЈ ЗБОГ ДУГОТРАЈНЕ НЕСПОСОБНОСТИ ЗА ПЛАЋАЊЕ

Резиме

Предмет овог реферата је анализа правила посебног поступка у случају дуготрајне неспособности за плаћање, која су прописана одредбама главе X Закона о стечају. У реферату се указује на законом прописане услове за покретање и окончање тог поступка. С тим у вези предочавају се и практични проблеми који ће настати у примени овог правног института. То се чини у циљу изналажења правно утемељених решења која ће отклонити законске нејасноће и попунити евидентне правне празнине на плану заштите имовинских интереса поверилаца тог стечајног дужника и преласку његове имовине у својину Републике Србије.

***Кључне речи*:** *стечај, дуготрајна неспособност за плаћање.*

I Увод

Поступак стечаја може се отворити у случају постојања једног од Законом о стечају прописаних стечајних разлога. Шта представља стечајни разлог таксативно је прописано одредбом члана 11 Закона о стечају.[1] Сагласно таквом законском уређењу стечај се може отворити

1 Стечајни разлог за отварање стечајног поступка постоји у случају: 1) трајније неспособности плаћања; 2) претеће неспособности плаћања; 3) презадужености и 4) непоступања по усвојеном плану реорганизације и ако је план реорганизације

увек када постоји трајнија неспособност дужника за плаћање. Трајнија неспособност плаћања постоји: 1) ако стечајни дужник не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе и 2) ако потпуно обустави сва плаћања у непрекидном трајању од 30 дана. То је општи стечајни разлог због чијег постојања се увек може покренути стечајни поступак од стране овлашћених предлагача којима је то право конституисано одредбом члана 55 став 1 Закона о стечају.[2] Међутим, Закон о стечају поред трајније неспособности за плаћање, као општег стечајног разлога, познаје и дуготрајну неспособност за плаћање као посебни стечајни разлог.[3] Постојање таквог стечајног разлога представља правни основ за покретање посебног стечајног поступка. На темељу постојања посебног правног основа за отварање таквог поступка законом су уређена и посебна правила за његово покретање и спровођење.[4] Она се исказују у законском наређењу да се у том случају стечај покреће по службеној дужности доношењем решења стечајног судије о покретању претходног стечајног поступка у коме се утврђује постојање правног интереса поверилаца за спровођење стечаја.[5] Стечајни судија је у обавези да по службеној дужности донесе такво решење одмах по пријему обавештења организације која спроводи поступак принудне наплате о правним лицима која су обуставила сва плаћања у непрекидном трајању од најмање годину дана. То значи да се у том случају поступак стечаја покреће у одсуству предлога поверилаца, дужника или ликвидационог управника као овлашћених предлагача за покретање стечајног поступка. Осим тога, у случају дуготрајне неспособности за плаћање претходни стечајни поступак се покреће без обзира на висину износа потраживања чија исплата је обустављена и да ли стечајни дужник има или нема имовине из које се та дуговања могу измирити. Битно је само да је његов рачун блокиран у непрекидном трајању дужем од годину дана.[6] Постојање само те чињенице представља правни основ за покретање посебног стечајног поступка чији је циљ да се таква правна лица елиминишу из правног промета.

издејствован на превараан или незаконит начин (види одредбу члана 11 Закона о стечају – *Службени ɪласник РС*, бр. 104/2009).

2 То су повериоци дужника, сам дужник или његов ликвидациони управник.

3 Види одредбу члана 150 Закона о стечају.

4 Та правила су прописана одредбама главе X Закона о стечају.

5 Обавеза таквог поступања стечајног судије конституисана је одредбом члана 150 став 4 Закона о стечају.

6 Постојање овог стечајног разлога је евидентно и у ситуацији када је рачун стечајног дужника непрекидно блокиран иако је у току законом прописаног периода блокаде као основа за покретање стечајног поступка било одређених плаћања са жиро рачуна стечајног дужника, али у износу који није омогућио уклањање блокаде дужниковог рачуна у целости.

Тако покренут поступак стечаја неминовно води престанку правног субјективитета свих привредно неактивних правних лица у односу на која се сходно позитивним прописима може покренути поступак стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање. До престанка правног субјективитета таквих правних лица долази окончањем стечајног поступка у коме је реализовано уновчење њихове имовине и извршено намирење стечајних поверилаца, или по основу решења о отварању и истовременом закључењу стечаја без његовог спровођења. Тада се и евентуална имовина тих стечајних дужника по сили закона преноси у својину Републике Србије. Да ли ће се над неактивним правним лицима спровести стечај или ће њихов правни субјективитет престати отварањем и истовременим закључењем стечаја опредељује се постојањем односно непостојањем правног интереса поверилаца за спровођење стечајног поступка.

Покретање и окончање стечајног поступка који се спроводи по службеној дужности, без активног учешћа поверилаца и стечајног дужника, представља крупну новину у новом Закону о стечају. Она је узрокована постојањем великог броја неактивних привредних субјеката који су формално-правно уписани у регистар привредних субјеката, али су услед трајне инсолвентности неспособни за измирење својих обавеза и редовно обављање привредних активности. Из тог разлога је и раније било покушаја да се такви правни субјекти елиминишу из правног промета. Први покушај у разрешењу проблема неактивних привредних субјеката учињен је Законом о регистрацији привредних субјеката.[7] Тим законом је прописано да се привредни субјект који две године узастопно не поднесе Регистру годишњи финансијски извештај преводи у статус неактивног субјекта.[8] У том случају неактивни привредни субјект и даље задржава статус правног лица, али најдуже до истека рока од 12 месеци. По истеку тог рока неактивни привредни субјект се по службеној дужности брише из регистра, чиме престаје и његов правни субјективитет.[9] На тај начин је без спровођења стечаја, или ликвидације, из регистра привредних субјеката избрисано 146.500 неактивних привредних друштава.[10] Брисање тих привредних субјеката је извршено без било какве расправе и одлуке суда о њиховој имовини. То је у пракси створило нове проблеме. Они су се тицали одговорности оснивача за обавезе брисаних привредних друштава и њихових права на затеченим средствима на банковним рачунима, затим осталој покретној и непокретној имовини и наставку започетих судских посту-

7 *Службени ґласник РС*, бр. 55/04, 61/05, 111/09.

8 Види одредбу члана 67 Закона о регистрацији привредних субјеката.

9 Види одредбу члана 68 став 2 Закона о регистрацији привредних субјеката.

10 Овај податак је наведен у одговору Владе Републике Србије број 010-116/2009-1 од 18.2.2009. године који је упућен Уставном суду Србије.

пака. У настојању да реши ове проблеме Влада Републике Србије је донела Уредбу о поступању државних органа, организација и правних лица према неактивним привредним субјектима брисаним из регистра привредних субјеката.[11] Влада је донела ову Уредбу у циљу заштите правних интереса трећих лица и потребе да се регулишу поступци државних органа према неактивним привредним субјектима у периоду до доношења законских одредби којима би се регулисао престанак њиховог правног субјективитета по службеној дужности.[12] То настојање је реализовано доношењем Закона о стечају, којим је уређен посебан поступак стечаја у случају дуготрајне неспособности за плаћање.

Међутим, упркос законском уређењу престанка правног субјективитета неактивних правних лица чини се да су и даље присутни озбиљни проблеми на плану коначног уређења имовинских права тих лица, правног статуса запослених након њиховог брисања из регистра и права поверилаца на њиховој преосталој и накнадно пронађеној имовини. Спорност ових питања је узрокована законском недореченошћу у погледу прописаног поступка преласка имовине неактивних правних лица у својину Републике Србије, односно неуређености права запослених према тим лицима. Озбиљност ових проблема је утолико већа што сагласно подацима Народне банке Србије у овом тренутку постоји 14.253 таквих правних лица, од којих је 4.043 неактивних у периоду дужем од једне године, 3.260 у периоду дужем од две године и 6.950 у периоду дужем од три године. У тим правним лицима се налази у статусу запослених укупно 6.000 радника.[13] Уз то, закон је недоречен и по питању субјеката према којима се овај поступак може покренути, те начину покретања и трајања претходног стечајног поступка. То су спорна питања која у пракси привредних судова могу изазвати бројне недоумице, па и различита поступања у правно и чињенично идентичним случајевима. Због тога овај реферат представља покушај изналажења правно ваљаних одговора који би могли допринети разрешењу изнетих спорних питања.

II Субјекти у поступку

Законом о стечају одређено је да се њиме уређују услови и начин покретања и спровођења стечаја над правним лицима.[14] Сагласно овако

11 *Службени ɪласник РС*, бр. 49/2006.

12 И ови наводи су изнети у цитираном одговору Владе Републике Србије упућеном Уставном суду Србије дана 18.2.2009. године.

13 Наведени подаци су објављени као званични извештај Народне банке Србије у средствима јавног информисања са пресеком на дан 30.9.2009. године.

14 Види одредбу члана 1 став 1 Закона о стечају.

дефинисаном предмету уређења Закона о стечају могло би се закључити да се поступак стечаја у нашем праву може покренути и спровести према сваком правном лицу. Изузетно, могућност вођења стечаја била би искључена само према оним правним лицима за која је Законом о стечају изричито прописано да се у односу на те субјекте стечајни поступак не спроводи. Одредбом члана 14 став 1 Закона о стечају прописано је да се стечај не спроводи према: Републици Србији; аутономној покрајини и јединицама локалне самоуправе; фондовима или организацијама обавезног пензијског, инвалидског, социјалног и здравственог осигурања; правним лицима чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а која се искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из републичког буџета, односно буџета аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе; Народној банци Србије, Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности и јавним агенцијама. Осим према субјектима побројаним цитираном одредбом, Закон о стечају не може се применити ни у поступку стечаја банака и осигуравајућих организација, осим одредаба којима се уређују питања која нису уређена посебним законом.[15]

Сагласно изнетим законским наређењима произлази да се према свим осталим правним лицима стечај може спровести без изузетка. Неспорно је да су то сва привредна друштва, која сходно одредбама Закона о привредним друштвима престају да постоје спровођењем стечаја, као и остале привредне организације – задруге са статусом правног лица. Међутим, обзиром да је Закон о стечају прихватио концепт трговинског – привредног стечаја спорно је да ли се по одредбама тог закона стечај може спровести и над осталим правним лицима са статусом удружења грађана и друштвених организација. Обзиром да је Законом о стечају одређено да се стечај спроводи над свим правним лицима, осим оних која су изричито изузета од могућности спровођења стечаја по одредбама тог закона, могло би се закључити да се у нашем праву поступак стечаја може спровести над свим осталим правним лицима која имају правни статус удружења грађана или друштвених организација. То је опште правило чија примена није изузета ни у случају спровођења стечаја услед дуготрајне неспособности за плаћање. Штавише, одредбом члана 150 став 1 Закона о стечају изричито је прописано да организација која спроводи поступак принудне наплате једном месечно доставља привредним судовима обавештење о правним лицима која су обуставила плаћање у непрекидном трајању од најмање годину дана. Стога би се могло закључити да су субјекти у поступку стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање сва привредна друштва која се у виду сталног занимања баве регистрованом привредном делатношћу, као и сва удружења грађана и друштвене организације са статусом правног лица.

15 Види одредбу члана 14 став 2 Закона о стечају.

Ипак, мишљења смо да се такво становиште не може прихватити у односу на сва правна лица. Ово из разлога што се оно заснива искључиво на језичком значењу синтагме „правна лица". Неспорно је да статус правног лица имају удружења која су основана и регистрована по поступку прописаном Законом о удружењима.[16] То је изричито прописано одредбом члана 4 став 2 цитираног закона.[17] Осим тога, одредбом члана 49 став 1 Закона о удружењима прописано је и да удружење губи статус правног лица брисањем из Регистра. Брисање се врши у случају постојања једног од одредбом члана 49 став 2 прописаног правног основа. Сагласно одредби тачке 7 члана 49 став 1 наведеног закона, један од правних основа за брисање удружења из регистра представља и спроведени поступак стечаја. Стечај удружења се спроводи у случају његове трајније неспособности за плаћање. Поступак стечаја се покреће сходном применом одредаба закона којима се регулише стечај и пореских закона којима се уређује престанак обвезника у стечају.[18] Стога, сагласно цитираним законским одредбама нема сумње да се поступак стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање може спровести и у односу на удружења грађана. Спорно је само како ће се у том случају удовољити законском наређењу да пријаву за упис података о донетој одлуци стечајног суда о закључењу стечајног поступка подноси стечајни управник.[19] Мишљења смо да се тај проблем може превазићи сходном применом одредаба члана 148 став 7 Закона о стечају, којом је прописано да се решење о закључењу стечајног поступка по службеној дужности доставља Агенцији за регистрацију привредних субјеката којој је, сходно одредби члана 26 став 1 Закона о удружењима, поверено и вођење регистра удружења. У сваком случају, нема спора да се над свим удружењима грађана конституисаним по одредбама Закона о удружењима може спровести и стечај због дуготрајне неспособности за плаћање.

Међутим, спорно је да ли се поступак стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање може спровести и над спортским организацијама и другим удружењима. Ово из разлога што се на те субјекте и даље примењују одредбе Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана.[20] Одредбом члана 65 став 1 Закона о друштве-

16 *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

17 Том одредбом је прописано да удружење стиче статус правног лица уписом у регистар удружења.

18 Овакво законско наређење је садржано у одредби члана 58 став 1 Закона о удружењима.

19 Оваква обавеза стечајног управника прописана је одредбом члана 58 став 4 Закона о удружењима.

20 Овај закон је престао да важи даном почетка примене Закона о удружењима, али се сходно одредби члана 89 став 1 Закона о удружењима он и даље примењује у односу на спортске организације и удружења.

ним организацијама и удружењима грађана прописани су посебни правни основи за престанак тих субјеката. Сагласно тој одредби Закона друштвене организације и удружења грађана, а то значи и спортске организације и удружења, престају: 1) одлуком друштвене организације, односно удружења грађана; 2) ако се број чланова смањи испод законом прописаног минимума; 3) ако је тим субјектима забрањен рад и 4) ако се утврди да је друштвена организација, односно удружење грађана престало са радом.[21] Из речено несумњиво произлази да су правни основи престанка правног субјективитета спортских организација и других удружења таксативно прописани одредбом члана 65 Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана. Стога нема места сходној примени одредаба Закона о удружењима и на те субјекте, иако је одредбом члана 2 став 2 тог закона изричито прописана таква могућност али само у односу на питања која нису уређена посебним законом. Законом о друштвеним организацијама и удружењима грађана је изричито уређен поступак престанка њиховог правног субјективитета. Тај закон не познаје стечај као правни основ престанка спортских организација и удружења. Из тог разлога може се закључити да у односу на те субјекте није могуће спровести ни поступак стечаја због друготрајне неспособности за плаћање.

III Покретање поступка

Поступак стечаја се, сходно општим правилима Закона о стечају, покреће предлогом једног од овлашћених предлагача из члана 55 став 1 Закона.[22] Независно од својства овлашћеног предлагача предлог за покретање стечајног поступка мора садржати: 1) назив суда којем се подноси; 2) пословно име или име и адресу предлагача или адресу лица које је овлашћено за пријем писмена и заступање; 3) пословно име стечајног дужника, као и податке о контакт адреси; 4) списак стечајних и осталих поверилаца са навођењем висине износа и основа потраживања, као и имена и пребивалишта чланова друштва који за обавезе стечајног дужника одговарају својом имовином, ако је предлагач стечајни дужник; 5) чињенице и пратећу документацију која доказује врсту, основ и висину неизмирених потраживања, ако је предлагач поверилац и 6) списак докумената приложених уз предлог за покретање стечајног

21 Види одредбу члана 65 став 1 тачка 1–4 Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана.

22 То су поверилац у случају трајне неспособности плаћања, непоступање по усвојеном плану реорганизације и уколико је план реорганизације издејствован на преваран начин; дужник у случају постојања било ког стечајног разлога и ликвидациони управник у случајевима прописаним Законом о привредним друштвима.

поступка.[23] У случају да поднети предлог не садржи све прописане елементе стечајни судија ће о томе обавестити предлагача и позвати га да у накнадно остављеном року отклони све недостатке. Ако предлагач не удовољи захтеву за уређење стечајни судија ће донети решење којим ће предлог одбацити. Жалба против тог решења стечајног судије није дозвољена.[24] Прописана садржина предлога за покретање стечаја условљена је чињеницом да он представља иницијални процесни акт у писаном облику којим се тај поступак покреће. На темељу тог акта формира се и појединачни судски предмет у односу на сваког стечајног дужника према коме се поступак стечаја покреће. Зато сваки овлашћени предлагач мора удовољити законом прописаној форми и садржини предлога за покретање стечајног поступка.

Изузетак од наведене обавезе постоји само у случају покретања претходног поступка због дуготрајне неспособности за плаћање. Тај поступак се, сходно одредби члана 150 став 4 Закона о стечају, покреће по службеној дужности доношењем решења стечајног судије у коме се утврђује постојање правног интереса поверилаца за спровођење стечајног поступка. Основ за доношење овог решења је искључиво обавештење организације која спроводи поступак принудне наплате о правним лицима која су обуставила плаћање у непрекидном трајању од најмање годину дана. Такво обавештење се доставља једном месечно, последњег дана у месецу, са пресеком стања на тај дан, свим судовима надлежним за спровођење стечајног поступка за сва правна лица са њиховог подручја.[25] Овакво законско наређење указује да се суду доставља збирно обавештење о свим правним лицима са његове територије која су обуставила плаћање у периоду дужем од годину дана. Сагласно таквом одређењу садржине обавештења произлази да је организација надлежна за спровођење поступка принудне наплате у обавези да означи само пословно име правног лица и период у коме је исто обуставило плаћања. Стога се поставља питање да ли и на који начин суд може ефикасно поступати по таквом обавештењу. Ефикасно поступање суда је условљено начелом хитности стечајног поступка. Оно се, између осталог, остварује и законским наређењем да стечајни судија у року од три дана од достављања предлога за покретање стечајног поступка мора донети решење о покретању претходног поступка стечаја.[26] Из тог разлога, спорно је да ли се и у случају достављања обавештења из члана 150 став 1 Закона о стечају мора удовољити законском наређењу да се у року од

23 Види одредбу члана 56 Закона о стечају.

24 Види одредбу члана 57 ст. 1 и 2 Закона о стечају.

25 Види одредбу члана 150 став 1 Закона о стечају.

26 Види одредбу члана 60 Закона о стечају.

три дана по пријему предлога за покретање стечаја мора донети решење којим се претходни стечајни поступак покреће. Чини се да је одговор на то питање потврдан. Он се темељи у одредби члана 150 став 4 Закона о стечају којом је прописано да се и у случају пријема обавештења од стране организације надлежне за спровођење поступка принудне наплате по службеној дужности мора донети решење о покретању претходног стечајног поступка. Произлази да се достављањем обавештења о правним лицима која су дуготрајно обуставила плаћања замењује предлог за покретање стечајног поступка. Зато би у том случају стечајни судија морао у року од три дана од његовог пријема донети решење о покретању претходног стечајног поступка.

Међутим, поступање стечајног судије у тако кратком року је фактички онемогућено чињеницом да се суду доставља збирно обавештење о свим правним лицима са његове територије која се налазе у стању дуготрајне обуставе плаћања. То је готово немогуће учинити и у знатно дужем року, када се зна да се број таквих правних лица мери хиљадама. Збирно обавештење не може представљати ваљан иницијални процесни акт за завођење у судском именику и уписнику свих правних лица против којих се поступак покреће, нити се на темељу тог акта могу оформити појединачни предмети у односу на свако правно лице које је њиме обухваћено. Штавише, обавештење које се доставља суду не мора садржати ниједан од обавезних елемената које мора имати сваки предлог за покретање стечајног поступка. Због тога се доводи у питање не само ефикасно поступање суда по примљеном обавештењу већ и фактичка могућност поступања суда по истом у циљу удовољења законском наређењу за доношење решења о покретању претходног поступка у року од три дана по његовом пријему.

Мишљења смо да се овај проблем може превазићи само сходном применом одредбе члана 57 став 1 у вези одредбе члана 56 став 2 тачка 1, 3, 4 и 6 Закона о стечајном поступку. То су минимални подаци које мора имати и обавештење о дуготрајној неспособности за плаћање да би суд по истом могао поступати. То значи да би организација која спроводи поступак принудне наплате морала суду доставити појединачно обавештење за свако правно лице које се налази у стању дуготрајне обуставе плаћања у коме ће навести: 1) назив суда коме се предлог подноси; 2) пословно име стечајног дужника са подацима о контакт адреси; 3) списак стечајних и осталих поверилаца са навођењем висине износа њихових потраживања за које је покренут поступак принудне наплате и 4) да приложи и сва расположива документа од значаја за покретање претходног стечајног поступка. У противном, а за случај да је достављено обавештење сачињено као збирни извештај без навођења

побројаних појединачних података, стечајни судија би могао позивом на одредбу члана 57 став 1 Закона о стечају позвати организацију која спроводи поступак принудне наплате да у примереном року достави допунско обавештење са недостајућим подацима од значаја за судско поступање по истом.

Неудовољење том захтеву суда водило би одбацивању неуредног обавештења. Овакав поступак суда има правно утемељење у општим одредбама Закона о стечају, јер њихова примена није искључена одредбама главе X Закона којим је уређен посебан поступак стечаја у случају дуготрајне неспособности за плаћање. Штавише, мишљења смо да обавештење које се доставља суду мора имати и податке који нису изричито прописани одредбом члана 56 Закона о стечају. Они се тичу података о имовини привредног друштва која може представљати расположиву стечајну масу за намирење стечајних поверилаца. Истина, таква обавеза организације која спроводи принудну наплату није изричито прописана законом. Међутим, такав поступак је нужан не само у функцији ефикасног спровођења стечаја већ и спречавању могућег прикривања, уништења и развлачења имовине од времена достављања обавештења суду до датума правноснажности решења о обустави и закључењу стечаја. Уношењем тих података у обавештење суд би благовремено дошао до сазнања о постојању имовине таквих правних лица и потреби предузимања привремених мера за њену заштиту.[27] У противном, када би суд по пријему обавештења по сопственој иницијативи или на предлог заинтересованих поверилаца предузео мере да утврди имовинско стање неактивног правног лица настао би временски вакум који би онемогућио ефикасно поступање на плану заштите њихове имовине.

Јасно је да одсуство ефикасне заштите имовине неактивних привредних субјеката шкоди не само имовинским интересима његових поверилаца већ и друштва у целини. Ноторна је чињеница да се на списку неактивних привредних субјеката налазе бројна привредна друштва са значајном непокретном и покретном имовином. Непредузимање мера за заштиту исте омогућило би разне злоупотребе почев од узурпације до окупације исте, а све на очиглед државних органа који су и по Уставу и по закону обавезни да спрече такве поступке. Зато смо мишљења да се суду благовремено морају предочити сви подаци од значаја за заштиту имовине неактивних привредних субјеката, без обзира да ли ће она послужити за намирење стечајних поверилаца или ће се пренети у својину Републике Србије. То се може ефикасно учинити само у тренутку достављања обавештења суду. Отуда, а због недореченост Законом установљеног налога на страни подносиоца обавештења, сматрамо да се

27 Доношење таквих мера је допуштено у фази претходног поступка на начин и под условима прописаним одредбом члана 62 Закона о стечају.

тај пропуст мора отклонити хитним доношењем одговарајућег подзаконског акта којим ће се ближе уредити извршење обавезе организације за спровођење принудне наплате установљене одредбом члана 150 става 1 Закона о стечају.[28]

Осим обавезног садржаја обавештења које се доставља суду и хитности судског поступања по истом спорно је и да ли се покренути претходни поступак стечаја по том основу мора спровести у законом прописаном року. Овај спор настаје због чињенице да је одредбом члана 67 Закона о стечају прописано да претходни стечајни поступак може трајати најдуже 30 дана од дана подношења предлога за покретање стечајног поступка од стране овлашћеног предлагача. Међутим, одредбом члана 151 Закона о стечају је прописано да стечајни судија решењем о покретању претходног поступка одређује висину предујма трошкова стечаја и рок од 60 дана од дана објављивања тог решења у коме повериоци, или стечајни дужник, могу тражити спровођење стечајног поступка и положити предујам. Из језичког значења ове одредбе јасно произлази да се претходни стечајни поступак покренут због дуготрајне неспособности за плаћање не може окончати пре истека законом прописаног рока за предујам трошкова. Тај рок износи 60 дана, што само по себи указује да и претходни стечајни поступак у том случају мора трајати дуже од максималног рока прописаног правилима општег стечајног поступка. Зато, иако одредбама главе X Закона није искључена примена члана 67, мишљења смо да се рок од 30 дана максималног трајања претходног стечајног поступка не може применити и у случају његовог покретања по основу дуготрајне обуставе плаћања. У прилог том становишту јесте и одредба члана 152 ст. 1 и 3 Закона о стечају. Њоме је прописано да у случају благовремене уплате предујма стечајни судија без одлагања закључује рочиште ради расправљања о постојању стечајног разлога за отварање стечајног поступка. У противном, ако предујам не буде уплаћен у року из члана 151 ст. 1 Закона о стечају судија доноси решење којим се: 1) отвара стечајни поступак; 2) утврђује испуњеност стечајног разлога трајне неспособности плаћања; 3) утврђује да не постоји интерес поверилаца и стечајног дужника за спровођење стечајног поступка и 4) закључује стечајни поступак.[29] Рочиште ради расправљања о постојању стечајног разлога се у редовном току ствари заказује по окончању претходног стечајног поступка, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема предлога за покретање стечаног поступка, што је уједно и најдужи рок трајања претходног стечајног поступка.[30] Међутим, у по-

28 Такав поступак је правно могућ на темељу овлашћења Владе Републике Србије прописаних одредбом члана 123 став 1 тачка 3 Устава.

29 Овакав поступак суда и садржина решења које тим поводом доноси стечајни судија прописан је императивном одредбом члана 153 став 1 Закона о стечају.

30 То је изричито прописано одредбом члана 68 Закона о стечају.

ступку стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање нема места примени овог општег правила стечајног поступка. Оно је искључено управо из разлога што је одредбом члана 152 став 1 Закона о стечају прописано да се у том случају рочиште може заказати тек по извршеној уплати предујма трошкова стечаја који се сходно одредби члана 151 Закона могу уплатити у року од 60 дана од дана објављивања решења о покретању претходног стечајног поступка. Тек по истеку тог рока могуће је донети решење о обустави и закључивању стечаја којим се окончава претходни стечајни поступак у ситуацији када предујам није уплаћен. Из тих разлога се намеће и закључак да у случају стечаја због дуготрајне обуставе плаћања претходни поступак може трајати највише 60 дана од дана објављивања решења о његовом покретању. То даље значи да у том поступку нема места примени општег правила прописаног одредбом члана 67 Закона о стечају, по коме претходни поступак може трајати највише 30 дана од дана подношења предлога за покретање стечаја.

IV Преношење имовине у својину Републике Србије

Неуплатом предујма за трошкове стечајног поступка стичу се законске претпоставке за доношење решења о обустави и закључењу стечаја над привредним друштвом које се налази у стању дуготрајне неспособности за плаћање. У том случају, а сходно императивној одредби члана 154 став 2 Закона о стечају имовина тог стечајног дужника прелази у својину Републике Србије. По том решењу Република Србије је овлашћена и да уместо стечајног дужника ступи у парницу која се води по његовој тужби за наплату потраживања или продају ствари.[31] Преносом имовине стечајног дужника на Републику Србију не дира се у раније стечена права обезбеђења и приоритетног намирења на предметној имовини.[32] Република Србија преузима пренету имовину стечајног дужника без одговорности за његове обавезе према трећим лицима. Са преузетом имовином се управља и располаже у складу са законом којим се уређује управљање и располагање средствима у својини Републике Србије.[33] Овакав пренос имовине стечајног дужника у својину Републике Србије опредељен је законском фикцијом да у случају неуплате предујма не постоји интерес поверилаца и стечајног

31 Види одредбу члана 154 став 3 Закона о стечају.

32 Види одредбу члана 154 став 2 Закона о стечају.

33 То је Закон о средствима у својини Републике Србије (*Службени ɪласник РС*, бр. 53/95, 3/96, 54/96, 32/97, 64/99, 44/99, 101/05), којим се прописује да имовином Републике Србије располаже Влада када се ради о отуђењу исте, односно Дирекција за имовину када се ради о давању на коришћење, односно закупу државне имовине.

дужника за спровођење стечајног поступка.[34] Из тог разлога је одредбом члана 154 став 5 Закона о стечају прописано да у случају подношења предлога заинтересованог лица за деобу накнадно пронађене имовине стечајног дужника над којим је стечајни поступак закључен у складу са одредбом члана 153 Закона да ће стечајни судија предлог одбацити услед непостојања правног интереса.

Следом цитираних законских одредби произлази да се у случају отварања и закључења стечаја над неактивним правним лицима услед њиховог стања дуготрајне неспособности за плаћање врши пренос целокупне активе на Републику Србију. Република Србија, по сили закона, постаје следбеник активе стечајног дужника без обзира на њену вредност и предмет права која се по том основу преносе. Јасно је да предмет пренетих права стечајног дужника на Републику Србију могу представљати одређене покретне и непокретне ствари. То значи да у случају стечаја пољопривредних предузећа предмет преноса може представљати и стока која се налази у својини тог стечајног дужника. Међутим, законом није прописано ко и на који начин утврђује шта представља предмет имовине која се преноси Републици Србији. Штавише, из језичког значења одредбе члана 154 Закона о стечају може се закључити да таква обавеза уопште и не постоји. Отуда се поставља питање ко ће и на темељу којих аката доставити Дирекцији за имовину републике Србије податке за евидентирање пренете имовине Републици Србији као државне својине.[35] У редовном току ствари обавеза достављања тих података лежи на органима, јавним службама и другим организацијама које користе средства у државној својини. У случају стечаја неактивних правних лица ову обавезу није могуће реализовати јер њихова имовина постаје државна својина тек по закључењу стечајног поступка. Из тог разлога Дирекција у тренутку закључења стечаја нема сазнања шта чини и где се физички налази имовина стечајног дужника која се преноси у својину Републике Србије. Податке о пренетој имовини Дирекција не може добити ни од стечајног дужника. Те податке Дирекцији не може доставити ни суд који је донео решење о отварању и закључењу стечаја на основу кога се имовина стечајног дужника преноси у својину Републике Србије. Због тога се може десити да Дирекција реално остане без било каквог сазнања о предметима имовине која се преноси у својину Републике Србије, без обзира што предмет тог преноса могу бити покретне ствари веће вредности или некретнине у својини стечајног дужника. То би могло имати за последицу бесправну окупацију или

34 Види одредбу члана 153 став 1 тачка 3 Закона о стечају.

35 Одредбом члана 10 Закона о средствима у својини Републике Србије прописано је да те податке Дирекцији достављају органи, јавне службе и друге организације које користе средства у државној својини.

отуђење тих ствари од стране лица која су дошла до фактичног поседа на предметима имовине која се преноси у својину Републике Србије. Осим тога, а због одсуства било каквог законског наређења о начину пописа, управљања и примопредаје имовине стечајног дужника од дана достављања обавештења суду о постојању његовог стања дуготрајне обуставе плаћања до доношења решења којим се над њим отвара и закључује поступак стечаја, може доћи и до фактичког уништења имовине веће вредности, или угинућа стоке која се налази у власништву и поседу стечајног дужника. Таква опасност је реална јер од времена подношења обавештења до доношења решења о отварању и закључењу поступка стечаја мора протећи 60 дана. Зато се поставља питање ко ће се у том периоду старати о имовини која ће по сили закона прећи у својину Републике Србије, ако у законом прописаном року нико не уплати предујам трошкова за вођење стечајног поступка.

Мишљења смо да се наведено спорно питање мора разрешити применом одредбе члана 62 Закона о стечају. Том одредбом се конституише овлашћење стечајног судије да по службеној дужности решењем о покретању претходног стечајног поступка може одредити и мере обезбеђења ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника, односно уништења пословне документације, ако постоји опасност да ће стечајни дужник отуђити имовину односно уништити документацију до отварања стечајног поступка. Једна од мера која се у том случају може одредити јесте именовање привременог стечајног управника који ће преузети сва, или део, овлашћења органа стечајног дужника. Стечајни судија мора одредити такву меру обезбеђења увек када по било ком основу дође до сазнања да стечајни дужник располаже одређеном имовином која може послужити за намирење његових поверилаца, или пак прећи у својину Републике Србије. Сматрамо да би такав поступак имао своје пуно оправдање у случају када би обавештење о правним лицима која су дуготрајно обуставила плаћање садржало и податке о њиховој имовини. До тих података може се доћи на основу службене евиденције Агенције за регистрацију привредних субјеката, катастра непокретности, или земљишне књиге. Зато смо мишљења да би организација која спроводи поступак принудне наплате морала да по службеној дужности затражи од тих органа извештај о имовном стању стечајног дужника и да тако добијене податке унесе у обавештење које се доставља суду. Истина, таква обавеза поступања ове организације није изричито прописана постојећим одредбама Закона о стечају. Међутим, то није и правна препрека за предузимање таквих радњи пре достављања обавештења суду. Напротив, то је израз међусобне сарадње државних органа која представља њихову законску обавезу. У сваком случају, ради отклањања сваке недоумице о корисности и обавезности

таквог поступања организације која спроводи поступак принудне наплате то питање би се морало и посебно уредити одговарајућим подзаконским актом. На тај начин би се могао прописати поступак и начин извршења обавезе организације која спроводи поступак принудне наплате установљене одредбом члана 154 став 1 Закона о стечају.

Друго спорно питање о преносу имовине стечајног дужника у својину Републике Србије тиче се момента у коме се тај пренос реализује. Спорно је да ли се пренос имовине стечајног дужника врши на дан достављања обавештења суду о његовој дуготрајној обустави плаћања, или је то моменат доношења решења о отварању и закључењу стечаја, или пак датум правноснажности тог решења. Закон о стечају и по том питању ћути. Одредбом члана 154 став 1 само се прописује да ће се решење о отварању и закључењу стечајног поступка по правноснажности доставити надлежном органу који води регистар привредних субјеката, односно други одговарајући регистар. Истом одредбом је прописано и да тако достављено решење надлежном органу представља основ за брисање стечајног дужника из јавног регистра. Сагласно тој одредби посредно би се могло закључити да у тренутку брисања стечајног дужника из јавног регистра долази и до преноса његове имовине у својину Републике Србије. Међутим, од доношења решења о отварању и закључењу стечаја до правноснажности такве одлуке мора протећи најмање 30 дана.[36] Овај временски период се може и додатно продужити, све до доношења решења другостепеног суда о евентуално изјављеној жалби на то решење од стране стечајног дужника или неког од његових поверилаца. У том случају би настао временски вакум од покретања претходног стечајног поступка до момента отварања и закључења стечаја, односно датума правноснажности тог решења не само у погледу управљања имовином стечајног дужника већ и располагања са истом. Тај проблем би посебно дошао до изражаја у случају када решењем о покретању претходног стечајног поступка није именован привремени стечајни управник. Међутим, исти проблем се исказује и у случају именовања привременог стечајног управника, ако се прихвати становиште да имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије тек са даном правноснажности решења о отварању и закључењу стечаја. И у том случају би настао временски вакум по питању управљања и располагања имовином стечајног дужника у времену од доношења решења о отварању и закључењу стечајног поступка до датума његове правноснажности. То је последица законског наређења да овлашћења привременог стечајног управника престају

36 То је време у коме се сходно одредби члана 153 став 3 Закона о стечају може изјавити жалба на решење о отварању и закључењу стечајног поступка од стране стечајног дужника или његових поверилаца.

доношењем решења о отварању стечајног поступка.[37] Очито је да би и то време представљало стање безвлашћа у односу на имовину стечајног дужника. Зато смо мишљења да се спор о овом питању мора разрешити заузимањем правног става да до преласка имовине стечајног дужника у својину Републике Србије долази у тренутку објављивања решења о отварању и закључењу стечајног поступка на огласној табли суда. Такво становиште има правно утемељење у одредби члана 73 Закона о стечају којом се прописује да правне последице отварања стечајног поступка наступају почетком дана истицања огласа о отварању поступка стечаја на огласној табли суда. Са наступањем правних последица отварања стечаја долази и до преласка права и обавеза органа стечајног дужника на стечајног управника.[38] С тим у вези, мора се имати у виду и законско наређење да правни послови располагања стварима и правима која улазе у стечајну масу који су закључени од стране стечајног дужника после отварања стечаја не производе правна дејства.[39] То су општа законска наређења чија примена није искључена ни у случају спровођења посебног стечајног поступка због дуготрајне обуставе плаћања. Зато се њиховом аналогном применом и у том случају може прихватити правно становиште да је датум истицања решења о отварању и закључењу стечајног поступка на огласној табли суда и дан када се имовина стечајног дужника преноси у својину Републике Србије.

У вези са преносом имовине стечајног дужника у својину Републике Србије посебно је спорно и питање акта на основу кога се тај пренос врши и ко спроводи попис ствари и права која се по том основу преносе. Неспорно је да Република Србија постаје власник активе стечајног дужника по сили закона. Међутим, спорно је да ли за формални пренос и упис државне својине на тој имовини треба донети декларативно решење суда којим ће се таксативно одредити које ствари и права се потом основу преносе у државну својину. Мишљења смо да доношење таквог акта није нужно за сам пренос својине у корист Републике Србије. Законом је одређено да у случају отварања и закључења стечајног поступка због дуготрајне обуставе плаћања сва имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије. То значи да Република Србија по сили закона постаје власник целокупне активе стечајног дужника, без обзира да ли је то и формално правно декларисано посебним решењем суда и да ли су тим решењем суда обухваћене све ствари и права која по том основу

37 Датум престанка овлашћења привременог стечајног управника прописан је императивном одредбом члана 66 став 2 Закона о стечају.

38 Наступање такве правне последице прописано је одредбом члана 74 став 1 Закона о стечају.

39 Одузимање правних дејстава тако закључених правних послова прописано је императивном одредбом члана 74 став 2 Закона о стечају.

постају државна својина. Међутим, упркос томе, сматрамо да је пре уписа државне својине Републике Србије на тако пренетој имовини стечајног дужника и корисно и нужно извршити њен попис. То је немогуће учинити уколико се решењем о покретању претходног стечајног поступка није именовао и привремени стечајни управник. Зато је таква потреба и разлог више у прилог становишта да постојање имовине стечајног дужника увек захтева и именовање привременог стечајног управника. Он се мора одредити јер се само тим поступком може спречити могуће оштећење, уништење или отуђење имовине стечајног дужника од времена покретања претходног стечајног поступка до њеног преузимања од стране Дирекције за имовину Републике Србије као овлашћеног органа за управљање истом. Решењем о именовању привременог стечајног управника то лице би се обавезало да заштити имовину стечајног дужника тако што ће извршити њен попис. Осим тога, а сходно законском наређењу привремени стечајни управник би био у обавези да сачини извештај о економско финансијском стању стечајног дужника и резултатима свог рада у претходном стечајном поступку.[40] Извршени попис имовине стечајног дужника представљао би меру њене заштите, али и доказ о стварима и правима која по закључењу стечајног поступка прелазе у својину Републике Србије. Тај извештај стечајни управник би морао доставити суду, а он би га заједно са решењем о отварању и закључењу стечајног поступка достављао Дирекцији за имовину Републике Србије. Само у том случају Дирекција би имала потпун увид у сва права која по том основу постају државна својина Републике Србије. Тиме би се и у формалном смислу стекли неопходни правни предуслови како за упис пренетих права држави Србији у одговарајућу евиденцију Дирекције, као и њихов упис у катастар непокретности, односно земљишну књигу. У том случају извршени попис имовине која прелази у својини Републике Србије могао би обухватити и податке о парницама које је покренуо стечајни дужник ради намирења његових потраживања или предају ствари према трећим лицима.[41]

V Уређење права запослених

Отварањем и закључењем стечаја над неактивним правним лицима престаје њихов правни субјективитет. Из тог разлога престаје и радни однос свих запослених код стечајног дужника који је по осно-

40 Обавеза таквог поступања привременог стечајног управника конституисана је одредбом члана 66 став 2 и 3 Закона о стечају.

41 На тај начин реализовала би се и одредбом члана 154 став 3 Закона о стечају прописана права Републике Србије да уместо стечајног дужника може ступити у парницу која се води по његовој тужби за наплату потраживања или предају ствари.

ву тог решења брисан из регистра привредних субјеката.[42] Престанак радног односа ствара и одговарајуће обавезе послодавца – стечајног дужника према запосленима. Он је сагласно одредби члана 204 став 4 Закона о раду[43] у обавези да сваком запосленом уредно попуни радну књижицу.[44] Извршење ове обавезе представља и законски предуслов за остварење посебних права лица којима је престао радни однос по основу отварања стечаја. Та права се остварују на начин и под условима прописаним одредбама Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.[45] Сагласно одредбама тог закона незапослено лице има право на новчану накнаду, здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање у складу са законом.[46] Међутим, остварење тих права је условљено предајом уредно попуњене радне књижице. Законом о стечају није прописано ко ће и на који начин извршити ову обавезу, у случају отварања и закључења стечајног поступка због дуготрајне неспособности за плаћање. То питање је посебно спорно у случају када би се овај поступак окончао без именовања привременог стечајног управника. Ово из разлога што са даном истицања решења о отварању и закључењу стечајног поступка на огласној табли суда престају сва овлашћења органа управљања стечајног дужника. Престанком овлашћења тих лица престаје и правна и фактичка могућност да неко од њих изврши обавезу попуњавања радне књижице лицима којима је по основу тог решења престао радни однос код стечајног дужника. Неизвршење ове обавезе имало би за последицу онемогућавање бивших радника стечајног дужника да остваре припадајућа им права по основу незапослености која су им гарантована одредбама Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

И ово спорно питање је последица његове неуређености одредбама главе X Закона о стечају. Међутим, упркос таквој правној празнини мишљења смо да се бившим радницима стечајног дужника не могу ускратити законом гарантована права за случај незапослености због наступања правних последица стечаја. Два су правна пута која би, по нашем мишљењу, могла довести до превазилажења овог проблема. Први је да се решењем о покретању претходног стечајног поступка увек

42 То је последица законског наређења да се затечена запослена лица код стечајног дужника могу задржати у радном односу најдуже до окончања стечајног поступка (види одредбу члана 77 став 3 у вези члана 148 став 7 Закона о стечају).

43 *Службени ῑласник РС*, бр. 24/05, 61/05.

44 Оваква обавеза послодавца је конституисана и одредбом члана 27 став 1 Правилника о радној књижици (*Службени ῑласник РС*, бр. 17/97).

45 *Службени ῑласник РС*, бр. 71/03, 84/04.

46 Види одредбу члана 104 став 1 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

одреди и мера обезбеђења именовањем привременог стечајног управника. У том случају овим решењем привремени стечајни управник би се овластио и да предузме све мере неопходне за остварење свих законом гарантованих права запослених за случај престанка радног односа због отварања стечаја. На темељу тог овлашћења привремени стечајни управник би могао и попунити радне књижице запослених код стечајног дужника са даном истицања решења о отварању и закључењу стечаја на огласној табли суда. Друга је могућност да се запослени обрате стечајном суду са захтевом да им изда примерак правноснажног решења о отварању и закључењу стечаја над стечајним дужником код кога су били у радном односу. У том случају запослени би и без радне књижице могли да се позивом на то решење обрате надлежном органу управе са захтевом да им се изда дупликат радне књижице. Тако издата и попуњена радна књижица представљала би валидан доказ и за остварење њихових права по основу незапослености због наступања правних последица стечаја. Сматрамо да је то једини правно могућ начин да се запосленима омогући остварење тих права. Он је апсолутно допуштен, јер се у одсуству овлашћеног лица које би могло попунити радну књижицу запосленима аналогно применом одредбе члана 30 Правилника о радној књижици таква околност може уподобити њеном губитку. У том случају надлежни орган управе би поступио по одредбама члана 31 цитираног правилника тако што би на захтев запосленог истом издао дупликат уредно попуњене радне књижице.

VI Закључак

Стечај због дуготрајне неспособности за плаћање представља нови институт нашег стечајног права. Он је уређен одредбама чл. 150–154 Закона о стечају. Међутим, уређење овог правног института није до краја целовито изведено. Стога ће у његовој примени у пракси настати бројни проблеми почев од начина покретања овог посебног поступка, трајања претходног поступка стечаја, преласка имовине стечајног дужника на Републику Србију и уређења права бивших радника стечајног дужника.

Мишљења смо да се сва наведена спорна питања могу правно релевантно разрешити само одговарајућим допунама постојећег законског текста тако што би се прописало:

– да се поступак стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање уместо на основу збирног обавештења организације која спроводи поступак принудне наплате може покренути само подношењем њеног појединачног предлога у коме ће се наве-

сти одговарајући подаци о стечајном дужнику, периоду у коме је извршена обустава плаћања и означити имовина која се по евиденцији катастра непокретности, земљишне књиге, или другог државног органа води као својина стечајног дужника;

– да стечајни судија у случају постојања имовине стечајног дужника решењем о покретању претходног поступка може одредити и привременог стечајног управника који ће извршити попис имовине и предузети друге одговарајуће мере за њену заштиту;
– да имовина стечајног дужника прелази у својини Републике Србије даном истицања решења о отварању и закључењу поступка стечаја на огласној табли суда;
– да се пренос имовине формално правно реализује достављањем решења о отварању и закључењу стечаја Дирекцији за имовину републике Србије заједно са извештајем привременог управника о пописаној имовини стечајног дужника која представља предмет преноса у својину Републике Србије;
– да се одреди привремени управник, или друго лице које ће попунити радне књижице бивших радника стечајног дужника и предузети све друге радње неопходне за остварење њихових права по основу незапослености због наступања правних последица стечаја.

Сагласно важећим одредбама Закона о стечају, Закона о удружењима грађана и Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана, које се и даље примењују у односу на спортске организације и удружења, може се закључити да се поступак стечаја због дуготрајне неспособности за плаћање спроводи над свим привредним друштвима и удружењима грађана чије је оснивање, регистрација и престанак правног субјективитета уређено Законом о удружењима. Овај поступак се не може спровести над спортским организацијама, јер је одредбом члана 65 Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана није прописано да ти субјекти не могу престати спровођењем поступка стечаја.

***Dragiša* B. SLIJEPČEVIĆ, PhD**
Judge of the Constitutional Court of Serbia

BANKRUPTCY DUE TO LONG-TERM INABILITY TO PAY

Summary

The subject of this paper is the analysis of the rules of special procedure in the case of long-term inability to pay, provided by the provisions of Chapter X of the Bankruptcy Law. The paper points out the requirements for initiation and completion of the procedure prescribed by Law. In this regard the practical problems that will arise in the implementation of this legal institute are presented. This is in order to find a legal based solutions that will eliminate the legal ambiguities and fill the obvious gaps in the field of legal protection of property interests of creditors of the bankrupt debtor and the turn of its property into the property of Republic of Serbia.

Key words: *bankruptcy, long-term inability to pay.*

Слободан **СПАСИЋ**
Судија Врховног суда Србије

PRE PACK КАО ШАНСА ЗА СРПСКУ ПРИВРЕДУ

Резиме

Институт pre pack или унапред припремљеног плана реорганизације у наше законодавство рецепиран је из америчког Закона о банкротству, где је његова традиција у примени дала изузетно позитивне резултате у правцу економског опоравка привредних субјеката са тешкоћама у пословању, обзиром да се његова једноставност огледа у два параметра као што су ефикасно редефинисање дужничко поверилачких односа посрнулог дужника са његовим повериоцима, те стратешко решавање проблема путем статусних промена. Унапред припремљени план реорганизације захтева минимално трошење временских ресурса, тежи очувању у великој мери персоналног супстрата дужника, путем задржавања запослених на њиховим радним местима и краћим остајањем у стечају, спречавају се незадовољни повериоци да отму контролу над стечајним дужником од њега самог. Унапред припремљени план реорганизације значи у суштини позив да се преговара о плану реорганизације са повериоцима и тражи прихватање тог плана пре подношења пријаве за стечај, а имајући у виду да са повериоцима врло брзо договор може бити постигнут, из стечаја се излази врло брзо. Pre pack је хибрид два метода реорганизације, јер комбинује ниске трошкове вансудског договора са предностима формалне реорганизације. Три разлога су мотивишућа за избор унапред припремљеног плана реорганизације, а то су договор поверилаца, избегавање потпуног престанка делатности и очување пословања. Унапред припремљени план реорганизације је одлично решење када дужник има ограничен број поверилаца, те је на суду да процени да ли је у поступку који је претходио подношењу овог плана дошло до

поштовања свих коегентних норми стечајног закона. Суд се не упушта у процену економске оправданости плана. Међутим, околност да је унапред припремљени план реорганизације усвојен од поверилаца не значи да суд мора да га потврди. Овакав план елиминише потребу за накнадним преговарањем, дужник ће пословати поново и трошкови ће бити нижи него код класичне реорганизације или евентуално банкрота.

Кључне речи: *стечај, повериоци, реорганизација, унапред припремљени план реорганизације.*

I Унапред припремљени план реорганизације према Закону о стечајном поступку

У члану 127 став 2 Закона о стечајном поступку било је прописано да се план реорганизације може поднети истовремено са подношењем предлога за покретање поступка стечаја, под условом да су испуњени и основни услови из овог закона. У члану 129 став 1 Закона о стечајном поступку било је прописано да план реорганизације може да се поднесе и од стране стечајног дужника. То су биле једине законске норме из којих се могло наслутити да се ради о унапред припремљеном плану реорганизације. Међутим, ове норме су правилно тумачене у смислу да прописују само то да када предлог плана реорганизације подноси стечајни дужник исти се подноси искључиво и истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка. У другим ситуацијама и фазама поступка стечајни дужник није могао да поднесе предлог плана реорганизације, будући да је Закон о стечајном поступку у члану 130 став 1 прописао да се план реорганизације подноси најкасније 90 дана од дана покретања (отварања) стечајног поступка, а даном истицања огласа о покретању стечајног поступка на огласну таблу суда на стечајног управника прелази право управљања и заступања стечајног дужника. Стечајни управник је законом овлашћени предлагач плана реорганизације и по логици ствари он може поднети предлог плана реорганизације, само у ситуацији када је претходно именован од стране стечајног већа. Са тог разлога на унапред припремљени план реорганизације нису се могле применити одредбе Закона које су регулисале расправу о плану реорганизације, гласању и усвајању плана, правним последицама усвајања, извршењу плана реорганизације, непоступање по усвојеном плану и обустављању примене плана. Зато *pre pack* није био примењен у судској пракси. Због тога се морало наћи правно утемељење у новом Закону. То је учињено, јер Закон о стечају

детаљно регулише поступак усвајања унапред припремљеног плана реорганизације и његово спровођење.

II Економска основа унапред припремљеног плана реорганизације

Смањење кредитних тржишта у свету и у земљи и очекивање од економиста да ће доћи до још већег обима реструктурирања и стечаја указује на могућност да ће привредни субјекти користити потенцијале унапред припремљеног плана реорганизације да би се олакшало реструктурирање и избегло банкротство.[1] *Pre pack* као концепт је у суштини веома једноставан.[2] *Pre pack* процес је брз,[3] ефикасан[4] и јефтинији метод корпоративне реорганизације.[5] *Pre pack* је испреговаран и прихваћен од стране поверилаца пре подношења предлога за покретање стечајног поступка суду, али је дефинитивно потврђен кад га одобри суд. Суштина је да се код *pre pack* тражи од поверилаца изјашњење и гласање пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Чињеница да је унапред припремљени план поднет суду гарантује добар исход.[6] Насупрот томе, код класичне реорганизације повериоци се усаглашавају након отварања стечајног поступка, што знатније успорава

1 Види *The Bankruptcy Code USA, Chapter XI.*

2 Одредбе Главе XI у америчком стечајном закону које регулишу класичну реорганизацију називају се и „слободан пад", јер нема сигурности сигурног исхода. Такви случајеви трају од 12 до 36 месеци, чак и не успевају да се окончају. За просечно спровођење током 2005. године било је потребно 19,5 месеци до потврде. За разлику од класичне реорганизације *pre packs* се закључује за 90 дана или краће. Све остале предности prepacks су нижу трошкови, јача контрола и очување посла. На основу 1991 студија утврђено је да је временски период који протекне од подношења петиције за улазак у *pre pack* до потврде плана 42 дана до 123 дана у 7 најуспешнијих случајева. Више *National Law Journal Online,* „Prepacks by Rhett G. Campbell, Special to The National Law Journal", March 5, 2007; Stephen H. Case, Mitchell A. Harwood, „Current Issues in Prepackaged Chapter 11 Plans of Reorganization and Using the Federal Declaratory Judgment Act for Instant Reorganizations", *Ann. Surv. Am. L.*, 1992, стр. 79.

3 *Holley Performance Products, Inc., et al., Case No. 08-10256 (Delaware); DJK Residential LLC, et al., Case No. 08-10375 (SDNY); Ziff Davis Media, Inc., et al., Case No. 08-10768 (SDNY); Hilex Poly Co. LLC, et al., Case No. 08-10890 (Delaware); The Wornick Company, et al., Case No. 08-10654 (SD Ohio).*

4 Simeon Djankov, главни економиста за финансије и развој приватног сектора групе Светске банке, *Стечајни режими током финансијске кризе*.

5 *Turnaround Menagment Association Dedicated to Corporate Renewal, Prepacks by Douglas M. Foley, James E. Van Horn (TMA International Headquarters) Aug 27, 2008; Practicing Law Institutes In Brief 28.01.2009, Prepacks.*

6 Последњи актуелни случај ове врсте у САД био је *Crysler*.

процедуру и усвајање и спровођење плана реорганизације.[7] Укратко, *pre pack* смањује време и трошкове у вези са реорганизацијом. Предности *pre packs* су: сигурност успеха, мања вероватноћа погоршања пословања и губљења запослених и већа контрола за дужника. *Pre pack* комбинује најбољи део стечајног права – владавину већине уз релативно ниже трошкове реструктурирања ван суда. Резултат може бити победнички сценарио за све.[8]

Једноставно речено, циљ сваког стечаја у којем се одиграва реорганизација и корпоративно реструктурирање дугова предузећа је да се према плану формулисаном од стране компаније, који се назива план реорганизације, оживи пословање дужника, с тим да тај план мора да се изгласа од стране поверилаца и да га одобри суд. Овај процес, будући да захтева потврду плана од стране суда може трајати месецима или годинама, у зависности од различитих категорија и права поверилаца, сложености и околности стечаја компаније. Типичан *pre pack* је стечај у којем дужник предлаже, преговара и омогућава потврду плана реорганизације од стране свих главних поверилаца пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Када је план испреговаран са повериоцима и обезбеђена њихова сагласност и потврда, дужник тада тражи одобрење од суда за такав план. Овај процес омогућава да се дужник много брже реструктурира. Дакле, *pre pack* може бити примамљивија опција за дужника са крупним и детерминисаним повериоцима. Он омогућава дужнику да задржи већу контролу над процесом стечаја, постизањем договора са повериоцима пре подношења предлога за покретање стечајног поступка укључујући и менаџмент у поступку реструктурирања.

7 *Prepack* се користио и у мексичкој кризи и заживео је и након кризе у Источној Азији, а варијација овог стечаја су и тзв. Лондонска правила.

8 Више: *American Law and Economic Review*, 7 (Spring): 253–83; Oscar Couwenberg, Abe de Jong, „Costs and recovery rates in the Dutch liquidation-based bankruptcy system," *European Journal of Law and Economics*, бр. 26(2)/2008, стр. 105–127; Sergei Davydenko, Franks Julian, „Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K.", *Journal of Finance*, бр. 63/2008, стр. 565–608; Simeon Djankov, Oliver Hart, Caralee McLiesh, Andrei Shleifer, „Debt Enforcement around the World", *Journal of Political Economy*, бр. 116(6)/2008, стр. 1105–1149; Mario Gamboa-Cavazos, Frank Schneider, „Bankruptcy as a Legal Process", Manuscript, Department of Economics, Harvard University, 2006; Xavier Gine, Inessa Love, „Do Reorganization Costs Matter for Efficiency? Evidence from a Bankruptcy Reform in Colombia", World Bank Working Paper, 2008; Oliver Hart, „Different Approaches to Bankruptcy", у: Claessens et al. (eds.), *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, The World Bank, Washington DC., 2008; Joseph Stiglitz, „Bankruptcy Laws: Basic", у: Claessens et al. (eds.), *нав. дело*; Joseph Stiglitz, „Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles", у: Claessens et al. (eds.), *нав. дело*, 2002; The World Bank, *UNCITRAL „Legislative Guide on Insolvency Law"*, June 2004.

Pre pack-ом се штеди време и новац и дужнику и повериоцима. Избегавају се дуготрајни спорови уколико компанија оде у класичну реорганизацију. Мимоилазе се повећани трошкови стечајног поступка. Поступак редефинисања дужничко-поверилачких односа је значајно краћи него код класичне реорганизације.

Pre pack је идеално решење када дужник има ограничен број поверилаца или када има већину економски образованих поверилаца који су спремни на компромис. Суд само процени да ли претходни поступак који је претходио подношењу унапред припремљеног плана реорганизације јесте у складу са Законом о стечају у смислу поштовања когентних процесних норми. Суд се не упушта у економску оправданост и изводљивост плана. Али, околност да је *pre pack* усвојен од поверилаца, не значи да суд у сваком случају мора да га потврди.

III Предности и ризици унапред припремљеног плана реорганизације

Дужник ће изабрати унапред припремљени план реорганизације из више разлога.

Pre pack процес је брз, ефикасан и јефтинији метод у односу на редовну реорганизације.

Основна предност *pre pack* је брзина. Рокови за окончање поступка су знатно краћи него код класичне реорганизације. Дужник се договора са повериоцима пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, а не о поступку пред судом као што је то случај код класичне реорганизације.[9]

Надаље, у поступку по унапред припремљеном плану реорганизације дужник задржава контролу над управљањем и пословањем компаније, а акционари над власништвом привредног друштва. У поступку редовне реорганизације често долази до редукције управљачких права менаџмента и власничких права акционара. Дозвољавајући да дужник држи контролу процеса реструктурирања и одређује ограничења укључивања поверилачких органа и стручњака, *pre packs* значајно смањује количину времена проведеног у реорганизацији.[10] Два су фактора

9 Очигледна је предност то што се за краћи временски период остварују значајне уштеде у времену и новцу. Подношењем унапред припремљеног плана реорганизације дужник може да минимизира трошкове типичне за класичну реорганизацију, као што су припрема месечних извештаја пословања, плаћање накнаде и трошкова које је одобрио суд, а тичу се преговора о условима плана реорганизације са повериоцима, као и други административни и судски трошкови који се могу направити у поступку класичне реорганизације.

10 Дакле, не само да су трошкови администрирања смањени, смањено је погоршавање услова пословања. Трговци, кредитори и инвеститори могу бити вољни да послују

која скраћују временски оквир реструктурирања. Прво, број учесника у преговорима. Ако је мањи број поверилаца лакше се постиже добар *pre pack*. Друго, необезбеђени повериоци су у другачијој позицији од обезбеђених. Необезбеђеним повериоцима је много боље решење да покушају да постигну договор са дужником у поступку преговарања у вези подношења унапред припремљеног плана реорганизације, него да своја необезбеђена потраживања остварују у стечајном поступку.

Pre pack може звучити атрактивно и да има одређене предности и то: да елиминише потребу за накнадом преговарања након отварања поступка стечаја; да се задржи бизнис дужника; представља јефтинију опцију од класичне реорганизације. Али, не могу сви дужници доћи до *pre packa*.

Многе компаније немају сређену финансијско-књиговодствену документацију. Пуно је компанија које имају много поверилаца са различитом врстом и вредношћу потраживања. Треба имати у виду и чињеницу да *pre pack* претпоставља тешке, често и дуготрајне преговоре са већином поверилаца. Могу постојати различите и дивергентне групе поверилаца које имају различите погледе на реструктурирање дужника. Обезбеђени и необезбеђени повериоци са различитим нивоима приоритета и колатерала различитих квалитета у комбинацији са различитим групама поверилаца, синдикатима, купцима и владиним агенцијама – представљају основ за мега стечај. Зато *pre pack* није разлог за администрирање одређеног броја уговора и власничких односа, као и закупа. *Pre pack* се користи само за специфичне дужнике и он захтева строгу координацију.

Постоје разне стратегије да се дође до *pre pack*-а. Компанија преговара о сагласности одређених класа поверилаца на предложени план реорганизације пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. У процесу преговарања дужник може да добије подршку појединих поверилаца да подрже план који се уклапа у одређени оквир. Неки дужници могу да постигну споразум са групама поверилаца. Одређене чињенице и околности и подаци о финансијском стању и невољама дужника могу да утичу да дужник добије довољну моћ над својим повериоцима и исходује да повериоци преговарају о прихватљивом плану реорганизације са дужником. Напротив, ако је дужник оптерећен скупим уговором о закупу, или другим несигурним дуговима, за дужника је у најбољем интересу да преговара са овим повериоцима. Дужник

са дужником, док у поступку класичне реорганизације може доћи до прекида пословања дужника са неким клијентима и пословним партнерима. Наравно, то не може бити недостатак приликом подношења унапред припремљеног плана реорганизације. Дужник самостално бира опције реорганизације свог пословања у смислу који ће уговор остати на снази а који ће се раскинути и слично.

који има доспеле обавезе али је тужени у парничном поступку значајно може утицати на изгласавање плана ако размотри решење за све дугове и вансудске поступке против компаније.

Чак и у случајевима у којима је утврђено да су за дужника потенцијалне користи изгласаног унапред припремљеног плана реорганизације веће него недостаци, одређени разлози морају бити размотрени. Ова обавештења утичу да ће неко од поверилаца покушати да заобиђе напоре да се преговара споразумно у вези плана реорганизације подношењем предлога за покретање стечајног поступка, против дужника. Унапред, најављени *pre pack* може довести до устезања дужникових поверилаца и отежавања кредитних услова или чак они могу сасвим престати да обезбеђују кредит, приморавајући дужника да своје обавезе плати унапред или одмах након испоруке робе или извршењем услуга. Ове врсте промена у кредитном смислу свакако утичу на то да се смањи обртни капитал дужника и погорша његова постојећа финансијска ситуација.

Дужник користећи *pre pack* мора пажљиво осмотрити ризике и проценити да ли може остварити предности које надмашују ефекте које може постићи кроз подношење предлога плана реорганизације након покретања стечајног поступка. Под правим околностима *pre pack* може бити ефикасно средство за дужника за организацију свог пословања у корист компаније и поверилаца.

IV Најзначајнија новина у Закону о стечају – унапред припремљени план реорганизације (*pre pack*)

Претходни Закон о стечајном поступку није познавао *pre packs*, иако је законодавац имао намеру да путем постојећих правних норми уведе овај стечајни институт. Уместо постојања две опције за дужника и повериоце, када је у питању била реорганизација, примењивала се само једна – класична реорганизација.[11]

Како би се креирао још директнији подстицај за дужника да на време сигнализира да постоје проблеми у пословању и покуша да се договори са већинским повериоцима о начину за њихово превазилажење, Закон о стечају је увео институт унапред припремљеног плана реорганизације. Покретање поступка уз унапред припремљени план реорганизације (*pre pack*) подразумева знатно скраћен поступак, који се окончава усвајањем или одбацивањем плана у року од најмање 30 до највише 60 дана. Овај поступак је значајно јефтинији – трошкови су

11 Види: М. Дукић-Мијатовић, *Водич кроз стечајни поступак – Осврт на стечајно законодавство бивших југословенских република*, Нови Сад, 2010, стр. 61–75.

минимални и првенствено се односе на пружање заштитних мера повериоцима.

Pre pack се подноси истовремено са подношењем предлога за покретање стечајеног поступка. *Pre pack* није могуће поднети без предлога за покретање стечајног поступка, нити након подношења предлога за покретање стечајног поступка. Дужник мора да води рачуна када, на који начин и у којој фази поступка ће поднети *pre pack*. У противном ризикује да му стечајни судија одбаци *pre pack* као неблаговремен или као недозвољен. Подношењу унапред припремљеног плана реорганизације треба да претходи преговарање дужника са повериоцима, ради проналажења подршке реструктурирања компаније у правцу редефинисања дужничко-поверилачких односа или правног статуса.[12]

Одредбом члана 156 Закона о стечају прописана је садржина унапред припремљеног плана реорганизације. Оно што је специфично за *pre pack* јесте да закон императивно одређује да унапред припремљени план реорганизације треба да садржи још одређене одредбе, које не садржи класичан план реорганизације.[13]

Одредба о томе да ће повериоци који нису обухваћени планом бити намирени на исти начин и под истим условима као потраживања других поверилаца њихове класе веома је значајна из разлога што спречава злоупотребу дужника и већинских поверилаца или поверилаца који пледирају да буду већински према повериоцима који нису учествовали у фази преговарања, а били су позвани, или пак о повериоцима

12 Одредбом члана 155 став 4 Закона о стечају прописано је да ако се план реорганизације подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка његов назив се мења у унапред припремљен план реорганизације, а садржина и поступак који се на њега примењује одређује се у складу са одредбама овог закона, којима се то питање уређује. То значи, да је закон о стечају предвидео два посебна правна режима за редовну реорганизацију и за унапред припремљену реорганизацију. Нека правила су заједничка за обе врсте реорганизације, а само специфична правила којима се одступа од класичне реорганизације посебно су прописани Законом о стечају.

13 Унапред припремљени план реорганизације садржи одредбе о томе да ће повериоци који нису обухваћени планом бити намирени на исти начин и под истим условима као потраживања других поверилаца њихове класе; потписану изјаву већинских поверилаца сваким планом предвиђене класе да су сагласни са садржином плана и спремни да гласају за његово усвајање; о изјави заступника стечајног дужника о веродостојности података и информација наведених у плану; о подацима о поступку припреме плана (о послатим обавештењима, доступности информација, току преговора); предлогу за именовање стечајног управника и чланова одбора поверилаца (ако су планом предвиђени); ванредном извештају ревизора са стањем пословних књига непосредно пред подношење унапред припремљеног плана реорганизације; прегледу обавеза чије се доспеће очекује у наредних 90 дана од дана сачињавања плана, према динамици пословања, као и предлог намирења тих обавеза.

који нису ни учествовали нити били позвани у фазу преговарања пред подношење *pre pack*-а.

Pre pack који је одобрен од стране суда има правну природу извршне исправе и односи се на све повериоце стечајног дужника и то како на оне који су учествовали у поступку по унапред припремљеном плану реорганизације, тако и на оне повериоце који у том поступку нису учествовали. Због тога је веома важно да сви повериоци буду једнаки и равноправно третирани у поступку реорганизације, јер је то једно од најважнијих начела стечајног поступка које се налази на почетку самог закона. Сваки поверилац унутар сваког исплатног реда, односно унутар сваке класе поверилаца којој припада мора да буде третиран једнако и равноправно са другим повериоцима истог исплатног реда односно исте класе.

Потписана изјава већинских поверилаца сваким планом предвиђене класе да су сагласни са садржином плана и спремни да гласају за његово усвајање је такође изузетно значајна, јер она гарантује веродостојност и истинитост плана реорганизације, као и претходну упознатост повериоца који су учествовали у преговорима који су претходили подношењу унапред предвиђеног плана реорганизације. Без сагласности већинских поверилаца сваким планом предвиђене класе нема ни потврде *pre pack*-а од стране стечајног судије.

Изјава заступника стечајног дужника о веродостојности података и информација наведених у плану је изузетно значајна, будући да заступник стечајног дужника одговара кривично за евентуалну неверодостојност и неаутентичност података и информација наведених у плану који су послужили као основа за прихватање плана од стране поверилаца и суда.

Одредбе о подацима о поступку припреме плана (о послатим обавештењима, доступности информација, току преговора) од значаја су за суд и стечајног судију који би требало да у процедури након подношења плана преиспита валидност и поштовање процедуре од стране учесника у поступку по унапред припремљеном плану реорганизације. Без ових података стечајни судија није у могућности да провери да ли је читав поступак усвајања унапред припремљеног плана од стране поверилаца био у складу са начелима јавности и информисаности самих стечајних поверилаца и у складу са начелом транспарентности читавог стечајног поступка. Кршење овог начела повлачи за собом одбијање стечајног судије да потврди *pre pack*.

Одредбе о предлогу за именовање стечајног управника и чланова одбора поверилаца су нужне ако су ови органи планом предвиђени. Ако у *pre pack*-у нема стечајног управника и чланова одбора поверила-

ца тада по логици ствари ове одредбе неће бити саставни део унапред припремљеног плана реорганизације и њихов изостанак не повлачи за собом никакву правну последицу.

Одредбе о ванредном извештају ревизора са стањем пословних књига непосредно пред подношење унапред припремљеног плана реорганизације служе као гаранција повериоцима и стечајном судији да у преговорима није било злоупотреба и давања лажних финансијских извештаја од стране овлашћених лица код стечајног дужника.[14]

Битно је нагласити да стечајни судија по службеној дужности и по примедби заинтересованог лица може одбацити предлог за покретање стечајног поступка као и предлог унапред припремљеног плана реорганизације под таксативно предвиђеним законским условима. Дакле, стечајни судија било по службеној дужности било по примедби заинтересованог лица поступа на напред предвиђен начин. Правило ће бити да стечајни судија по службеној дужности испитује уредност предлога за покретање стечајног поступка са унапред припремљеним планом реорганизације. Међутим, ако он пропусти ову службену дужност, заинтересовано лице за унапред припремљени план реорганизације или лице које се противи *pre pack*-у може од стечајног судије затражити да одбаци и предлог за покретање стечајног поступка и предлог унапред припремљеног плана реорганизације ако нису испуњени услови предвиђени Законом о стечају.

У тој ситуацији стечајни судија када добије предлог за покретање стечајног поступка и предлог унапред припремљеног плана реорганизације испитује да ли је план реорганизације у складу са законом, да ли су планом обухваћени повериоци који би, да су обухваћени планом, могли да својим гласањем утичу на одлуку о усвајању плана, да ли је план непотпун или неуредан, да ли су испоштоване одредбе овог закона о овлашћеним предлагачима, садржини и року за подношење плана реорганизације, да ли се ти недостаци могу или не могу отклонити или нису отклоњени у року који је он сам одредио и да ли постоји стечајни разлог из члана 11 Закона о стечају. У случају да унапред припремљени план реорганизације садржи отклоњиве недостатке или техничке грешке, стечајни судија може закључком наложити стечајном дужнику да у року од 8 дана изврши потребне исправке. Уколико стечајни дужник у том року не поступи по налогу суда, стечајни судија ће одбацити и предлог за покретање стечајног поступка и предлог унапред припремљеног плана реорганизације. Значи, оба акта, оба предлога, а не само један од њих. Посебно је важно да је стечајни дужник који је једини овлашћени предлагач унапред припремљеног плана реорганизације дужан да уз

14 Члан 158 Закона о стечају.

предлог за покретање стечајног поступка поднесе доказ о постојању неког од стечајних разлога из члана 11 Закона о стечајном поступку. Ту се пре свега мисли на доказ о трајнијој неспособности за плаћање; доказ о презадужености; као и доказ о претпоставци неспособности за плаћање. Без тог доказа стечајни судија не може да утврди постојање стечајног разлога, тако да не може ни да одлучује о предлогу по унапред припремљеном плану реорганизације. Ради се о процесним претпоставкама за даљи поступак. Стога ако оне нису испуњене, као правна последица те околности долази до одбачаја предлога дужника.

Стечајни судија у року од три дана од дана подношења уредног предлога за покретање стечајног поступка са унапред припремљеним планом реорганизације, доноси решење о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације којим заказује рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану на које позива све познате повериоце. Рочиште се одржава у року предвиђеном за окончање претходног поступка који износи 30 дана.

Оглас о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, израђује стечајни судија одмах по доношењу решења о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са напред припремљеним планом реорганизације.[15]

Стечајни судија може наложити подносиоцу предлога да оглас објави и у другим домаћим и међународним средствима информисања.

Претходни поступак траје најмање 30, а највише 45 дана. Стечајни судија може закључком продужити овај рок за највише 15 дана, уколико

15 Оглас се објављује на огласној табли суда и у „Службеном гласнику Републике Србије“, као и у најмање три високотиражна дневна листа која се дистрибуирају на целој територији Републике Србије. Трошкове објављивања огласа као и друге трошкове претходног поступка дужан је да предујми предлагач у износу који одреди суд, а у року од три дана од добијања судског налога. У случају да предлагач не уплати предујам у остављеном року од стране стечајног судије, стечајни судија обуставиће претходни поступак и предлог одбацити. Оглас уз податке из решења о покретању претходног поступка мора да садржи:

1) обавештење повериоцима о томе где и када могу извршити увид у предлог унапред припремљеног плана реорганизације;

2) позив заинтересованим лицима да све примедбе на предлог унапред припремљеног плана реорганизације којим оспоравају садржину унапред припремљеног плана реорганизације, а нарочито основ или висину планом обухваћених потраживања, доставе стечајном дужнику и надлежном суду у року који није краћи од 15 дана од дана објављивања огласа у „Службеном гласнику Републике Србије“. Предлагач плана је у обавези је да одговор на примедбе достави надлежном суду у року од 8 дана од пријема примедбе у суду.

то захтевају разлози сложености пословања и дужничко-поверилачких односа у вези са стечајним дужником или по примедбама или поступању стечајног дужника по налогу суда.

Током претходног поступка, стечајни судија може, на захтев заинтересованог лица или по службеној дужности, именовати привременог стечајног управника или ангажовати друга стручна лица у циљу утврђивања тачности података из унапред припремљеног плана. Привремени стечајни управник обавља послове одређене решењем о његовом именовању. Трошкове ангажовања управника и стручног лица сноси подносилац предлога.

На предлог подносиоца плана стечајни судија у року од 5 дана од дана подношења предлога може одредити забрану извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини стечајног дужника. Против решења о именовању привременог стечајног управника и решења о одређивању забране извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини стечајног дужника није дозвољена жалба.

Током претходног поступка, стечајни судија може заказати рочиште за решавање о захтеву за одређивање мере забране извршења и намирења, за ангажовање привременог стечајног управника, односно за разматрање других питања у вези са унапред припремљеним планом реорганизације.

У случају да нису испуњени услови за отварање стечајног поступка у складу са напред припремљеним планом реорганизације прописани овим законом, стечајни судија одбацује предлог за покретање поступка, а најкасније пет дана пре одржавања рочишта за гласање о унапред припремљеном плану реорганизације.

За потребе гласања о унапред припремљеном плану реорганизације сматра се да су све обавезе стечајног дужника настале пре подношења унапред припремљеног плана реорганизације доспеле на дан одржавања рочишта о гласању за план.

Стечајни судија поступајући по захтеву заинтересованог лица, може извршити процену о висини потраживања за потребе гласања о унапред припремљеном плану реорганизације. Ако се унапред припремљени план реорганизације на рочишту усвоји, стечајни судија ће решењем истовремено отворити стечајни поступак, потврдити усвајање унапред припремљеног плана реорганизације и обуставити стечајни поступак.

Ако се на рочишту не усвоји унапред припремљени план реорганизације стечајни судија решењем одбија предлог за покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације.

Ако је подносилац плана исходовао меру забране извршења довођењем стечајног судије у заблуду тако што је приказао нетачне по-

датке о својим дуговањима, односно пропустио да наведе податке од значаја за одлуку суда, подносилац предлога је у обавези да накнади штету која је повериоцима проузрокована таквом забраном.

Трошкове сачињавања и подношења унапред припремљеног плана реорганизације сноси предлагач плана реорганизације.

Обавезе настале од дана подношења унапред припремљеног плана реорганизације до дана одржавања рочишта за одлучивање о предлогу, у случају усвајања плана сматрају се трошком стечајног поступка, ако планом реорганизације није другачије предвиђено.

Министар економије и регионалног развоја ближе прописује начин спровођења реорганизације по унапред припремљеном плану реорганизације и садржину плана.

У поступку унапред припремљеног плана реорганизације нема пријављивања ни испитивања потраживања, будући да је он заснован на сагласности и подршци већинских поверилаца. Ипак, као што је напред наведено Закон о стечају је увео низ одредаба којима је циљ да се што јасније утврде и потврде подаци из самог плана, као и да се пруже одговарајућа обезбеђења свим повериоцима.

По правноснажности решења којим се потврђује усвајање плана реорганизације и стечајни поступак обуставља, сва потраживања настала пре отварања стечаја дефинисана су искључиво усвојеним планом, и субјект реорганизације наставља да послује у редовном правном и привредном окружењу. Обавезе које настају након усвајања плана немају приоритетни статус, а усвојени план не може се мењати. Повериоцима стоје на располагању редовни начини намирења ван стечаја, укључујући и извршни поступак.

Међутим, према одредбама закона непоступање по плану реорганизације представља додатни стечајни разлог. Повериоци обухваћени усвојеним планом могу поднети предлог за покретање стечајног поступка у случају да је *pre pack* издејствован на преваран или незаконит начин или ако стечајни дужник не поступа по плану или поступа супротно плану реорганизације, под условима да се тиме битно угрожава спровођење плана реорганизације. Битним угрожавањем плана сматра се поступање које је довело до негативног одражавања на новчане токове, онемогућавање субјекта реорганизације у обављању пословне делатности или значајног угрожавања интереса једне или више класа поверилаца.[16]

16 Ако је унапред припремљеним планом реорганизације обухваћено непостојеће потраживање или потраживање у износу који је већи од стварно постојећег потраживања, стечајни дужник, повериоци обухваћени усвојеним планом, као и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања плана, а који нису обухваћени планом, могу у року од годину дана од дана доношења решења о

V Закључне напомене

Унапред припремљени план реорганизације и поступак стечаја по предлогу за покретање стечајног поступка уз унапред припремљени план реорганизације представљају изузетно ефикасно и моћно средство које стоји на располагању компанијама које се нађу у финансијским проблемима у циљу економског опоравка путем редефинисања дужничко поверилачких односа са својим повериоцима и путем статусних промена. Ради се о економском инструменту коме треба да прибегну све компаније које могу да наставе свој бизнис и пословање и да очувају радна места запослених те правни субјективитет привредног друштва. Потребно је само мало добре воље од стране већинских поверилаца и поверења у дужника. Поступак по унапред припремљеном плану реорганизације је бржи, јефтинији, ефикаснији и правно – економски много повољнији за дужника и за повериоце него када би се радило о класичној реорганизацији, или у крајњем случају банкротству. Закон о стечају је својим инструментима и својим правним нормама спречио злоупотребу како процесно-правних тако и материјално-правних норми у вези са *pre pack*-ом. Сматрамо да је Србија добила солидан одговор у борби против економске кризе која је захватила и њену привреду. Да ли ће се *pre pack* у судској пракси чешће употребљавати остаје нам да видимо и да се уверимо у делотворност овог стечајног института.

Slobodan **SPASIĆ**
Judge of the Supreme Court of Serbia

PRE PACKS AS A CHANCE OF SERBIAN ECONOMY

Summary

Institute of pre pack or pre-packaged plan of reorganization in our legislation was taken from the U.S. Bankruptcy law. With its tradition in the application it gave very positive results in the direction of the economic recovery of businesses with difficulties in business, as its simplicity is reflected in two pa-

потврђивању усвајања унапред припремљеног плана реорганизације тужбом, противтужбом или истицањем приговора у парници оспорити такво потраживање. На предузимање радње оспоравања потраживања из унапред припремљеног плана реорганизације и дејство таквог оспоравања сходно се примењују одредбе Закона о стечају о предузимању радњи побијања и дејству побијања.

rameters such as effective redefinition of debt and creditors crumbling relationship with his creditors, debtors, and strategic problem solving through statutory changes.

Pre-packaged plan of reorganization requires a minimum expenditure of time resources, conservation tends to largely personal substrate of the debtor, through the retention of employees at their working places and shorter staying out of bankruptcy, preventing the dissatisfied creditors to take away control of the insolvency of the debtor himself. Pre-packaged plan of reorganization means in essence an invitation to negotiate a reorganization plan with creditors and seek acceptance of the plan before filing for bankruptcy, and given that agreement with the creditors can be reached very soon. Pre pack is a hybrid of two methods of reorganization, because it combines low cost of extra-judicial agreement with the benefits of formal reorganization.Three motivating reasons for the selection of pre-packaged plan of reorganization are the agreement of creditors to avoid a complete cessation of activity and the preservation of bussiness. Pre-packaged plan of reorganization is a great solution when the debtor has a limited number of creditors and the court has to assess whether in the process that preceded the filing of the plan all kogentnih norms of the bankruptcy laws were respected. The court does not engage in the assessment of economic feasibility plan. But, the fact that the pre-packaged plan of reorganization is approved by creditors does not mean that the court has to confirm it. This plan eliminates the need for subsequent negotiations, the debtor will operate again and the cost will be lower than the classical reorganization or possibly bankruptcy.

Key words: *bankruptcy, creditors, reorganization, pre-packaged plan of reorganization.*

др *Дара* МИЛЕНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

СТЕЧАЈНИ УПРАВНИК

Резиме

Обавезни орīани сшечајноī йосшуйка јесу: сшечајни судија, сшечајни уйравник, скуйшшина йоверилаца и одбор йоверилаца. Сшечајни уйравник је најзначајнији орīан сшечајноī йосшуйка, али и ценшрална личносш у йосшуйку. Он је исшовремено и орīан сшечајноī дужника и орīан сшечајноī йосшуйка. Приликом ушврђивања йравне йрироде инсшишуша сшечајноī уйравника шреба имаши у виду две йравно релевашне чињенице. Прва, начин на који се именује и друīа, њеīове функције.

Сшечајноī уйравника именује сшечајни судија решењем о ошварању сшечајноī йосшуйка. Приликом именовања сшечајни судија насшуйа йо службеној дужносши и није везан евеншуалним йредлоīом некоī од учесника у сшечајном йосшуйку. Сшечајни уйравник има различише функције у сшечајном йосшуйку. На њеīа су, ради осшварења одређених функција, йренеша, уз одређена оīраничења и у складу са йошребама сшечајноī йосшуйка, различиша йрава и дужносши, која йроизлазе из конкрешне функције.

Имајући у виду делокруī йослова сшечајноī уйравника, може се закључиши да су они разноврсни, да се йредузимају у самом сшечајном йосшуйку и изван њеīа и да се моīу īруйисаши у више целина: (1) уйрављање сшечајним дужником; (2) уйрављање сшечајном масом; (3) засшуйање сшечајноī дужника.

Кључне речи: *сшечај, сшечајни дужник, сшечајни уйравник, делокруī йослова, одīоворносш уйравника.*

I Уводна разматрања

Стечајни поступак покреће се и води пред надлежним судом, код кога се формирају органи стечајног поступка. Они врше одрговарајуће стечајне радње, доносе одлуке из своје законом установљене надлежности (делокруга послова) и на тај начин утичу на ток стечајног поступка.

У нашем стечајном праву обавезни органи стечајног поступка јесу: стечајни судија, стечајни управник, скупштина поверилаца и одбор поверилаца.[1] Међутим, у стечајним поступцима над банкама и друштвима за осигурање, надлежности и овлашћења стечајног судије из Закона о стечају врши стечајно веће, у складу са одредбама закона којим се уређује стечај и ликвидација банака и друштава за осигурање, осим ако је тим законом другачије прописано.[2]

Може се приметити, да је према новом Закону о стечају из 2009. године једини судски, судијски орган стечајног поступка стечајни судија, јер се не образује стечајно веће. Стечајни судија је орган стечајног поступка при надлежном суду, који обједињује у својој функцији надлежности и стечајног већа и стечајног судије. То је, поред осталог, последица реалности изазване обимом посла и недовољним бројем судија привредних судова, начела економичности и хитности стечајног поступка, као и искуства земаља са развијеном тржишном привредом. Циљ смањења органа стечајног поступка (конкретно непостојање стечајног већа, као органа који врши правосудну функцију управљања стечајним поступком) јесте установљавање стварног, а не формалног учествовања у стечајном поступку. Тако је стечајни поступак рационализован, учињен ефикаснијим, уз остварење начела хитности, јер поступак води стечајни судија чији је то основни и једини посао. Томе у прилог иде и досадашња пракса привредних судова на основу које се може закључити да истовремено учешће у стечајном поступку стечајног већа и стечајног судије не представља гаранцију веће ефикасности у заштити интереса стечајних поверилаца и стечајног дужника, па ни саме законитости вођења тог поступка. Стечајно веће чине председник и два члана који су судије привредног суда. Статус судије професионалца има и стечајни судија. Међутим, упркос оваквој бројности судија професионалаца који су по закону учествовали у поступку стечаја, то није доприносило његовој законитости и ефикасности. Напротив, често се дешавало да су чланови већа само формално учествовали у поступку стечаја. То је било правило у судовима који због малог броја судија нису

1 Закон о стечају (*Службени ɪласник Р. Србије*, бр. 104/2009), чл. 17.

2 Закон о стечају, чл. 209.

били у могућности да формирају посебна стечајна већа. У том случају је цео поступак стварно водио и у њему учествовао само председник већа који је био задужен са предметом, док се улога чланова већа сводила само на задовољење законом прописане форме о саставу стечајног већа. На исти начин у пракси је обављао дужност стечајни судија. Он је био законом овлашћен да надзире и контролише рад стечајног управника, али није био и задужен са самим предметом стечаја. Зато се и његова улога најчешће сводила на формална потписивања унапред припремљених одлука од стране председника стечајног већа, односно стечајног управника.[3]

Зависно од улоге коју имају у стечајном поступку, стечајни органи се деле на судске, поверилачке и дужничке.

Судски орган је стечајни судија.

Поверилачки органи су скупштина и одбор поверилаца.

Орган дужника је стечајни управник, кога именује стечајни судија. У правној теорији преовлађује схватање према коме је, с обзиром на функције које има, стечајни управник истовремено и орган стечајног дужника, орган стечајне масе и орган суда.[4]

Да закључимо: органи поверилачке аутономије штите интересе поверилаца; интересе дужника штити стечајни управник, али он мора да води рачуна и о интересима поверилаца – нарочито када је у питању управљање дужниковом имовином, предузимање неопходних мера за одржавање и заштиту те имовине, њено уновчавање; док стечајни судија као судски орган пресуђује у стечајном поступку.

Предмет наше пажње у даљем раду ће бити стечајни управник – централна личност у стечајном поступку и питања која се тичу правне природе, именовања, функције, права и дужности и одговорности стечајног управника.

II Појам стечајног управника

Стечајни управник је субјект стечајног поступка, који је познат и у упоредном стечајном праву. Међутим, у стечајним правним системима постоје одређене разлике у вези начина његовог одређивања његових права и обавеза и др. Тако, на пример, у прописима Европске

3 Д. Слијепчевић, „Стечајни поступак у светлу садашњих и могућих законских решења“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 586–602.

4 М. Васиљевић, *Комерцијално право*, Београд, 2007, стр. 599; И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1996, стр. 181; М. Мићовић, „Дужник као учесник стечајног поступка“, *Правни живот*, бр. 11/1998, стр. 349.

уније стечајни управник се назива ликвидатор („*Liquidator*“), а дефинисан је „као свако лице или тело“ чија је функција да администрира (управља) или ликвидира имовину које је дужник лишен или да надгледа администрацију (управљање) његових послова.[5] Стечајни управник је најзначајнији орган стечајног поступка. Томе у прилог говори његов правни положај, улога и делокруг послова у стечајном поступку. Он је стручни орган, али и централна личност у стечајном поступку, јер од његове стручности, способности и савесности у великој мери зависи и успех самог поступка. Његове личне особине и морални квалитети (поузданост, тачност, прецизност, поштење, правичности и др.) посебно су значајни за спровођење стечајног поступка.[6]

Стечајни управник има различите улоге у стечајном поступку, јер заузима место бивших органа стечајног дужника. Даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и та праве прелазе на стечајног управника. Даном отварања стечајног поступка стечајни управник преузима у државину целокупну имовину која узлази у стечајну масу и њоме управља и располаже ради заштите интереса стечајних поверилаца. Правни посао располагања стварима и правима која улазе у стечајну масу, који је стечајни дужник закључио после отварања стечајног поступка не производи правно дејство, осим у случају располагања за која важе општа правила поуздања у јавне књиге, а друга страна има право да захтева враћање противчинидбе из стечајне масе као стечајни поверилац. Пуномоћја која је дао стречајни дужник, а која се односе на имовину која улази у стечајну масу, престају отварањем стечајног поступка. Стечајни управник води послове и заступа стечајног дужника, осим ако је Законом другачије одређено.

Нацртом Закона о стечају (који је ушао у скупштинску процедуру) било је предвиђено да стечајни управник врши дужност као предузетник или као члан ортачког или командитног друштва које је регистровано за обављање делатости стечајног управника, осим у случају специјализоване организације основане посебним прописом. Он не може бити у радном односу, осим ако је запослен код предузетника или ортачког, односно командитног друштва које је регистровано за обављање делатности стечајног управника.[7] Ова правила нису нашла своје место у Закону о стечају. Међутим, одредбом члана 25 става 4 овог

5 Уредба ЕС, бр. 1346/2000 од 29. маја 2000., о поступку инсолвенције.

6 Г. Станковић, Н. Петрушић, „Стечајни управник као субјект стечајног поступка“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 625.

7 Нацрт Закона о стечају, чл. 19 ст. 2 и 3.

Закона предвиђено је, да у именик активних стечајних управника не може бити уписано лице које је у радном односу, осим ако је запослено код предузетника или ортачког односно командитног друштва.[8] Поред тога, један од услова за стицање статуса активног стечајног управника јесте његова регистрација као предузетника или члана друштва лица. Сматрамо да ради целовитости, конзистентности и прегледности текста наведене одредбе из Нацрта требале су да остану и у Закону о стечају. Стечајни управник, као и лица која обављају послове стечајног управника у име организације која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника, имају статус службеног лица у смислу одредаба Кривичног законика којима се регулише положај службеног лица.[9]

III Правна природа стечајног управника

О правној природи стечајног управника у правној теорији постоје различита схватања.

Према теорији заступања, стечајни управник је орган стечајног дужника, тј. његов заступник. У оквиру овог схватања постоје две варијанте. Према једној стечајни управник је законски заступник стечајног дужника, док је према другој заступник стечајне масе.[10]

Према публицистичкој теорији, стечајни управник је орган стечајног суда, јер га као носиоца јавноправних овлашћења именује суд својим решењем.[11]

Према мешовитој теорији, стечајни управник је истовремено и орган стечајног дужника и орган стечајног поступка. Предузећу које је пало у стечај неопходан је неко ко ће га заступати и управљати његовим радом, јер ће оно имати својство правног лица, све до окончања стечајног поступка. С друге стране, он је орган стечајног поступка, дакле, судски орган. Њега именује стечајни суд, контролише га, одговара му за свој рад и понашање.[12]

Положај стечајног управника као органа стечајног поступка нарочито долази до изражаја кад се намерава стечајни поступак водити у

8 Закон о стечају, чл. 25 ст. 4.

9 Закон о стечају, чл. 19 ст. 2.

10 М. Мићовић, *нав. чланак*, стр. 349.

11 В. Чоловић, „Стечајни испит као услов за именовање стечајног управника (у стечајном законодавству Републике Српске)“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 675.

12 И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 181; М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, стр. 365.

правцу санације стечајног дужника његовом реорганизацијом, на основу предложеног и одобреног плана реорганизације. Стечајни управник има право да предложи и да поднесе текст плана реорганизације стечајног дужника. Он то чини под надзором стечајног судије и одбора поверилаца, којима подноси извештаје о свом раду. На тај начин он штити интересе стечајног дужника и стечајних поверилаца. Оваква улога стечајног управника чини га специфичним органом стечајног поступка, по чему се разликује од класичног положаја тога стечајног органа. Зато има основа да се говори о стечајном управнику као органу стечајног суда у стечајном поступку, стечајног дужника, стечајне масе, јер је он у функцији свих тих субјеката.[13] Приликом утврђивања правне природе института стечајног управника треба, дакле, имати у виду две правно релевантне чињенице. Прва, функције стечајног управника у стечајном поступку. Друга, начин на који се он именује.

IV Именовање и разрешење стечајног управника

Стечајног управника именује стечајни судија решењем о отварању стечајног поступка. У томе стечајни судија наступа по службеној дужности и није везан евентуалним предлогом неког од учесника у стечајном поступку.[14] У претходном стечајном поступку, привремени стечајни управник се именује решењем стечајног судије о покретању претходног стечајног поступка, ако је стечајни судија по службеној дужности или на захтев подносиоца предлога за покретање стечајног поступка, одредио мере обезбеђења ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника, односно уништавања пословне документације, ако постоји опасност да ће стечајни дужник отуђити имовину, односно уништити документацију до отварања стечајног поступка.[15]

У поступку спровођења стечаја над правним лицем које је у већинској државној или друштвеној својини, као и у случају када се током стечајног поступка промени власничка стуктура стечајног дужника тако да он постане правно лице у већинској државној својини, за стечајног управника стечајни судија ће именовати организацију која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника. Та организација мора имати запослена лица која имају лиценцу за обављање послова стечајног управника.

За стечајног управника може бити именовано лице које испуњава законом утврђене услове. Ти услови могу бити материјалноправне и

13 М. Велимировић, „Стечајни управник“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 1018.

14 *Ibidem*.

15 Закон о стечају, чл. 62.

формалноправне природе. Материјалоправни услови за именовање стечајног управника јесу: 1) да то лице има стечену високу стручну спрему; 2) да има положени стручни испит за стечајног управника; 3) да има одговарајуће радно искуство које га квалификује за вршење функције стечајног управника. Формалноправни услов за именовање неког лица за стечајног управника јесте да се име тог лица налази у именику стечајних управника и да је добило лиценцу за вршење те функције.

У нашем стечајном праву је предвиђено, да се у именик стечајних управника као активни стечајни управници уписују лица која су, осим лиценце за обављање послова стечајног управника, доставила доказ о постојању обавезног осигурања од професионалне одговорности за текућу годину и која су се регистровала као предузетници или су чланови друштва лица.[16]

Етички услов за именовање неког лица за стечајног управника у нашем Закону о стечају је одређен начелно. То лице треба да је достојно поверења за обављање послова стечајног управника.[17] Етички услови утврђују се националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом пословне етике. Кодекс судијске етике садржи следеће каноне: буди независан; буди праведан; буди храбар; буди доличан; буди неподмитљив; буди посвећен (своме послу); буди аполитичан; буди одан кодексу.[18]

Избор стечајног управника врши се методом случајног одабира са листе активних стечајних управника за подручје надлежног суда, коју суду доставља организација надлежна за вођење именика стечајних управника (у даљем тексту: овлашћена организација). Само изузетно, избор стечајног управника може се вршити одабиром са листе активних стечајних управника за територију Републике Србије, ако делатност стечајног дужника, сложеност случаја или потреба за специфичним искуством стечајног управника то захтева.

Законом су утврђени услови и начин разрешења стечајног управника.[19] Стечајни судија по службеној дужности или на предлог одбора поверилаца разрешава стечајног управника, ако утврди да је испуњен неки од законом утврђених услова за разрешење (на пример, не испуњава своје обавезе, не поштује законом прописане рокове, поступа пристрасно у односу на поједине повериоце, није осигурао имовину за случај наступања штете после два упозорења стечајног судије или одбора поверилаца итд.). Пре доношења одлуке о разрешењу, стечајни

16 Закон о стечају, чл. 25 ст. 3.

17 Закон о стечају, чл. 23 ст. 2 т. 6.

18 М. Велимировић, *нав. чланак*, стр. 1019.

19 Закон о стечају, чл. 32.

судија ће омогућити стечајном управнику да се изјасни о разлозима за разрешење. Стечајни судија по службеној дужности разрешава стечајног управника ако је избрисан из именика стечајних управника, као и у другим случајевима прописаним Законом о стечају.

Стечајни управник се може разрешити и на лични захтев, ако не постоје законом установљени услови за разрешење.

Од именовања се разликује избор стечајног управника. Законом је предвиђено да на предлог одбора поверилаца за разрешење и истовремено именовање новог стечајног управника, за који се изјаснило најмање три четвртине чланова одбора, стечајни судија разрешава стечајног управника и када не постоје законом прописани разлози за разрешење и истим решењем именује предложеног стечајног управника, осим у случају када је за стечајног управника именована организација која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника.[20]

V Дужности стечајног управника

Стечајни управник има различите функције у стечајном поступку. На њега су, ради остварења одређених функција, пренета, уз одређена ограничења и у складу са потребама стечајног поступка, различита права и дужности, која произлазе из конкретне функције.

Стечајни управник је првенствено законски заступник стечајног дужника. Даном отварања стечајног поступка на стечајног управника прелазе управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника. Појам управљања дужником треба схватити у најширем смислу, јер се свака радња стечајног управника може сматрати управљањем дужником.[21]

Стечајни управник предузима све потребне мере у циљу утврђивања, очувања и заштите имовине стечајног дужника, стара се о остваривању потраживања дужника, предузима мере у циљу заштите интереса поверилаца, организује уновчавање имовине стечајног дужника, чување и деобу стечајне масе, исплату потраживања, коришћење правних средстава. Поред својих основних функција, стечајни управник може да стекне и друга права и дужности у стечајном поступку или у неком другом поступку (подизање тужбе за побијање правних радњи дужника, улога странке *ad hoc* у случајевима када се одлучује о његовим правима – праву на накнаду и праву на награду). Он може имати улогу помоћног органа у стечајном поступку, када врши одређене послове судске управе у спровођењу поступка.

20 Закон о стечају, чл. 32 ст. 2.

21 М. Велимировић, *нав. чланак*, стр. 1022.

Имајући у виду делокруг послова стечајног управника, може се закључити да су они разноврсни, да се предузимају у самом стечајном поступку и изван њега и да се могу груписати у више целина: 1) управљање стечајним дужником; 2) управљање стечајном масом; 3) заступање стечајног дужника.

1. Управљање стечајним дужником

Губитком пословне способности стечајног дужника, њим управља стечајни управник. Он врши све послове бивших органа или чланова, односно акционара, али увећане за његове дужности из стечајног поступка. Управљање стечајним дужником треба схватити у најширем смислу.

Вршењем функције управљања стечајним дужником, стечајни управник је дужан да обезбеди његово функционисање. Функционисање стечајног управника подразумева окончање започетих и неизвршених послова, закључивање послова који су неопходни да би се спречило наступање штете на средствима дужника и текућих послова, али и старање о остваривању дужникових потраживања.

У вршењу функције управљања стечајним дужником, када је реч о питањима од изузетног значаја, стечајни управник је дужан да о томе обавештава стечајног судију и да тражи сагласност одбора поверилаца о решавању таквих питања. Тако, радње које предузима стечајни управник, а које значајније утичу на стечајну масу (као што је узимање кредита или зајма, набавка опреме веће вредности и друге сличне радње), могу се предузети уз обавештавање стечајног судије и уз добијање сагласности одбора поверилаца.

Пошто је план реорганизације посебни пословноправни аранжман са повериоцима у циљу спашавања стечајног дужника, то је функција управљања стечајним дужником посебно значајна у поступку његове санације. Стечајни управник, уз помоћ одбора поверилаца, има право да предложи реорганизацију инсолвентног дужника. Ако се планом реорганизације предвиђа вршење надзора над његовим спровођењем, то је у надлежности стечајног управника.

Стечајни управник, уз сагласност стечајног судије, дужан је да предузме одређене радње ради остваривања права запослених (нпр. одређује зараду и остала примања запослених). Ради вођења стечајног поступка, он има право да запошљава нова лица.

2. Управљање стечајном масом

Управљање стечајном масом садржи неколико сегмената чији је заједнички именитељ заштита стечајног дужника, али истовремено и за-

штита стечајних поверилаца. Стечајни управник формира стечајну масу, одржава је и штити, уновчава и дели стечајним повериоцима. Једном речју, управљање стечајном масом обухвата дужности стечајног управника у циљу утврђивања, очувања и заштите дужникове имовине.

Приликом остваривања функције управљања стечајном масом, стечајни управник то чини самостално, али уз одговарајућа ограничења. Због тога се може рећи да је то ограничено управљање, јер то чини орган стечајног поступка и под надзором других органа тога поступка. У нашем праву то се чини под надзором стечајног судије и одбора поверилаца. Стечајном управнику је за неке послове довољно само да обавести стечајног судију или одбор поверилаца; за неке послове је потребно да консултује одбор поверилаца или суд о намераваној радњи; за правне радње од посебног значаја потребно је претходно обезбедити сагласност одбора поверилаца.[22]

Стечајни управник је дужан да подноси стечајном судији и одбору поверилаца редовни писмени извештај о току стечајног поступка и о стању стечајне масе.[23]

3. Заступање стечајног дужника

Отварањем стечајног поступка престаје пословна способност стечајног дужника и ограничава се његова правна способност. То значи да је он субјект у праву све до доношења решења о закључењу стечајног поступка и његовог брисања из регистра привредних субјеката. Законски заступник стечајног дужника је стечајни управник. Он преузима у државину и целокупну имовину која улази у стечајну масу и њоме управља, без учешћа ранијих актера пословних односа.

По свом садржају, заступничка функција стечајног управника састоји се из материјалноправних и процесноправних права и дужности.

Материјалноправни садржај права и дужности заступања стечајног управника састоји се из следећих његових овлашћења. Прво, налог који је издао стечајни дужник губи дејство даном отварања стечајног поступка, ако стечајни управник не одлучи другачије. Друго, понуде учињене стечајном дужнику или понуде које је учинио стечајни дужник које нису прихваћене до дана отварања стечајног поступка престају да важе даном отварања стечајног поступка, ако стечајни управник не одлучи другачије. Треће, стечајни управник има право избора са ли ће се уговор одржати на снази или ће га једнострано раскинути због наступања промењених околности (клаузула *rebus sic stantibus*). Четврто,

22 М. Велимировић, *нав. чланак*.

23 Закон о стечају, чл. 27 ст. 1 т. 8.

он одлучује о закључивању нових уговора за завршавање започетих послова и за обављање текућег пословања, ради спречавања наступања штете на имовини стечајног дужника. Тако, стечајни управник може узети кредит или зајам, без обезбеђења или уз обезбеђење на имовини која чини стечајну масу, у складу са Законом о стечају. Кредит или дуг (зајам) сматра се трошком стечајног поступка.

Процесноправни садржај права и дужности заступања стечајног дужника састоји се из следећих овлашћења стечајног управника. Прво, саставља план тока стечајног поступка са предрачуном трошкова и временским планом. Друго, саставља почетни стечајни биланс, као и порески биланс са стањем на дан отварања и на дан окончања стечајног поступка у складу са пореским прописима. Треће, у сагласности са стечајним судијом утврђује висину и основаност и приоритет пријављених потраживања, као и свих обезбеђења тих потраживања. Четврто, стара се о реализацији потраживања и уновчењу ствари дужника које улазе у стречајну масу. Пето, саставља нацрт решења за главну деобу стечајне масе и нацрт завршног рачуна. Шесто, парнични поступак у којем је стечајни дужник тужилац наставља се када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је исти преузео. Седмо, управни поступак покренут на захтев стечајног дужника наставља се када стечајни управник обавести надлежни орган да је преузео поступак. Осмо, стечајни управник утврђује основаност, обим и исплатни ред сваког потраживања и о томе сачињава листу признатих и оспорених потраживања. Девето, стечајни управник може побијати правне послове и друге правне радње стечајног дужника. Десето, по доношењу решења о банкротству стечајног судије, стечајни управник започиње и спроводи продају целокупне имовине, имовинске целине или дела имовине из стечајне масе стечајног дужника. Једанаесто, на предлог стечајног управника главна деоба се може извршити и пре правоснажности решења, уз претходну резервацију средстава потребних за остваривање права подносилаца жалбе. Дванаесто, на предлог стечајног управника спроводи се поступак накнаде деобе итд.

Стечајни управник може по потреби да консултује одбор поверилаца или стечајног судију о питањима везаним за стечајни поступак.

Послове из свог делокруга стечајни управник обавља самостално и са пажњом доброг стручњака, а у складу са Законом о стечају, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике. У вршењу својих послова, он може да ангажује стручна страна или домаћа правна или физичка лица, уз сагласност стечајног судије. Над радом ангажованих лица надзор врши стечајни управник.

Стечајни управник именован у претходном стечајном поступку врши послове одређене решењем о његовом именовању.

VI Стручни надзор

На основу напред наведеног, може се закључити да је стечајни управник значајан орган, од чије стручности, способности и савесности у значајној мери зависи успех самог стечајног поступка. Због тога је новим Законом о стечају из 2009. године посебно регулисано питање стручног надзора над радом стечајног управника.[24] Стручни надзор врши овлашћена организација. На поступак овог надзора сходно се примењују одредбе Закона којим се уређује општи управни поступак.

У поступку стручног надзора, овлашћена организација врши проверу да ли стечајни управник обавља послове у складу са Законом о стечају, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике. Ако открије одређене недостатке у обављању функција стечајног управника, овлашћена организација изриче следеће мере: 1) опомену; 2) јавну опомену; 3) новчану казну; 4) одузимање лиценце. Прописане мере изричу се решењем које је коначно.

По пријему решења којим се изриче мера одузимања лиценце стечајни судија разрешава стечајног управника. По пријему решења којим се изриче нека од осталих мера (опомена, јавна опомена, новчана казна) стечајни судија може разрешити стечајног управника или одредити друге мере, укључујући и обавезу добијања посебне сагласности стечајног судије или писменог одобрења одбора поверилаца за све или поједине радње које стечајни управник предузима, ако оцени да самостално поступање стечајног управника може довести до оштећења стечајне масе.

Поздрављамо уношење ових правила у Закон о стечају. Сматрамо да ће она утицати позитивно на рад стечајног управника и тако омогућити остваривање циљева стечајног поступка. Ова правила ће допринети да од тренутка именовања за стечајног управника до окончања стечајног поступка он поверене функције обавља стручно, професионално и савесно, што до сада често није био случај. Наравно, под условом да се правила из члана 26 Закона о стечају у пракси и примењују. Да не буду само мртва слова на папиру – што је чест случај у нашој пракси.

VII Одговорност за штету и осигурање од одговорности

Ако стечајни управник у обављању послова причини штету учесницима у стечајном поступку, намерно или крајњом (грубом) непажњом, он одговара по правилима која важе за предузетника. То

24 Закон о стечају, чл. 26.

значи да одговара целокупном својом имовином – лично, непосредно и неограничено. Основ одговорности за штету је његова кривица (намерно проузокована штета, односно штета која је настала као резултат крајње непажње). Међутим, стечајни управник се ослобађа одговорности ако је штета настала због преузете радње која је извршена по налогу стечајног судије, осим ако је налог дат на основу његових несавесних радњи или предлога.

За штету коју учине стручна лица која је ангажовао стечајни управник, он одговара ако је штета настала услед његовог пропуштања да изврши надзор над њиховим радом (одговорност за другога).

Нашим Законом о стечајном поступку из 2004. године није било регулисано питање обавезног осигурања од одговорности за све ризике одговорности који су повезани са делатношћу стечајног управника. У пракси је овај пропуст регулативе решаван тако што су се стечајни управници могли осигурати код осигуравајућих друштава закључењем уговора о осигурању. Новим Законом о стечају из 2009. године установљена је обавеза за активне стечајне управнике да са осигуравајућим друштвима закључе уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности за све ризике који су повезани са њиховим вршењем послова у стечајном поступку.

У упоредном праву, по правилу, висину осигуране суме одређује стечајни судија, у зависности од очекиване висине стечајне масе, сложености поступка и других посебних околности. Нашим Законом о стечају одређен је минимални износ осигуране суме – 30.000 евра у динарској противвредности на дан закључења уговора о обавезном осигурању од одговорности за све ризике одговорности, а који су у вези са обављањем послова у стечајном поступку. Одбор поверилаца може у било ком тренутку захтевати од стечајног управника да закључи уговор о додатном осигурању од професионалне одговорности за конкретни стечајни поступак и на већи износ од прописаног минималног износа, а стечајни управник је дужан да такво осигурање уговори, осим уколико не докаже да није у могућности да на тржишту уговори такво осигурање. Висину осигуране суме код уговора о додатном осигурању од професионалне одговорности за конкретни стечајни поступак одређује одбор поверилаца с обзиром на висину стечајне масе и посебне околности, као и постојеће и могуће ризике. Стечајни судија, поступајући по службеној дужности или по захтеву заинтересованог лица, може наложити умањење тог износа или у потпуности забранити преузимање додатног осигурања, ако процени да су трошкови премије додатног осигурања неоправдано велики.[25] То значи да дефинитивни износ (висину) осигуране суме

25 Закон о стечају, чл. 30 ст. 3.

одређује стечајни судија, поступајући по службеној дужности или по захтеву заинтересованог лица.

Од висине осигуране суме зависи и висина премије закљученог уговора о обавезном осигурању, која пада на терет трошкова стечајног поступка.[26]

Поред имовинске одговорности за штету, стечајни управник одговара и правно-политички – за (не)целисходност рада и понашања. Ова статусна одговорност је по свом садржају моралнополитичког карактера. Санкција ове одговорности стечајног управника може да буде разрешење од дужности у законом предвиђеним случајевима или давање оставке (која је лични чин сопствене воље стечајног управника, која може да буде мотивисана разлозима личне природе – болест, кајање и грижа савести, али и да буде на нечији позив).[27]

VIII Права стечајног управника

Стечајни управник има право на награду за свој рад (награда) и на накнаду стварних трошкова (накнада). Коначну висину награде, као и накнаде трошкова, одређује стечајни судија у време закључења стечајног поступка, узимајући у обзир обим послова, вредност стечајне масе и пословне резултате стечајног управника, а на основу прописаних основа и мерила за одређивање висине награде и накнаде трошкова.[28]

Стечајни управник не може наплатити награду за рад, односно накнаду потребних, стварних трошкова из стечајне масе без одобрења стечајног судије. Међутим, до одређивања коначне висине награде и накнаде, стечајни судија решењем које се доставља стечајном управнику и одбору поверилаца одређује прелиминарну висину (месечну исплату) накнаде и награде стечајном управнику. Против решења стечајног судије о прелиминарној висини награде није дозвољена жалба. Иначе, месечна исплата награде за рад и накнаде трошкова стечајном управнику може се вршити у износима сразмерним дужностима и резултатима рада стечајног управика.

Стечајни управник има и друга права у стечајном поступку. Посебно је значајно његово право приговора на одлуке и закључке стечајног судије и одбора поверилаца.

---

26 Хрватски Закон о стечају, чл. 28 ст. 6.

27 М. Велимировић, *нав. чланак*.

28 Закон о стечају, чл. 34 ст. 2.

Dara **MILENOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Niš

BANKRUPTCY TRUSTEE

Summary

The obligatory bodies of bankruptcy procedure are bankruptcy judge, bankruptcy trustee, the assembly of creditors and creditors committee. The bankruptcy trustee is the most significant body of the bankruptcy procedure, but also the central figure of the procedure. He is at the same time the organ of the bankruptcy debtor and the organ of bankruptcy procedure. In order to determine the legal nature of bankruptcy trustee, one should bear in mind two legally relevant facts. The first is the way of the appointment of the bankruptcy trustee, and the second are his functions.

Bankruptcy judge appoints the bankruptcy trustee by the decision on opening of the bankruptcy procedure. On the occasion of appointment, the bankruptcy judge has to act according to official duty and is not tied by any eventual suggestion of any participant in the bankruptcy procedure. For the realization of certain functions he has been given different rights and duties, which originate from the concrete function, with certain limitations and according to the bankruptcy procedure.

Having in mind the line of activities of the bankruptcy trustee, one can conclude that the activities are heterogeneous, that they are undertaken in and out of the bankruptcy procedure itself, and that they can be divided into three groups: (1) managing the bankruptcy debtor, (2) managing the bankruptcy estate and (3) representation of bankruptcy debtor.

Key words: *bankruptcy, bankruptcy debtor, bankruptcy trustee, line of activities, responsibility of the trustee.*

***Весна* ГАЋЕША**
Директор Агенције за лиценцирање стечајних управника

СТЕЧАЈНИ УПРАВНИК И ЗАКОН О СТЕЧАЈУ

Резиме

Управо у циљу ефикаснијег вођења стечајних поступака, уочени проблеми у четворогодишњој примени Закона о стечајном поступку, указали су на потребу за корекцијама и променама којима се унапређују постојећа решења прецизирањем и јасним дефинисањем норми које одређују правни положај и статус стечајног управника, његова права, дужности и одговорности за све радње које предузима од тренутка именовања па до окончања овог врло одговорног и комплексног посла закључењем стечајног поступка и разрешењем дужности стечајног управника.

Норме Закона о стечају омогућавају већи степен заштите лица која обављају ову делатност као приватни предузетници, јасно опредељење за професионално и стручно извршавање дужности као основно занимање, јер ови послови више не могу да се обављају успутно као нека неважна споредна делатност, па због тога стечајни управник не може бити у радном односу, изузев уколико је запослен код предузетника или ортачког, односно командитног друштва. С правом се очекује да стечајни управник треба да улива поверење које се огледа у одговарајућим квалификацијама и особинама које се односе на његове личне способности, интелигенцију, искуство, стручно знање и ваљан карактер, да буде достојан поверења за обављање послова и чува углед професије стечајног управника, уколико намерава да се бави пословима стечајног управника, а имајући у виду опис послова које обавља, њихову комплексност, одговорност и сложеност.

Стечајни управник у Републици Србији је квалификован, стручан професионалац, особа од интегритета, способан да се избори са свим изазовима на које наиђе у обављању своје професије за коју се опредељио, при вођењу стечајних поступака у којима је именован.

Доношењем Закона о стечају, стечајни прописи Републике Србије у потпуности прате савремене тенденције у стечајном законодавству у свету и омогућавају да се, квалитетним нормирањем права, обавеза и одговорности стечајног управника, испуне три основна циља при вођењу стечајних поступака: скраћење времена трајања стечајног поступка, смањење трошкова и већи степен намирења поверилаца.

Кључне речи: *стечајни управник, Закон о стечају, Агенција за лиценцирање стечајних управника, лиценца, обавезно осигурање од одговорности.*

Опредељење законодавца да се уведе професија стечајног управника у стечајни систем земље као један од кључних стубова реформе и развијање професије стечајног управника, једна су од новина предвиђених Законом о стечајном поступку из 2004. године. Проблеми уочени у пракси током четворогодишње примене овог закона и управо потреба да се одредбе постојећег Закона о стечајном поступку које се односе на стечајног управника квалитетно дораде и унапреде да би Србија у потпуности одговорила свим задацима који су постављени пред савремена законодавства држава у региону, резултирала је израдом Закона о стечају који је усвојен 11. децембра 2009. године, објављен у *Службеном гласнику РС* бр. 104 од 16. децембра 2009. године. Закон о стечају је ступио на правну снагу 24. децембра 2009. године а почео је да се примењује тридесетог дана од дана ступања на правну снагу, односно 23. јануара 2010. године.

Поставља се питање: Ко је стечајни управник у нашој земљи и да ли је Србија направила неки помак у квалитетном побољшању норми које се односе на стечајног управника доношењем новог Закона о стечају? Упоређујући досадашња решења у Закону о стечајном поступку и нове норме прописане Законом о стечају покушаћу да одговорим на ово питање.

I Правни положај и статус стечајног управника

Према решењу предвиђеном у Закону о стечајном поступку, стечајни управник има статус приватног предузетника са правима и обавезама органа управљања или власника стечајног дужника.

Законом о стечају је прецизирано да стечајни управник води послове и заступа стечајног дужника и има статус службеног лица у смислу одредби Кривичног законика које регулишу положај службеног лица.

Ове норме омогућавају већи степен заштите лица која обављају послове стечајног управника и јасно опредељење за обављањем послова стечајног управника професионално и стручно као основну делатност.

II Именовање стечајних управника

Досадашње законско решење о именовању стечајног управника није у довољној мери било објективно и пружало је могућност за злоупотребу, привилеговање и подозрење да постоје одређене везе стечајних управника и суда, што је у пракси доводило до много критика, полемика и дискусија. У сваком случају, нису постојали јасни критеријуми за избор стечајног управника.

Према Закону о стечају и даље је именовање стечајних управника остало у надлежности привредних судова и стечајних судија али је новим законским решењима дефинисано на један објективан и транспарентан начин.

Стечајни управник се именује[1] решењем о отварању стечајног поступка а бира се методом случајног одабира са листе активних стечајних управника за територију надлежног суда, коју доставља специјализована организација која води именик стечајних управника, што је уствари један од поверених послова које обавља Агенција за лиценцирање стечајних управника. Дакле, метод случајног одабира је основно правило при избору стечајних управника. Међутим, да не би овом нормом довели у питање квалитетно и стручно вођење стечајних поступака који су специфични, предвиђени су и изузеци, те судија може, имајући у виду делатност коју стечајни дужник обавља, комплексност случаја и специфично искуство стечајног управника, директно одабрати стечајног управника са листе активних за територију Републике Србије. Судија ће то учинити уз образложење директног именовања и поштовање норми правилника који доноси министар надлежан за послове привреде, а којим се метод случајног одабира као начин именовања ближе прописује.

Правилник о условима и начину избора стечајних управника методом случајног одабира је донет и објављен у *Службеном гласнику РС* бр. 3 од 22. јануара 2010. године. Према правилнику, случајни одабир представља избор стечајног управника који се врши са листе активних стечајних управника за подручје надлежног привредног суда случајним

1 Члан 20 Закона о стечају.

одабиром рачунарским путем, коришћењем посебно дизајнираног алгоритма који представља део апликације за аутоматско управљање предметима привредних судова.[2] Алгоритам[3] ће обезбедити различиту вероватноћу избора за сваког стечајног управника са листе активних стечајних управника за подручје надлежног привредног суда према броју стечајних поступака у којима је сваки стечајни управник именован до тренутка одабира. Стечајни управници који су до тренутка одабира именовани у најмање три а највише шест стечајних поступака имају за 25% мању вероватноћу да буду изабрани, а стечајни управници који су до тренутка одабира именовани у више од шест стечајних поступака имају за 50% мању вероватноћу да буду изабрани, све у односу на стечајне управнике који су до тог тренутка именовани у највише два стечајна поступка или нису именовани ни у једном стечајном поступку. Приликом обрачуна броја стечајних поступака у којима је стечајни управник именован неће се урачунавати: стечајни поступци који су у тренутку случајног одабира правноснажно закључени или обустављени; у којима је стечајни управник разрешен у року од 30 дана од дана отварања стечајног поступка на захтев стечајног управника или одлуком стечајног судије о директном одабиру; у којима је стечајни управник именован као привремени стечајни управник током претходног стечајног поступка; у којима је стечајни управник именован на основу предлога одбора поверилаца.

Предвиђено је и ограничење у именовању стечајног управника, што је и било прописано чланом 15 Закона о стечајном поступку. Једина новина[4] огледа се у прецизирању 9 разлога за ограничење, па, поред других наведених разлога, за стечајног управника не може бити именовано лице које је: у притвору, за време трајања притвора, или против кога је по службеној дужности покренут кривични поступак, као и лице које је правноснажно осуђено за дело за које је запрећена казна преко пет година затвора или које га чини недостојним за обављање послова стечајног управника; поверилац стечајног дужника и дужник стечајног дужника или лице које је код таквих лица било запослено у последњих шест месеци пре отварања стечајног поступка.

У поступку спровођења стечаја над правним лицем које је у већинској државној или друштвеној својини,[5] као и у случају када се

2 Члан 2 Правилника о условима и начину избора стечајних управника методом случајног одабира.

3 Члан 4 Правилника о условима и начину избора стечајних управника методом случајног одабира.

4 Члан 21 Закона о стечају.

5 Члан 22 Закона о стечају.

током стечајног поступка промени власничка структура стечајног дужника тако да стечајни дужник постане правно лице у већинској државној својини, за стечајног управника стечајни судија именује организацију која је посебним законом одређена да обавља послове стечајног управника, што је у пракси Агенција за приватизацију – Центар за спровођење стечајних поступака. На обављање послова стечајног управника од стране Агенције за приватизацију не примењују се одредбе закона које се односе на именовање (члан 20), на лиценцирање, обнављање лиценце, именик лиценцираних стечајних управника и на вршење стручног надзора (члан 23 до 26 закона).

III Лиценца: издавање, обнављање и одузимање, именик стечајних управника

Закон о стечајном поступку, који је усвојен 2004. године, увео је новине у стечајно законодавство Србије управо у делу који се односи на лиценцирање стечајних управника и квалификације које мора да има лице да би могло бити именовано за стечајног управника. Али, све норме које се односе на услове за именовање стечајног управника, услове за издавање лиценце, дефинисање органа коме су поверене регулаторне функције, услове за обнављање и одузимање лиценци, сврстане су у члан 14 Закон о стечајном поступку без јасног разграничења, дефинисања и прецизирања. Многе околности, као што су вођење истраге или околност да је једно лице осуђивано за тешко кривично дело, нису дефинисане као услов за добијање лиценце, а требало би да те околности чине ово лице неподобним за обављање делатности стечајног управника. Такође, нису дефинисани услови за обнављање лиценце, осим констатације „савесно обављање послова", што је само констатација која се може прилично широко тумачити, без прецизирања шта се под појмом „савесно" подразумева, ко то процењује, на који начин, по којим критеријумима и у ком поступку.

Закон о стечају посебним члановима дефинише сва спорна питања. Јасно опредељује ко може добити лиценцу[6] за обављање послова стечајног управника, па предвиђа да се лиценца издаје лицу које: је држављанин Републике Србије; има пословну способност; има стечено високо образовање; има три године радног искуства са високом стручном спремом или три године радног искуства на спровођењу стечајних поступака; има положен стручни испит за добијање лиценце; је достојно поверења за обављање послова стечајног управника.

6 Члан 23 Закона о стечају.

Није достојно поверења за обављање послова стечајног управника лице из чијег се понашања у обављању раније професионалне делатности или других поступака може закључити да неће савесно обављати послове стечајног управника и чувати углед професије стечајног управника. Достојност поверења за обављање послова стечајног управника утврђује се нарочито у складу са кодексом етике стечајних управника. Лиценца се не може издати лицу против кога је по службеној дужности покренут кривични поступак, односно које је правноснажно осуђено за дело за које је запрећена казна преко пет година затвора или за дело које га чини недостојним за обављање послова стечајног управника или лицу које је у притвору, за време трајања притвора. Захтев за издавање лиценце подноси се најкасније у року од годину дана од полагања стручног испита. По истеку једне године од дана полагања стручног испита, а пре истека три године од дана полагања тог испита, уз захтев за издавање лиценце достављају се и докази о испуњености услова за обнављање лиценце, односно доказ да је лице које је положило испит било полазник најмање три стручна семинара или курса годишње на тему спровођења стечајног поступка, које организује или признаје регулаторно тело. По истеку три године од дана полагања стручног испита захтев за издавање лиценце сматра се недозвољеним.

Законом о стечају успостављени су услови за обнављање лиценце,[7] па се лиценца може обновити ако лице: испуњава услове за издавање лиценце; је у последње две године обављао послове стечајног управника или друге стручне послове везане за стечајни поступак, или ако то није радило, докаже да је било полазник најмање три стручна семинара или курса годишње на тему спровођења стечајног поступка, које организује или признаје регулаторно тело; је у претходном периоду важности лиценце савесно обављао послове стечајног управника у складу са законом, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике, а савесност цени регулаторно тело у поступку стручног надзора који спроводи над радом стечајног управника, што је опет прецизно дефинисано изменама и допунама Закона о Агенцији за лиценцирање стечајних управника; приложи доказ о уплати накнаде за обнављање лиценце чија је висина прописана тарифом о одређивању цена услуга овлашћене организације; приложи доказ да је измирио све обавезе по основу новчаних казни које му је изрекло регулаторно тело у поступку стручног надзора. Лицу које не испуњава услов „савесног обављања послова стечајног управника“ не може бити издата ни нова лиценца.

Лиценца се може одузети и пре истека рока важења лиценце у случају да се у поступку по пријави заинтересованог лица или по службеној дужности утврди да стечајни управник није савесно обављао послове у скла-

7 Члан 24 Закона о стечају.

ду са законом, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике. У случају необнављања или одузимања лиценце регулаторно тело доноси решење о одбијању захтева за обнављање лиценце, односно решење о одузимању лиценце, на основу којих стечајног управника брише из именика стечајних управника и без одлагања обавештава судове који спроводе стечајне поступке о свим променама у статусу лиценцираног стечајног управника. Решења су коначна и против њих се може водити управни спор. Стечајном управнику коме је одузета лиценца или коме је захтев за обнављање лиценце одбијен из разлога несавесног обављања послова не може да се изда нова лиценца у року од пет година од дана коначности решења о одузимању лиценце, односно решења о одбијању захтева за обнављање лиценце.

Именик стечајних управника[8] води овлашћена организација, што је поверени посао Агенције за лиценцирање стечајних управника. У именик стечајних управника уписују се лица која су стекла лиценцу за обављање послова стечајних управника као активни стечајни управници или као неактивни стечајни управници.

Као активни стечајни управници у именик се уписују лица која су, осим лиценце за обављање послова стечајног управника, доставила доказ о постојању обавезног осигурања од професионалне одговорности за текућу годину и која су се регистровала као предузетници или су чланови друштва лица. У именик активних стечајних управника не може бити уписано лице које је у радном односу, осим ако је запослено код предузетника или ортачког, односно командитног друштва. Примена ове норме Закона о стечају одложена је до почетка 2012. године, да би се оставило довољно времена свим лицима која су се лиценцирала да донесу одлуке о томе да ли желе да наставе да се баве овом професијом или желе да имају неко друго занимање. У случају привремене немогућности за обављање послова стечајног управника стечајни управник је дужан да о томе без одлагања писменом изјавом обавести овлашћену организацију, која га по пријему обавештења преводи у статус неактивног стечајног управника. По престанку привремене немогућности за обављање послова стечајног управника, а на писмени захтев стечајног управника, овлашћена организација неактивног стечајног управника преводи у статус активног стечајног управника.

IV Стручни надзор

Закон о стечајном поступку не регулише питање дисциплинског поступка који се може покренути против стечајног управника, већ само

8 Члан 25 Закона о стечају.

констатује да се може одузети лиценца пре истека рока предвиђеног за њено редовно обнављање у случају да „стечајни управник не обавља послове у складу са законом, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике". Овај закон није дао ваљан правни основ за регулисање начина спровођења надзора над радом стечајних управника, дисциплински поступак у коме се изричу мере према стечајним управницима на основу спроведеног стручног надзора и врсте мера које се могу изрећи стечајним управницима у случају непоступања у складу са стандардима утврђеним важећим прописима.

Закон о стечају је на недвосмислен начин прописао да стручни надзор[9] врши овлашћена организација, што је Агенција за лиценцирање стечајних управника, да се на поступак стручног надзора и поступак изрицања санкција примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак. Прописао је и више врста санкција и то опомену, јавну опомену, новчану казну и одузимање лиценце. Решење о изрицању мера доставља се без одлагања свим судовима који спроводе стечајне поступке, као и одбору поверилаца у свим поступцима у којима је именован стечајни управник коме је изречена дисциплинска мера, а против решења се може водити управни спор. Закон је дао ваљан правни основ да се изменама и допунама Закона о агенцији за лиценцирање стечајних управника сва ова питања ближе регулишу.

V Делокруг послова стечајног управника, предузимање радњи од изузетног значаја и извештавање

Делокруг послова стечајног управника прописан је чланом 17 Закона о стечајном поступку, што је сада учињено чланом 27 Закона о стечају, само на јаснији и прецизнији начин. Делокруг послова[10] је остао углавном исти, уз навођење да стечајни управник обавља своје послове самостално и с пажњом доброг стручњака, у складу са законом, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике. Он, у вршењу својих послова, може да ангажује стручна страна или домаћа правна или физичка лица, уз сагласност стечајног судије, и дужан је да над радом ангажованих лица врши надзор. Стечајни управник је дужан да у вршењу својих послова пружа увид у свој рад Агенцији за лиценцирање стечајних управника, те да обезбеђује неопходне податке и документацију, као и да сарађује у поступку вршења надзора над његовим радом, осим у случају када је за стечајног управника именована организација која је посебним законом одређена да врши посло-

9 Члан 26 Закона о стечају.

10 Члан 27 Закона о стечају.

ве стечајног управника. Министар, на предлог овлашћене организације – Агенције за лиценцирање стечајних управника, доноси националне стандарде за управљање стечајном масом и кодекс етике.

Чланом 18 Закона о стечајном поступку су прописане радње од изузетног значаја и извештавање, односно однос стечајног управника са другим органима стечајног поступка. У Закону о стечају је то учињено нормама два члана, уз неке новине. Наиме, радње које предузима стечајни управник,[11] а које значајније утичу на стечајну масу, као што су узмање кредита или зајма, набавка опреме веће вредности и друге сличне радње, могу се предузети уз обавештавање стечајног судије и уз добијање сагласности одбора поверилаца, с тим што је прецизирано да побијање правних радњи стечајног дужника подношењем тужби или на други начин не сматра се радњом од изузетног значаја. Стечајни управник је дужан да писменим путем обавести о намераваној радњи од изузетног значаја стечајног судију најкасније 15 дана пре предузимања те радње, као и да одбору поверилаца упути захтев за давање сагласности за предузимање те радње у истом року. У случајевима изузетне хитности рок може бити и краћи, али не краћи од три дана, под условом да ниједан члан одбора поверилаца писменим путем или на седници одбора поверилаца не приговори таквом року достављања. Сматраће се да је одбор поверилаца сагласан са предложеном радњом, ако је о њој обавештен у року и ако на обавештење стечајног управника није реаговао оспоравањем предложене или предлагањем друге радње.

Повериоци стечајног дужника, стечајни дужник и други који имају неки интерес у конкретном стечајном поступку имају право да буду редовно информисани о стању стечајне масе и предузетим радњама стечајног управника, те им се ове информације морају учинити доступним, што је набоље омогућити путем сачињавања извештаја и редовног извештавања надлежних органа, чиме се истовремено пружа објективан основ за праћење рада стечајног управника, ток стечајног поступка и предузете радње у конкретном стечајном поступку.

Закон о стечају дефинише обавезу стечајног управника да доставља писане извештаје о току стечајног поступка и стању стечајне масе одбору поверилаца, стечајном судији и Агенцији за лиценцирање стечајних управника, у односу на Закон о стечајном поступку, с тим што уводи тромесечно извештавање. Опредељен[12] је начин на који се писани извештај може доставити и то поштом, факсом, електронским путем или личном доставом и одређен је основни садржај тромесечног извештаја, а дата су и јасна овлашћења да образац и начин достављања

11 Члан 28 Закона о стечају.

12 Члан 29 Закона о стечају.

извештаја ближе прописује Агенција за лиценцирање стечајних управника. Такође је предвиђено да стечајни управник доставља завршни рачун стечајном судији, одбору поверилаца и АЛСУ.

Овим прецизирањем и јаснијим дефинисањем норми везаних за извештавање створен је правни основ за увођење модерног електронског система извештавања које ће олакшати свакодневно администрирање стечајних управника. У циљу унапређења професије и квалитета рада стечајних управника, али и укупног стечајног система, Агенција за лиценцирање стечајних управника, у сарадњи са Програмом за реформу стечајног и извршног поступка (BES) који финансира Америчка агенција за међународни развој (USAID), развила је систем за аутоматизовано вођење стечајних предмета и електронско извештавање – EPC. Овај систем најзад ће омогућити стандардизацију праксе стечајних управника, аутоматоизовати, и тиме знатно олакшати и убрзати вођење стечајева и омогућити прелазак на електронско извештавање као обавезан вид подношења извештаја регулаторном телу, односно АЛСУ.

VI Обавезно осигурање и одговорност за штету

У случају када је у обављању послова стечајни управник проузроковао штету учесницима у поступку намерно или крајњом непажњом, стечајни управник одговара личном имовином за такву штету, што представља досадашње законско решење али се у пракси у примени ове норме поставило објективно питање из чега ће се стечајни повериоци наплатити за насталу штету уколико стечајни управник нема имовину.

Норме о личној одговорности стечајног управника за штету коју је у обављању послова проузроковао учесницима у поступку намерно или крајњом непажњом задржане су и у Закону о стечају. Међутим, закон треба да пропише да стечајни управник све време док обавља дужност стечајног управника мора да има осигурање од професионалне одговорности како би се омогућила накнада штете трећим лицима која овакву штету могу да претрпе услед грубе непажње, кршења законских обавеза стечајног управника или његове злоупотребе службеног положаја.

Новина је у томе што је новим законом предвиђено[13] да је активни стечајни управник дужан да у своје име и за свој рачун закључи са осигуравајућим друштвом уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности са осигураном сумом у износу од најмање 30.000 евра у динарској противвредности на дан закључења уговора, за све ризике повезане са обављањем послова стечајног управника, што представља један од услова за стављање стечајног управника на листу

13 Члан 30 Закона о стечају.

активних стечајних управника подобних да буду именовани решењем о отварању стечајног поступка. Одбор поверилаца може у било ком тренутку захтевати од стечајног управника да закључи уговор о допунском осигурању за конкретни стечајни поступак и на већи износ осигуране суме који одбор поверилаца одређује с обзиром на вредност стечајне масе и посебне околности или могуће ризике конкретног стечајног предмета.

VII Разрешење и ревидирање именовања стечајног управника, именовање новог стечајног управника на место разрешеног стечајног управника

Закон о стечајном поступку познаје могућност разрешења стечајног управника на захтев судије и одбора поверилаца, али са друге стране, не постоје одредбе које се односе на случај пензионисања или смрти стечајног управника, или норме које омогућавају механизам ревидирања одлуке о именовању одређеног лица за стечајног управника, а нису прописане ни одредбе које уређују примопредају дужности између новоименованог и разрешеног стечајног управника.

Закон о стечају на прецизнији начин регулише питање разрешења стечајног управника, па је предвидео да стечајног управника дужности разрешава[14] надлежни суд по службеној дужности или на предлог одбора поверилаца. Правни основ за разрешење стечајног управника постављен је на крајње јасан начин, што је и решење садржано у члану 20 Закона о стечајном поступку. Стечајни судија ће омогућити стечајном управнику да се изјасни о разлозима за разрешење, а своју одлуку о разрешењу без одлагања доставља Агенцији за лиценцирање стечајних управника, с тим што стечајни судија по службеној дужности разрешава стечајног управника ако је брисан из именика стечајних управника. Новина су норме члана 26 став 5 и 6 које прецизирају да по пријему решења којим се изриче мера одузимања лиценце, стечајни судија разрешава стечајног управника, а по пријему решења којима се изричу мере опомене, јавне опомене и новчане казне, стечајни судија може разрешити стечајног управника или одредити друге мере, укључујући и обавезу добијања посебне сагласности стечајног судије или писаног одобрења одбора поверилаца за све или поједине радње које стечајни управник предузима, ако оцени да самостално поступање стечајног управника може довести до оштећења стечајне масе. Стечајни управник се разрешава и на лични захтев.

14 Члан 32 Закона о стечају.

Поштујући права поверилаца стечајног дужника да имају стварни интерес у погледу питања ко је именован или ће бити именован за стечајног управника у конкретном предмету, нове одредбе везане за разрешење стечајног управника пружају могућност повериоцима да предлажу разрешење именованог и именовање другог стечајног управника, уз јасно прецизирање права и времена када то своје право повериоци могу искористити. Ради спречавања злоупотребе овог права поверилаца, које је ново у Србији, ревидирање именовања стечајног управника које стечајни повериоци могу да користе без икаквог образложења временски је ограничено до првог поверилачког рочишта или најкасније 30 дана по одржавању овог рочишта, што је довољан временски период да утврде да ли имају квалитетног стечајног управника и да ли је њихова сарадња адекватна, наравно све у циљу стручног вођења стечајног поступка и већег равномерног намирења свих поверилаца.

Управо уочени проблеми у пракси указали су на неопходност предвиђања норми које ће регулисати примопредају, па је у Закону о стечају предвиђено да ће, по разрешењу, стечајни управник[15] и новоименовани стечајни управник извршити, без одлагања, примопредају целокупне имовине и документације. Обавеза предаје документације важи и за трећа лица ако се документација стечајног дужника налази у њиховом поседу у тренутку разрешења стечајног управника. Ако стечајни управник који је разрешен или треће лице одбију примопредају имовине и документације, или одуговлаче са том примопредајом, стечајни судија ће на захтев новоименованог управника без одлагања наложити примопредају под претњом принудног извршења, а у случају непоступања по налогу, стечајни судија ће, према стечајном управнику који је разрешен или трећем лицу, спровести мере принуде ради извршења. Разрешени стечајни управник и треће лице одговарају за штету насталу услед неблаговремене примопредаје.

VIII Награда за рад и накнада трошкова стечајног управника

Награђивање, висина награде и начин њеног утврђивања и обрачуна је од круцијалног значаја за систем функционисања професије стечајних управника, јер без ваљаног уређења ових питања неће бити ни ваљаног вођења стечајних поступака од стране стечајних управника.

Закон о стечајном поступку је предвидео да стечајни управник има право на награду за свој рад и накнаду стварних трошкова, а конач-

15 Члан 33 Закона о стечају.

ну висину награде и накнаде трошкова одређује стечајни судија у време закључења стечајног поступка, у складу са основама и мерилима за одређивање висине награде и накнаде трошкова. До одређивања коначне висине награде, стечајни судија решењем које се доставља стечајном управнику и одбору поверилаца одређује прелиминарну висину награде стечајном управнику. Накнада трошкова одређује се према стварним трошковима које је стечајни управник имао у обављању послова.

Закон о стечају је задржао исте одредбе које се односе на награђивање[16] стечајних управника, с тим што је Правилник о основама и мерилима за одређивање висине награде и накнаде трошкова јасније и прецизније дефинисао награду. Дефинисани су механизми подстицаја – увећања награде који садрже прецизно одређене критеријуме везане за: време трајања поступка, степен намирења и сложеност поступка.

***Vesna* GAĆEŠA**
Director of the Agency for Licencing Bankruptcy Trustees

BANKRUPTCY TRUSTEE AND BANKUPTCY ACT

Summary

With a view to improving efficiency of bankruptcy cases, it is the problems identified in a four-year implementation of the Law on Bankruptcy Proceedings that underscored the need for revisions and changes which would enhance the existing solutions by specifying and clearly defining the rules that determine the legal position and status of the bankruptcy administrator, his rights, duties and responsibilities for all actions taken from the appointment to the completion of this highly responsible and complex work by the conclusion of the bankruptcy case and the discharge of the bankruptcy administrator.

The rules of the Law on Bankruptcy provide higher level of protection for persons performing this duty as sole traders, a clear commitment to professional and skilled discharge of duties as a primary occupation, because these tasks may no longer be performed as an irrelevant side activity. Thus, the bankruptcy administrator cannot be employed, unless he/she is employed by an entrepreneur or a partnership or limited partnership. The bankruptcy administrator is rightfully expected to inspire confidence through appropriate qualifications and characteristics relating to his personal abilities, intellect, experience, expertise

16 Члан 34 Закона о стечају.

and good character; to be trustworthy to perform these duties and maintain the reputation of the bankruptcy administrator profession if he/she intends to act in this capacity, bearing in mind the nature of tasks to be performed, their complexity and responsibility.

The bankruptcy administrator in the Republic of Serbia is a qualified, skilled professional, a person of integrity, capable of dealing with all challenges of the profession he/she has chosen, and in particular in administering bankruptcies.

With the adoption of the Law on Bankruptcy, bankruptcy regulations of the Republic of Serbia keep pace with contemporary trends in international bankruptcy laws and enable, by a qualitative stipulation of rights, obligations and responsibilities of the bankruptcy administrator, the fulfilment of three main objectives in administering bankruptcies: acceleration of the proceedings, reduction of costs and higher recovery for creditors.

Key words: *bankruptcy trustee, Bankruptcy Act, Agency for licencing bankruptcy trustees, licence, mandatory insurance.*

др *Владимир* КОЗАР,
доцент на Правном факултету Универзитета
Привредна академија у Новом Саду

ПОБИЈАЊЕ ПРОДАЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА КАО ПРАВНОГ ЛИЦА

Резиме

Уговор о продаји стечајног дужника као правног лица не може се поништити или огласити ништавим због неправилности у поступку продаје, применом општих одредаба о неважности уговора из чл. 103 до 117 Закона о облигационим односима, нити се на извршену продају може изјавити приговор из члана 133 став 8 Закона о стечају.

Жалба против решења о обустави поступка стечаја представља једини начин за побијање спроведених стечајних радњи у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, укључујући и закључени уговор о продаји.

Није дозвољена тужба за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица.

Није дозвољен приговор на ток лицитације, као скуп фактичких радњи предузетих од стране стечајног управника ради продаје стечајног дужника као правног лица.

Није дозвољен приговор понуђача који није изабран као најповољнији, на извршену продају стечајног дужника као правног лица или имовине, али понуђач има право на накнаду штете од стечајног управника уколико исту докаже, сагласно општим правилима имовинског права и посебним одредбама о одговорности стечајног управника за штету коју је проузроковао учесницима у поступку из члана 31 Закона о стечају.

Кључне речи: *стечајни дужник, правно лице, побијање, жалба, обустава, стечајни поступак.*

Закон о стечају[1] садржи бројне новине и побољшања у односу на раније прописе – Закон о стечајном поступку из 2004. године,[2] односно Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.[3] По свом значају посебно се издваја институт продаје стечајног дужника као правног лица.

Закон о стечају предвиђа продају стечајног дужника као правног лица, уз сагласност одбора поверилаца (члан 135 став 1), док продаја погона и делова дужника више није регулисана у оквиру овог правног института, што је исправно опредељење законодавца.

По доношењу решења о банкротству, стечајни управник започиње и спроводи продају целокупне имовине или дела имовине стечајног дужника (члан 132 став 1), с тим што је стечајни управник дужан је изврши процену целисходности продаје стечајног дужника као правног лица, односно целокупне имовине стечајног дужника у односу на продају имовине стечајног дужника у деловима и да о томе обавести одбор поверилаца (члан 132 став 1).

Закон о стечају у чл. 135 и 136 уређује продају стечајног дужника као правног лица, када привредно друштво задржава свој правни субјективитет, односно својство правног лица, а долази до промене оснивача, односно власника друштва. Купац привредног друштва – стечајног дужника уписује се као његов оснивач или акционар и стиче власничка и управљачка права у складу са Законом о привредним друштвима – права гласа и имовинска права по основу удела (учешће у добити и расподели ликвидационог вишка), сразмерно уделима (члан 116), односно право гласа у скупштини акционарског друштва и право на исплату дивиденди, (члан 208 став 1 тач. 3 и 4).

У питању су слична решења као и у ранијим прописима – Закону о стечајном поступку (чл. 112 и 113), односно Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (члан 129), који су такође садржали и правила о продаји дужника као правног лица.

Закон о стечају, у суштини, задржава модел продаје стечајног дужника као правног лица из ранијих стечајних закона, с тим што нека питања решава на прецизнији начин.

У овом раду анализиране се одредбе новог закона, као и ставови правне теорије и судске праксе, који се односе на побијање продаје стечајног дужника као правног лица.

Посебно су размотрена питања која се односе на немогућност поништаја продаје стечајног дужника као правног лица; на жалбу против

1 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

2 *Службени гласник РС*, бр. 84/05 и 85/05.

3 *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93 и 28/96.

решења о обустави поступка стечаја као једини начин за побијање спроведених стечајних радњи; на недозвољеност тужбе за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица; на недозвољеност приговора на ток лицитације код продаје стечајног дужника као правног лица; на недозвољеност приговора понуђача који није изабран и његово право на накнаду штете; као и на одговорност стечајног управника за штету проузроковану намерно или крајњом непажњом.

I Немогућност поништаја продаје стечајног дужника као правног лица

Закон о стечају не садржи посебне одредбе о правној заштити, односно о правним средствима у поступку продаје стечајног дужника као правног лица. Другим речима, закон не прописује начин, поступак и правно средство којим би се могло иницирати преиспитивање законитости и правилности аката и радњи предузетих у поступку продаје стечајног дужника као правног лица.

Такве посебне одредбе нису биле прописане ни ранијим прописима – Законом о стечајном поступку, односно Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Отуда, ставови судске праксе настале у примени ранијих стечајних закона нису изгубили актуелност када је у питању могућност поништаја продаје стечајног дужника као правног лица, односно недозвољеност тужбе за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица.

Члан 133 Закона о стечају регулише само питање приговора на предложену или извршену продају целокупне имовине или дела имовине стечајног дужника, дакле када је у питању продаја појединачних, индивидуално одређених ствари, а не и када се стечајни дужник продаје као правно лице. Стечајни дужник и повериоци могу поднети приговор на предложену продају најкасније у року од десет дана пре предложеног датума продаје или преноса, ако за њега постоји прописан основ. О приговору одлучује стечајни судија. Приговор не задржава продају, осим ако стечајни судија не одлучи другачије (члан 133 став 6). Повериоци могу ставити приговор на извршену продају уколико за то постоји основ. Приговор не утиче на извршену продају, већ представља основ за утврђивање одговорности стечајног управника ако је штета настала радњом стечајног управника у поступку продаје. Основ за приговор може бити превара, пристрасно понашање стечајног управника, непотпуно дато обавештење или било који други разлог из кога произлази да је стечајни управник водио поступак продаје на штету стечајне масе. Обична тврдња да је постигнута цена прениска није довољан основ за подношење приговора (члан 133 став 8).

Дакле, Закон о стечају убрзава поступак продаје, прописујући да приговор не задржава предложену продају, а такође гарантује правну сигурност купцима, тако што предвиђа да приговор не утиче на извршену продају, што значи да не утиче на пуноважност закљученог уговора о продаји имовине, који се не би могао поништити или огласити ништавим због евентуалних неправилности у поступку продаје, применом општих одредаба о неважности уговора из чл. 103 до 117 Закона о облигационим односима, већ представља само основ за одговорност стечајног управника за штету, с тим што је обична тврдња да је постигнута цена прениска, која се у пракси најчешће истиче, изричито искључена као основ за подношење приговора.

Сличне одредбе о приговору на предложену или извршену продају биле су предвиђене у члану 111 ст. 6 и 9 ранијег Закона о стечајном поступку.

Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији предвиђао је могућност поништаја продаје имовине, тако што је у члану 136 став 1 прописивао да повериоци и дужник могу у року од три месеца од дана продаје ствари дужника да захтевају поништај продаје ако су продајом оштећени интереси поверилаца, с тим што је према ставу 3 истог члана у случају поништаја продаје купац имао право на накнаду штете као поверилац стечајне масе. Међутим, могућност поништаја продаје имовине изостављена је из Закона о стечајном поступку, а није предвиђена ни и у важећем Закону о стечају, већ је предност дата убрзавању поступка продаје и заштите правне сигурности купаца.

Али, према ставовима судске праксе, настале за време важења Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, који нису изгубили актуелност, институт поништаја продаје из члана 136 није се могао применити на продају стечајног дужника као правног лица, а уговор о продаји стечајног дужника као правног лица није се могао поништити или огласити ништавим због неправилности у поступку продаје, применом општих одредаба о неважности уговора из чл. 103 до 117 Закона о облигационим односима, већ је жалба против решења о обустави поступка стечаја једини начин за побијање спроведених стечајних радњи у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, укључујући и закључени уговор о продаји.

II Жалба против решења о обустави поступка стечаја као једини начин за побијање спроведених стечајних радњи

Став о немогућности поништаја продаје стечајног дужника као правног лица прихваћен је и у судској пракси. Дакле, према ставу прак-

се, уговор о продаји стечајног дужника као правног лица, који је одобрен решењем стечајног већа, као и фактичке радње у поступку лицитације, не могу се побијати позивом на одредбе из члана 136 ст. 1 и 2 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, који прописује да повериоци и дужник могу у року од три месеца од дана продаје ствари дужника да захтевају поништај продаје ако су продајом оштећени интереси поверилаца, пошто је цитирана одредба применљива само у ситуацији када се стечај окончава продајом имовине дужника, а не и продајом дужника као правног лица, из чега следи да је једини начин за побијање спроведених стечајних радњи жалба против решења о обустави поступка стечаја.[4]

Такође, у судској пракси заузет је став о немогућности побијања уговора о продаји стечајног дужника као правног лица применом општих правила облигационог права. Уговор о продаји стечајног дужника као правног лица, који је одобрен решењем стечајног већа, као и фактичке радње у поступку лицитације које су претходиле закључењу уговора, не могу се побијати позивом на опште одредбе Закона о облигационим односима које регулишу утврђење ништавости уговора, јер је Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији специјални закон, већ је једини начин за побијање спроведених стечајних радњи жалба против решења о обустави поступка стечаја.[5]

Исти став заузет је у судској пракси и у другим сличним правним ситуацијама, када је у питању приговор на одлуку о продаји стечајног дужника као правног лица. Према ставу праксе, приговори на одлуку о продаји стечајног дужника нису дозвољени. Уговор о продаји дужника као правног лица не може се посматрати одвојено од решења о обустави стечајног поступка услед продаје стечајног дужника и због тога се уговор о продаји правног лица не може побијати посебно, већ само у склопу жалбе против решења о обустави стечајног поступка над дужником, а које се доноси на основу одредбе члана 130 став 1 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.[6]

Изложени ставови судске праксе нису изгубили актуелност јер Закон о стечају, као и ранији стечајни закони, на исти начин регулишу механизам продаје стечајног дужника као правног лица, када је у питању основна процесно-правна последица: после продаје стечајног дужника као правног лица, стечајни поступак се у односу на стечајног дужника обуставља (члану 136 став 1), а новац добијен продајом стечајног дуж-

4 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 6999/04 од 30. септембра 2004. године.

5 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 6999/04 од 30. септембра 2004. године.

6 Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 10. октобра 2003. године.

ника, као и имовина стечајног дужника која није била предмет процене, улази у стечајну масу у односу на коју се стечајни поступак наставља намирењем стечајних поверилаца (члану 136 став 3).[7] Према томе, основна процесно-правна последица продаје стечајног дужника као правног лица састоји се у обустави стечајног поступка у односу на стечајног дужника, о чему суд доноси посебно решење, против кога је дозвољена посебна жалба, која, према ставу који преовладава у судској пракси, представља једини начин за побијање спроведених стечајних радњи у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, укључујући и закључени уговор о продаји. То значи да се поступак продаје и уговор о продаји не могу побијати одвојено од решења о обустави стечајног поступка у односу на стечајног дужника. Према томе, на продају стечајног дужника као правног лица не примењују се ни цитиране одредбе из члана 133 став 8 Закона о стечају о приговору на извршену продају целокупне имовине или дела имовине стечајног дужника.

III Недозвољеност тужбе за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица

Сагласно цитираним прописима, у судској пракси заузет је став о недозвољености тужбе за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица. Према ставу праксе, није дозвољена тужба за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица, већ неправилности приликом продаје стечајног дужника могу бити само разлог за жалбу на решење о обустави стечајног поступка.

У образложењу изложеног става наводи се да је тужилац тражио побијање правних радњи продаје туженог као правног лица на јавној лицитацији одржаној дана 27.4.2006. године, као и да се тужилац прогласи за другог купца, за износ објављен у јавном огласу, а као најбољи понуђач. Првостепени суд је побијаним решењем одбацио тужбу са образложењем да због неправилности приликом продаје стечајног дужника, као правног лица није предвиђена ни дозвољена тужба за побијање правних радњи предузетих током продаје, а нити за побијање закљученог уговора о продаји.

Другостепени суд налази да правилно поступио првостепени суд када је побијаним решењем одбацио тужбу тужиоца као недозвољену, у смислу члана 279 став 1 тачка 6 Закона о парничном поступку. Правилан је закључак првостепеног суда да Закон о облигационим одно-

7 Дакле, у питању су слична решења као у ранијим прописима – Закону о стечајном поступку (чл. 112 и 113), односно Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (члан 129).

сима не прописује могућност да се код продаје стечајног дужника као правног лица, тужбом у парничном поступку може тражити утврђење ништавости продаје стечајног дужника, имајући у виду одредбе Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији као *lex specialis* у односу на поменути. Поступак продаје стечајног дужника као правног лица води намирењу поверилаца, и очувању субјективитета стечајног дужника, и тај поступак се окончава обуставом у односу на стечајног дужника, а наставља према стечајној маси.

Како се продаја стечајног дужника као правног лица, не може посматрати одвојено од решења о обустави стечајног поступка услед продаје стечајног дужника, стога наводи тужиоца о неправилностима приликом продаје стечајног дужника, као и утврђење ништавости продаје могу се истицати само у жалби на решење о обустави стечајног поступка, а како правилно налази првостепени суд.[8]

IV Недозвољеност приговора на ток лицитације код продаје стечајног дужника као правног лица

У судској пракси заузет је став о недозвољености приговора на ток лицитације у поступку продаје стечајног дужника као правног лица.

Према ставу праксе, није дозвољен приговор на ток лицитације, као скуп фактичких радњи предузетих од стране стечајног управника ради продаје стечајног дужника као правног лица, што значи да се сам поступак продаје не може оспоравати, па ни правни лек изјављивати у смислу побијања радњи предузетих у поступку продаје правног лица, већ је жалба против решења о обустави поступка стечаја једини начин за побијање спроведених стечајних радњи.

У конкретном случају, из списа произлази да је дана 6. новембра 2003. године достављен суду предлог за продају дужника као правног лица од стране стечајног управника. Решењем првостепеног суда Ст. 1040/2001 од 14. новембра 2003. године одређена је продаја стечајног дужника као правног лица и то усменим јавним надметањем по почетној цени од 884.679.000,00 динара и уплатом јемства од 44.233.950,00 динара. Оглас о јавном надметању објављен је у листу „П...“ дана 16. новембра 2003. године. Јавно надметање одржано је 23. новембра 2003. године са почетком у 11,00 часова, а јемство је уплатио само један учесник – инострано правно лице. Уговор о продаји је закључен са наведеним правним лицем и одобрен од стране стечајног већа, решењем Ст. 1640/2001 од 26. новембра 2003. године. Купац је прихватио да плати почетну ли-

8 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 1686/07 од 5.3.2008. године.

цитациону цену плус 1.000.000,00 динара за почетни лицитациони корак. О току лицитације сачињен је записник.

Два дана по окончању лицитације, стечајном већу изјављени су приговори на ток лицитације, од стране посматрача лицитације, овде жалилаца. У приговорима истичу захтев за поништај лицитације, јер је иста договорена са купцем и остала лица су тиме стављена у неравноправан положај. Побијаним решењем стечајно веће одбацило је приговоре из разлога што се поништај продаје може захтевати тужбом у року од три месеца од дана продаје. При оваквом чињеничном стању, правилно је стечајно веће одбацило приговоре као недозвољене, али из погрешних разлога. У конкретном случају приговори су изјављени на сам ток лицитације, дакле на фактичке радње предузете од стране стечајног управника током трајања лицитације, након чега је уследило закључење уговора са купцем. Одредбом члана 55 став 2 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији прописано је да стечајно веће може по службеној дужности, по приговору или предлогу, мењати одлуке стечајног судије или стечајног управника ако утврди да су незаконите и нецелисходне. Предметна ситуација не може се подвести под ову одредбу, јер стечајни управник одлуку поводом продаје и није донео, већ је само прихватио једину понуду, након чега је уследило закључење уговора о продаји. Не може се применити ни одредба члана 136 ст. 1 и 2 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, на коју упућује првостепени суд а која прописује да повериоци и дужник могу у року од три месеца од дана продаје ствари дужника да захтевају поништај продаје ако су продајом оштећени интереси поверилаца, пошто је цитирана одредба применљива само у ситуацији када се стечај окончава продајом имовине дужника, а не и продајом дужника као правног лица.

Дакле, у датој ситуацији једини начин за побијање спроведених стечајних радњи је жалба против решења о обустави поступка стечаја, које ће решење нужно уследити у смислу одредбе члана 130 став 1 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Члан 131 ст. 1 и 2 наводи да после продаје дужника као правног лица, у смислу члана 129 овог закона, стечајни поступак у односу на дужника се обуставља, али се поступак наставља против стечајне масе коју заступа стечајни управник ради намирења поверилаца. Средства добијена продајом дужника улазе у стечајну масу. Из изнетог произлази да се при садашњем стању ствари, сам поступак продаје не може оспоравати, па ни правни лек изјављивати у смислу побијања радњи предузетих у поступку продаје правног лица.

Такође, уговор о продаји дужника који је одобрен решењем стечајног већа не може се побијати у смислу одредаба Закона о облига-

ционим односима које регулишу утврђење ништавости уговора, јер је Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији специјални закон у односу на поменути. Будући да се сви жалбени наводи могу истицати само у жалби против решења којим се стечајни поступак обуставља у односу на дужника и одређује да се наставља против стечајне масе, жалба је одбијена као неоснована и првостепено решење потврђено применом одредаба члана 380 став 1 тачка 2 Закона о парничном поступку.[9]

V Недозвољеност приговора понуђача који није изабран и накнада штете

Није дозвољен приговор понуђача који није изабран као најповољнији, на извршену продају стечајног дужника као правног лица или имовине, али има право на накнаду штете од стечајног управника уколико исту докаже, сагласно општим правилима имовинског права и посебним одредбама из члана 31 Закона о стечају (односно члана 19 став 1 Закона о стечајном поступку).

Такав став заузет је у судској пракси приликом одговора на питање да ли понуђач, код куповине стечајног дужника као правног лица или имовине стечајног дужника, који није изабран као најповољнији, може поднети правни лек, који и коме.

Према одговору датом у судској пракси, одредбе о продаји у Закону о стечајном поступку омогућују бржи поступак продаје имовине. Закон штити купце имовине у стечајном поступку, тако што обезбеђује сигурност у продаји. То значи да је пренос права својине сигуран, а заштита од могућих захтева других поверилаца предвиђена је одредбом члана 111 став 8 Закона о стечајном поступку, која прописује да приговор не утиче на извршену продају, већ утиче на евентуалну штету до које је дошло радњама стечајног управника у поступку продаје. Члан 111 став 6 Закона о стечајном поступку прописује да стечајни дужник и повериоци могу поднети приговор на предложену продају најкасније у року од 10 дана пре предложеног датума продаје или преноса, ако за њега постоји прописан основ. О приговору одлучује стечајни судија. Приговор не задржава продају, осим ако стечајни судија не одлучи другачије. Такође, по ставу 8 члана истог закона, повериоци могу ставити приговор на извршену продају уколико за то постоји основ. Приговор не утиче на извршену продају, већ утиче на евентуалну штету до које је дошло радњама стечајног управника у поступку продаје. Имајући у виду цитиране законске одредбе, активну легитимацију за подношење правног

9 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 6999/04 од 30. септембра 2004. године.

лека у виду приговора на предложену продају, односно већ извршену продају, могу поднети стечајни дужник и повериоци, односно повериоци, а не и понуђач који није изабран као најповољнији. Стога приговор овог лица на предложену или извршену продају имовине стечајног дужника решењем одбацује стечајни судија као недозвољен. Стечајни поступак је хитан и стога извршена продаја имовине стечајног дужника производи правно дејство без обзира на обим и тежину евентуално учињених неправилности, на који начин се купац имовине стечајног дужника штити од свих штетних последица неправилне или незаконите продаје спроведене од стране стечајног управника. Понуђачу стоји на располагању правни пут у другом судском поступку, у виду тужбе за накнаду штете од стечајног управника, уколико исту докаже, сходно одредби члана 19 став 1 Закона о стечајном поступку и општим правилима имовинског права.[10]

Посебне одредбе о одговорности стечајног управника за штету коју је проузроковао учесницима у поступку намерно или крајњом непажњом, садржане су у члану 31 Закона о стечају. У суштини, одговорност стечајног управника за штету регулисана је на исти начин као и у члану 19 став 1 ранијег Закона о стечајном поступку, што значи да изложени став судске праксе, настао у примени ранијег закона, није изгубио актуелност.

VI Одговорност стечајног управника за штету проузроковану намерно или крајњом непажњом

Законом о стечају предвиђена је одговорност стечајног управника за штету проузроковану учесницима у поступку намерно или крајњом непажњом, на тај начин што је прописано да стечајни управник одговара личном имовином за такву штету (члан 31 став 1). Како се приликом утврђивања грађанско-праве одговорности за штету намера или крајња непажња не претпостављају (већ само обична непажња), то значи да би оштећено лице морало да докаже постојање таквог квалификованог облика виности стечајног управника.

Дакле, Закон о стечају у члану 31 став 1 предвиђа одговорност стечајног управника само за штету учињену намерно или крајњом непажњом, али не и за штету проузроковану обичном непажњом – нехатом. Међутим, и у случају када је штета проузрокована обичном непажњом – нехатом постоји одговорност за штету, али је у питању посебан облик одговорности државе, као правног лица за штету коју

10 Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године.

проузрокује његов орган из члана 172 Закона о облигационим односима у коме је прописано да „правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција". Реч о посебном основу одговорности. Одговорност државе такође се заснива на кривици која се састоји у одговорности државе за рђав избор радника, тј. у конкретном случају за избор лица које постављено на функцију стечајног управника, као органа стечајног поступка (*culpa in eligendo*).[11] Обична непажња се по закону претпоставља, јер је у члану 154 став 1 Закона о облигационим односима прописано да ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. То значе да оштећени мора само доказати да између штетникове радње или пропуштања и штете постоји узрочна веза. Према члану 172 став 2 Закона о облигационим односима, ако за одређени случај није што друго у закону одређено, правно лице има право на накнаду од лица које је штету скривило намерно или крајњом непажњом. То значи да би држава имала право да се регресира од стечајног управника, али само за штету учињену намерно или крајњом непажњом, али не и за штету проузроковану његовом обичном непажњом – нехатом, коју увек и у крајњој линији сноси држава.

Ако је штета настала због радње стечајног управника која је извршена по налогу стечајног судије, стечајни управник није одговоран за насталу штету, осим ако је налог дат на основу његових несавесних радњи или предлога (члан 31 став 2). За штету коју учине стручна лица која је ангажовао стечајни управник, стечајни управник одговара ако је штета настала услед пропуштања стечајног управника да изврши надзор над њиховим радом (члан 31 став 3).

Захтев за накнаду штете застарева у року од годину дана од сазнања оштећеног за штету, односно у року од три године од правноснажности решења о закључењу или обустављању стечајног поступка, односно решења којим је потврђено усвајање плана реорганизације (члан 31 став 4). На овај начин закон прописује субјективно-објективни рок застарелости.

VII Закључак

Уговор о продаји стечајног дужника као правног лица не може се поништити или огласити ништавим због неправилности у поступку продаје, применом општих одредаба о неважности уговора из чл. 103 до 117 Закона о облигационим односима, нити се на извршену продају може изјавити приговор из члана 133 став 8 Закона о стечају.

11 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облиīационо īраво*, Научна Књига, Београд, 1987, стр. 415.

Жалба против решења о обустави поступка стечаја представља једини начин за побијање спроведених стечајних радњи у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, укључујући и закључени уговор о продаји.

Није дозвољена тужба за утврђење ништавости продаје стечајног дужника као правног лица.

Није дозвољен приговор на ток лицитације, као скуп фактичких радњи предузетих од стране стечајног управника ради продаје стечајног дужника као правног лица.

Није дозвољен приговор понуђача који није изабран као најповољнији, на извршену продају стечајног дужника као правног лица или имовине, али понуђач има право на накнаду штете од стечајног управника уколико исту докаже, сагласно општим правилима имовинског права и посебним одредбама о одговорности стечајног управника за штету коју је проузроковао учесницима у поступку из члана 31 Закона о стечају.

Vladimir **KOZAR, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Law University "Business Academy" Novi Sad

REBUTTAL SALE OF BANKRUPTCY DEBTOR AS A LEGAL ENTITY

Summary

The contract of sale of the bankruptcy debtor as a legal entity cannot be annulled or announced canceled due to irregularities in the sale procedure, applying the general provisions of the invalidity of contracts in the art. 103 to 117 Law of Obligations, nor the complaint prescribed in Article 133 paragraph 8 Law on Bankruptcy can be submitted due to the completed sale.

An appeal against the decision to suspend the proceedings of bankruptcy is the only way for the impeachment of implemented actions in the bankruptcy proceedings of the bankruptcy sale of the debtor as a legal entity, including the concluded contract of sale.

The claim for the determination of nullity of sale of bankruptcy debtor as a legal entity is not allowed.

It is not allowed to submit an objection against the auction procedure, considered as the set of concrete actions taken by the bankruptcy trustee in order to sell the bankruptcy debtor as a legal entity.

It is not allowed the objection submitted by the bidder not selected as a winner, performed on the sale of the bankruptcy debtor as a legal entity or an asset, but, anyway the bidder has the right for compensation from the bankruptcy administrator, if it is based on evidences, according to general rules of property law and specific provisions on the responsibility of the bankruptcy administrator for the damage caused by participants in the procedure prescribed in Article 31 Law on Bankruptcy.

Key words: *sales, bankruptcy debtor, legal entity, impeachment, appeal, suspension, bankruptcy procedure.*

ПОСЛОВНО ПРАВО И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Љубодраг **ПЉАКИЋ**
дугогодишњи судија Врховног суда Србије

НЕКА ПРОЦЕСНА ПИТАЊА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Нови Закон о заштити конкуренције садржи поступања решења материјалне природе у односу на претходни закон. Ипак, нека питања везана за несистематичност Закона су и даље остала. Нису јасно разграничени облици повреде конкуренције, а такође, и надлежност органа за одлучивање у управном поступку.

У односу на судску заштиту, Закон обавезује Управни суд да по поднетим тужбама одлучи у року од два месеца што захтева ефикасније суђење у материји у којој ће најчешће, морати да се води јавна расправа. Обзиром да се ради о једностепеном одлучивању у управном поступку, дозвољено је преиспитивање правноснажне пресуде Управног суда код Врховног касационог суда.

Кључне речи: *заштита конкуренције, Комисија, Савет, Судска заштита, управни спор.*

Закон о заштити конкуренције[1] – у даљем тексту: нови Закон, у примени је од 1.11.2009. године и даном почетка његове примене престао је да важи Закон о заштити конкуренције[2] – у даљем тексту: ранији Закон.

1 *Службени гласник РС*, 51/09.

2 *Службени гласник РС*, 79/05.

Нови Закон на другачији начин одређује предмет и то тако што се циљ Закона директније наглашава. Ранији Закон је одређивао заштиту конкуренције на тржишту „ради обезбеђивања равноправности учесника на тржишту, а у *циљу подстицања економске ефикасности и остваривања економског благостања друштва у целини, нарочито потрошача*"... Новим Законом се његов циљ ставља у први план, па се заштита конкуренције уређује *„у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи потрошача*"... Разлика није само терминолошка, већ на савременији начин објашњава циљ Закона повезан са коришћу потрошача као крајњем домашају Закона.

У подели на територијалну и персоналну примену Закона, уочљиво је да је територијална примена у новом Закону јаснија и концизнија представљена него у ранијем Закону. Чини се да је основни став у члану 3 новог Закона, морао да обухвати и државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе, јер они овим ставом нису обухваћени, а набројани су у тачки 2 овог члана.

I Несистематичност одредаба новог Закона

Аутор је у свом раду[3] указао наману ранијег Закона у погледу његове систематичности. Чини се да ова бољка није отклоњена ни у новом закону.

Ранији Закон је предвиђао три облика повреде конкуренције на тржишту:

1. кроз споразуме којима се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција;
2. злоупотребом доминантног положаја; и
3. концентрацијом којом се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција пре свега стварањем, односно јачањем доминантног положаја на тржишту.

Нови Закон, у Глави II – Повреда конкуренције, даје ширу дефиницију повреде конкуренције – члан 9 наводећи (и разрађујући) у тачки 1 рестриктивне споразуме и у тачки 2 злоупотребу доминантног положаја.

Концентрација учесника на тржишту је предвиђена у Глави III новог Закона, посебно, дакле, у односу на претходну главу, иако и конкуренција на тржишту, под одређеним условима, може да буде об-

3 Концентрација учесника на тржишту као облик повреде конкуренције – конгрес Удружења правника у привреди 2008. године.

лик повреде конкуренције. Одредбом члана 19 се изричито наглашава да „концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим у ситуацијама, ближе наведеним у преосталом тексту истог члана". Стога су, по ставу овог аутора, ради јасноће и прегледности, ови облици повреде конкуренције морали да буду наведени у истој глави Закона уз навођење ситуација када су поједини облици дозвољени, чак и пожељни.

II Комисија за заштиту конкуренције и Савет комисије. Доносилац решења?

У већ цитираном раду, аутор је још пре две године указивао на нејасне одредбе ранијег Закона у погледу доносиоца решења у управном поступку: Комисија за заштиту конкуренције или њен орган – Савет? Непрецизности из Закона нису могле да буду отклоњене ни код доношења решења у управном поступку, а на то су управо странке указивале у вођеним управним споровима код Врховног суда Србије, што је за последицу имало поништај донетих решења.[4]

„У уводу оспореног решења је наведено да Комисија за заштиту конкуренције доноси решење, али није означен орган који је у складу са чланом 33 став 1 Закона о заштити конкуренције и члана 11 став 2 Статута Комисије (*Службени гласник РС*, 47/06) надлежан за доношење одлуке из надлежности Комисије – Савет комисије, па је на овај начин оспорено решење донето уз повреду члана 196 ЗУП-а којим је прописано да у уводу решења, између осталог, мора бити означен и назив органа који доноси решење. Из оспореног решења се дакле, види да је као доносилац решења означено правно лице у уводу, а у потпису је председник Савета, па се не може са сигурношћу утврдити ко је доносилац решења у управном поступку."

Нови Закон у члану 20, положај Комисије за заштиту конкуренције предвиђа као самосталну и независну организацију која врши јавна овлашћења у складу са овим Законом и има статус правног лица. Комисија је надлежна (члан 21 став 1 тачка 1) да решава о правима и обавезама учесника на тржишту, о повреди конкуренције, о појединачном изузећу и одобрењу и забрани концентрације, Комисија доноси решење (члан 38 став 1), а решење Комисије је коначно (члан 38 став 4). Ако Комисија утврди повреду конкуренције, односно другу повреду овог закона, одредиће меру заштите конкуренције... Одредбом члана 59 став 1 и 3 новог Закона је предвиђено да Комисија одређује мере понашања и структурне мере. Надлежности Комисије су предвиђене и другим чла-

4 Пресуда Врховног суда Србије У. 801/07 од 5.3.2008. године.

новима Закона (65–67, 71– против коначног решења Комисије подноси се тужба суду).

Са друге стране, у члану 22 новог Закона је предвиђено да су органи Комисије Савет комисије и председник Комисије и да Савет доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије, ако Законом и Статутом није друкчије прописано. Савет чине председник Комисије и четири члана.

Према цитираним одредбама, по схватању аутора, заиста нису разграничене надлежности ко је доносилац решења у управном поступку – Комисија или Савет. Стиче се утисак да је законодавац имао у виду процесне одредбе ЗПП према коме процесну способност у том поступку има субјекат са својством правне личности, занемарујући одредбу члана 40, став 2 ЗУП-а према којој у управном поступку странке могу бити и други субјекти, који немају својство правне личности.

Будући да је Савет орган Комисије и имајући у виду одредбу члана 22 став 2 новог Закона, сматрам да би доносилац решења из напред цитираних одредаба требао да буде Савет који би се у свом раду приликом одлучивања придржавао одредбе о раду колегијалног органа (члан 69 ЗУП-а).

III Судска заштита учесника у поступку

Одредбом члана 34 новог Закона је предвиђено да се у поступку пред Комисијом примењују правила општег управног поступка. Уз чињеницу да Комисија врши јавна овлашћења и да ради по правилима ЗУП-а, очигледно је да и решења која доноси имају карактер управних аката па се њихова контрола врши у поступку код Управног суда. Како је Управни суд почео са радом од 1.1.2010. године, а нови Закон се примењује од 1.11.2009. године, није требало у завршним одредбама (члан 77 став 1 Закона) предвидети одредбу по којој ће до почетка рада Управног суда о поднетим тужбама одлучивати Виши трговински суд! (у коме поступку) и то само по поднетим тужбама у новембру и децембру 2009. године, утолико пре што је Управно одељење Врховног суда Србије већ одлучивало у управном спору по поднетим тужбама по ранијем закону?

Нови Закон, у члану 72 став 1, предвиђа да се у поступку пред судом, ради оцене законитости донетог решења, примењују одредбе Закона којим се уређују управни спорови, ако тим законом није другачије предвиђено.

Треба рећи, да се посебним материјалним законима ретко предвиђају процесни рокови различити од оних из Закона о управним спо-

ровима (изузетак чини изборно законодавство). Обично се каже да је поступак код суда који се води по одговарајућем закону хитан и то подразумева хитност у свим фазама вођења поступка (и по ванредним правним средствима).

Нови Закон предвиђа (члан 72 став 4 и 5) обавезу Управног суда да тужбу достави Комисији на одговор у року од осам дана, а рок за давање одговора је 15 дана од пријема. Суд је дужан да донесе одлуку по тужби у року од два месеца од пријема тужбе, што по ставовима управно-судске праксе значи да је суд дужан да у том року и уручи пресуду странкама.

IV Новине у Закону о управним споровима[5]

Нови Закон о управним споровима – у даљем тексту: Нови ЗУС ступио је на снагу 30.12.2009. године и све тужбе у управном спору поднете Управном суду после тог рока биће пресуђене по овом процесном закону. Закон садржи значајне новине у односу на ранији Закон о управним споровима, које су значајне и за примену новог Закона о заштити конкуренције.

Пре свега, нови ЗУС садржи важну новину из члана 23 о одложном дејству поднете тужбе у управном спору према коме решењу ће Управни суд одлучивати о одлагању извршења коначног управног акта, а не орган управе (рок за одлуку по захтеву је пет дана од пријема тужбе – право на суђење у разумном року).

У овој материји ће се примењивати и одредба члана 34 став 2 новог ЗУС-а о обавезној јавној расправи обзиром да ће се најчешће, радити о предметима са учешћем две или више странака са супротним интересима. Мора да се нагласи да се у овој материји тежиште ставља на важност утврђивања чињеничног стања код Комисије, јер се поступак код Управног суда не сме претворити у парницу (члан 39 став 1 новог ЗУС-а – „председник већа даје реч тужиоцу, па заступнику туженог и заинтересованим лицима, водећи рачуна да се њихове изјаве односе само на спорна питања и околности од значаја за решење ствари“).

Пресуде Управног суда су правноснажне, а захтев за преиспитивање пресуде, као ванредно правно средство из члана 49 новог ЗУС-а, је дозвољен у три случаја, између осталог и „у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба“. Дакле и у овој материји, поступак по ванредном правном средству би морао да буде хитан код Врховног касационог суда.

5 *Службени гласник РС*, 111/09.

V Закључак

1. Новим Законом о заштити конкуренције је побољшан текст у односу на ранији Закон.
2. Одредбе о облицима повреде конкуренције су морале да буду систематичније обрађене, а доносилац решења у управном поступку јасније одређен.
3. О захтеву за одлагање извршења донетог коначног управног акта одлучиваће Управни суд (члан 23 Закона о управним споровима).
4. У поступку по поднетој тужби код Управног суда обавезна је јавна расправа у двостраначким и вишестраначким предметима. Рокови за достављање тужбе на одговор и пресуђење код Управног суда су предвиђени Законом о заштити конкуренције.
5. Против правноснажних пресуда Управног суда дозвољен је захтев за преиспитивање пресуде о коме одлучује Врховни касациони суд.

***Ljubodrag* PLJAKIĆ**
Long-Standing Judge of the Supreme Court of Serbia

SOME PROCEDURAL ISSUES OF THE COMPETITION PROTECTION LAW

Summary

The new Competition Protection Law contains more complete solutions of substantial nature in comparison with the previous Law. Still, some issues in connection with the lack of systematics of the Law remained. The forms of competition violation are not clearly differentiated, nor the competence of authorities for decision-making in the administrative procedure.

In relation to the judicial protection, the Law obligates the Administrative Court to decide on submitted plaints within two months, which requires more efficient trials in a matter of which, most often, a public debate must take place. Considering that here we have a single instance decision-making in an administrative procedure, it is permitted to review the final judgement of the Administrative Court with the Supreme Court of Appeals.

Key words: *competition protection, Commission, Board, judicial protection, administrative dispute.*

др *Светислав* ТАБОРОШИ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др *Татјана* ЈОВАНИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ЕКОНОМСКО ПРАВО КАО ПРАВО ТРЖИШТА И СЛОБОДА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

У модерној тржишној привреди се проблем обезбеђивања макроекономске ефикасности често своди на то како обуздати експанзију оних који претендују на то да представљају јавни интерес и масом прописа угрожавају саму суштанцу приватног и индивидуалног. У реалном привредном свету је инсистирање на аутономији воље, тржишној слободи и слободи избора делатности не само покушај одбране класичних овлашћења трансактора од политичке самовоље, него и пут којим се штите тржишне институције. А такође је то и гаранција ефикасности и економичности привреде. Следствено томе се не може сматрати да је Економско право (као Право тржишта) страно тело у привредној регулативи, које садржи само ограничења основног принципа. Пре је то подручје у којем се стално усклађују променљиви елементи око трендне вредности – очувања тржишних институција, које гарантују испуњавање тржишних функција. Конкуренција је битан атрибут, односно модел тржишта, а тржиште основни услов конкуренције. Отуда се слобода конкуренције сматра општим интересом модерног демократски уређеног друштва. Заштита конкуренције не значи одсуство државе на тржишту, већ напротив подразумева активну улогу државе у заштити јавног економског поретка који се заснива на слободи конкуренције.

Кључне речи: *економско право, регулација, регулаторно право, конкуренција.*

I Метаморфоза једне научне дисциплине: од државног интервенционизма до Права тржишта

Економско право је Право тржишта. Док је у почетним историјским облицима тржишта, које и данас препознајемо на пијацама, могући сукоб интереса био само у односу продавац и купац, који су имали приближно једнаку економску снагу и информисаност, била је непотребна посебна државна регулатива читавог тржишног механизма, већ се интервенција јавноправног субјеката – државе – ограничавала само на *ex post* ситуације, када је нека од уговорних страна избегавала да изврши своје обавезе.[1] У периоду кодификација уговорног права и доношења првих компанијских прописа, улазак државе у сферу у којој су апсолутну доминацију имале аутономне воље трансактора не може се објаснити ограничавањем њихових слобода, већ напротив, гарантовањем тих слобода савесним трансакторима.[2]

Но, колевком модерног Економског права се ипак сматра ‘државни интервенционизам’,[3] односно покушај државе да отклони низ недостатака које има тржиште после велике економске кризе која је захватила развијене земље тридесетих година, као и после Другог светског рата. Но, идентификација тих недостатака је била прилично паушална, па се, не ретко, прелазило преко границе која је обезбеђивала гаранцију приватноправног интереса и аутономије воље трансактора. Држава је директивним мерама (мерама које се односе непосредно на пословање одређених предузећа) у толикој мери деформисала тржиште да се може рећи да је у оном облику интервенционизма којег називамо етатизмом тржиште било потпуно суспендовано. Рацио те интервенције је, свакако, био јавни, односно општи интерес, тј. привредна стабилност и развој, али је, попут других пројеката који почивају на добрим намерама, завршио фијаском. Стога је Право тржишта морало да буде развијено из пепела којег је произвела претерана државна интервенција. Ако је у том пе-

1 Што се често назива улогом државе као ‘ноћног чувара’ у контексту радова Фридриха Хајека. Friedrich von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol I, Henley Routledge and Kegan Paul, 1973.

2 У том периоду функције државе су се амалгамирале са интересом трговинских асоцијација (нпр. еснафа) јер је било неопходно да се персонална примена трговачког права ограничи на оне који су заиста трговци, јер би се у супротном трговачке бенефиције могле злоупотребити. У том процесу држава, дакле, подржава колективне трговачке интересе когентним нормама јавног поретка заштите. Међутим, попут норми из уговорног права, и ове норме не ограничавају права трговаца већ их штите.

3 Marie-Luce Pavia, „Un essai de définition de l’interventionnisme“, у: *L’interventionnisme de la puissance publique*, Études en l’honneur du Doyen Georges Péquignot, Montpellier, 1984, Том. 2, стр. 549 и даље.

риоду главни приоритет био јавни интерес у тржишном амбијенту, онда је разграђивање таквог механизма морало да иде у смислу афирмисања приватног интереса и потискивања интервенције јавне власти. У процесима постсоцијалистичке транзиције је ова апотеоза приватног интереса често водила у реконструкцију тзв. „дивљег капитализма", стања бременитог различитим социјалним сукобима. Међутим, улога Економског права је да усклађивањем и повезивањем јавног и приватног интереса створи оквире „социјалне тржишне привреде".[4] Економско право је зато земљама попут наше, израз компромиса та два интереса који води стварању тржишних институција у којима би требало да буду избегнути они недостаци који су се манифестовали у земљама са дугом тржишном традицијом.

У периоду државног интервенционизма држава заиста врши пролиферацију управноправних норми у сфери привреде. Управно право директно утиче на сферу која је одређена дисциплинарним границама Грађанског односно Трговинског права. У њима се многобројне ситуације у којима се успостављају јавноправна ограничења приватноправим слободама,[5] односно изузеци од привредних слобода, у духу класичне правне теорије, опредељују као изузеци од принципа слободне диспозиције уговорних страна.[6] То указује на чињеницу да се ради о две релативно јасно разграничене скупине норми. Прву представљају аутентични јавноправни прописи којима се обезбеђује склад између приватноправних интереса појединих привредних субјеката и јавноправних интереса (трансактора и трећих лица), сада опредељених као целина националне привреде. Другу представљају норме које су успостављене ради усклађивања приватних, појединачних интереса са интересима неке друге групе. И овде је реч о компромису којим се опредељује не само ограничење приватних интереса групним, него и групних приватним. Једном речју, теза о ограничавању приватних интереса оним јавним или групним, идеолошки је производ заснован на илузији екстремног индивидуализма и ситне робне производње у којој је настао, као и пракси државног интервенционизма. Својим наглашеним обли-

4 Правно-социолошку упоредну анализу модела регулисања привреде у контексту јавног интереса (САД, Немачка и Француска) видети у: Yves Dezalay, „Between the State, Law and the Market: The Social and Professional Stakes in the Construction and Definition of a Regulatory Arena", у: William W. Bratton, Joseph McCahery, Sol Picciotto, Colin Scott (editors), *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford, 1996, стр. 59–87.

5 Alex Jacquemin, Guy Schrans, *Le Droit Economique*, Paris, 1982, стр. 57.

6 Милан Бартош, „Развој привредног права ФНРЈ", *Међународна политика*, бр. 131/1955, стр. 13; Зоран Антонијевић, *Привредно право – организације удруженог рада и послови промета*, Београд, 1983, стр. 4; Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 4–5 и 335–358.

ком, *ограничавање*, она имплицира да се претпостављено право раније уживало, па се касније смањило.

Из упоредног права, посебно социјалистичких привреда, у којима је Привредно право неспорно и искључиво било грана јавног права, јасно је проистицао закључак да је његова експанзија, правдана жељом да се подигне укупна ефикасност привреде, превеликим нормирањем постављала привредним субјектима толико ограничења да су ови велики део својих привредних потенцијала морали да посвећују активностима које нису биле у функцији њиховог привредног циља. Стога је ограничење таквом антитржишном схватању Привредног права оличено у класичном Трговачком односно Трговинском праву. За јавно право су ограничења слобода правило, за Трговинско су она изузетак. Напуштање илузије о либералном тржишту, нарочито у контексту постојеће финансијске кризе, и потреба увођења тржишне регулације, отвара широко подручје у којем мора да дође до усклађивања повезаних интереса што претпоставља и промену улоге управног апарата. А баш та управа представља основ механизма друштвене регулације, она је посредник између циља правне норме и његовог остварења, док је правосудна делатност „у бити пострегулација".[7] У регулисању привреде разлика између судије и регулатора је у томе што судија делује *ex post*, а регулатор по правилу *ex ante*.[8]

Управна власт спроводи законе путем доношења одговарајућих управних аката (општих и појединачних), као и вршењем непосредних активности потребних за њихово извршавање. Сем непосредне примене закона из области Економског права, она у вршењу ових послова штити и јавни поредак, дакле примењује и прописе који не спадају у Економско право у пуном смислу, већ су његови супсидијарни извори. Принцип законитости је, дакле, основ деловања управе у условима у којима постоји владавина права. Докле год се управа креће у оквирима законских овлашћења, она врши своју уставом поверену функцију. Но, проблем се сада састоји у томе какве законе односно друге опште правне акте управа спроводи. Поштовање закона њу формално ослобађа одговорности, али то још не мора да значи да она ефективно подржава онај тржишни концепт који је ефикасан и обезбеђује жељене економске и ванекономске ефекте. Закони којима законодавац уређује тржишне односе, као и друга за привреду обавезујућа правила, морају да садрже у себи елемент еластичности који ће омогућити да се привредни

7 Lucien Mehl, „За кибернетску теорију управног дјеловања", у: Eugen Пусић (уредник), *Проблеми управљања*, Загреб, 1971, стр. 152.

8 Видети расправу на ову тему у: Bennito Arunada, Veneta Andonova, „Market Institutions and Judicial Rulemaking", у: Claude Ménard, Mary M. Shirley (editors), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005, Springer, 2005, стр. 229–250.

токови одвијају у оквирима јако динамичних промена са којима су субјекти суочени. Због тога је неопходно да право буде рефлексивно, да се у поступку доношења правних норми води рачуна о њиховим ефектима, како негативним тако и позитивним, односно подстицајима које стварају како би привредним субјектима било омогућено да свој интерес усклађују са јавним интересом.[9]

Привредни живот је, без сумње, најдинамичнији подсистем глобалног друштва. Стога се број, карактер па и дикција прописа који га регулишу мора да разликује од оних области правне регулативе у којима су те промене неупоредиво спорије. Однос когентног и диспозитивног садржаја у њима је другачији него у другим гранама јавног права, јер је често потребно да се исти закон различито примењује у различитим ситуацијама, односно да управни органи треба да својим деловањем истовремено уважавају не само принцип законитости, него и целисходности. Тим пре што Економско право није, попут других грана права, кодификовано.[10] Нити то може да буде управо због потребе високе еластичности.

У срединама у којима Економско право није изграђено на полазиштима регулације тржишта у којој учествују сви заинтересовани тржишни учесници и где јавна управа није у обавези да споводи и принцип целисходности, ова грана се своди на скуп државних прописа који регулишу функционисање тржишта кроз ограничења и когентне норме којима се установљавају посебни режими. Без обзира што је то био логички пут настанка Економског права, показало се да је класична државна управа недовољно спремна да уважава и принцип целисходности код спровођења прописа, услед чега је она често била оптуживана да је препрека развоју привреде. Економско право, наиме, захтева примену многобројних метода тумачења и усаглашавања.[11] Стога је неспорна тенденција да се класичној управи остави само надзор над спровођењем закона у области тржишта, а све оне одлуке код којих постоји потреба да се цени целисходност, односно подвргну процесу усаглашавања, препуштају посебним органима који формално не спадају у оквире управе већ 'јавне администрације' јавним (независним регулаторним) агенцијама.[12] Из свега тога следи да је однос Економског права са

9 О значају подстицајних механизама видети: R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, стр. 374–375.

10 „Привредно управно право за сада представља структурно и тематски неуређени скуп правила и прописа". Rolf Stober, *Allgemeines Wirtshaftsverwaltungsrecht*, Kluwer, 2008 (руски превод, Москва, 2008) стр. 19.

11 R. Stober, *нав. дело,* стр. 21.

12 Да би се једна институција сматрала независном регулаторном агенцијом, поред институционалног статуса неопходно је да буду испуњена три кумулативна услова

Управним правом врло сложен. „Уосталом, избалансирати законитост, делотворност и развој, фино подесити однос економских циљева и политичких потреба са захтевима реда, правде и правне сигурности – био је и остао изазов на макро и на микросоцијалној равни.“[13]

Очигледно је да се правна дисциплина коју најрестриктивније можемо да одредимо као скуп јавноправних норми којима се ограничавају приватноправне слободе појединаца[14] као субјеката тржишних трансакција суочава са проблемом доказивања своје опортуности. Задатак права није да ограничава слободе, него да их гарантује. Задатак права није, даље, да мења тржишну структуру, него да чува њене институције од тенденција које би је искривиле и онемогућиле му да обавља своје главне економске функције. Задатак права није да привреду потчињава политичком ауторитету власти и државе, него да на њу утиче превенцијом нежељених ефеката економских закона. Стога је, у суштини, дефиниција Економског права која је у употреби пример негативне дефиниције која је дериват општетеоријског схватања права као инструмента у рукама државе, која је, опет, схваћена као монопол принуде. А ми управо инсистирамо на чињеници да је јавни интерес који је предмет заштите непосредно општи, тј. директно се испољава као збирни интерес оних на које се норме односе. Но, до тог схватања природе Економског права се дошло тек последњих деценија, јер је процес развоја јавноправне заштите тржишних институција у већем делу историје имао баш такав, ограничавајући предзнак.

Уобичајено је да се, ради схватања природе неке појаве, она најпре дефинише у оквиру круга којем припада. Појави треба одредити *genus proximum* тј. род, а затим се указује на њене специфичности у оквиру рода. Ми полазимо од претпоставке да Економско право представља елемент Пословног права схваћеног у најширем смислу, али се оно налази у широком простору између граница класичног јавног и приватног права. Оно обухвата ‘вакум’ између граница, али улази и у сфере ‘приватног’. Читав комплекс пословноправних наука заснива на аутономији воља тржишних учесника. У појединим сегментима тог комплекса проблем координације приватног и јавног интереса јавља се искључиво као проблем пропорције, а не квалитета. Наиме, и код трговачког права, као области која је у највећој мери опредељена вољом уговарача, постоје одређена правила тумачења предуговорних ситуација или уговорних

материјалне природе: она мора да има регулаторна, надзорна овлашћења и могућност изрицања корективних мера у надзору. Claude Albert Colliard, „Préface“, у: Claude Albert Colliard, Gerard Timsi, Jean Austin, *Les autorités administratives indépendantes*, Actes du Colloque Paris, I, Presses universitaires de France, 1988, стр. 10.

13 Зоран Томић, *Управно право – систем*, Београд, 1998, стр. 141–142.

14 F. Klaussing, *Wirtschaftsrecht*, Marburg, 1931, стр. 61.

одредби која су постављена у циљу генералне заштите уговора, а не конкретних уговорних страна. У компанијском праву се статуси привредних друштава опредељују уз знатно виши ниво когентности норми, али је и тамо неспорна слобода оснивача да изаберу врсту друштва која им одговара. У регулисању тржишта је број норми којима се нешто забрањује или прописује специфичан поступак за пословање још већи, али све те норме можемо да схватимо само као посебне правне ситуације које су једнаке за све учеснике који се нађу у одговарајућем тржишном стању или амбијенту. Дакле, то су посебни правни режими (имају правнотехнички карактер општих правних норми) на које трансактори морају да рачунају уколико се баве одговарајућим пословањем. Стога, формално, Економско право делује као скуп правила којима се штити јавни економски поредак и конкуренција на тржишту, али не као дериват појединачног интереса угроженог конкурента, него као обележје целокупног тржишног амбијента. У том контексту је обавезност или број норми Економског права већа него што су такве норме присутне у претходно поменутим областима пословног права.

Поновно успостављање приватноправне (грађанскоправне) регулативе у области привреде, уз позитивно дефинисање надзорне улоге државног апарата, у погледу контроле примене закона, теку паралелно. Пошто процес транзиције претпоставља да се овој материји врате (наравно, услед цивилизацијског процеса развоја, у измењеном садржају), одговарајуће приватноправне карактеристике и она поново постане део корпуса Пословног права, *постављa се питање системског лоцирања оног дела позитивног права које се бави таквом измењеном улогом државе, а у оквиру дисциплинарних граница које познаје правна наука*. Уобичајено је да се ова материја раније излагала у оквирима Управног права, као Јавно економско право, док се њен комплементарни део заснован на усклађивању приватних интереса међусобно, у којем држава нема у том смислу активну улогу, сматра Правом конкуренције. Упркос многобројним променама које су доживеле, гране јавног права по својој природи не могу да у потпуности обухвате нову димензију деловања јавноправних субјеката као партнера у тржишној структури јер су ови, вршећи измењена овлашћења, суочени са потпуно другачијом логиком од логике власти.

Опредељујући га у корпусу пословноправних наука, као проширење пословног права елементима јавног,[15] извели смо закључак да је његов предмет тржиште, али смо затим, имајући у виду да је интерес друштва да путем ове гране регулише функционисање целине тржишних односа, а не појединих трансакција, указали на присуство јавноправних

15 Gérard Farjat, *Droit Economique*, Paris, 1982, стр. 44–46.

елемената који могу чак да доминирају. Било би потпуно погрешно уколико бисмо списак дилема око природе Економског права свели само на то где ће оно бити лоцирано унутар система правних области, јер се оно од других грана права разликује још по неким другим својствима. Оно је, наиме, више од већине других грана опредељено неким неправним детерминацијама, и његов бонитет се не може тестирати само хоризонталним упоређивањем са другим гранама, односно да ли је оно савршено уклопљено у традиционални модел правног система.[16]

Стога се са много основа може говорити и о потпуно новој грани која треба да „попуни" насталу празнину и премости недостатке који проистичу из механичке поделе на гране које штите приватни или јавни интерес.[17] Видели смо, наиме, да је квалитетно функционисање тржишта истовремено и једно и друго. Главни аргумент у прилог наше тезе је чињеница да се некадашње прецизно одвајање двају сфера права, које је постало општеприхваћено после Улпијановог дефинисања њихових граница,[18] данас све више превазилази, јер се у норме јавног права, па и улогу државе, све чешће интерполише нешто што се „тиче користи појединаца", тј. великих фирми, а у материји која се „односи на положај државе" препознајемо интересе и политику великих пословних система. Промена улоге (јавне) управе и нови облици регулације разбијају стереотип о класичној подели на јавну и приватну сферу, односно између управног права и грађанског права.[19] Отуда се класична подела на јавно и приватно право сходно критеријуму јавног или приватног интереса (теорија интереса) чини превазиђеном.[20] Исто тако, стриктна подела на јавно и приватно право према карактеру, односно дејству норме на императивне и диспозитивне, чини се да је такође превазиђена. „Поистовећивање јавног са императивним, приватног са диспозитивним је сувишно откако наука располаже изразима *ius cogens* и *ius*

16 Karl M. Meessen, *Economic Law in Globalizing Markets*, Kluwer Law International, 2004, стр. 89–90; Maria Manuel Leitao-Marques, „Le Droit économique entre l'État et le Marché", у: *Le droit de l'enterprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, Paris, 1997, стр. 444.

17 F. de Kiraly, „Le droit économique, branche indépendante de la science juridique", у: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome III: Les sources des diverses branches du droit, Sirey, Paris, 1934, стр. 111.

18 *Publicum ius est quod ad statem rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utiltatem.*

19 Christine Parker, John Braithwaite, „Regulation", у: Peter Cane, Mark Tushnet (editors), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003, стр. 125–126; Oliver Dawn, „Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre?", *Revue internationale de droit comparé*, 2/2001, стр. 327.

20 О томе нарочито: Владимир Водинелић, „Разликовање јавног и приватног права", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, 1982, стр. 670–678; М. Пелеш, „Однос јавног и приватног права", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву,* 1972, стр. 202.

dispositivum."[21] Зато нам се чини оправданим инсистирање на поновном интегрисању одговарајућих фрагмената дисциплинарно издељених елемената нормативног система у оквир који би обезбедио непротивречно и систематско сагледавање читаве регулативе привредног живота.[22]

II Право тржишта у оквирима 'регулаторног капитализма'

Иако се сва места сусрета понуде и тражње изједначавају са тржиштима, у савременом свету се она веома диференцирају и јављају у великом броју облика и врста. Зато се и правила тржишног понашања (којима право надомешћује недостатак могућности да тржиште експлицитно дефинише своју вољу, тј. услове оптималне, ефикасне и друштвено најцелисходније размене) такође диференцирају, па ћемо сретати различита правила на различитим тржиштима. С обзиром да угроженост слободе воље тржишних субјеката нема исти значај за друштво на свим тржиштима, то ће се и заштита те слободе битно разликовати и у највећем броју случајева штитити *ex post*: судским поступком, на основу захтева оштећеног. Нормама Облигационог, а не Економског права, јер се може претпоставити да је учињено понашање напад на приватни, а не и на јавни интерес. Друга тржишта, пак, показују тенденцију да се приближе пуним привредним субјектима, јер добијају и елементе организационе структуре – на пример, берза. Таква тржишта не само да имају специфична правила, него и сопствени механизам за њихово спровођење који је најчешће довољан да обезбеди функционисање у складу са друштвеним стандардима и потребама. Свест о могућим деформацијама и далеко катастрофалнијим последицама њихове дисфункције је код берзи много присутнија него на тржишту роба. Али се, међу тржиштима, могу наћи и она где је неопходно комбиновати заштиту ex пост, са заштитом ex анте, јер се може претпоставити да ће односи на тим тржиштима бити изразито деформисани. Управо се у томе огледа централни задатак Економског права које путем јавноправне контроле превентивно делује на настанак тржишних аномалија.

Крајње либерални тржишни образац, који се суштински заснива на претпоставци тржишта савршене конкуренције,[23] очигледно не

21 В. Водинелић, *нав. дело*, стр. 670.

22 О систематском карактеру Економског права као аутономне гране вид. нпр: Matteo Ortino, „The Notion of Economic Law and Regulatory Competition", у: Karl M. Meessen, Marc Bungenberg, Adelheid Puttler (editors), *Economic Law as an Economic Good – Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems*, Sellier, 2009, стр. 103.

23 Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Београд, 2008, стр. 185–193.

функционише увек на најбољи и најефикаснији начин, те је потребно идентификовати и исправити тржишне недостатке, односно надомести-ти негативан ефекат тржишних недостатака, што се често схвата као „мешање" државе у погледу неке приватне активности.[24] Отуда схватање да је интервенисање когентним правилима оправдано само када је неопходно да се реши проблем тржишту инхерентих недостатака као што су екстерналије, морални хазард, непотпуна конкуренција или природни монополи и слично,[25] када се механизмима приватног права не може отклонити недостатак.[26] У том смислу, традиционално оправдање интервенције државе од стране (либералне) економске теорије, своди се на идентификовање тржишних недостатака које спречавају перфектну конкуренцију на тржишту, што је најбоље изражено кроз максиму „*конкуренција кад год је то могуће, регулација само када је неопходно*".[27]

Међутим, либерализација тржишта, његова дерегулација и „замена конкуренцијом", иако су утицали на слабљење непосредне државне интервенције, не подразумева да је држава одустала од регулације привреде. Дерегулација[28] тржишта управо је условила јачање регуларторне улоге државе.[29] Регулација модерног тржишта није негација улоге државе у привреди, већ истаживање најподеснијег начина усмеравања привреде и привредих субјеката ка постизању друштвено пожељних циљева.[30] С тим у вези, концепт регулације привредног живота би требало да буде доктринарно неутралан, негде у широком простору између „марксистичке Харибде и 'адамсмитовске' Сциле".[31]

Тржишни односи су у савременој привреди комплекснији него у условима привредног либерализма, поред осталог, и због тога што се поред класичних привредних субјеката данас јављају и нове институције

24 Barry M. Mitnick, *The Political Economy of regulation*, New York, 1980, стр. 2. и стр. 7.

25 Нпр. John Kay, John Vickers, „Regulatory Reform: An Appraisal", у: G. Majone (ed), *Deregulation or Re-regulation – Regulatory Reform in Europe and the United States*, London, 1990, стр. 221–226.

26 „*Where, then, market failure is accompanied by private law failure... there is a prima facie case for regulatory intervention in the public interest*." Anthony Ogus, *Regulation – Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, стр. 30.

27 J. Kay, J. Vickers, *нав. дело*.

28 Како се наводи у *Економској и пословној енциклопедији*, дерегулација је „напуштање одређеног облика државне регулативе и њихова замена конкуренцијом", Београд, 1994, стр. 183.

29 Ross Cranston, „Regulation and Deregulation: General Issues", *University of New South Wales Law Journal*, 5/1982, стр. 1.

30 Terence Daintith, „Regulation", у: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVII, Martinus Nijhoff, 1997, Глава X.

31 Claude Champaud, „Régulation et droit économique", *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 16/1, 2002, стр. 46.

које се по својој економској и друштвеној природи разликују од класичног предузећа. То су у првом реду држава са својим организацијама, а затим и неки други облици удружења која имају привредни ефекат, као што су синдикати и коморе. И саме компаније се по својој организацији, величини, расположивом капиталу и укупном друштвеном утицају разликују од обрасца развијеног за поимање тржишног трансактора у либерализму.

Зато за регулисање тако хетерогених односа не може да буде довољно постојање норми приватног права (Облигационог и Трговачког, заједно са специјализованим гранама попут Саобраћајног, осигурања, Банкарског и других), јер из карактера повезивања привредних субјеката проистиче и опасност по јавни интерес, односно привредни поредак. Поменути субјекти своје везе успостављају под условима који нису тржишни, или се, чак, повезују потпуно ван тржишта. Из тога би могла да настане опасност по одговарајуће друштвене системе (алокације и дистрибуције) јер би могао да се јави и дуалитет тржишних и ван-тржишних – административних или корпорацијских повезивања.[32] Ниво регулације специфичних тржишта зато неспорно мора да буде неједнак, али то не значи и да на било којем од њих може да у регулацији доминира само једна категорија интереса. Недавна глобална финансијска криза је јасно показала да је у регулацији финансијског сектора био девалвиран интерес нефинансијских партнера. Са друге стране, у реаговању на кризу се показало да је много виши степен законодавчевог волунтаризма од оног који је уобичајен код норми приватног права. Када као предмет деловања Економског права имамо поремећену и конфликтима оптерећену, економски неефикасну структуру у којој доминирају или једна или друга интересна комонента, основна водиља мора да буде рехабилитација самог тржишта. Доминирање приватноправне димензије у регулативи привреду води у циклично-анархичне токове, а доминирање јавноправне, која је инспирисана политичким опортунитетом, бар према свим досадашњим искуствима, у пад квалитета економије.

Поред тога што Право тржишта као свој директни предмет изучавања има скуп институционалних ограничења модерног тржишта (у смислу Јавног економског права), оно има још једну димензију: интегрисање друштвених правила у различитим, понекад и хетерогеним областима привредног живота и њихово усклађивање, односно регулација. То све у циљу како би се одржао јавни економски поредак (*l'ordre public économique – OPE*) и то кроз: 1) јавни поредак усмеравања

32 Michael E. Levine, Jennifer L. Forrence, „Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda: Towards a Synthesis", *Journal of Law, Economics and Organisation*, Vol. 6, 1990, стр. 167.

(*OPE de direction*) и 2) јавни поредак заштите (*OPE de protection*) којим се пружа већи ниво заштите у односу на приватноправни поредак.[33] Ова прва димензија није општеприхваћена, попут друге, и зато се у тексту користи израз Економско право у ширем смислу, када год њу имамо у виду, у смислу Регулаторног права.[34] Његов ужи садржај се и не може разумети ако у се истовремено не омогући да сагледа укуни ниво конзистентности свих привредноправних дисциплина, односно одговарајућих грана права, обзиром на циљну функцију коју ова дисциплина има, обзиром да она критеријум економске ефикасности ставља у директну везу са критеријумом законитости.[35] Зато је Економско право у ширем смислу и мета – позитивноправна наука, јер се, сем директног предмета бави и анализом конзистентности читаве привредне регулативе, како правне, тако и неправне. Свака норма је у својој дикцији специфична, јер опредељује одређено понашање трансактора у датој ситуацији у којој постоји могућност угрожавања тржишних функција, али се дух те норме може схватити само на основу интегративног познавања свих прописа који се односе на дату тржишну појаву. Економско право је формално далеко уже од појединих правних дисциплина, на пример Облигационог или Трговинског права, јер обухвата само нека ограничења тржишних елемента преко којих се субјекти повезују у систем, али је, са друге стране, садржински шире од појединих дисциплина јер се бави економским тестирањем усклађености њихових непосредних нормативних предмета: бави се не индивидуалном каузом (уговора) него друштвеном каузом коју удентификује са оптималним функционисањем тржишта.

Економско право је и нормативна дисциплина чији је предмет проучавања скуп норми којима се тежи успостављању равнотеже целине привредног живота једне заједнице кроз регулисање тржишта, тј. обезбеђује њихова усклађеност привредне структуре и њена динамичка стабилност. Из оваквог одређења јасно произлази да се оно не бави

33 G. Farjat, *нав. дело*, стр. 50–55.

34 Међу научним штивом посвећеном објашњењу ове (нове) дисциплине, којим ћемо се бавити у наредном истраживању, истичемо чланак професорке Frison-Roche којим је 'ударен темељ' ове дисциплине у Француској (односно метаморфоза Јавног економског права у модерно Регулаторно привредно право). Marie-Anne Frison-Roche, „Le droit de la régulation", *Recueil Dalloz*, 2001, 610; Такође вид.: Stefan Lorenzmeier, Reiner Schmidt, „Public Economic Law as the Law of Market Regulation", у: K. M. Meessen, M. Bungenberg, A. Puttler, *нав. дело*, стр. 115; Marian Döhler, „Das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde im Kontext des deutschen Regierungs– und Verwaltungssystems", *Die Verwaltung*, Vol. 34, 2001, стр. 59; J. Massing, „Stand und Enwictlungstendwensen eines Regulierungverwaltungsrechts", у: Hartmut Bauer, Peter M. Huber, Zygmunt Niewiadomski (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Boorberg, Stuttgart, 2002, стр. 161.

35 Светислав Табороши, *Економско ūраво*, Београд, 2003, стр. 20.

свим нормама чији је предмет привредни живот, већ само онима које имају као свој циљ да обезбеде да трансактори закључују уговоре којима оптимално задовољавају своје интересе, а да истовремено не буду на штету интереса трећих страна. Предметна оријентисаност норми Економског права се види из њихове експлицитне дикције, јер се односе на специфичне тржишне ситуације, а карактеристика коју смо определили као системски карактер (Економског права) у томе што све те норме морају да буду усклађене не само у правнотехничком смислу, него и да се могу идентификовати као средства која служе истом сводном циљу: превенцији деформисања тржишних функција. Односно, правна норма у том смислу представља стабилизациони инструмент.[36]

Централна област на коју делује Економско право су тржишни односи. Стога је непосредни друштвени ефекат норми чије доношење проучава ова дисциплине у модификовању дејства тржишних законитости. Модификовању, а не и замењивању, јер ваља неутрализовати или смањити интензитет оних тенденција у развоју тржишне структуре које доводе до трајне промене тржишних институција на начин који демантује основне тржишне функције. Дакле, непосредно се мења начин деловања тржишног механизма, и то не спорадично, од случаја до случаја, него кроз трајна, правно уређена и демократски прихваћена правна решења. Како закључује професор Радомир Лукић „*држава и право могу да успоре развој економског живота по иманентним економским законима, као што могу и да га убрзају, али никако не могу да га укоче или да му одреде други правац, супротан економским законима. Економски фактор остаје примаран и одлучујући*“.[37]

Економско право треба да обезбеди конзистентност, целовитост и непротивречност привредне регулативе, да буде основ за системско тумачење свих норми којима друштво регулише своју репродукцију. Стога је ова грана не само са становишта свог непосредног нормативног садржаја – скупа норми – него и начина њиховог доношења, другачија од класичних грана јавног права. Ту специфичност изражавамо кроз концепт регулације која подразумева и то да норме, у зависности од непосредног предмета нормирања, имају у извесном смислу водећи, а не само обавезујући карактер. Улога права није да само у томе да нешто нареди или забрани, већ и да подстакне понашање, *да усмерава, усклађује и подешава*[38] интересе.

36 Terence Daintith, „Legal Analysis of Economic Policy“, *Journal of Law and Society,* Vol. 9, No. 2, 1982, стр. 191.

37 Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1968, стр. 63.

38 Вид. значење израза ‘регулација’ нпр. у: Братољуб Клаић, *Рјечник страних ријечи, израза и кратица*, Загреб, 1962, стр. 1244; Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1980, стр. 785.

Нужност да се уважи и заштити и интерес који није исте врсте као онај који се гарантује приватном својином, даје основ за специфичну дефиницију Економског права као скупа јавноправних ограничења тржишних слобода. Уосталом, концепт регулације привреде у континенталној Европи дуго је био под маском директног интервенисања државе.[39] Али таква дефиниција је двојако проблематична: прво, зато што појам јавноправно ограничење у овом контексту није сасвим адекватан, будући да је суштина ове дисциплине одређена као процес регулације,[40] који подразумева координацију и балансирање,[41] а не супрематију јавног интереса над приватним, нити пуку демонстрацију државног империјума ради решавања проблема негативних екстерних ефеката.[42] Друго, што ограничење није ограничење слободе, већ управо гарантовање те слободе путем спречавања злоупотреба овлашћења из права својине. И најзад, гарантовање тржишних слобода, а не ограничавање, односи се и на чињеницу што онај који „ограничава", држава, то чини на основу општих правних норми које су подложне оцени са становишта законитости и уставности, и што одговарајући органи морају да се крећу у оквирима тако утврђених надлежности. Стога се тим истим нормама ограничава и државни волунтаризам, односно друга противправна понашања јавноправних органа.

Са друге стране, динамика и развој тржишта указује на потребу за постојањем Економског права како би се кодификовале многобројне парцијалне измене правила понашања на тржишту, али и због тога што се одговарајуће норме формирају у посебном процесу стварања права, другачијем од класичног законодавног пута. Зато се са много основа може рећи да је Економско право израз и резултат тржишне регулације, дакле оквир којим се утиче и усмерава, а не само прописује понашање трансактора. Као што саобраћајни знаци служе регулисању саобраћаја путем лепезе знакова забрани и обавештења; нема сваки знак карактер прописа који повлачи санкцију. Са друге стране, Економско право као усмеравање тржишног саобраћаја претпоставља и то да се сама пра-

39 C. Champaud, *нав. дело*, стр. 23; Mohammed M. Salah, „Les transformations de l'Ordre Public économique. Vers un Ordre Public régulatoire?", у: Marie-Anne Frison-Roche (ed), *Philosophie du Droit et Droit Économique (Mélanges Farjat)*, Paris, 1999, стр. 269.

40 Односно процес регулације је њен објекат, тако: Marie-Anne Frison-Roche, „Définition du droit de la régulation économique", у: Marie-Anne Frison-Roche (ed.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Dalloz, Paris, 2004, стр. 7.

41 Једну од најбољих одредница процеса регулације дао је Еуген Пусић: „дјелатност систематског легитимног утјецаја на понашање људи према претходно постављеним критеријима". Еуген Пусић, *Друштвена регулација*, Глобус, Загреб, 1989, стр. 149.

42 „У циљу решавања проблема негативних екстерних ефеката држава може да уведе регулацију делатности која емитује екстерне ефекте". Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 344.

вила постављају кроз непрестано доградњивање механизма социјалног компромиса, тј. усклађивање парцијалних и интегративних економских интереса, што неки називају 'регулаторним капитализмом'.[43] Тај процес 'друштвених интеракција' је много сложенији од просте демократске расправе о предлозима закона у току њиховог доношења, јер подразумева многобројне манифестације непосредне регулаторне активности недржавних или незаконодавних институција.[44] Штавише, процес регулације поред императивне компоненте све више задире у домен приватног права, омогућавајући интернализацију регулаторне функције на нивоу привредних субјеката уместо непосредне државне интервенције ('приватизација регулације'), односно децентрализација регулације кроз хетерархијски однос јавне управе и регулисаних субјеката.[45] У основи ове идеје која се у правно-политичкој теорији назива 'процедурализацијом регулације'[46] је став да се циљеви могу постићи подстицањем привредних субјеката, уместо искључиво инструментима командно-контролне регулације.[47] Као што својом садржином превазилази границе јавног права, тако и у својој имплементацији Економско право захтева интеракцију државних институција, невладиних организација и организација насталих ради заштите приватних интереса уз координирајућу улогу јавне управе.

III Усаглашавање супротстављених интереса учесника на тржишту ради очувања тржишта

Суштинско питање у вези са нормама Економског права, на основу којих се оне разликују од управноправних мера државе у привреди, јесте у мери поштовања пуне аутономије свих учесника на тржишту. Поштовање њихове својине и из ње изведених овлашћења је претпоставка присвајања резултата пословања, односно одговорности за соп-

43 David Levi-Faur, „The global diffusion of regulatory capitalism", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598/2005, стр. 12–32; John Braithwaite, *Regulatory Capitalism – How it works, ideas for making it work better*, Edward Elgar, 2008.

44 Gary Becker, „A Theory of Social Interactions", *Journal of Political Economy*, Vol. 82, 1974, стр. 1063.

45 Gunther Teubner, „Regulatory Law: Chronicle of Death Foretold", *Social and Legal Studies*, Vol. 1, 1992, стр. 463; Helmut Willke, „Societal Guidance through Law?", у: Gunther Teubner, Alberto Febbraio (editors), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems* (*European Yearbook on the Sociology of Law*), Milano, 1992, стр. 353–388.

46 Julia Black, „Proceduralizing Regulation: Part I", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, No. 4, 2000, стр. 597.

47 Gunther Teubner, „Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review*, Vol. 17, 1983, стр. 239.

ствене профите. А без те одговорности и ризика којег подразумева, не би било ни конкуренције ни подстицаја за развој. Зато је битно да схватимо да Економско право ниједним својим елементом не замењује вољу трансактора. Оно само мења круг претпоставки за доношење привредне одлуке свакоме од њих појединачно, али на начин који не познаје никакву дискриминацију. Трансактори ступају у различите уговорне и вануговорне везе искључиво у свом интересу, уз поштовање принципа економске логике, али им се, деловањем правних инструмената, такво понашање мења на начин којим ови истовремено са остваривањем сопствених циљева, уважавају и одговарајућа друштвена ограничења. Тако у резултанти дејства таквих ограничења видимо компромис између сопственог приватног (профитног, парцијалног и краткорочног циља) и јавног (дугорочног интереса оријентисаног на очување тржишних институција). Третирајући таква институционална ограничења као објективно задате оквире у којима слободно закључују уговоре са својим партнерима, трансактори, у суштини, у сваком појединачном подухвату уграђују у своју пословну одлуку чији је крајњи мотив профит, и најнижу, али неопходну меру ограничења која обезбеђују поштовање интереса неуговорних страна или општег интереса. То има као резултат да се превентивно отклоне могућности за настанак сукоба. А пошто су поменута правила позната унапред, и по општим принципима права њихове измене не делују ретроактивно, то Економско право има и функцију да обезбеди владавину права.

Централна област друштвене репродукције на коју делује Економско право су тржишни односи. Стога је непосредни друштвени ефекат сопствених закона ове дисциплине модификовање дејства тржишних законитости у смислу неутрализовања или смањивања ефеката оних тенденција у развоју тржишне структуре који се сматрају друштвено непожељним, мада су „уграђене“ у метаболизам модерне тржишне привреде. Дакле, непосредно се мења начин деловања тржишног механизма, и то не спорадично, од случаја до случаја, него кроз трајна, правно уређена и демократски прихваћена правна решења.

За разлику од субјеката, који имају права и обавезе, тржиште је деперсонализовано, нема вољу способну да постане противтежа некој другој вољи. На нивоу појединог уговора такву контрадикторност интереса имамо, али се она уопште не види на нивоу укупности. То, међутим не значи да је та укупност правно ирелевантно стање, јер је улога права у привреди да делује синергично са економским законитостима које њима владају. Дакле Економско право мора да буде заступник и заговорник оних законитости које владају тржиштем, које нису у свести појединих уговорача, али морају да буду присутне у нормирању при-

вреде као јавни интерес. Зато се само делимично и привидно преклапају на нормама уговорног права, која претпостављају слободу воља, равноправност страна, савесност и др. Недостаци на нивоу појединачног уговора не морају да изазову реакцију браниоца самобитности тржишта – носиоца јавног интереса – али то не значи и да то не може да буде случај. Све зависи од процене друштвене опасности од ширења дате аномалије уговорног односа.

Општи услов постојања тржишта је узајамно признавање равноправности трансактора. Ако се не признају као равноправни, имамо однос ванекономске зависности, а не тржишни. Таква дефиниција слободе тржишног трансактора је доста ефикасно средство нормирања, јер јасно подразумева право оштећеног да захтевом за накнаду штете тражи да се субјект који није поштовао истоврсно право партнера обавеже да му надокнади штету. Међутим, у многобројним ситуацијама штета се не наноси уговорном партнеру већ трећем лицу. Класично приватно право је концептом квазиконтракта проширило одговорност штетника, али је и тако проблем остао лоциран у равни односа између приватноправних субјектата. Замислимо пример у којем један трансактор користећи неморална средства конкуренције изазове штету другоме. Отклањање штете на основу судске пресуде ће отклонити неправду учињену оштећеном, али шта ако овај уопште не тужи штетника, јер овај има већу тржишну снагу па ће га својим накнадним акцијама још више оштетити. Но, и када се поступак заврши компензацијом, отклоњена је бивша повреда нечијег права, а не и будуће. Сваки будући оштећени мора да тражи заштиту свог индивидуалног права и доказује основ тужбе.

Други јасни недостатак механизма решавања спорова у оквирима приватноправног хоризонта је у томе што се штета не наноси само опредељеном оштећеном, него се угрожавају и општа правила тржишног пословања. Опште економске функције тржишта се не виде на нивоу у којем се крећу индивидуални трансактори, те се стога може закључити да насртање на истоврсно право другог трансактора истовремено представља и насртање на неки други, различит правни интерес који није садржан у индивидуалном праву (својине) оштећеног партнера. Приватноправни механизам обезбеђује имовинску компензацију, али не и генералну заштиту самог права својине.

Економско право, као и право уопште, треба да превентивно спречи наступање сукоба услед нејасноћа у погледу заштите правних интереса субјеката, и да их, ослободивши их од ризика наступања неправних ситуација, стимулише на стабилно и континуирано пословање. Тако се уједно постиже и виша вредност друштвеног богатства. А то нас доводи до тога да би онда и друштвену садржину Економског права, у том кон-

тексту, могли да одредимо као скуп норми којима се унапређује ефикасност тржишта *путем санкционисања понашања појединих субјеката која, иако, са њиховог становишта спадају у економски легитимна, у збиру испољавања доводе до мањег нивоа друштвеног производа од оног који је могућ уз постојање правно уређених граница њихове аутономије*.

Право се обично схвата као средство регулисања сукоба, што значи да оно нема задатак да мења правац развоја одређене области друштвеног живота, већ само да смањи укупни друштвени трошак његовог функционисања. Уколико сви они на које се право односи знају да ће у случају непоштовања прописа бити изложени санкцији, могу да калкулишу да ли им се више исплати трошак подвргавања норми или санкција. Мада оваква логика представља општи образац понашања сваког субјекта који се суочава са некаквим правним ограничењем своје аутономије воље, извесно је да пуни смисао има баш у оним гранама права у којима постоји квалитативна идентичност природе обавезе и санкције. А управо то је случај у Економском праву. Свако прибегавање закључивању уговора којима се масовно нарушава принцип равноправности уговорних страна – што је у суштини недозвољива деформација тржишта – може да се објасни већим очекиваним профитом. А санкција, која је такође имовинска, и са којом би се компанија суочила, представља другу величину. Стога би чиста логика јавноправног приступа регулацији тржишта захтевала да запрећене казне буду изузетно високе и тако дестимулишу оне који би угрозили тржишни механизам. Но, са друге стране, привредно право мора да почива на аутономији воље, слободи избора и штити конкуренцију на тржиштима. Такви циљеви се тешко могу комбиновати са драконским и крутим механизмима санкционисања, поготово што се веза између неког понашања и ниво угрожавања јавног интереса који се идентификује са постојањем перфектног тржишта, тешко могу и доказати и измерити. Стога се, упркос привидној једноставности проблема обезбеђивања услова за функционисање тржишта, проблем регулације мора решавати суптилнијим механизмом. Сам циљ, такође, мора да буде недвосмислено израз општег интереса, односно да могућа опасност буде реална и да води озбиљном угрожавању тржишних функција или њиховом трајном деформисању.[48] Постојање јавног интереса, недискриминаторност и сразмерност су, дакле, главни захтеви на основу којих се цени друштвена опортуност одговарајуће норме, као и функционисање

48 Без обзира евентуалне различитости, општи интерес у погледу очувања тржишних функција у свим привредним системима тржишног типа има заједничке карактеристике. Karl Oettle, „L'intérêt général dans les différents systèmes d'économie de marché", у: Helmut Cox (ed.), *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union Européenne*, Paris, Pedone, 1997, стр. 165 и даље.

(јавне) управе. У случају када настане својеврсни *trade-off* између економске ефикасности и правичности, циљ регулације у јавном интересу тумачи се као „социјално ефикасна употреба оскудних ресурса".[49] Јавни интерес опредељује циљ регулатора: максимизација добробити друштва као целине. То значи да регулаторну стратегију одређују у зависности од јавног интереса и чине оно што је најбоље за предузећа и потрошаче, односно балансирају супротстављене интересе.[50] Они би чинили оно што је најбоље за друштво у целини под непромењеним условима. Али пошто то најчешће није могуће, они ће развити такву регулаторну стратегију која ће да омогући предузећима да зараде профит на нивоу вишем него у условима савршене конкуренције, али и нижем него на монополистичком тржишту.[51]

За процену оправданости је довољно постојање друштвене свести о тенденцији урушавања тржишног механизма, а не и постојање кривице или индивидуалне одговорности. Уколико таква постоји, могуће је негативне последице конкретног уговора елиминисати путем накнаде штете. Али свест о опасности због тога што се све више уговора закључује под условима који не обезбеђују равноправност интереса трансактора не мора да подразумева да је идентификовано нечије противправно понашање.

Пошто се Економско право не бави накнадом штете, тј. отклањањем последица закључивања појединачног манљивог уговора, већ општом превенцијом и усклађивањем, оно не почива на доказивању индивидуалних околности, већ на анализи садржаја одговарајућих правних инситута и идентификацији могућих овлашћења која би могла да угрозе јавни интерес оличен у перфектном тржишту. Видели смо да су асиметрија тржишне снаге и информисаности трансактора главне субјективне препреке за закључивање перфектних уговора, па се из тога може извести закључак да ваља модификовати ону компоненту права својине која производи слободу закључивања уговора. Принцип сраз-

49 Johan Den Hartog, „General theories of regulation", у: Boudewijn Bouckaert, Geritt De Geest (editors), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III, The regulation of contracts*, Edward Elgar, 2000, стр. 231.

50 Пелтзман је настојао да модификује теорију заробљавања коју је развио Бернстеин средином педесетих година прошлове века (Marver H. Bernstein, *Regulating business by independent commission*, Princeton, 1995.) истичући да потпуно заробљавање јавне управе од стране једне интересне групе није реално, обзиром да би то могло да подстакне опозицију од стране других група и указао на чињеницу да регулаторни процес подразумева усклађивање супротстављених интереса. Sam Peltzman, „Toward a more general theory of regulation", *Journal of Law and Economics*, Vol. 17, 1976, стр. 211–248.

51 Johnatan Macey, „Transaction costs and the Normative Elements of Public Choice Model: An Application to Constitutional Theory", *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1998, стр. 478.

мерности нас упућује на то да се модификација мора постићи на начин који најмање угрожава основно право и који, у перспективи, штити и интерес самог субјекта на којег се ограничење поставља.

IV Ограничавање владавине економске снаге и заштита слободе конкуренције

Пре настанка модерног Економског права као Права тржишта, привредноуправне функције државе су заиста могле да се схвате као ограничавање и индивидуалне слободе, и нивоа слободе тржишта у целини. На пример, национализацијом неке компаније се, неспорно, ограничава слобода тог трансактора, али се истовремено смањује и ниво конкуренције на тржишту. По инерцији се и даље понавља формулација да се фунцкије Економског права постижу путем ограничења приватноправних овлашћења приликом закључивања уговора, али је таква, у правној литератури уобичајена формулација, у социолошком смислу дубоко нетачна. Ограничавање слободе уговарања за једне је управо омогућавање слободе уговарања за друге партнере. Далеко би било тачније када бисмо рекли да се на тржишту *успоставља владавина права, а ограничава владавина (економске) снаге*. Владавина права на тржишту никако не искључује доминацију економски јачих субјеката, јер право мора да одрази стварност, већ само може да санкционише злоупотребу те моћи. Право не делује *contra oeconomiae*, јер је њој иманентна (егоистична) тежња сваког субјекта за развојем, растом и елиминисањем конкуренције. Када би се забранили напори да се победи конкуренција, престао би привредни развој. Довољно је само да се сетимо средњовековних градских статута и еснафских правила, па да одмах постане јасно да нормативни оквир модерног тржишта представља потпуну негацију таквих традиционалних и конзервативних правних стандарда. Али право мора да дух и суштину тржишних односа спасе тако што ће гарантовати слободу конкуренције, слободу избора делатности односно слободу привређивања, обезбеђивати слободу привредног развоја онда када су ови угрожени аутономним процесима на самом тржишту.

Но, тржишна слобода се може упоредити са врхом леденог брега, чији је већи део под водом. Тако је и са слободом воље модерног предузећа: и пре него што дође у ситуацију да тржишно располаже својим економским вредностима, предузеће се већ налази у мрежи правних односа поводом различитих аспеката пословања, норми које немају непосредно за циљ регулисање тржишне ситуације, већ регулисање односа из којих ће проистећи тржишно располагање. Зато се Економско

право мора да, бар делимично, бави и анализом норми које регулишу услове прибављања фактора који служе стварању роба и услуга, односно и другим тржишним просторима (тржиштима фактора), у складу са концептом интегралног тржишта.

Економско право мора да реагује на економску садржину уговора, односно да оне објективне ситуације у којима се не може утврдити експлицитна противправност упркос постојању опасности да ће такви односи угрозити тржишне институције. Пошто се на тржишту појављују не само купци и продавци са својим стандардним овлашћењима, него и робе и услуге, а са друге стране имамо и процес закључивања уговора којима се остварује привредна динамика, то ће се Економско право непосредно бавити тржишним субјектима и њиховим односима у оној мери у којој се разликује њихова правна форма и економска садржина. Реформулисање својинскоправних овлашћења тржишних трансактора нема за циљ да их улепша и учини правно елегантнијим, него да идентификује иманентне деформације, одговарајућим поступком усклађивања интереса определи као непожељне и најзад, санкционише механизмом који у најмањој мери утиче на остале тржишне слободе трансактора. Будући да је задатак Економског права баш да измени ону ситуацију коју бисмо имали када би се економска садржина односа логиком либералне економије апсолутно верно преносила у правне институте размене, могли бисмо да га упоредимо са филтром који у том претварању економије у право има задатак да спасе економију од саморазарања. *Економско право тржишне слободе никада не укида, него свима који су повезани преко тржишта предочава да хетерономна ограничења могу да подржавају те слободе само ако се претворе у аутономне, самоограничавајуће норме.*

Правне норме треба да у савременој тржишној привреди обезбеде такво повезивање основних материјалних елемената привређивања, тј. рада, капитала, природних ресурса и предузетништва, које ће друштвеним групама које их контролишу и износе на тржиште фактора обезбедити формално равноправан третман. Равноправност тог третмана проистиче из уставних основа правног система, а пре свега из комплекса људских права. Економски пандан овим принципима је слобода предузетништва, односно слобода конкуренције. *Зато је слобода тржишне конкуренције не само екномски услов за ефикасно деловање тржишта као механизма расподеле, него и логички услов за успостављање структуре модерног предузећа у којем се сви фактори подвргавају јединственој циљној функцији.*

Да би се разумела суштина слободе конкуренције и корпус правила о њеној заштити, потребно је указати на однос тржишта и конкуренције, без намере да се у овом раду бавимо самим одређењем

конкуренције. Конкуренција је „битни атрибут тржишта“,[52] а тржиште основни услов конкуренције. Конкуренција је првенствено економска категорија, она представља процес и механизам међусобне утакмице тржишних субјеката у циљу остваривања повољнијих услова пословања, продаје роба, реализације добити, проширења тржишта и др. Класична економска теорија правила је разлику између конкуренције и монопола као међусобно искључујућих категорија, тако да су се у економској науци првобитно оформиле две одвојене теорије: теорија о конкуренцији и теорија о монополу, да би афирмацијом Чемберлинове теорије монополистичке конкуренције дошло до усаглашавања ове антиномије између перфектне конкуренције и чистог монопола – монополистичка конкуренција представља услов деловања тржишта.[53]

Међутим, предмет модерних антимонополских прописа нису само монополи већ својеврсне монополистичке тенденције. Право сада не регулише економски феномен, монополе, колико специфичне услове који могу да доведу до таквих манифестација. Другим речима, данас је нагласак на дефинисању забрањених понашања привредних друштава и повредама конкуренције, без обзира да ли су монополисти или не, а не на регулисању формалних обележја заснованих на величини или учешћу на тржишту. Стога модерни прописи о заштити конкуренције под ‘повредом конкуренције’ подводе „акте или радње учесника на тржишту, који за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције“.[54]

Утврђивање постојања елемената монопола, а још више њиховог (негативног) утицаја на друштвену репродукцију подразумева далеко виши ниво макроекономског обзира од оног који се може срести код носилаца правосудне функције који поступају у приватноправној, парничној, ствари.[55] То стога што је заштитни објект код норми којима се забрањује успостављање монополске структуре, за разлику од обичне парнице, апстрактан: то је слобода тржишног понашања и избора. У процесу логичке конкретизације таквог заштитног објекта, односно циља правила о заштити конкуренције, претежу елементи целисходности над елементима формалне законитости, јер није спорно да поједини елементи друштвене целисходности тешко могу да буду једнозначно (са

52 Бојан Забел, *Нелојална конкуренција*, Правни факултет Нови Сад, 1976, стр. 6.

53 Edward Chamberlin, *Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, 1948.

54 Члан 9. Закона о заштити конкуренције Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

55 Marie-Anne Frison-Roche, „Les difficultés inhérentes à l’intervention du juge adinistratif en matière de concurrence: un sujet de dispute“, *Revue de la concurrene et de la consommation,* No. 88, 1995, стр. 13.

истим, сталним, квалитативним и квантитативним одређењем) подведени под правну норму.

Правила којима се штити конкуренција на тржишту имају субјективну и објективну димензију.[56] Субјективна димензија обухвата правила која за циљ имају заштиту конкурената у приступу тржишту, обављању привредне делатности, односно тим правилима се штити појединчева слобода пословања. У том смислу се своди на 'право конкурената' којима се регулише ривалство привредних субјеката, односно Право нелојалне конкуренције. Објективна димензија у фокусу има циљеве макро-економске природе, односно конкурентност самог тржишта, те се може рећи да правила о заштити конкуренције представљају инструмент за постизање ширих друштвених циљева економске и социјалне природе (конкуренција као средство),[57] а у најширем смислу и јавног интереса који се испољава као 'јавни економски поредак'.[58] Правилима против ограничавања тржишне утакмице, Правом заштите конкуренције, чији је амерички пандан Антитрустовско право, штити се слободно одвијање тржишне утакмице, дакле шири, јавни интерес јер су поред конкурената укључена и привредна друштва неконкуренти и потрошачи.

Међутим јавни интерес се штити не само заштитним мерама усмереним на ограничавање тржишне моћи предузећа успостављањем забрана, као што то чини Право заштите конкуренције јер оно настоји да исправи само један тржишни недостатак – несавршену конкуренцију.[59] Јавни интерес се штити примера ради и правилима уласка на тржиште и онима која се односе на услове обављања делатности. Овде се не мисли на монополистичке тенденције, већ првенствено отклањање разних баријера за улазак на тржиште, нарочито у погледу привилегија које се дају јавним предузећима, те се у том контексту може говорити и о 'регулисаној конкуренцији'.[60]

За разлику од првобитног, ужег, схватања, модерно право заштите конкуренције, у фокусу има успостављање и очување објективних услова тришта, па се у том смислу заштита конкуренције јавља као заштита тржишта.[61] Отуда логично следи да Право заштите конкуренције

56 Roger Le Moal, *Droit de concurrence*, Paris, Economica, 1979, 132–161.

57 Pierre Bonassiès, „Les fondements d droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen", у: *Mélange Alex Weil*, Paris, Dalloz, 1983, стр. 51.

58 Bernard Remiche, „Droit économique, marché et l'intéret général", у: M.A. Frison-Roche (ed), *Mélanges Farjat*, стр. 254.

59 Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, 1982, стр. 156–157.

60 Michel Bazex, „La concurrence réglée: secteur public et privé", у: J. M. Rainaud, R. Christini (eds), *Droit Public de la Concurrence*, Economica, Paris, 1987, стр. 231.

61 Marie-Anne Frison-Roche, „Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme", *Revue de jurisprudence du droit des affaires*, 1994, стр. 483.

представља посебну област у оквиру макро-корпуса Права тржишта/[62] Економског права.[63] Афирмацији његове макро оријентације нарочито је допринело 'европско' схватање антимонополског законодавства засновано на комплексном схватању заштитног објекта, односно његовој слојевитости: *тржишна слобода је претпоставка ефикасности, ефикасност је претпоставка развоја, развој је основ запошљавања, социјалне политике, ефикасне државе*.[64]

V Уместо закључка: друштвена улога Економског права и слобода конкуренције као елемент општег интереса

Појам општег интереса је традиционално био основ за оправдање ограничења привредних слобода, па тако и основ за правила којима се ограничавала слобода конкуренције и ублажавала 'алеаторност тржишта'. Због тога су се општи интерес и конкуренција сматрали антиподима. Управо због тога што се општи (јавни) интерес уопште не може јасно дефинисати,[65] он се увек сматрао основном државног волонтаризма и претњом нарушавању привредних слобода појединаца. Међутим, упркос таквом методолошком и концептуалном ривалитету и 'победи конкуренције над државном регулацијом', у модерним привредама држава од наредбодавца постаје регулатор, а општи интерес се огледа и у заштити слободе конкуренције. Како истиче *Delion*, „*општи интерес је циљ регулације, не само одвијање конкуренције... конкуренција је један начин остваривања општег интереса*".[66] Заштита конкуренције не значи одсуство државе на тржишту, већ напротив подразумева *нову улогу права у заштити јавног економског поретка који се заснива на слободној, али регулисаној, конкуренцији*. Ова трансформација либералистичког обрасца конкуренције сада подразумева да је у модерном регулаторном

62 Claude Lucas de Leyssac, Gilbert Parléani, *Droit du marché*, Paris, 2002.

63 Право заштите конкуренције представља „чврсто језгро" школе Економског права познате као „*школа из Нице*". Gérard Farjat, „La notion de droit économique", *Archives de philosophie du droit – Droit et économie*, T. 37, 1992, стр. 36.

64 Европска стратегија о заштити конкуренције, самим тим и антимонополска регулатива, имају за циљ: повећање ефикасности (у смислу максимизације потрошачког благостања и оптималне алокације ресурса), заштиту потрошача и малих тржишних учесника и стварање заједничког тржишта, (у оквиру коментара члана 85 Оснивачког уговора); Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law, Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 1995, стр. 886–887.

65 Georges Vedel, „Préface", у: François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Paris, 1986, стр. 3.

66 André Delion, „Notion de régulation et Droit de l'économie", *Annales de la Régulation*, Vol. I, 2006, Paris, стр. 17.

капитализму „*интервенисање државе нужно управо ради одржавања тржишне економије*“.[67]

Друштвена суштина Економског права је у томе да оно има задатак да штити тржишне институције и аутономију трансактора тако што ће у процесу тржишне регулације усагласити конфликтне интересе који проистичу из на закону заснованих права, специфичним колективним самоограничавањем. Опасност од повреде јавног интереса је не толико у појединој трансакцији (у њој је повређен првенствено приватни интерес), колико у тенденцији да несавршени уговори постану стандардни, односно да својом масовношћу доведу до промене основних квалитета тржишта – трајне модификације његових функција. Из те модификације би, раније или касније, проистекле и промене основних тржишних институција. Отуда потреба да тржишна регулација буде наметнуто ограничење, као ‘прекурсор’ слободе конкуренције.[68] У том смислу, коректна дефиниција друштвене природе Економског права би требао да узаже да је реч о *ограничењима слободе уговарања и других својинских овлашћења трансактора у привредним односима који се успостављају преко модерног тржишта управо у циљу очувања интегритета тржишта*. Иако је усмерено неопосредно на претпоставке за закључивање уговора, дато ограничење индиректно добија оправдање кроз ефекте које конкретни облик испољавања датог својинског овлашћења има на целину привредних односа. То значи да би се оправдање за извесно ограничење могло наћи и у ситуацији када још нико од конкретних трансактора нема непосредну штету нити пледира да су уговори мањиви, нити пак да постоји негативни екстерни ефекат стварно закључених уговора. Дакле, довољно је постојање апстрактне опасности нарушавања слободе конкуренције.

67 Jacques Chevalier, „État et ordre concurrentiel, Rapport introductif“, у: *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, 2003, стр. 62.

68 Bernard Stirn, „*Droit public et droit de la concurrence*“, у: *Le droit de l'enterprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle (Mélanges Champaud*), Dalloz, Paris, 1997, стр. 556.

Svetislav **TABOROŠI, PhD**
Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade

Tatjana **JOVANIĆ, LL.M., PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade

ECONOMIC LAW AS THE LAW OF THE MARKET AND THE FREEDOM OF COMPETITION

Summary

In a modern market economy, the problem of ensuring macroeconomic efficiency is usually deduced to the issue how to restrain the expansion of those pretending to represent the public interest and jeopardize the substance of private and individual with multitude of legislative acts. In the real economy, insistence upon the autonomy of will, market freedom and the freedom of entrepreneurship is not only an attempt to defend those classical entitlements of transactors from the political self-will, but also a way to protect market institutions. That is also the guarantee of efficiency and effectiveness of the economy. In accordance with this, it is no longer viable to consider the Economic Law (as the Law of the Market) as a foreign element in economic legislation, in the sense that it only refers to limitations of the basic principle. It is rather a domain of a continuous balancing of variable elements around the trend line – preservation of the institutions of the market, which guarantee the accomplishment of market functions. Competition is an important attribute, a model of the market, and the market is the main precondition for the competition. Hence the freedom of competition is conceived as a general interest of a modern democratic society. The protection of competition does not imply the absence of the State on the market, but quite the reverse, its active role in protecting the public economic order based on the freedom of competition.

Key words: *Economic Law, regulation, regulatory law, competition.*

др *Витомир* ПОПОВИЋ
редовни професор и декан Правног факултета у Бањој Луци

СПОРАЗУМ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ КАО ИЗВОР ПОСЛОВНОГ ПРАВА

Резиме

Споразум о стабилизацији и придруживању спада у веома значајне изворе комунитарног права новијег датума намијењеног за земље Југоисточне Европе. Његов првенствени циљ јесте да створи одређене предуслове за пријем у чланство ових земаља у Европску унију, односно да створи услове за потписивање Споразума о придруживању Европској унији који су потписале остале чланице Европске уније. Сам процес хармонизације спада у ред веома сложених процеса обзиром да данашњи прописи Европске уније, било да потичу из сфере примарних или секундарних извора, чине или боље речено се састоје, сада већ од преко 100.000 страница густо куцаног текста. Додатна сложеност овог процеса проистиче и из веома усложњене унутрашње структуре, тзв. Дејтонске Босне и Херцеговине, настале на основу Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини од 14.12.1995. године. Оваква сложена структура неупитно намеће обавезу обављања тзв. двојне хармонизације и то оне интерне, која се одвија у оквиру унутрашње структуре Босне и Херцеговине и екстерне, која се одвија према Европској унији и другим међународним организацијама. Дакле, у овом контексту треба посматрати и однос пословног права Републике Српске и Босне и Херцеговине према Споразуму о стабилизацији и придруживању, односно настојања да се ова грана права као и друге усагласе са важећим стандардима и принципима који се као такви примјењују и важе у Европској унији.

Кључне речи: *Споразум о стабилизацији и придруживању, Европска унија, комунитарно право.*

I Увод

Споразум о стабилизацији и придруживању спада у ред тзв. новијих извора комунитарног права, намијењеног за земље Југоисточне Европе. Испуњавање обавеза предвиђених овим Споразумом има за циљ испуњавање читавог низа додатних услова који нису били предвиђени у Споразумима о придруживању, које су потписале или на основу којих су Европској унији приступале садашње чланице. Наиме, ради се о веома комплексном Споразуму чији је првенствени циљ стабилизовање простора тзв. Југоисточне Европе посебно у дијелу достигнутости нивоа у области тзв. демократизације односа и друштва, а затим јачања регионалне сарадње земаља чланица и постепену хармонизацију, односно усаглашавање законодавстава ових земаља са правом Европске уније у свим областима, како оним који потичу из примарних, тако и оним који потичу из секундарних извора комунитарног права.

Босна и Херцеговина спада у ред сложених државних заједница, састоји се од Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта, као посебне јединице локалне самоуправе и свака од ових јединица, у складу са својим Уставом, односно Статутом, врши своју законодавну власт. Обавезе усклађености, односно хармонизације прописа не односе се само на Босну и Херцеговину као међународно признатог субјекта права, него и на њену комплетну унутрашњу структуру насталу на основу Дејтонског мировног споразума, тј. на Републику Српску, Федерацију Босне и Херцеговине, кантоне Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине. Да би се циљеви и обавезе предвиђени Споразумом о стабилизацији и придруживању, али и Дејтонским мировним споразумом могли испунити, неопходно је провести интерну хармонизацију прописа, како између ентитета и Брчко Дистрикта, тако и између ентитета, Брчко Дистрикта и Босне и Херцеговине, а затим проводити тзв. екстерну хармонизацију у односу на Споразум о стабилизацији и придруживању.

II Споразум о стабилизацији и придруживању као извор права Европске уније

У мање од двије деценије Европска унија се трансформисала из уског, затвореног ексклузивног клуба шест богатих западноевроп-

ских земаља, Француске, Њемачке, Белгије, Холандије, Луксембурга и Италије, које су у Паризу 18. априла 1951. године формирале Европску заједницу за угаљ и челик, а 25. марта 1957. године и Европску економску заједницу, те Европску заједницу за атомску енергију, која се углавном бавила царинама и економском сарадњом, у широку и оригиналну асоцијацију паневропског карактера. Унија која се заснива на потпуно новом, специфичном и стално иновираном моделу сарадње међу државама, регулише сва питања која европске земље сматрају да могу боље уредити заједнички него индивидуално, од питања конкуренције, заштите потрошача и животне средине, до регулисања имиграције, мјера заједничке спољне политике, одбране или међународних трговинских односа. Структура и методе рада Уније нису осмишљене одједном, већ су настали и развијали се постепено, током више деценија, почев од првобитне скромне Европске заједнице за угаљ и челик, све до данашње Уније, која у многим видовима превазилази концепт класичне конфедерације или савеза држава.[1]

Споразум о стабилизацији и придруживању као правно политичка платформа за придруживање Европској унији земаља Западног Балкана, споразума налик својеврсној „чекаоници за постепено чланство", резултат је еволуција у спољној политици Европске заједнице према трећим државама, политике познате као *политика ширења.* Наиме од првобитних шест оригинерних оснивача, Европска заједница је у шест таласа проширења прерасла у заједницу двадесет седам држава чланица. До ступања на снагу Споразума из Мастрихта, 1.11.1993. године, политика ширења је реализована кроз три таласа пријема.

У првом проширењу које се десило 1973. године пуноправне чланице су постале Велика Британија, Данска и Република Ирска. Године 1981. примљена је Грчка, као десета чланица, све оне испуњењем појединачних индивидуалних критерија, а пет година касније, 1986. Шпанија и Португал. У следећем четвртом таласу 1995. године примљене су Аустрија, Финска и Шведска. Петом проширењу до којег је дошло 2004. године, претходио је пад Берлинског зида и распад СССР-а, период 1989–1991. и исто је резултат претходно закључених, нових „*sui generis*" тзв. Европских споразума о придруживању. Ови споразуми су резултат посебног поступка придруживања обогаћеног различитим правно-политичким и економским подстицајним средствима. У пуноправно чланство тада је примљено десет држава, и то: Естонија, Летонија, Литванија, Пољска, Чешка, Словачка, Мађарска, Словенија, Кипар и Малта, док су у последњем проширењу, са 1.1.2007. године, у пуноправно чланство примљене Румунија и Бугарска.

1 Душко Лопандић, *Уговори Европске уније*, Београд, 2004, стр. 3.

Ова проширења резултат су политике тзв. регионалног приступа, успостављања посебних односа са групама држава из различитих региона, од сјеверног (скандинавски, балтички и арктички регион), централног и југоисточног, до региона Западног Балкана. Са 27 држава чланица и око 500 милиона становника, Европска унија је постала највећи трговински блок у свијету и све значајнији политички фактор.

Политика ширења из фазе тзв. регионалног приступа прелази у фазу приступних преговора са земљама југоисточне Европе дефинисаних *Пактом о стабилности за југоисточну Европу*, усвојеним у Келну 10.6.1999. године. Приступањем Пакту државе југоисточне Европе, тадашња СРЈ, данашња Србија и Црна Гора, те Хрватска, Босна и Херцеговина, Македонија и Албанија су се обавезале на спровођење трајних демократских и привредних реформи, као и на билатералну и регионалну сарадњу. Као основни правно-институционални инструмент предвиђен је Споразум о стабилизацији и придруживању. Закључењем овог споразума успоставила би се нова врста билатералних односа којима би ове државе стекле статус „новог потенцијалног придруженог члана".[2]

Свака држава која жели постати пуноправном чланицом Европске уније мора прихватити одлуке оснивачких уговора и ускладити своје законодавство са правним тековинама заједнице. Обим ове правне тековине се процјењује на преко 80.000 страница текста. Прихватање комунитарних тековина се врши прилагођавањем домаћих прописа праву Европске уније кроз процес који се означава као процес хармонизације или процес усклађивања.[3] Потписивање Споразума и спровођење реформи представљаће прву конкретну, фазу развоја односа између Босне и Херцеговине и Европске уније.

Као примарни извор комунитарног права, третиран као „нередовни" извор, али у потпуности прихваћен од Суда правде као „интегрални дио комунитарног права", ови споразуми су првенствено у функцији припреме придружене државе и испуњавања одређених услова као претпоставки за будући могући пријем.[4] Основни циљеви овог придруживања, према члану 1 Споразума о стабилизацији и придруживању са Босном и Херцеговином су:

– да подржи напоре Босне и Херцеговине у јачању демократије и владавине права;

2 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Бања Лука-Крагујевац, 2006, стр. 544–545.

3 Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право, Општи дио*, Бања Лука, Крагујевац, 2007, стр. 151.

4 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Бања Лука, Крагујевац, 2006, стр. 110.

– да допринесе политичкој, економској и институционалној стабилности у Босни и Херцеговини, те стабилизацији у региону;
– да пружи прикладан оквир за политички дијалог, те тиме омогући развој блиских политичких односа између страна;
– да подржи напоре Босне и Херцеговине у развијању економске и међународне сарадње, између осталог, и кроз усклађивање њеног законодавства са законодавством Заједнице;
– да подржи настојања Босне и Херцеговине да доврши прелаз у функционалну тржишну економију, промовише складне економске односе, те постепено развија подручје слободне трговине између Босне и Херцеговине и Заједнице;
– да јача регионалну сарадњу са свим подручјима обухваћеним овим Споразумом.[5]

Основне вриједности према којима уговорне стране изражавају своју опредијељеност садржане су у преамбули Споразума, и то:

– успостављање и консолидација стабилног европског поретка базираног на сарадњи чије је главно упориште Европска унија, те сарадња кроз механизме Пакта стабилности;
– развој цивилног друштва и демократизација, изградња институција и реформа јавне управе, повећана трговина и привредна сарадња, те сарадња на подручју правосуђа и унутрашњих послова;
– веће политичке и привредне слободе уз поштовање људских права и владавине права, права припадника националних мањина и демократских начела путем вишестраначког система са слободним и поштеним изборима;
– право на повратак свих избјеглица и расељених лица и заштита права која им припадају;
– слободна тржишна привреда и спремност Европске уније да допринесе привредним реформама у Босни и Херцеговини;
– слободна трговина у складу са правима и обавезама које произилазе из правила Свјетске трговинске организације (WTO);
– редован политички дијалог о двостраним и међународним питањима од обостраног интереса, укључујући и регионалне аспекте, узимајући у обзир заједничку спољну и безбједносну политику Европске уније;
– развој трговине и улагања;

5 Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, чл. 1.

– усклађивање законодавства у релевантним подручјима са *acquis*-ем;
– спровођење реформи и обнове уз потребу свих постојећих облика сарадње, као и техничке, финансијске и привредне помоћи.

Поред преамбуле, овај Споразум садржи 137 одредаба подијељених у 10 области које регулишу:

– општа начела;
– политички дијалог;
– регионалну сарадњу;
– слободан проток робе, тржишта и капитала;
– питања која се тичу радне снаге, предузећа, пружања услуга;
– усклађивање и спровођење закона и конкуренцијска правила;
– правду, слободу и безбједност;
– политику сарадње;
– финансијску сарадњу, те
– институционалне, опште и завршне одредбе.

Посебно је наглашена обавеза у односу на међународни регионални мир и стабилност, развој добросусједских односа и са другим земљама региона, поштовање људских и мањинских права, укључујући и одговарајући ниво узајамних концесија у погледу кретања лица, робе, капитала и услуга као и развој пројеката од заједничког интереса, нарочито оних који се односе на борбу против организованог криминала, корупције, прања новца, илегалних миграција и кријумчарења, нарочито трговине људима, оружјем и наркотицима.

Ове обавезе чине кључни фактор развоја односа и сарадње између Заједнице и Босне и Херцеговине и требају допринијети регионалној сарадњи.

Придруживање се спроводи постепено, а требало би бити остварено у прелазном периоду од највише десет година, а Савјет за стабилизацију и придруживање редовно, по правилу једном годишње, провјерава примјену овог Споразума, те усвајање и провођење од стране Босне и Херцеговине, правних, управних, институционалних и економских реформи, како је то и наведено Преамбулом и општим начелима Споразума. На основу провјере Савјет за стабилизацију и придруживање ће објављивати препоруке, а и доносити и одлуке. У случају да констатује посебне тешкоће при примјени Споразума, упутиће на механизме рјешавања спорова утврђених овим Споразумом. Пуно придруживање ће бити постепено остварено, а Савјет за стабилизацију и придруживање

ће најкасније од пете године од ступања на снагу овог Споразума обавити детаљну провјеру провођења Споразума и на темељу те провјере цијенити напредак који је постигла Босна и Херцеговина и донијети одлуке којима ће се руководити у сљедећим фазама придруживања.

Овај Споразум ће бити потпуно усклађен и проведен у складу са релевантним одредбама и прописима Свјетске трговинске организације (WTO), нарочито са чланом 24 Општег споразума о царинама и трговини (GATT) из 1994. године, те чланом 5 Општег споразума о промету услугама (GATS).

Под регионалном сарадњом у смислу овог Споразума подразумијева се обавеза Босне и Херцеговине да у складу са својом опредјељеношћу за међународни регионални мир те стабилност и развој добросусједских односа, активно промовише регионалну сарадњу, провођење и контролу постојећих билатералних споразума о слободној трговини са партнерима у региону или закључивање нових у циљу осигурања њихове компатибилности са начелима утврђеним Меморандумом о разумијевању о трговинским олакшицама и либерализацији потписаних у Бриселу 27.6.2001. године. Босна и Херцеговина ће радити на преображају садашње мреже билатералних споразума о слободној трговини у јединствен регионални слободно трговински аранжман у складу са министарском Декларацијом Пакта стабилности од 10.6.2005. године.

Након потписивања овог Споразума Босна и Херцеговина ће започети преговоре са земљама које су већ потписале Споразум о стабилности и придруживању ради закључења билатералних конвенција о регионалној сарадњи с циљем повећања обима сарадње са тим земљама, нарочито водећи рачуна о успостављању подручја слободне трговине између страна у складу са одговарајућим одредбама Свјетске трговинске организације (WTO), затим узајамних концесија у погледу кретања радника, права оснивања предузећа, пружања услуга, текућих плаћања и кретања капитала, као и других политика везаних за кретање лица на нивоу једнаком оном из овог Споразума. Овај дио сарадње односи се и на остале земље обухваћене процесом стабилизације и придруживања и земље кандидате за приступ Европској унији.

Заједница у Босни и Херцеговини ће у циљу омогућавања слободног кретања роба у периоду од највише 10 година од ступања на снагу овог Споразума постепено успоставити подручје слободне трговине у складу са одредбама GATT-а из 1994. године те WTO-а. Ово истовремено подразумијева примјену заједничких царинских тарифа Европске заједнице које се стварно примјењују *erga omnes* од дана потписивања Споразума, сходно уредби Савјета Европе од 7.9.1987. године у односу на индустријске производе, текстилне производе, пољопривреду и

рибарство, пољопривредне производе, као и на трговину свим производима, осим у случајевима гдје је то другачије предвиђено овим Споразумом или Протоколом 1. Даном ступања на снагу овог Споразума о трговини између Босне и Херцеговине и Заједнице неће бити уведене нове увозне или извозне царине или таксе са једнаким учинком, нити ће се, оне које се већ примјењују, повећавати. Што се тиче заштитних клаузула, оне се односе на обавезу примјене одредбе члана 19 GATT-а из 1994. године и WTO Споразума о заштитним мјерама.

Глава 5 поглавље 2 дефинише појам предузећа из Заједнице, односно Босне и Херцеговине. Под овим предузећем Споразум подразумијева предузеће основано у складу са законима неке државе чланице, односно Босне и Херцеговине, чије се регистровано сједиште, централна управа или главно мјесто пословања, налази на територији Заједнице, односно Босне и Херцеговине. Међутим, ако предузеће које је основано у складу са законима неке државе чланице Заједнице, односно Босне и Херцеговине, има само своје регистровано сједиште на територији Заједнице, односно Босне и Херцеговине, то се предузеће сматра предузећем Заједнице, односно Босне и Херцеговине, ако је његово пословање стварно и трајно повезано са привредом једне од чланица Заједнице, односно Босне и Херцеговине.[6]

Босна и Херцеговина и Заједница ће предузећима и држављанима Заједнице односно Босне и Херцеговине олакшати почетак дјеловања на свом територију у коју сврху ће, по ступању на снагу овог Споразума узајамно:

- у погледу оснивања предузећа Заједнице пружити исти третман који није мање повољан од третмана који даје властитим предузећима или било ком предузећу из треће земље, овисно о томе који је бољи;
- у погледу дјеловања већ основаних предузећа кћери и пословних јединица предузећа из Заједнице, пружити третман који није мање повољан од третмана који даје властитим предузећима и пословним јединицама истих, односно предузећима и пословним јединицама трећих земаља.

Поред наведеног, Стране неће усвајати никакве нове прописе или мјере којима би се увела дискриминација у погледу оснивања предузећа било које друге стране на њиховом територију или у вези са њиховим дјеловањем након оснивања, у поређењу са властитим, по ступању на снагу овог Споразума предузећа кћери и пословне јединице предузећа

6 Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, глава V, поглавље 2 „Пословно настањивање".

из Заједнице имаће право кориштења и узимања у закуп некретнина у Босни и Херцеговини, а такође и уживање и стицање власничких права на некретнинама у Босни и Херцеговини уз потпуну и експедитивну примјену постојећих поступака како би им осигурала једнак третман као и босанскохерцеговачким предузећима.

Поглавље 3 главе 5 дефинише споразумну обавезу Страна и њихову вољу и намјеру да ће предузети све нужне кораке како би постепено омогућиле пружање услуга предузећа и Заједнице, или Босне и Херцеговине, или држављана заједнице, односно Босне и Херцеговине, који су успоставили пословање на територији уговорне стране коме не припада лице коме су те услуге намијењене. Упоредо са процесом либерализације стране ће допустити и привремено кретање физичких лица како то предвиђају њихове обавезе из GATS-a и друго. Исто тако, Стране неће предузимати никакве мјере нити радње којима би се значајно ограничили услови под којима услуге пружају држављани или предузећа Заједнице и Босне и Херцеговине, с пословним сједиштем на територији Стране којој нису намијењене те услуге, у односу на стање затечено на дан који претходи дану ступања на снагу овог Споразума. Такође, дефинисане су и одредбе у погледу пружања превозних услуга копненог те међународног поморског саобраћаја.[7]

Што се тиче текућих плаћања и кретања капитала Стране се обавезују да ће одобравати сва плаћања и трансфере на текући рачун платног биланса између Заједнице и Босне и Херцеговине у слободној конвертибилној валути и у складу са одредбама члана 8 Статута Међународног монетарног фонда, као и осигурати слободно кретање капитала у вези са директним улагањима у предузећа која су установљена у складу са законима земље домаћина и улагањима која су обављена у складу са одредбама Поглавља 2 главе 5, као и у вези са ликвидацијом и репатријацијом (враћањем у земљу поријекла) тих улагања и било какве добити настале на основу њих. У случају да се једна или више држава чланица, или Босна и Херцеговина суоче са озбиљним тешкоћама у погледу платног биланса или са пријетњом од таквих тешкоћа, Заједница, односно Босна и Херцеговина, зависно о ситуацији могу у складу са условима утврђеним у складу са Споразумом Свјетске трговинске организације (WTO) усвојити рестриктивне мјере, укључујући мјере које се односе на увоз, које ће бити ограниченог трајања, а које не могу прекорачити оно што је стриктно потребно да би се поправила ситуација у платном билансу, односно што подразумијева и обавезу обавјештавања друге стране.[8]

7 Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, глава V, поглавље 3 „Пружање услуга".

8 Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, глава V, поглавље 2.

Посебна глава овог Споразума посвећена је усклађивању закона, спровођењу закона и конкуренцијским правилима. Ово прије свега подразумијева обавезу Босне и Херцеговине да своје законодавство усклади са законодавством Заједнице и да покуша осигурати постепено усклађивање својих постојећих закона и будућег законодавства са правном тековином Заједнице – *Acquis*, као и осигурати провођење и извршење будућег и постојећег законодавства.

Усклађивање започиње даном потписивања Споразума и постепено ће се проширивати на све елементе *Acquis*-а, на основу програма који ће договорити Комисија Европских заједница и Босне и Херцеговине, с тим да ће Босна и Херцеговина са Комисијом Европских заједница договорити модалитете о вршењу мониторинга, спровођење усклађивања законодавства и радњи које треба предузети на спровођењу закона. Ово ће се нарочито односити на конкуренцијске и друге економске одредбе, јавна предузећа, интелектуална, индустријска и комерцијална имовинска права, јавне уговоре, стандардизацију, мјере, акредитацију и оцјењивање усклађености, заштиту потрошача као и прогресивно усклађивање законодавства са законодавством Заједнице у областима услова рада, а посебно по питању здравља, услова те заштите на раду те једнаких могућности.[9]

III Однос Пословног права и Споразума о стабилизацији и придруживању

Пословно право има веома велики значај за развој економских односа у друштву и у сфери његове хармонизације, према Споразуму о стабилизацији у укупности свих обавеза предвиђених овим Споразумом чини највећи сегмент ове хармонизације. Ово из разлога што је не само значајан дио ових обавеза садржан у оснивачким актима Европске уније и другим примарним изворима комунитарног права, него се нарочито велики дио обавеза налази у сфери тзв. секундарних извора комунитарног права садржаним у разним директивама, упутствима, смјерницама, препорукама, итд. Тако нпр. постоји значајан дио директива у области оснивања предузећа, њихове регистрације, заштите потрошача, у области туризма, осигурања, банкарства, итд., а неусаглашавање домаћег законодавства у овој сфери доводи у питање принцип кретања роба, људи и капитала, као један о темељних принципа Европске заједнице, односно Европске уније. Споразум о стабилизацији и придруживању спада у ред надређених, а након његовог потписивања, тј. јула мјесеца

9 Приједлог Споразума о стабилизацији и придруживању, 2006, глава VI „Усклађивање закона, спровођење закона и правила конкуренције".

2008. године, у ред обавезујућих извора са којим је неопходно усагласити, односно хармонизовати не само Пословно него и остале гране права и друштвеног живота.

IV Усклађивање Пословног права Републике Српске са Споразумом о стабилизацији и придруживању

Под појмом усклађивања се у нарави подразумијева појам тзв. хармонизације националних прописа држава чланица са комунитарним тековинама.[10] За овај процес се у Уговору о оснивању користе различити изрази као што су: енглески: *harmonization*, *approximation*, *coordination*, њемачки: *Angleichung*. Овим трима варијантама у енглеском језику је требало одразити различите степене интензитета интеграционих процеса који се њима остварују између држава чланица. Тако је одредбама чланова 3(ж) и 94 Уговора о оснивању Европске заједнице, предвиђено усклађивање (*harmonization*) законских, подзаконских и административних мјера у обиму у коме је то потребно за успостављање или функционисање заједничког тржишта. Апроксимација (*approximation*) царинских прописа је била предвиђена одредбама бившег члана 27 Уговора о оснивању Европске заједнице, али и „хармонизација или усклађивање" пореза на промет и државне помоћи одредбама чланова (93 и 132(1) Уговора о оснивању ЕЗ. За неке прописе је предвиђена и „хармонизација и апроксимација", као што су на примјер прописи о социјалним системима (члан 136), док је „координација" законских, подзаконских и управних прописа предвиђена у области права настањивања (чл. 44 (е) и 46(2), признавања професионалних квалификација (47(2) и у монетарним промјенама (бивши члан 70).[11]

У овом контексту треба посматрати и постојање различитих приступа у националним законодавствима, али у не малом броју земаља равноправно се користе оба термина са практично истим значењем.

Појам усклађивања је збиран, јер се не састоји само из технике доношења одговарајућих националних прописа и других мјера, већ је потребно обезбиједити и одговарајуће услове за њихово тумачење и примјену. У том смислу се у страној теорији наводи да он обухвата три елемента:

10 N. Sheridan, „Introduction to Approximation Tools and Instruments Developed by the EU", *http://www.envnis.org/Microsoft_Word_-_EUtools-e.pdf*, стр. 1.

11 Вид. D. Lasok, *The Trade and Customs Law of the European Union*, Kluwer, 1998, стр. 39–40, поближе видјети Радован Д. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске Уније*, Крагујевац, 2004, стр. 55.

1. транспозицију (*transposition*)
2. имплементацију (*implementation*), и
3. примјену (*enforcement*).[12]

Имплементација представља практичну примјену, односно уградњу комунитарних прописа од стране надлежних националних власти у појединачне одлуке или њихово уношење у одговарајуће планове и програме.

Под примјеном се подразумијевају све мјере које су дужни да предузму домаћи органи с циљем осигурања да усклађени прописи буду поштовани.

V Достигнути ниво усклађености прописа Пословног права са Споразумом о стабилизацији и придруживању

Да би се уопште могло говорити о било каквом усклађивању прописа Европске уније, у које поред осталих спада и Споразум о стабилизацији и придруживању, као један од примарних извора комунитарног права, неопходно је осврнути се на унутрашњу структуру Босне и Херцеговине која се према својој унутрашњој структури не само разликује у односу на остале државе, него је и по много чему специфична и представља државу sui generis. Наиме, она представља тзв. сложени облик државне заједнице успостављене на основу општег Оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини. Овај Оквирни споразум спада у ред сложених међународних уговора јавно-правног карактера чији се његов тзв. цивилни дио споразума састоји од 11 Анекса. Његов Анекс 4, представља Устав Босне и Херцеговине који је по много чему специфичан у односу на остале уставе, с обзиром да није настао уобичајеном уставно-правном процедуром, није га донијела Уставотворна скупштина, нити представља производ воље народа на које се односи, него је настао на основу Анекса међународног уговора, је регулисао међусобне односе и унутрашњу структуру Босне и Херцеговине.[13] Ову унутрашњу структуру Босне и Херцеговине чине Република Српска и Федерација

12 N. Sheridan, *нав. рад*, стр. 2–3, поближе видјети Радован Д. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Европске Уније*, стр. 55.

13 Општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, у пракси познатији као Дејтонски мировни споразум, је усаглашен на међународној мировној Конференцији у Сједињеним Америчким Државама, у Охају, Дејтон, од 1. до 21. новембра 1995. године, а дефинитивно потписан у Паризу 14. децембра 1995. године и од тог момента се и примјењује. Споразум су потписале Република Српска, Федерација Босне и Херцеговине, Република Босна и Херцеговина, док су земље гаранти овог Споразума Савезна Република Југославија и Република Хрватска, а

Босне и Херцеговине, а арбитражном одлуком за област Брчко из марта мјесеца 1999. године установљен је Брчко Дистрикт као посебна јединица локалне самоуправе, која *de iure* није ентитет, која *de facto* то јесте, с обзиром да има и судску и извршну и законодавну власт.[14]

Уставом су на јасан начин утврђене надлежности и односи између институција Босне и Херцеговине и ентитета. Тако нпр. према члану 3. тачке 1. Устава у надлежности установа у Босни и Херцеговини спадају: а) спољна политика; б) спољнотрговинска политика; в) царинска политика; г) монетарна политика; д) финансирање установа и међународних обавеза БиХ; ђ) политика и прописи за усељавање, избјеглице и азил; е) спровођење кривичних закона на међународном плану и између ентитета, укључујући односе са Интерполом; ж) увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације; з) регулисање саобраћаја између ентитета; и) контрола ваздушног саобраћаја.

Све остале државне функције и овлаштења која овим Уставом нису изричито додијељена институцијама Босне и Херцеговине припадају ентитетима.

Према Уставном закону за провођење Устава Републике Српске, „до доношења одговарајућих закона и других прописа Републике, примјењиват ће се закони и други прописи СФРЈ и СР БиХ, који су у сагласности са Уставом Републике и нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Скупштина српског народа у Босни и Херцеговини, односно Народна скупштина".

Уставом Босне и Херцеговине је прописано да ће у читавој БиХ постојати слобода кретања и да ентитети неће ометати пуну слободу кретања лица, робе, услуга и капитала, односно да ентитети неће успостављати контроле на граници између ентитета.

Уставом Републике Српске је прописано да се економско и социјално уређење заснива на равноправности свих облика својине и слободном привређивању, самосталности предузећа и других облика привређивања у стицању и расподјели добити и слободном кретању робе, рада и капитала у Републици као јединственом привредном простору.

свједоци овог Споразума су земље чланице Контакт групе: Сједињене Америчке Државе, Руска Федерација, Њемачка, Француска и Велика Британија.

14 Република Српска представља унитарни облик државног уређења, има своју извршну, судску и законодавну власт, а Федерација Босне и Херцеговине представља тзв. сложени облик државног уређења који се састоји од 10 кантона, од којих сваки од њих има своју извршну, судску и законодавну власт. На нивоу Федерације Босне и Херцеговине постоји дио заједничких надлежности утврђених Уставом Федерације Босне и Херцеговине који је настао на основу Вашингтонског споразума из априла мјесеца 1994. године. Данас у Босни и Херцеговини егзистира 13 Устава и Статут Брчко Дистрикта који *de iure* није устав, али *de facto* то јесте.

Иако Босна и Херцеговина није чланица Европске уније, него је чланица Савјета Европе од априла мјесеца 2002. године, она у циљу испуњавања одређених међународних обавеза и стварања општих претпоставки за изградњу јединственог економског простора који би могао бити компатибилан са јединственим тржиштем у Европској унији, настоји створити одређене услове за несметану проходност робе и услуга, не само на домаћем тржишту него и на тржишту Европске уније, и тиме побјећи са зачеља табеле најнеразвијенијих земаља. Управо у том смислу је неопходно извршити како хармонизацију постојећег законодавства тако и донијети нове законе који би могли послужити тој сврси.

Хармонизација постојећег законодавста се одвија на два начина:

1) у циљу стварања одређених услова и претпоставки за омогућавање потпуне слободе кретања лица, роба, услуга и капитала на цијелој територији БиХ, у складу са Уставом БиХ, с једне стране и
2) истовременим усаглашавањем овог законодавства са правом Европске уније у циљу стварања услова за улазак на ово тржиште.

Руководећи се наведеним разлозима донесен је велики број оквирних закона на нивоу БиХ, или су ентитетски закони учињени међусобно максимално компатибилним. Ова усаглашавања и прилагођавања су вршена како у сфери материјалног, тако и у сфери процесног законодавства.

Испуњавање обавеза предвиђених Споразумом о стабилизацији и придруживању, који је потписан јула мјесеца 2008. године између земаља чланица Европске уније и Босне и Херцеговине, у суштини представља наставак хармонизације који је у Босни и Херцеговини, односно Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине започео одмах по потписивању Дејтонског мировног споразума, тј. након 14.12.1996. године.

Дакле, у том контексту треба посматрати и читав низ прописа донесених било на нивоу Босне и Херцеговине или Републике Српске у сфери привредног, односно пословног права.

Тако нпр. на нивоу Босне и Херцеговине донесени су слиједећи прописи:

1. У области царина и царинског система БиХ:
   – Закон о царинској тарифи Босне и Херцеговине,[15]

15 Сви наведени донесени или наметнути Закони, одлукама Високог представника, објављени су у Службеном гласнику Босне и Херцеговине и Републике Српске.

– Закон о слободним зонама у Босни и Херцеговини,
– Закон о царинској политици БиХ,
– Закон о царинским прекршајима БиХ.

2. У области спољне трговине БиХ:
   – Закон о спољнотрговинској политици БиХ,
   – Закон о заштити домаће производње унутар Споразума ЦЕФТА,
   – Закон о надзору квалитета одређених производа при увозу и извозу.
3. У области страних улагања БиХ:
   – Закон о политици директних страних улагања у БиХ,
   – Закон о политици директних страних улагања у БиХ,
   – Закон о концесијама БиХ,
   – Закон о Агенцији за унапређење иностраних инвестиција у БиХ.
4. У области банака и банкарског система БиХ:
   – Закон о Централној банци БиХ,
   – Оквирни закон о приватизацији предузећа и банака у Босни и Херцеговини (Закон наметнуо својом одлуком Високи представник за БиХ),
   – Оквирни закон о приватизацији предузећа и банака у Босни и Херцеговини,
   – Закон о измјенама и допунама Оквирног закона о приватизацији предузећа и банака у Босни и Херцеговини (Закон наметнуо својом одлуком Високи представник),
   – Закон о осигурању депозита у банкама БиХ.
5. У области осигуравајућих организација БиХ:
   – Закон о Агенцији за осигурање у БиХ.
6. У области привреде БиХ:
   – Закон о конкуренцији,
   – Оквирни закон о регистрацији пословних субјеката у БиХ,
   – Закон о заштити потрошача у БиХ.
7. У области кредита и кредитног пословања БиХ:
   – Закон о оснивању извозно-кредитне агенције.

На нивоу Републике Српске донесени су слиједећи прописи:

1. У области царина и царинског система РС:

- Закон о привременој примјени Закона о царинској тарифи,
- Закон о привременом утврђивању царине при увозу моторних и прикључних возила и машина,
- Закон о примјени Закона о царинској политици Босне и Херцеговине,
- Закон о слободним зонама.

2. У области девизног пословања РС:
   - Закон о девизном пословању.
3. У области страних улагања РС:
   - Закон о концесијама,
   - Закон о страним улагањима.
4. У области банака и банкарског система РС:
   - Закон о Агенцији за банкарство РС,
   - Закон о приватизацији државног капитала у банкама,
   - Закон о почетном билансу стања у поступку приватизације државног капитала у банкама,
   - Закон о измјенама и допунама Оквирног закона о приватизацији предузећа и банака у БиХ,
   - Закон о банкама РС (Закон наметнуо својом одлуком Високи представник),
   - Закон о банкама РС,
   - Закон о ревизији приватизације државног капитала у предузећима и банкама,
   - Закон о Инвестиционо-развојној банци РС,
   - Закон о штедно-кредитним организацијама.
5. У области осигуравајућих организација РС:
   - Закон о осигурању имовине и лица,
   - Закон о друштвима за осигурање,
   - Закон о посредовању у осигурању,
   - Закон о осигурању од одговорности за моторна возила и осталим осигурањима од одговорности.
6. У области привреде РС:
   - Закон о приватизацији државног капитала у предузећима,
   - Закон о преузимању акционарских друштава,
   - Закон о привредним друштвима,
   - Закон о подстицању развоја малих и средњих предузећа,
   - Закон о јавно-приватном партнерству,

– Закон о Привредној комори РС,
– Закон о регистрацији пословних субјеката у РС.

7. У области кредита и кредитног пословања РС:
   – Закон о микрокредитним организацијама, као и многи други Закони и подзаконски акти.

VI Закључна разматрања

Споразум о стабилизацији и придруживању спада у веома значајне изворе комунитарног права новијег датума намијењеног за земље Југоисточне Европе. Његов првенствени циљ јесте да створи одређене предуслове за пријем у чланство ових земаља у Европску унију, односно да створи услове за потписивање Споразума о придруживању Европској унији који су потписале остале чланице Европске уније. Сам процес хармонизације спада у ред веома сложених процеса обзиром да данашњи прописи Европске уније, било да потичу из сфере примарних или секундарних извора, чине или боље речено се састоје, сада већ од преко 100.000 страница густо куцаног текста. Додатна сложеност овог процеса проистиче и из веома усложњене унутрашње структуре, тзв. Дејтонске Босне и Херцеговине, настале на основу Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини од 14.12.1995. године. Оваква сложена структура неупитно намеће обавезу обављања тзв. двојне хармонизације и то оне интерне, која се одвија у оквиру унутрашње структуре Босне и Херцеговине и екстерне, која се одвија према Европској унији и другим међународним организацијама. Дакле, у овом контексту треба посматрати и однос пословног права Републике Српске и Босне и Херцеговине према Споразуму о стабилизацији и придруживању, односно настојања да се ова грана права као и друге усагласе са важећим стандардима и принципима који се као такви примјењују и важе у Европској унији.

***Vitomir* POPOVIĆ, PhD**
Professor and Dean of the Faculty of Law in Banja Luka

STABILIZATION AND ASSOCIATION AGREEMENT AS A SOURCE OF BUSINESS LAW

Summary

Stabilization and Association Agreement is an important source of recent acquis communautaire designed for South East European countries. Its primary goal is to create certain preconditions for the admission of these countries into the European Union, i.e. to create conditions for entering into Association Agreement already ratified by other EU members. The harmonisation process falls into a group of very complex processes, since current EU regulations, originating either from primary or secondary sources, are composed of over 100.000 densely typed pages. Additional complexity of this process lies in a very complex inner structure, that is Dayton Bosnia and Herzegovina, created on the foundations of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina dated 14.12.1995. Such complex structure inevitably imposes the need for double harmonisation, internal, occuring within the framework of inner structure of Bosnia and Herzegovina and external, developing toward the European Union and other international organisations. Namely, in this context the relation of business law of the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina toward Stabilization and Association Agreement should be reviewed, i.e. endeavours to concord this field of law and others as well with existing standards and principles applied and effective in the European Union.

Key words: *Stabilization and Association Agreement, European Union, acquis communautaire.*

др *Гордана* ГАСМИ
професор Универзитета Сингидунум у Београду
др *Марија* КОСТИЋ
доцент Универзитета Сингидунум у Београду

ЛИСАБОНСКИ УГОВОР О ЕУ И КОРПОРАТИВНА ДРУШТВЕНА ЕКОЛОШКА ОДГОВОРНОСТ

Резиме

У раду су анализирани релевантни аспекти значаја новог Лисабонског Уговора о Европској унији, који је ступио на снагу 1. децембра 2009. године. Посебно је учињен осврт на околности његовог усвајања, имајући у виду да је тиме превазиђена институционална криза ЕУ и претња парализе активности ЕУ. Анализа је извршена полазећи од сагледавања начина регулисања питања заштите животне средине у новом Лисабонском Уговору о ЕУ и улоге компанија у преузимању корпоративне еколошке одговорности у земљама чланицама ЕУ.

С обзиром да заштита животне средине спада у област подељених надлежности где органи ЕУ деле подједнаку одговорност са националним администрацијама земаља чланица ЕУ, крајњи циљ није само да се заштити животна средина, већ се промовише концепт побољшања квалитета животне средине. У том контексту, улога компанија у ЕУ и свету, је да поред предузимања правно-обавезних мера еколошке заштите, спроводе и додатне еколошке програме под окриљем све популарније корпоративне друштвене одговорности.

Кључне речи: *Лисабонски Уговор, ЕУ, корпоративна друштвена одговорност, екологија.*

I Уводне напомене о доношењу новог Лисабонског Уговора о ЕУ

Пропашћу Уговора о Уставу ЕУ је поражен федерализам у процесу политичког уједињавања на тлу Европске уније (ЕУ). У периоду од јуна 2005. до јуна 2007. трајао је тзв. „период размишљања" како превазићи уставну кризу ЕУ. „Период размишљања" је добио подстицај усвајањем Берлинске декларације марта 2007. на иницијативу Немачке у улози земље председавајуће ЕУ. На Самиту ЕУ, јуна 2007. постигнут је договор о усвајању новог Уговора о реформи ЕУ, чиме је одбачена идеја о стварању Устава ЕУ.

На Самиту ЕУ 21–22. јуна 2007. донета је политичка одлука о сазивању нове међувладине конференције ради формулисања усаглашеног текста Уговора о реформи ЕУ. Међувладина конференција је отворена почетком октобра 2007. Први нацрт Уговора о реформи ЕУ је угледао светлост дана 17–18. октобра 2007. Тада је потписан Лисабонски Уговор о ЕУ, чиме је окончана вишегодишња динамика преговора држава чланица о институционалним реформама у ЕУ. Основна потка неуспелог Предлога Устава ЕУ била је у потреби јачања ефикасности институција ЕУ и истовременог њиховог функционисања у духу веће демократије. Ова питања су такође основни фокус Лисабонског Уговора о ЕУ, али у форми правног компромиса. На Самиту ЕУ у Лисабону, постигнут је договор око преосталих одредби Уговора о реформи ЕУ 13. децембра 2007. Уговор о ЕУ је према томе добио име према месту заседања редовног Самита ЕУ на нивоу шефова држава и влада чланица ЕУ у Лисабону, у време завршетка председавања Португала на челу ЕУ. Првобитни амбициозни план је био да се процес ратификације заврши током 2008. год, како би Уговор о реформи ЕУ ступио на снагу од 1. јануара 2009. пре одржавања избора за Европски парламент у јуну 2009. Основна разлика у односу на Предлог Устава ЕУ је у томе што Лисабонски Уговор о ЕУ нема форму устава и не укида постојеће примарно законодавство, него само допуњава Римске Оснивачке уговоре о европским заједницама и Уговор о ЕУ из Мастрихта, којим је основана ЕУ.

Главни ударац ратификацији Лисабонског Уговора десио се у Ирској одбијањем на референдуму одржаном 13. јуна 2008. Тада се више од половине Ираца изјаснило негативно о Лисабонском Уговору. Упркос томе, процес ратификације је настављен усвајањем Лисабонског Уговора у Парламенту Велике Британије 18. јуна 2008. Процес ратификације је трајао током 2008. и тек је почетком октобра 2009. дошло до поновљеног референдума са позитивним исходом у Ирској. Ступање на снагу Лисабонског Уговора је сходно томе одређено почев од 1. децембра 2009. го-

дине. Поред тога, почетком новембра 2009. Председник Чешке, Вацлав Хавел је коначно ставио свој потпис на текст Уговора у име Чешке. Томе је претходило разматрање да ли је Предлог Лисабонског Уговора о ЕУ у складу са уставом Чешке и после позитивне одлуке највише судске инстанце у Чешкој, Председник Хавел је невољно потписао текст Лисабонског Уговора о ЕУ.

Произлази оцена да продубљивање интеграције у оквиру ЕУ показује често своје падове и закашњења, али се упркос томе, одвија непрекидно и на иреверзибилан начин. Свакако да су политички уступци и интерни преговори међу чланицама ЕУ интегрални део процеса усвајања примарног законодавства – реформи оснивачких уговора. У време закључивања Римских уговора чланство Заједнице је бројало само шест чланица, а у време потписивања Лисабонског Уговора ЕУ је нарасла на 27 чланица, са тенденцијом даље експанзије чланства. Институције ЕУ у таквим условима морају испунити захтеве ефикасности одлучивања, али под условом да не изгубе легитимитет и демократичност деловања. Произилази да се ради о врло сложеном правнополитичком императиву функционисања Уније у новим условима.[1]

II Значај Лисабонског Уговора о ЕУ – релевантни аспекти

Европска унија добија статус правног лица. Лисабонски Уговор о ЕУ по први пут предвиђа могућност иступања државе из чланства ЕУ – „излазна клаузула". ЕУ коначно постаје правно лице, што подразумева закључивање међународних уговора и чланство у међународним организацијама Уније као целине. До сада је то било резервисано за две европске заједнице (ЕЗ и ЕУРАТОМ), које су имале својство правног лица. У пракси међународних односа је то изазивало мноштво проблема и нејасноћа. ЕУ губи трипартитну структуру која је била уведена Уговором о ЕУ из Мастрихта (1993). Три стуба се према одредбама Лисабонског Уговора стапају у један – Унију, којој је додељено својство правног лица.[2]

Иако се назива новим Уговором о реформи ЕУ, преовлађује оцена у литератури да је већина одредаба неуспелог уговора о Уставу ЕУ сачувана у Лисабонском Уговору о ЕУ. Ипак, веома се избегава помињање Устава ЕУ, како у званичним документима, тако и у политичким прокламацијама. Основна разлика је у томе што је Предлог Устава ЕУ

1 Гасми Гордана, *Право и основи права ЕУ*, Универзитет Сингидунум, Београд, 2010, стр. 349–351.

2 *Ce que change le Traité de Lisbonne*, Fondation pour l'Innovation Politique, Paris, Fevrier 2008, *www.fondapol.org*.

требало да укине и замени све претходне оснивачке уговоре Европских заједница и ЕУ, док Лисабонски Уговор се наслања и мења постојеће Уговоре о ЕУ, те у том смислу представља правни континуитет примарног законодавства ЕУ. Промене Уговора о ЕУ (Мастрихт, Амстердам, Ница) односе се на институције ЕУ, побољшану сарадњу чланица, спољну политику и безбедност, као и одбрамбену политику ЕУ.

У погледу Римског уговора о оснивању ЕЕЗ (1957), модификације предвиђене Лисабонским Уговором су усмерене на разграничавање надлежности између ЕУ и држава чланица. Уговор из Нице (2003) састоји се, практично, из два уговора – о Европској унији и о Европској Заједници, а у Лисабонском уговору бивши Римски Уговор о ЕЕЗ бива замењен Уговором о функционисању Европске уније, док први задржава своје име, уз одређене садржинске промене. Поставља се питање зашто је успостављена оваква комплексна правна конструкција. То је учињено као уступак захтевима одређених земаља чланица ЕУ (Чешка, Велика Британије и Холандија), које су тражиле да се изричито одустане од уставних симбола, као што су изрази: „Устав", „Европски министар иностраних послова", „закони" и „оквирни закони" и томе слично, као и симбола Уније (застава, химна, мото, итд.).

Институционалним новинама дефинисаним Лисабонским Уговором о ЕУ постигнута је боља равнотежа међу малим и великим државама чланицама ЕУ. Демократска контрола функционисања институција ЕУ је побољшана.

Лисабонским Уговором су ојачане демократске вредности ЕУ и циљеви Уније. У погледу основних људских права и слобода, Лисабонски Уговор додељује правну снагу обавезне примене (*ius cogens*) Повељи о основним правима ЕУ, која обухвата грађанска, економска, социјална и политичка права. ЕУ Повеља о основним правима важи за све земље ЕУ, осим за Велику Британију и Пољску које су тражиле изузимајућу („*opt-out*") клаузулу.[3]

Уведено је право иницијативе грађана Уније у покретању законодавног поступка. То треба да допринесе побољшању демократије у одлучивању и ојача партиципативну демократију у ЕУ. Наиме, кроз јединствен систем предвиђен Лисабонским Уговором, грађани у ЕУ могу затражити од Комисије да припреми предлог прописа (уредбе, директиве или одлуке), уколико се скупи најмање милион потписа грађана из већег броја чланица ЕУ.

Поред тога, Лисабонски Уговор препознаје важност дијалог између грађана, невладиних организација као представника цивилног друштва и институција ЕУ (посебно Комисије). Тиме се доприноси

3 Г. Гасми, *ibidem*.

учешћу цивилног друштва у процесу одлучивања ЕУ. Нарочито у домену социјалног дијалога је предвиђена могућност различитих видова консултација, као што је трипартитни социјални самит између европских социјалних партнера и Уније. Приметна је тежња да се овим одредбама ојача концепт европског грађанства, уведен још Уговором о ЕУ из Мастрихта.

III Лисабонски Уговор и заштита животне средине

Потреба и значај заштите животне средине све више овладава свешћу како најшире јавности, тако и челника влада земаља широм планете. Из године у годину расте број аспеката животног окружења који се стављају под заштиту и чије угрожавање се санкционише. У државама ЕУ данас је широко прихваћено схватање да питања као што су промена климе и загађење воде погађају све нас без изузетка, те је неопходно јачати како међународну сарадњу, тако и ефикасне мере на националним нивоима држава чланица, уколико се жели дугорочно постићи успех зван „здрава животна средина". Уговор из Лисабона има за циљ баш то!

Заштита животне средине је императив како за владе држава чланица ЕУ, тако и све остале друштвено одговорне субјекте. Да би владе држава чланица испуниле своје „еколошке" обавезе из Уговора из Лисабона, морају успоставити механизме кроз које ће обавезати или мотивисати све значајне друштвене субјекте, а пре свега компаније, да унапређују стање животне средине. Из тог разлога до недавно уобичајени начини пословања све мање постају прихватљиви. Отуда се све чешће говори и о корпоративној друштвеној одговорности, која се у великом делу остварује и кроз спровођење планова заштите животне средине од стране компанија.

IV „Побољшање квалитета" животне средине уместо само њеног „очувања"

Уговор из Лисабона знатно комплексније регулише заштиту животне средине. Поред прихватања већ постојећих одредби ранијих Уговора о ЕУ о животној средини, Уговор из Лисабона садржи и конкретне назнаке о мерама везаним за третирање проблема климатских промена и енергетске политике. Према одредбама овог Уговора, заштита и побољшање животне средине и одрживи развој треба да постану основ-

не вредности, не само унутар ЕУ већ и у односима између Уније и ширег света.[4]

Једна од најзначајнијих новина Уговора из Лисабона, у односу на еколошке одредбе претходних Уговора о ЕУ је то што овај Уговор, по први пут, као основни еколошки циљ поставља не само заштиту већ и „побољшање квалитета животне средине", за разлику од претходних уговора који су прописивали само обавезу „очувања". Осим поменутог, Уговор из Лисабона иде још даље – тиме што је Повељи ЕУ о основним правима признао исту правну снагу као и претходним Оснивачким уговорима о ЕУ – „висок ниво заштите животне средине" је постало једно од основних људских права ЕУ.

Претходно је поменуто да Уговор из Лисабона конкретно наводи потребу решавања проблема климатских промена и енергетске политике. Третирање и заустављање климатских промена је експлицитно наведено као циљ Европске уније у члану 191 Уговора.[5] Глобална природа климатских промена захтева интензивну међународну сарадњу, те увођење ове одредбе иде томе у прилог јер пружа правни основ сарадње ЕУ и њених држава чланица са осталим државама и регионима света.[6]

Климатске промене су нераздвојно повезане са енергијом, односно напредак у енергетској ефикасности ојачава борбу против климатских промена.[7] Највећа новина коју Уговор из Лисабона уводи у вези са енергетским питањима је подељена одговорност у погледу енергетске политике између ЕУ и држава чланица. У члану 194 Уговор поставља задатак да обезбеди да се енергетска политика креира „узимајући у обзир потребу очувања и побољшања животне средине", наглашавајући потребу смањења свих еколошких штета изазваних неадекватном употребом енергије, укључујући емисије „*green-house*" гасова, друге облике загађења ваздуха и екстракцију фосилних горива. Даље, Уговор прецизно указује на обавезу побољшања енергетске ефикасности и уштеду енергије, као значајне елементе енергетске политике, а налаже и обавезу

4 Чл. 3 Уговора из Лисабона, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ of the EU*, 2008/C 115/01.

5 Чл. 191 Уговора из Лисабона, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ of the EU*, 2008/C 115/01.

6 Нажалост, поменуте циљеве заустављања климатских промена није реално очекивати одмах, јер ће се неки ефекти промена неминовно осетити. Због тога је подједнако важно навићи се на неке од њих, исто као што је важно настојати да се смање емисије „*green-house*" гасова. Ју де Боер, председник УН Секретаријата за климатске промене, је недавно изнео мишљење да ће климатске промене довести до појачаних поплава, топлотних таласа и олуја, а утицај ових промена на Земљину кору ће проузроковати земљотресе, цунамије и вулканске ерупције.

7 Године 2007, чак 86% емисија „*green-house*" гасова Европске уније је било проузроковано енергетским узроцима.

ЕУ да изради нацрте правних аката који ће обезбедити континуиран развој обновљивих извора енергије.

V Еколошки програми у оквирима корпоративне друштвене одговорности

Након свега реченог, долазимо до тачке где треба размотрити на који начин се претходни контекст премешта са нивоа Европске уније и држава чланица на ниво конкретних друштвених субјеката који утичу на стање животне средине. Пре свих, овде мислимо на компаније.

Познат је утицај привредних и индустријских субјеката, односно њихових делатности на загађење животног окружења. Законодавци на свим нивоима (како ЕУ, тако и националних држава) пред њих стављају обавезе поштовања и пословања у складу са позитивно-правним оквирима. Међутим, многе компаније у ЕУ и свету, поред предузимања правно – обавезних мера заштите, спроводе и додатне еколошке програме под окриљем све популарније корпоративне друштвене одговорности. Реч је о друштвеним обавезама које могу имати етичку и/или економску позадину.[8]

Уговор из Лисабона потврђује опредељеност европског законодавца ка константном и прогресивном ширењу захтева и подизању стандарда заштите и побољшања квалитета животне средине. То даље указује на стални пораст обавеза за владе држава чланица, али и постојање потребе за усвајањем тренда, од стране свих њихових друштвено одговорних субјеката, да поред правно прописаних еколошких стандарда и на добровољној основи подузимају комплексне еколошке мере и активности. Ово је последица чињенице да је свест о одговорности спрам животне средине истовремено и доказ свести о одговорности спрам опстанка будућих генерација! Дакле, са становишта законодавца и еколошки свесне јавности више је него пожељно да компаније кроз спровођење еколошких планова у оквирима корпоративне друштвене одговорности унапређују квалитет животне средине – и више него што је то прописима одређено.

Међутим, на другој страни се појављује питање да ли се компанијама, са економског становишта, заиста исплати да развијају добровољне еколошке програме? Економисти ће се првенствено питати: могу ли компаније то чинити а да при том не оштете интересе својих власника/управљача? Да ли треба да жртвују своје профите зарад утицаја

8 Bruce L. Hay, Robert N. Stavins, Richard H. K. Vietor, *Environmental Protection and the Social Responsibility of Firms: Perspectives from Law, Economics and Business*, Resources for the Future, Washington DC, 2005.

на животну средину? Чињеница је да компаније немају реално јак разлог зашто би то чиниле, јер је њихов главни и највећи интерес и циљ стварање профита. Уколико се и определе за реализацију еколошких програма у оквирима корпоративне друштвене одговорности, компаније то чине зарад сопственог позитивног маркетинга и успостављања позитивних односа са јавношћу.[9]

Фирме које заиста сматрају да ће кроз еколошки позитивне и одрживе начине производње и пружања услуга истовремено остварити, тј. увећати профит, опредељују се за корпоративно друштвено извођење делатности, а не корпоративну друштвену одговорност.[10] За разлику од корпоративне друштвене одговорности, корпоративно друштвено извођење делатности представља „стратешко" понашање фирме (односно било које пословне организације) у смислу „конфигурисања принципа, процеса и политика друштвене одговорности, те њихових приметних исхода у односу на друштвене односе",[11] са визијом да ће такво понашање довести до увећања добити власника/управљача. Овакво стратешко опредељење је карактеристично за произвођаче производа и услуга означених еко-ознаком.[12]

VI Закључна разматрања

Доношење новог Лисабонског Уговора о реформи ЕУ доказало је економску и правно – институционалну виталност ЕУ, која је успела да изађе из вишегодишње уставне кризе и кризе институција. Област заштите животне средине спада у домен тзв. подељених или конкурентских надлежности ЕУ и држава чланица (чл. 2 С).

Ступањем на снагу Уговора из Лисабона, Европска унија је, *inter alia*, показала да је спремна да буде светски лидер у заштити животне средине, решавању питања климатских промена и коришћењу обновљивих извора енергије. Уговор даје Унији средства да поменуту стратегију, пре свега, спроведе у државама чланицама, посредством њихових влада а

9 Иако има аутора који сматрају да пословни волунтаризам (корпоративна друштвена одговорност) – улагање новца у животну средину – повећава профитабилност, већина аутора стоји на становишту да се то обично не дешава, види: F. Reinhard, *Bringing the Environment Down to Earth*, Applying Business Principles to Environmental Management, Harvard Business School Press, 1999.

10 Bruce L. Hay, Robert N. Stavins, Richard H. K. Vietor, *нав. дело*.

11 D. J. Wood, „Corporate social performance revisited", *Academy of Management Review*, бр. 16/1991, стр. 693; M. Orlitzky, *Corporate Social Performance: Developing Effective Strategies*, Research Brief, Sydney, 2000.

12 М. Костић, „Еко-ознака као вид информације о производима", *Право и привреда*, бр. 5–8, Београд, 2009.

ове, између осталог, и посредством својих најутицајнијих друштвено одговорних субјеката.

Произлази да Лисабонски Уговор отвара пут за формирање неких нових европских политика. Може се оценити да Лисабонски Уговор доприноси бољем демократском функционисању ЕУ и јачању одговорности њених институција кроз јаснију поделу надлежности. Наиме, област подељених надлежности подразумева да институције ЕУ и органи држава чланица тесно сарађују у оквирима својих компетенција на унапређивању, правном регулисању релевантних питања и спровођењу адекватних мера политике.

Уведена је такође и клаузула солидарности, која подразумева пружање помоћи од стране органа ЕУ и осталих чланица ЕУ држави чланици угроженој природним или другим врстама катастрофа или пак, терористичким нападима. Таква помоћ треба да буде омогућена свим расположивим средствима ЕУ.

Истрајност на остварењу укупних циљева заштите и унапређења животе средине је императив надасве из разлога трајног очувања здравља планете и људи, односно будућих генерација, а он се не може достићи еколошки свесним делањем само у границама закона, већ и изласком ван њих – реализацијом еколошких програма у оквирима корпоративне друштвене одговорности.

Многи евроскептици су узалуд прогнозирали скори крај Уније. Досадашња европска интеграциона кретања у оквиру ЕУ указују на закључак о тачности чувене „теорије бицикла", која с правом указује на непрестану изградњу ЕУ као начин њеног опстанка и просперитета. Кроз стварање нових неравнотежа, ЕУ напредује корак по корак, како је то својевремено истакао Жан Моне. Отуда и закључак да најновији текст Лисабонског Уговора о ЕУ није и последња реч у примарном законодавству и у институционалној еволуцији ЕУ.

Не треба да изненади да у скорој будућности буду предложене измене и допуне Лисабонског Уговора о ЕУ, чак и пре потпуне примене свих његових одредаба. Није стога случајно да је у новом Уговору о ЕУ из Лисабона отклоњено свако позивање на Устав ЕУ, који је иначе био неуспели покушај конституционализације Уније и пропало претварање Уније у супер-државу. Реално је за очекивати да ће управо на пољу заштите животне средине институционални развој ЕУ довести до ширења надлежности институција ЕУ и формулисања ојачане европске политике заштите животне средине и нових стандарда друштвене еколошке одговорности у чланицама ЕУ.

Ипак приликом предвиђања даљег развоја у овој области, не треба заборавити да су земље чланице главни конститутивни субјекти ЕУ и као

такве диктирају и сам ток и темпо институционалне реформе Уније.[13] Наиме, за све институционалне реформе ЕУ неопходна је једногласност држава чланица. Уговором о ЕУ из Лисабона није промењена одредба Угоора из Нице (чл. 48, бивши чл. Н) да се за измену конститутивног уговора захтева заједничко утврђивање измена на конференцији представника влада држава чланица, коју сазива председавајући Савета. За ступање на снагу амандмана Уговора о ЕУ неопходна је ратификација у свим државама чланицама у складу са њиховим уставним правилима.

Процес институционалне реформе Европске уније карактерише пре свега еволутивни карактер, као и дугорочност, али уз варирајућу динамику у зависности од економских услова и политичког миљеа у самим државама чланицама ЕУ. Свакако се ради о некој врсти „приче без краја", те је самим тим немогуће дати дефинитивне закључке и оцене, које време и даљи ток развоја ЕУ неће поречи. Томе треба додати растући значај питања заштите животне средине и пресудне улоге корпоративне еколошке одговорности компанија у тој области.

Током више од пола века свог постојања, ЕУ је превасходно била усмерена ка стварању новог економског поретка држава чланица путем формулисања општих заједничких прописа. Веома често ЕУ је препуштала њихову примену државама чланицама. У сфери унапређења заштите животне средине и јачања корпоративне еколошке одговорности отвара се поље за паралелно интензивирање активности органа ЕУ, али и непосреднију и ефикаснију улогу привредних друштава и осталих релевантних тзв. микро-субјеката на европском плану.

13 Г. Гасми, *Ibidem*, стр. 361.

***Gordana* GASMI, PhD**
Professor at the Singidunum University Belgrade

***Marija* KOSTIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Singidunum University Belgrade

LISBON TREATY ON EU AND CORPORATE SOCIAL ECOLOGIC RESPONSIBILITY

Summary

This paper is analyzing relevant key elements of the Lisbon Treaty on the reform of the European Union (EU) in the light of the issue of corporate social ecologic responsibility. Therefore, the new approach contained in the Lisbon Treaty regulations has been analyzed in relation to the importance of improving the quality of the environment and not only the ecology protection. This issue gains special significance in current international economic relations and in view of the new provisions of the Lisbon Treaty.

Upon entry into force of the Treaty of Lisbon, the European Union has shown its readiness to become a world leader in environmental protection, tackling the issue of climate change and the use of renewable energy sources. The Treaty gives the Union necessary instruments to develope and complete above strategy, primarily carried out by Member States through their governments and those, among others, through their influential and socially responsible companies. Devotion in achieving the overall goals of protection and improvment of the environment, is an imperative for reasons of permanent protection of healthy planet and people, as well as future generations. This aim cannot be achived only by performing environmentally sound actions prescribed by the law, but also rising out of the legal context – by implementing environmental programs within corporate social responsibility.

Key words: *Lisbon Treaty, EU, Corporate Social Responsibility, Ecology.*

др *Драган* ВУЈИСИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

мр *Страхиња* МИЉКОВИЋ
асистент Правног факултета у Косовској Митровици

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ И УГОВОР О ФРАНШИЗИНГУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Франшизинг као специфичан инвестициони метод у савременим тржишним околностима како на глобалном тако и на регионалном и микро нивоу има великог утицаја на развој конкуренције. Specificum уговора о франшизингу је у томе што он спада у ред вертикалних уговора, односно уговора који се карактеришу вертикалним ограничењима. Римским уговором којим је устројено право конкуренције прави се изузетак од правила да су вертикални уговори ништави. У том контексту ако је уговор о франшизингу у сагласности са критеријумима прописаним Римским уговором изузима се од правила ништавости. Да би на потпунији и прецизнији начин регулисала питање вертикалних уговора Европска комисија (ЕС) доноси одређене правне акте којима регулише ове уговоре, а који се посредно или непосредно односе и на уговор о франшизингу. Значај овог рада је потреба да се укаже на однос између права конкуренције и уговора о франшизингу у праву Европске уније.

Кључне речи: *право конкуренције, уговор о франшизингу, франшиза, франшизер, франшизат.*

Конкуренција, а самим тим и права која проистичу из ње, у садашњим околностима када се тежи глобализацији тржишта роба,

услуга и капитала представља један од основних покретача развоја економије како на глобалном, тако и на регионалном и микро нивоу.

Када се говори о конкуренцији, односно о праву конкуренције, њен основни, примарни циљ је да омогући већу ефикасност у привређивању уз истовремено омогућавање веће социјалне правде и праведности. Ови циљеви могу се остварити кроз обезбеђивање и стварање услова за фер и слободну тржишну утакмицу између правно-економски независних привредних субјеката. Само тада и само у таквим тржишним околностима може се говорити о постојању здраве конкуренције. Да би се могло говорити о постојању здраве конкуренције односно „перфектне конкуренције"[1] и њеним ефектима на привреду, а самим тим и на друштвена кретања неопходно је да правни и стварни оквири националних економија испуне следеће услове, и то: нелиметирано велик број предузетника, односно предузећа на тржишту; предузетници могу бити мали по величини и економској моћи; ниједан од њих у погледу своје величине и моћи не може другима укинути конкуренцију; брзина и могућност прилагођавања на тржишту су приметне; трошкови приступа тржишту мањи су од трошкова оснивања предузећа; тржишта су транспарентна, што значи да су подаци о условима на тржишту и променама доступни и поуздани, што омогућује прикладно понашање; заштита потрошача, којима се пружа довољно роба и услуга по разумним ценама с теденцијом снижавања; рационалне инвестиције кроз најбољу алокацију ресурса и снижавање производних трошкова (алокативна ефикасност, продуктивна ефикасност); контрола монополистичког понашања како би се спречила магнитуда губитака благостања под монополима (алокативне неефикасности, *rent-seeking* – тражење ренти и техничке неефикасности).[2]

Поред постојања идеје „перфектног тржишта", односно здраве конкуренције и ефеката које оно треба да произведе, да би се у претежном делу могли остварити ефекти овакве конкуренције неопходно је спровођење поштене и правичне конкуренције унутар етике тржишног понашања, уз неопходну стабилност тржишних институција[3] и уз истовремени задатак да се путем одговарајућих законских аката онемогући стварање монопола на тржишту који би онемогућио здраву тржишну утакмицу. [4]

---

1 Више о дефиницији перфектне конкуренције: R. Van der Bergh, P. Camesaca, J. F. Brodley, „The economic goals of antitrust: eficiency, consumer welfare and technological progress", *N. Y. U. L. Rev.*, бр. 62/1987, стр. 79–80.

2 М. Д. Томић, Х. Хорак, В. Шољан, П. Ј. Кауфман, *Европско тржишно право*, Загреб, 2006, стр. 61–62.

3 *Ibid.*

4 Први антимонополски закон је *Sherman Act* из 1890. год. – *An Act To Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies – Sherman Antitrust Act,*

I Основни принципи права конкуренције у Европској унији

Оно што представља *specificum* права конкуренције у оквирима Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) је стварање тј. интеграција националних тржишта у једно јединствено тржиште – „наднационално тржиште" које би било правно уређено и регулисано актима надлежних органа ЕУ. Да би обезбедила што повољније услове за пословање независних привредних субјеката и створила боље и фер услове на тржишту за здраву конкуренцију ЕУ је устројила право конкуренције односно право слободне трговине чланом 28[5] и чланом 29[6] Римског уговора.[7] Право конкуренције – слободне трговине нормирано и детаљније регулисано чл. 81 и чл. 82 овог уговора.

Члан 81 (1) одређује да ће: „...бити забрањено као неспојиво са заједничким тржиштем: сви споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и договорене праксе које могу утицати на трговину између држава чланица који имају за циљ или ефекат спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта, а посебно они који: (а) директно или индиректно одређују куповне или продајне цене или било које друге услове трговања; (б) ограничавају или контролишу производњу, тржишта, технички развој или улагања; (в) деле тржишта или изворе снабдевања; (г) примењују различите услове пословања на еквивалентне трансакције са различитим трговачким странама, стављајући их тиме у различити компетитивни положај;

U.S. Code. Значај овог закона је у томе да је забранио како групна ограничавања конкуренције – све уговоре, удруживања у форми труста или некој другој форми или завере којом се ограничава промет или трговина, тако и индивидуална понашања са циљем монополисања трговине или промета. Ипак, и поред тога што је *Sherman Act* забрањивао стварање картела пракса је показала да су компаније легално вршиле концентрацију економске моћи путем фузија тј. повезивања са другим компанијама. У таквим околностима, а да би се отклонили недостаци *Sherman act*-а, 1914. год. доноси се *Clayton Act – An Act To Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies, And For Other Purposes – Clayton Antitrust Act, U.S Code*, којим се забрањују фузије са циљем умањивања конкуренције или тенденција стварања монопола прибављањем акција или другог капитала корпорација, као и истовремено заузимање руководећих места у више компанија од стране једног лица – *interlocking directorates.* Доношењем *Hart-Scott-Rodino Act* из 1974. год. – *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, *U.S Code*, први пут је предвиђена обавезна пријава намере концетрације економске моћи.

5 „Квантативна ограничења увоза и све мере које имају исто дејство ће, без обзира на следеће одредбе, бити забрањене међу дражава чланицама."

6 „Квантативна ограничења извоза, и све мере које имају исто дејство ће бити забрањене међу државама чланицама."

7 *Treaty establishing the European Economic Community (EEC)*, 25.3.1957, познатији као Римски уговор.

(д) закључују уговоре с обавезом друге стране да преузме додатне обавезе које, по својој природи или према трговачким обичајима, немају везе са предметом таквих уговора."

Чланом 81 децидно су забрањени споразуми – уговори који имају за циљ или чији ефекти који они производе имају за последицу ограничавање конкуренције, односно такви уговори су аутоматски ништави тј. уговор се поништава *ab initio*.[8]

Из чл. 81 произлази да се као субјекти на тржишту појављују само предузећа (*undertaking*). Поставило се питање, да ли појединац може имати статус „предузећа"? Одговор на ово питање је да и појединац у складу са чл. 81.1 има статус предузећа. Да би се појединац појавио у улози предузећа (*undertaking*) неопходно је да се бави комерцијалном делатношћу. У правној теорији постоји становиште да то што није дефинисан појам „предузеће" (*undertaking*) наведеним чланом Уговора о ЕУ (тада ЕЗ), да је то учињено превасходно из разлога што су творци Римског уговора желели да Европском суду правде и Европској комисији (у даљем тексту: ЕС) доделе најширу могућу надлежност у промовисању трговине између чланица и стога је ЕС заузела став да се појединци укључени у комерцијалну експлоатацију талента[9] или интелектуалне својине[10] могу сматрати предузећем у смислу овог члана.[11]

Да би дошло до примене забране из чл. 81 ст. 1, у теорији се закључује, да је неопходно је да буду испуњене три основне претпоставке и то: неки од облика договорене праксе између предузећа,[12] који ограничава конкуренцију или постоји намера и могућност да конкуренција буде ограничена, која може деловати на размену међу државама чланицама.[13]

---

8 N. J. Adams, J. Hickey, P. Jones, *Franchising*, Tottel, 2006, стр. 59.

9 RAI/UNITEL O.J. L 157, 15.6.78., стр. 39, (1978) 3 CMLR 306.

10 Re Vaessen/Moris OJ L 19, 26.1.79., стр. 32, (1979) CMLR 511.

11 N. J. Adams, J. Hickey, P. Jones, *нав. дело*, стр. 50.

12 Договорена пракса – *concerted action* је „облик координације између предузећа где, иако није остварен споразум у правно формалном смислу који је закључен свесно, ограничава конкуренцију", *ICI v. Commission*, 48, 49, 51–7/69 (1972) ECR 619. У случају *Suiker Unie and others v. Commission* 40–48, 50, 54–56, 111, 113, и 114–73 (1975) ECR 1663, стр. 2007, Суд је дао ближе тумачење термина „координација и кооперација" подразумевајући под тим однос предузећа који не значи „израду одређеног заједничког плана наступања, већ то да сваки економски субјект мора независно један од другог да утврди своју пословну политику, те да због тога не сме бити било каквог директног или посредног контакта између таквих привредних субјеката, чији је циљ да утиче на понашање садашњих или будућих конкурената или да тим конкурентима открију начин поступања који су они прихватили или намеравају да прихвате на тржишту".

13 М. Д. Томић, Х. Хорак, В. Шољан, П. Ј. Кауфман, *нав. дело*, стр. 61–64.

Забране ограничавања права конкуренције примењује се на државе чланице ЕУ односно примењује се „у оквиру заједничког тржишта" и то само онда када може утицати на размену (поред тога што обухвата трговину, он у себи обухвата и банкарство, услуге и осигурање) између држава чланица ЕУ.[14] Карактеристика чл. 81 ст. 1 јесте у томе што су забране ограничења конкуренције релативног карактера. Релативност чл. 81 ст. 1 огледа се у томе што ЕС у сваком конкретном случају процењује не само степен ограничења правила *de minimis*[15] већ и спроводи детаљну анализу сваког конкретног споразума – уговора, праксе и одлуке.

Поставило се питање да ли сви послови без обзира на њихов тржишни удео потпадају под забрану чл. 81 ст. 1 или су послови мање економске важности и поред тога што представљају хоризонталне споразуме[16] или вертикалне споразуме[17] изузети од забране предвиђене чл. 81 ст. 1.[18] *De minimis* правило које се односи на хоризонталне и вертикалне уговоре, односно на њихову дозвољеност, иако у себи садрже рестриктивне клаузуле, пре свега има улогу да се на основу постојећих квантитативних критеријума одређује да ли је споразум малог значаја и да ли као такав угрожава трговину између држава чланица. Споразуми – уговори и пракса неће бити обухваћена забраном из чл. 81 ст. 1 ако испуњавају следеће услове и то: код хоризонталних споразума, сматра се

14 У случају *Societe Techique Miniere v. Machinenbau Ulm*, 56/65 (1966.) ECR 235, CMLR (1966.) стр. 357, Суд је утврдио да „деловање на размену између дражава чланица на тој територији мора бити такво да споразум, одлука или пракса могу имати утицај, директан или посредан, остварен или потенцијално могућ, сада или убудуће, на начин и моделе трговања између држава чланица".

15 Европска комисија (ЕС) је донела „Саопштење о споразумима малог значаја" – *Notice on Agreements of Minor Importance* – 1986. O.J. C 231/2, касније замењен новим саопштењем O.J. C 372, 9.12.1997, тренутно је снази саопштење O.J. C 368, 22.12.2001.

16 Хоризонтални споразум (*cartel*) је споразум који се закључују између конкурената на истом нивоу било да је у питању дистрибуција или прозводња (подела тржишта, минималне цене, ограничење производење, итд.)

17 Вертикални спразум се закључују између различитих привредних субјеката који су на различитим нивоима у ланцу производње или дистрибуције, а који се односе на услове под којима ти субјекти могу пословати (куповати, препродавати, продавати одређена добра и услуге).

18 *Volk v. Vervaecke* 5/69 (1969.) ECR 295, „...у којем је немачки произвођач перлица за рубље уступио искључива права белгијском дистрибутеру и дао му потпуну територијалну заштиту од паралелног увоза. Суд је донео пресуди и оценио да тај споразум не потпада забранама које су предвиђене чл. 81 ст. 1 јер је његов удео на тржишту неважан (радило се о 0,5% удела на тржишту тих производа у Немачкој)". Овом пресудом и ставом који је Суд заузео сви они уговори или споразуми код којих су уговорне стране исувише слабе да би могле значајније да утичу на трговину између држава чланица могу избећи забрану из чл. 81. ст. 1.

да не долази до знатног ограничења тржишног натецања ако заједнички тржишни удео странака не прелази 10% на меродавном тржишту; код вертикалних споразума 15% на меродавном тржишту; ако се споразум не може одредити као хоризонтални или вертикални, заједнички тржишни удео не сме прелазити 10% на меродавном тржишту.[19]

II Правна регулатива франшизинга

1. Значај случаја *Pronuptia de Paris* за развој правне регулативе франшизинга

С обзиром на то како је право конкуренције регулисано Римским уговором, поставља се питање односа према уговору о франшизингу, који у себи садржи низ рестриктивних клаузула које могу бити у супротности са начелом слободне трговине односно правом конкуренције. Јер, уговором о франшизингу врши се интеграција франшизата – енг. *Franchisee* (прималац франшизинга) у пословни систем франшизера – енг. *Franchisor* (давалац франшизинга). И поред тога што франшизат иступа као статусно независан правно-економски привредни субјект у односу на франшизера, он, ипак, улази у пословни систем франшизера на основу уговора. Улазак франшизата у пословни систем франшизера регулише се уношењем одређених рестриктивних клаузула. Рестриктивне клаузуле које се уносе у уговор, превасходно се односе на вертикално ограничење слободе франшизата у оквиру пословног система.

Чланом 81 ст. 1 и 2 Римског уговора, искључују се од примене поједини рестриктивни споразуми, који представљају кршење правила слободне трговине, односно права конкуренције. С друге стране, ст. 3 истог члана предвиђа да су поједини споразуми изузети од забране. Иако се чл. 81. ст. 3 изузимају од забране поједини вертикални споразуми, у време доношења Римског уговора поставило се питање да ли уговор о франшизингу, који представља вертикални споразум али који је истовремено и уговор који у себи садржи низ рестриктивних клаузула (клаузула ексклузивне куповине, клаузула ексклузивне територије, и сл.) које су у супротности са начелом слободне трговине – правом конкуренције, представља крешење права конкуренције и основ примене ст. 1 чл. 81 Уговора, или не (основ примене ст. 3 чл. 81 Уговора). На основу пресуде Европског суда правде у случају *Pronuptia de Paris*[20]

19 O.J. C 368, 22.12.2001, стр. 13–15.

20 *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, Case 161/84 (1986) ECR 353, (1986) 1CMLR 414, ECJ.

стварају се полазне основе за одговор на ово питање и правну регулативу франшизинга.[21]

Европски суд правде је у случају *Pronuptia de Paris* пресудио: (1) компатибилност уговора о дистрибуционим франшизама са чл. 85(1) (сада чл. 81(1) зависи од клузула таквих уговора и њиховог економског карактера; (2) одредбе које су кључне за спречавање да пренесени *know-how* и помоћ пружена од стране франшизера донесу користи конкуренцији не представљају ограничење конкуренције из чл 85(1) (сада чл. 81(1); (3) одребе које одређују ниво контроле потребне за чување идентитета и репутације дистрибуционе мреже симболизоване именом бренда не представљају ограничење конкуренције из чл. 85(1) (сада чл. 81(1); (4) одредбе које резултирају дељењем тржишта између франшизера и франшизата, или међу франшизатима, представљају ограничење конкуренције из 85(1) (сада чл. 81(1); (5) чињеница да франшизер даје ценовне препоруке франшизату не представља ограничење конкуренције, док год нема договорене праксе између франшизера и франшизата, или међу франшизатима, за стварну примену тих цена.

У пресуди суд констатује да постоји велика разноликост уговора о франшизингу, и да постоје три посебне врсте уговора о франшизингу и то: сервисни, производни и робни (дистрибутивни) франшизинг.[22] У пресуди суд се ограничава само на дистрибутивни (робни) франшизинг, а такође из текста пресуде јасно произлази да Суд говори о франшизингу пословног формата (*business format franchising*). Европски суд правде даје објашњење шта је франшизинг истовремено заузимајући став да је то *sui generis* уговор и то да: у дистрибутивним франшизинг системима попут овога, предузеће које се афирмисало као дистрибутер на тржишту, и које је било у стању да развије низ трговачких метода, даје независним пословним људима прилику, за накнаду, да се афирмишу на другим тржиштима користећи његов знак и трговачке методе које су начиниле франшизера успешним. Више од метода дистрибуције, ово је метод финансијског искоришћавања корпуса знања без улагања

21 Пресуда Европског суда правде у случају *Pronuptia de Paris* представља основ доношења Блок изузећа (*Block exemption*). Сврха Блок изузећа је у томе да се њима прецизирају која ограничења не смеју бити у уговору, која смеју, као и који услови морају бити испуњени. Потпуни ефекат Блок изузеће остварује онда када се одређени уговор (вертикални уговор) може подвести под категорију која је покривена одређеним Блоком изузећа с тим да тај уговор мора бити састављен у складу са упуствима садржаним у изузећу. Само тада изузеће важи *ex regulation*, тј. није потребна пријава Комисији која би одобрила овакав уговор.

22 Тачка 13 пресуде у случају *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, Case 161/84 (1986) ECR 353, (1986) 1CMLR 414, ECJ.

франшизеровог сопственог капитала. У исто време овај систем даје пословним људима, којима недостаје неопходно искуство, приступ методама које би они иначе могли стећи тек после продужених напора и истраживања, и омогућава им такође да профитирају од угледа жига (знака). Дистрибутивни франшизинг уговори су зато различити и од уговора о дитрибуцији, и оних везаних продаваца именованих у систему селективне дистрибуције, који не укључују коришћење јединственог знака, ни коришћење јединствених трговачких метода, нити плаћање накнаде за користи дате. Такав систем који омогућава франшизеру да искористи свој успех, није по себи конкурентски рестриктиван. Да би функционисао два услова морају бити задовољена. Прво, франшизер мора бити у стању да пренесе свој *know-how* франшизатима и да им обезбеди потребну помоћ за примену његових метода, без ризика да ће *know-how* и помоћ помоћи његовим конкурентима чак и индиректно. Из овог разлога следи да оне клаузуле које су неопходне да се спречи овај ризик не представљају ограничење конкуренције у смислу чл. 81 ст. 1. Друго, франшизер мора бити у стању да предузме одговарајуће мере да сачува идентитет и углед мреже која симболише знак (жиг). Из овога следи да оне одредбе које обезбеђују основицу оваквој контроли такође не представљају ограничење конкуренције у смислу чл. 81 ст. 1.[23]

Из пресуде Суда се да закључити да је суд заузео став да већину вертикалних ограничења која садржи уговор о франшизингу, а које га чине *sui generis* уговором и који чине његов *specificum* не подводи под чл. 81 ст 1. Римског уговора; такође, да нема основа за ограничавање конкуренције већ насупрот постоји могућност уласка новог конкурента на тржиште. Ипак, и поред тога што је суд изузео велики део ограничења од примене чл. 81 ст. 1. Римског уговора, суд забрањује фиксирање препродајних цена франшизатима од стране франшизера, с тим да су ценовне препоруке дозвољене. Доношењем пресуде, Европска комисија (ЕС) заузима став да се уговор о франшизингу изузима од забране чл. 81 ст. 1–2, јер поједине клаузуле које садржи уговор неопходне су за очување инденитета и угледа пословног система, као и ради спречавања да *know-how* и помоћ дата франшизату дође у руке конкурената.[24] Комисија прихвата да је клаузула неконкуренције дозвољена ради заштите *know-how*-а.

После доношења пресуде од стране Европског суда правде у случају *Pronuptia de Paris* и одлука Европске комисије (ЕС) у случајевима

23 М. Париводић, *Право међународног франшизинга*, Београд, 2003, стр. 203–204.

24 Види: М. Париводић, *нав. дело*, стр. 205.

Service Master[25] и *Charles Jourdan*[26] став о положају франшизинг уговора у области права конкуренције постао је јаснији. И поред тога што је доношењем Уредбе о модернизацији ЕК (ЕС)[27] у потпуности укинута могућност додељивања индивидуалних изузећа, наведени случајеви могу и даље служити као пример за одлучивање да ли су испуњени услови из чл. 81. (ст. 1–3) Римског уговора.

---

25 Одлука Комисије 88/604 (EEC) 1988 OJ L332, (1989) 4 CMLR 581. У случају *Service Master* где је уговор обухватао услужну франшизу, Комисија је заузела став, да се за потребе права конкуренције, услужне франшизе могу асимиловати са дистрибуционим франшизама. Ипак, основна асимилација не спречава Комисију да узме у обзир одређене индивидуалне случајеве везане за пружање услуга. У овом случају уговор је садржао забрану примаоцима франшизе да отворе продајна места у другим државама чланицама, као и да активно траже купце изван својих територија. Комисија је изузела уговор од примене чл. 81(1), јер је уговор испуњавао све услове из чл. 81(3). На основу ове одлуке Комисије примаоци франшизе добили су слободу да пружају услуге „непредвиђеним" купцима изван својих територија.

26 Одлука Комисије 89/94 (EEC) 1988 OJ L35/31, (1989) 4 CMLR 591. *Charles Jourdan* бави се производњом и дистрибуцијом обуће, кожне галантерије и ташни. Међутим, његова основна делатност је производња и продаја обуће поготово у рангу средњег и високог квалитета. Његов удео на тржишту Француске је 1%, док је на тржишту ЕУ занемарљив. С друге стране, уколико се као релевантно тржиште узме у обзир обућа средњег и високог квалитета, његов удео износи 10% француског тржишта и 2% тржишта ЕУ. Дистрибуција робе се врши на четири начина и то путем: огранака, франшизиних радњи, франшизиних тезги у робним кућама и традиционалним малопродајним објектима. Ове две врсте франшизне продаје заснивају се на уговору који у себи садржи следеће клаузуле и то: (а) ограничење особља и трансфера; (б) ексклузивну територију додељену давањем ексклузивног права примаоцима франшизе да користе релевантну робну марку у оквиру дефинисане територије, и захтевањем од примаоца франшизе да послују искључиво у одобреним пословним просторијама; (в) пружање помоћи у управљању и *know-how*; (г) лиценцу интелектуалне својине подложну ексклузивном праву *Charles Jourdan*-а да одреди начин коришћења исте; (д) право инспекције од стране даваоца франшизе; (ђ) авансе и даље накнаде; (е) обавезе примаоца франшизе да не тргује конкурентским производима и (ж) препоручене цене. Примаоци франшизе имали су слободу да купују робу директно, затим од радње у оквиру огранка групе, од другог члана групе, било од примаоца франшизе или од малопродајне радње. Ова слобода проширена је и на купце дистрибутивних продајних места у другим државама чланицама. Комисија је заузела став де ће комбиновани утицај таквих одредби франшизинг уговора побољшати дистрибуцију производа. Притисак на конкуренцију у оквиру сектора и слобода купаца да купују производе у било којој радњи у оквиру франшизинг мреже приморава примаоце франшизе да на купце пребаце солидан део предности добијених из рационализоване дистрибуције. Примаоци франшизе били су конкуренти једни другима, јер им је било дозвољено да продају робу било ком купцу унутар или изван њима додељене територије и имали су слободу да одреде своју продајну цену. Комисија је одлучила да су сви услови за примену чл. 81 (3) су испуњени и према томе комисија је одобрила индивиндуално изузеће, Види, N. J. Adams, J. Hickey, P. Jones, *нав. дело*, стр. 52.

27 Уредба Савета 1/2003 чл. 1.

2. Уредба бр. 4087/88 – Блок изузеће комисије ЕУ за уговоре о франшизингу

На основу пресуде *Pronuptia de Paris*, Европска комисија (ЕС) доноси Блок изузеће 4087/88.[28] Уредбом, односно Блок изузећем под уговором о франшизингу се подразумева уговор „којим једно предузеће – франшизер даје другом – франшизату, у замену за непосредну или посредну финансијску надокнаду, право да користи франшизу за циљеве маркетинга одређених врста роба или услуга" (чл. 3(б)). Уредбом је дата и дефиниција франшизе (предмет уговора о франшизингу) под којом се подразумева да је то „пакет индустријских или интелектуалних права, која се односе на жигове, фирме, ознаке радњи, корисне моделе, дизајн, ауторска права, *know-how*, или патенте, које ће се користити за даљу продају робе или пружање услуга крајњим корисницима".[29] Како уговор о франшизингу у себи садржи клаузуле којима се ограничава конкуренција, па се стога поставља питање важења таквог уговора, у складу са чл. 81 ст. 3 Римског уговора овакви уговори се могу се изузети од забране чл. 81 ст. 1 „ако доприносе побољшању производње или дистрибуције робе, омогућавајући при том потрошачима правичан удео у резултирајућој користи".[30] Уредба утврђује које се клаузуле изузимају безусловно,[31] а које условно,[32] односно које се клаузуле не могу уносити уопште у уговор.[33] Уколико уговор испуњава критеријуме у блок изузећу он се „*per se*" сматра пуноважним (изузеће постоји *ex regulatione*), тј. не мора се пријављивати Комисији. Значај овог Блок изузећа је у томе и да поред одређених слабости представља први корак ка несметаној примена франшизинг уговора са свим својим специфичностима.

3. Уредба бр. 2790/1999 – блок изузеће комисије ЕУ о вертикалним уговорима

Европска комисија (ЕС) 1999 год. доноси нову Уредбу бр. 2970/1999 о примени члана 81 ст. 3 Римског уговора на категорије вертикалних

28 Commission Regulation (EEC) No. 4087/88 of 30 Nov. 1988. on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of franchise agreements, OJ L 359, 28.12.1988. стр. 46.

29 Чл. 3(а), OJ L 359, 28.12.1988. стр. 46.

30 Чл. 81 (3) Treaty establishing the European Economic Community (EEC) 25.3.1957, познатији као Римски уговор.

31 Клаузуле са „беле листе" омогућавају аутоматско изузеће.

32 Клаузуле са „сиве листе" су клаузуле које су садржане у споразумима које треба поднети на нотификацију Комисији, а ако она не одговори у року од 6 месеци сматрају се изузетим од забране.

33 Клаузуле са „црне листе" су клаузуле које не подлежу примени блок изузећа, па су самим тим неважеће.

уговора.[34] Уредба бр. 2970/1999 је ступањем на снагу (1.1.2000. год.) ставила ван снаге Уредбу 4087/88. Уредба је допуњена Смерницама о вертикалним ограничењима.[35] Њима Европска комисија детаљно упућује предузетнике о томе како ће се примењивати наведено Блок изузеће. Европска комисија (ЕС) је дефинисала вертикалне уговоре као „уговоре или оркестриране праксе, који су закључени између два или више предузетника, од којих сваки послује, за сврхе тог уговора, на различитим нивоима производног или дистрибутивног ланца, а уговор уређује услове под којима стране смеју куповати, продавати или препродавати робу или услуге".[36] Уредба ће се примењивати уколико ови уговори представљају ограничења конкуренције у смислу чл. 81 ст. 1 Римског уговора тј. представљају вертикална ограничења. Уредба се неће примењивати када се ради о уговорима закљученим између конкурентских предузећа, али са изузетком примењивости када се закључе нереципрочни вертикални уговори између конкурентских предузећа и то онда: „1) ако купцу укупни годишњи обрт не прелази 100 милиона евра, или 2) ако је снабдевач произвођач или дистрибутер робе, а купац је дистрибутер који не производи робу која је конкурентна уговорној роби или 3) ако је снабдевач давалац услуга на више нивоа трговине док купац не даје конкурентске услуге на нивоу трговине на коме купује уговорне услуге" (чл. 2 ст. 4).

Specificum наведене Уредбе је у томе да се не бави непосредно уговором о франшизингу већ то чине Смернице о вертикалним ограничењима који представљају њену допуну. Смерницама о вертикалним ограничењима одређује се да „уговори о франшизингу садрже лиценце за права интелектуалне својине (IPR)[37] која се посебно односе на робне марке или заштитне знаке (жиг) и *know-how* за коришћење и дистрибуцију роба или услуга. Поред лиценце за IPR, франшизер обично, током трајања уговора, пружа франшизату комерцијалну или техничку помоћ. Лиценца и помоћ су саставни делови франшизираног пословног метода. Франшизеру генерално се плаћа накнада (*royality*) за франшизу од стране франшизата, а за употребу одређеног пословног метода. Франшизинг може омогућити франшизеру да успостави, уз ограничена улагања, јединствену мрежу за дистрибуцију својих произ-

34 Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 Dec. 1999 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336 29.12.1999.

35 Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

36 Чл. 2 ст. 1 Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 Dec. 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336, 29.12.1999.

37 IPR – *intellectual property rights*.

вода. Поред пружања пословног метода, франшизинг уговори обично садрже комбинацију различитих вертикалних ограничења везаних за производе који се дистрибуирају, поготово за селективну дистрибуцију и/или некомпетитивну и/или ексклузивну дистрибуцију или ниже облике исте."[38]

Уговори о франшизингу су на специфичан начин наведени у Смерницама. Наглашено је да се франшизинг уговор, уз изузетак индустријског франшизинг уговора, представља најочигледнији пример саопштавања *know-how*.[39] Лиценцирање обухваћено франшизинг уговором покривено је блок изузећем под условом испуњености пет основних услова који су наведени у чл. 30 (укључујући и случај *master franchise agreement*). Кумулативна испуњеност пет основних услова значи да се блок изузеће примењује на вертикалне уговоре односно на уговор о франшизингу који у себи садржи права интелектуалне својине. Пет основних услова који се тичу IPR-а, а који се морају испунити односно који морају бити садржани у уговору су: 1) одредбе права интелектуалне својине морају бити део вертикалног уговора, тј. уговора са условом под којим уговорне стране могу куповати, продавати или препродавати одређене робе или услуге; 2) IPR се морају доделити или бити коришћени од стране купца; 3) IPR не смеју обухватати примарни предмет уговора;[40] 4) одредбе IPR морају бити директно повезане са употребом, продајом или препродајом роба или услуга од стране купца или његових потрошача. У случају франшизинга где маркетинг формира предмет експлоатације IPR, робу или услуге дистрибуира прималац мастер франшизе или примаоци франшизе; 5) одредбе IPR-а у вези уговорних роба или услуга не смеју обухватати ограничења конкуренције која имају исти предмет или ефекат као вертикална ограничења која нису изузета блок изузећем.[41]

Смерницама се децидно предвиђају обавезе франшизата које се односе на IPR, а које се генерално сматрају неопходним за заштиту IPR-а франшизера,[42] стим да ако оне потпадну под чл. 81 ст. 1 биће изузете на основу Блок изузећа.[43] Предвиђене су следеће обавезе франшизата: 1) да се не упушта директно, или индиректно у било какав сли-

38 Чл. 199 Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

39 *Ibid*, чл. 42.

40 Франшизинг, није никада чиста лиценца за коришћење IPR-а на пример за разлику од патента или робних лиценци који то јесу односно они прдстављају чисте лиценце за коришћење IPR-а.

41 Чл. 30 Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

42 Чл. 36 Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

43 Чл. 37 Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

чан посао; 2) да не стиче финансијску корист у капиталу конкурентног предузећа које би дале примаоцу моћ да утиче на економске активности таквог предузећа; 3) да не открива трећој страни *know-how* добијен од стране франшизера док год овај *know-how* не припада јавном домену; 4) да обавести франшизера о било каквом искуству стеченом током експлоатације франшизе, као и да одобри франшизеру, као и осталим франшизатима, неексклузивну лиценцу за *know-how* који је настао као резултат тог искуства; 5) да информише франшизера о злоупотреби лиценцних IPR, да предузме легалне акције против прекршилаца или да помогне франшизеру у били каквим легалним акцијам против прекршилаца; 6) да не користи *know-how* лиценциран од стране франшизера за друге користи осим за експлоатацију франшизе; 7) да не уступа права и обавезе из франшизинг уговора без одобрења франшизера.[44]

Поред тога што се Смерницама предвиђају обавезе франшизата за очување IPR-а франшизера, франшизери теже ка очувању заједничког индентита и репутације целе франшизинг мреже.[45] Такође и следеће обавезе сматрају се дозвољеним: 1) обавеза франшизера да продаје само из договорене пословнице – клаузула локације; 2) обавеза франшизата да купује робу и/или опрему само од франшизера или од њега одабраних снабдевача – клаузула ексклузивне куповине; 3) ограничавање избора муштерија којима ће франшизат продавати на крајње потрошаче и друге франшизате – клаузула селективне дистрибуције; 4) забрана франшизеру да продаје робу других произвођача или да даје услуге других давалаца услуга – клаузула неконкуренције за време трајања уговора; 5) обавеза франшизера да у територији уступљеној франшизату не послује, нити је уступа трећим лицима да у њој послују – клаузула ексклузивне територије; 6) обавеза неконкуренције после истека уговора може трајати 1 годину.[46]

44 Чл. 44 Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

45 Чл. 200(2) Guidelines on Vertical Restraints, O.J. C 291/7.

46 М. Париводић, *нав. дело*, стр. 224.

***Dragan* VUJISIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

Mag. *Strahinja* MILJKOVIĆ
Junior Faculty Member at the Faculty of Law in Kosovska Mitrovica

COMPETITION LAW AND FRANCHISE AGREEMENT IN LAW OF EUROPEAN UNION

Summary

Franchising, as a specific investment method in modern market conditions, has a big impact on the development of competition both at global and regional and micro-level. Specificum of the franchise agreement is that it is one of the vertical agreements, or contracts which are characterized by vertical constraints. The Treaty of Rome, which constituted competition law, makes the exception to the rule that vertical contracts are void. In this context, if the franchise agreement is in accordance with the criteria prescribed by the Treaty of Rome, it is exempted from the rules of nullity. In order to regulate the issue of vertical agreements, in more complete and precise order, European Commission (EC) adopts certain legal acts to regulate the contracts, which are directly or indirectly related to a contract of franchising. The importance of this work is the need to point out the relationship between competition law and franchise agreement in the European Union.

Key words: *competition law, franchise agreement, franchise, franchisor, franchisee.*

др *Илија* ЗИНДОВИЋ
доцент Привредне академије у Новом Саду

ПОТПУНА КОНКУРЕНЦИЈА И РАЗЛОЗИ ЊЕНОГ ОГРАНИЧЕЊА У ПОЗИТИВНО-ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Резиме

У овом раду аутор настоји да прикаже да ли је концепт потпуне конкуренције могућ. Закључује да је концепт потпуне конкуренције не само немогућ већ и нежељан. Разлози њеног ограничења су како економске тако и друштвено-политичке природе. Превага у примени ових разлога зависила је од потреба друштва и историјских услова. Позитивно-правни системи прихватају концепт ограничења потпуне конкуренције сводећи је у оквире функционалне (оптималне) конкуренције. При томе та ограничења у законским прописима неких земаља су прецизно дефинисана, док су пак у другим дата уопштеније а прецизно одређење дају извршни и судски органи у поступцима спровођења.

Кључне речи: *потпуна конкуренција, ограничења, разлози, законодавна решења, функционална (оптимална) конкуренција.*

I Увод

Слободна привредна утакмица је најважнији стимуланс привредног развоја. На тржишту потпуне конкуренције ниједан привредни субјект нема могућност да утиче на цену свог производа. У таквим условима сваки продавац настоји да смањи трошкове производње. Тиме

се постиже већа производна ефикасност, нижа цена производа што доводи до веће куповне моћи становништва а тиме и већег друштвеног стандарда.

Али, свака слобода, па и потпуни либерализам у конкуренцији захтева одређена ограничења. Потпуна конкуренција доводи до уситњених тржишних структура које нису способне да издвоје већа средства за улагање у технолошке иновације. Уситњене тржишне структуре доприносе правичној расподели друштвеног дохотка и употпуњују одговорност привреде у доприносу економског благостања. Са друге стране, то доприноси ограничењу динамичке функције конкуренције, јер без концентрисаног привредног капитала нема ни покретачке снаге за ефикасније привређивање. Теорија економије обима указује да концентрисане привредне структуре, услед великих инвестиционих захвата и економичности привређивања могу бити неопходне.

Међутим, велика концентрација тржишних структура може довести до монопола и злоупотреба истог и тиме до нарушавања конкуренције. При таквој ситуацији очигледно је да долази до сукобљавања друштвено-политичких и економских циљева конкуренције. Решење је тражено кроз систем тзв. функционалне (оптималне) конкуренције, а савремени позитивно-правни прописи су негде јасно а негде мање прецизно дефинисали правила везано за разлоге ограничења потпуне конкуренције као апстрактног модела.

II Позитивно-правна решења

Разлози ограничавања потпуне конкуренције, како економски тако и друштвено политички, нашли су своје отелотворење у законским текстовима позитивно-правних система. Којим разлозима је дата предност одређено је кроз хијерархију циљева антимонополског права и у зависности од историјских услова. Пракса извршних органа и пракса судова је спроводила прописе, негде је спроводила правне норме уз извесне корекције а у извесним случајевима је њихова улога била квазизаконодавна.

1. Англосаксонско право

а) *САД*. Норме које регулишу поља права конкуренције у САД садржане су у многобројним законским текстовима. Исте су настале још крајем XIX века (касније су мењане и усавршаване) и као такве представљају најстарије законске текстове из ове области. Садржина истих била је одређена у складу са висином знања њених стваралаца и

тренутним историјским потребама. Први пропис из ове области Шерманов закон[1] прописао је апсолутну забрану колективног и индивидуалног монополисања. Каснији прописи су напустили уопштеност и регулисали одређене облике тржишних понашања при чему се не опредељују разлози из којих се то чини. По правилу, једини критеријум руковођења јесте разграничење између допуштених и недопуштених понашања. Граница допуштеног прелази онда када се утврди да је као могућа последица понашања, значајно ограничавање конкуренције или тенденције стварања монопола.[2]

Оно што је карактеристично за норме из раног периода антимонополског права САД је њихова недовољна одређеност, а те празнине су попуњавање тумачењем извршних и судских органа. Друштвено-политичким разлозима ограничења је даван приоритет и то како од стране теорије тако и од праксе.

Након шездесетих година XX века економски циљеви почињу да добијају превагу над друштвено-политичким. Полако се увиђа да је „вештачко очување што већег броја субјеката на тржишту скупо, бескорисно, и често неспроводљиво".[3] При свему томе важну улогу одиграва и све већи утицај економског лобија у САД а тај лоби се управо ствара у кругу већих мултинационалних компанија. Њихов утицај на јавну власт бива све већи, а тиме и на могућност утицаја на законодавна решења у области права конкуренције (антимонополског права).

Све то је и утицало да се круг апсолутно примењивих правила антимонополског права сужавао у корист оних правила која су за претходну примену тражила конкретну процену извршних органа да ли се таквим понашањем повређује конкуренција или не. Примена *per se* правила је готово искључиво ограничена за подручје хоризонталних картелних уговора. Тиме се практично одступило од апсолутних забрана установљених Шерамановим законом, тј. те забране су на један посредан начин суспендоване.

б) *Велика Британија.* У дефинисању циљева и ближем одређењу права конкуренције (па и разлога за ограничење исте) у праву Велике Британије мора се поћи најпре од појма „јавног интереса". То је збир циљева којима се штити јавни поредак о чему се у остварењу циљева права конкуренције мора водити рачуна. У првом пропису из ове области донетом после Другог свеског рата Закону о монополима и рестриктивним праксама /рестриктивном пословању/ из 1948. године[4]

1 *Sherman Act* из 1890. године.

2 Види: *Clayton Act* из 1914. године.

3 P. Apeeda, D. Turnepr, *Antitrust Law*, Boston, 1989, стр. 105.

4 *Monopolies and Restrictive Practices /Inquiry and Control/ Act* из 1948. године.

није одређено да је очување или омогућавање конкуренције као приоритетан нормативни циљ. Међутим, то не значи да је друштвено-политичким разлозима у примени права конкуренције дат приоритет. Из садржине побројаних циљева у закону произлази да је законодавац имао на уму економске резултате који би се остварили управо неометаним одвијањем конкуренције. Према чл. 14 назначеног Закона, циљеви који чине јавни интерес означени су: најефикаснија и најекономичнија производња, прерада и дистрибуција робе у обиму, врсти, квалитету и ценама који најбоље одговарају захтевима домаћег и светског тржишта; организација индустрије и трговине на такав начин да се њихова ефикасност прогресивно повећава а нова предузећа охрабрују, најпотпуније коришћење и најбоља дистрибуција људи, сировина и индустријских капацитета у Уједињеном Краљевству; развој техничких унапређења и експанзија постојећих и отварање нових тржишта и др.

Из напред побројаних циљева произлази јасан закључак да ти прописи и економске и друштвено-политичке разлоге стављају у исти ниво, тј. ниједном од њих се не даје предност.

Нови закон из ове области, Закон о фер трговини из 1973. године[5] уводи термин тзв. функционалне конкуренције и то тако што исту убраја као један од циљева у функцији заштите јавног поретка. Осим тога чл. 84 Закона проширује листу циљева за заштиту јавног интереса тако што у исте укључује: заштиту интереса потрошача и купаца у погледу цена, квалитета и разноврсности роба и услога, смањење трошкова и развој нових техника и производа, подстицање уласка нових конкурената на постојећа тржишта, одржавање и подстицање уравнотеженог размештаја индустрије и запослености у Уједињеном Краљевству и одржавање и подстицање компетитивности британских произвођача и дистрибутера на тржиштима ван Уједињеног Краљевства.

Први од набројаних циљева су очигледно у функцији права остварења попуне конкуренције, док су други (уравнотежен регионални развој и запосленост, подржавање нових конкурената) друштвено-политичког карактера. Међутим, према законској формулацији сви они стоје у равноправном односу, тј. ниједном од њих није дат приоритет. Према чл. 84 ст. 1 тај приоритет одређује извршни орган, јер исти прописује: „Комисија ће узети у обзир све чињенице које јој се у одређеним околностима чине релевантним и између осталог водећи рачуна о пожељности“ остваривања набројених циљева. Неодређивање приоритета у примени назначених циљева може се тумачити британским прагматизмом у примени ових прописа.

Закон о конкуренцији из 1980. године је унео одређене измене процедуралног карактера. Нови Закон о конкуренцији који је донет

5 *Fair Trading Act* из 1973. године.

1998. године укинуо је Закон о рестриктивним трговинским праксама, Закон о Суду за рестриктивне трговинске праксе и Закон о фер трговини. Систем контроле картелних споразума прилагођен је систему који важи у ЕУ. Забрана картелних споразума је једна од основних заштита конкуренције, али Закон предвиђа могућност изузећа од забране како индивидуалних тако и блок изузећа (Глава I Закона). Одлуку о идивидуалним и блок изузецима у првом степену доноси Генерални директор за трговину, а у другом степену, по жалби, одлуку доноси Комисија за конкуренцију. Услови примене назначених изузећа, усклађени су са условима које прописује чл. 81 Уговора о оснивању ЕЗ. Закон је ступио на снагу 2000. године, а његова примена у раду извршних органа указује да се више не потенцирају искључиво економски разлози ограничења конкуренције, већ се цене и друштвено-политички, што је у складу са прокламованим циљевима ЕУ.

2. Континентално право

а) *ЕУ*. За разлику од права САД, у праву ЕУ превага у примени права конкуренције и ограничења исте ипак је померана ка разлозима друштвено-политичке природе. Разлог тога је сигурно у особености Европске уније као економског и политичког субјекта.

Иако је неометано одвијање конкуренције утврђено као основни циљ (и политички и економски) многи фактори указују да су правила која се односе на потпуну конкуренцију ипак супсидијарног карактера.

Неометано одвијање конкуренције прокламовано је у чл. 2(ф) Уговора,[6] а чл. 81 и 82 детаљно формулишу основне материјално правне норме антимонополског карактера. И Правило Савета ЕУ о контроли повезивања међу предузећима као искључиви критеријум за процену допуштености повезивања одређује критеријум његовог утицаја на очување и развој функционалне конкуренције на тржишту Уније (чл. 2 ст. 3).

Међутим, од стране званичних органа ЕУ, више пута је указивано да циљ очувања конкуренције служи остварењу виших основних циљева. „Заједно са установљавањем заједничког тржишта политика конкуренције је једна од две велике стратегије путем којих Римски уговор остварује основне циљеве Заједнице: унапређење хармоничног и уравнотеженог привредног развоја широм Заједнице, побољшање животног стандарда и ближе односе између земаља чланица. Политика конкуренције се стога не може спроводити у изолацији, не служи

6 О праву конкуренције говори се (ранији чланови), у чл. 4 т. ф, чл. 40 ст. 2, чл. 42, чл. 85 ст. 1 и 3, чл. 86 ст. 2 т. ц, чл. 92 ст. 1, чл. 101 ст. 1, чл. 107 ст. 2, чл. 112 ст. 1, чл. 225 ст. 1.

као циљ себи самој, без уважавања правног привредног, политичког и социјалног контекста."[7]

Значи, политика конкуренције ЕУ је опредељења основним циљем: стратегијом заједнице стварања чврстих односа у заједници као посебном међународном субјективитету. Видљиво је да конкуренција као циљ ипак има супсидијеран карактер у поређењу са основним циљевима Уније. У случају да иста дође у сукоб са тим циљевима „политика њеног очувања биће суспендована".[8] То потврђује и IX изештај Комисије о политици конкуренције[9] који на прво место ставља циљ интеграције и очување заједничког тржишта. Тек на другом месту је циљ очувања потребног нивоа конкуренције, јер се наглашава да је основна сврха испуњење захтева из уговора и достизање циљева.[10]

Међутим, из низа одлука извршних органа ЕУ, донетих поводом појединачних случајева је показано да је редослед места у хијерархији ових циљева у пракси замењен, те да је политика заштите малих конкурената и потрошача често пута имала приоритет у односу на циљ очувања конкуренције. Ипак, интерес успостављања и очувања заједничког тржишта је остао неприкосновен. „Органи Уније су, штитећи овај циљ, осуђивали и она тржишна стања и понашања који су са аспекта одвијања конкуренције имали у најмању руку неутралан карактер."[11]

б) *Немачка.* У Немачкој је ова проблематика регулисана једним свеобухватним Законом против ограничавања конкуренције.[12] Према концепцискоj подлози (и теоријској и нормативној) Закона произлази да је његов циљ очување конкуренције. „У правном систему Немачке он је централни механизам регулисања тржишног система привређивања. Држава мора штитити и подстицати конкуренцију посебно тиме што ће спречавати њена ограничења. То је задатак Закона против ограничавања конкуренције." Међутим, сам појам конкуренције у различитим фазама примене није увек исто тумачен. Креатор првобитног законског текста био је главни поборник немачке школе ордолиберала Франц Бен. Како према њиховој тези само потпуна конкуренција обезбеђује максимум слободе у привредној сфери, то је закон прецизно регулисао оне облике који ограничавају конкуренцију. Закон је тако забранио картеле,

7 *EC Commission: XXI and Report on Competition Policy*, 1993.

8 Д. Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, стр. 30.

9 *EC Commission: XIth Report on Competition Policy*, 1980.

10 Исти извештај друштвено-политичке циљеве равноправности и правичности у конкурентској утакмици ставља тек на треће место, иза циља очувања конкуренције.

11 Д. Марковић-Бајаловић, *нав. дело*, стр. 31.

12 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkugen*, 22.12.1989, BGB 1. I, стр. 2486.

дефинишући их као уговоре којима се ограничава конкуренција и предвидео различите облике контроле доминантних предузећа (компанија) и контроле повезивања истих. Картелни органи предвиђени законом руковођени су искључиво интересом очувања конкуренције. Одредбе су тумачене доста екстензивно без остављања места интервенцији других циљева. Тамо где је политички целисходно узети у обзир друге циљеве, одлуку је могао донети само политички орган – министар за привреду.[13] Иако овако прокламована потпуна конкуренција на први поглед указује да су прописана ограничења у функцији циљева чисто економске природе, у суштини иста доприносе остварењу циљева друштвено-политичког карактера.

Шездесетих година овог века увидело се да потпуна конкуренција не може довести до остваривања најповољнијих економских резултата. Почело се трагати за новим решењима, тј. да се нађе равнотежа између статичких и динамичких резултата привређивања. Као решење узето је олигополско стање са већим бројем чланова као најповољније. Конкуренција је и даље остала основ привредне политике, а њен циљ је да штити оне форме конкуренције које оптимално обезбеђују очекиване друштвено-политичке и економско-политичке резултате.

Ове новине у политици права конкуренције СР Немачке указују на чињеницу да се у реализацији тога права предност максималне слободне предузетника као основног друштвено-политичког циља, одступа а у корист економске функције конкуренције. У том смислу користи се не више термин потпуна конкуренција већ „оптимум конкуренције".

в) *Француска*. За разлику од осталих земаља, француско право конкуренције је имало, у зависности од историјских услова, различит однос према разлозима за ограничавање потпуне конкуренције. Принцип слободне трговине, а тиме и слободне конкуренције, проглашен је још 1791. године у Декларацији о правима човека и грађанина. Закон о трговини из 1971. године (измене 1973, 1977, 1992, 1996. и 2001. године) је потврдио то начело. Међутим, начело потпуне конкуренције никада није могло доћи до потпуног изражаја. Вођена идејом хуманизма, француска револуција је дубоко трасирала пут, друштвено политичким разлозима ограничавања потпуне конкуренције.

У периоду после другог светског рата тас је превагнуо у корист економских разлога, јер се настојало омогућити подизање привреде и стварање боље позиције домаћим компанијама на светском тржишту. Потписивањем Римског уговора 1957. године француско право конку-

13 Према чл. 24 ст. 3 Закона, та могућност је предвиђена само у једном случају и то када је издавање дозволе за повезивање предузећа оправдано из разлога укупних привредних и општих друштвених интереса.

ренције је потпало под утицај свих оних ограничења која су установљена у циљу заједнице. Практично, циљ потпуне конкуренције постаје супсидијарног карактера.

Трговачки законик, у чл. Л-420-4 ст. 2, дозвољава ограничења потпуне конкуренције уз услов да је економски резултат кориснији него што је штетан губитак проузрокован нарушавањем конкуренције. У вези тога потребно је да се испуне четири услова: 1) да то обезбеђује економски напредак (нпр. унапређење економије, развој нове технологије, бољи квалитет производа и сл.); 2) додела правилног профита корисницима; 3) да конкуренција не буде потпуно искључена 4) да је нарушавање пропорционалног, тј. да корист превазилази негативност ограничења.

Иако је видљиво да су присутни друштвено-политички разлози ограничавања (тачка 2) приметно је да се тас ограничења у извесној мери померио у корист економских разлога.

Према изменама Закона од 2.8.2005. године испод забране рестриктивних споразума (чл. Л-420-1) и злоупотребе монополског положаја (чл. Л-420-2) изузети су споразуми и понашања ако се докаже да исти обезбеђују економски напредак укључујући стварање и задржавање радних места а то омогућава потрошачима правичан део користи и ако се тиме заинтересована предузећа не елиминишу као конкуренти у знатном делу производа у питању (чл Л-420-4), а у ст. 2 тач. 2, предвиђена је могућност изузећа од ограничења ако споразуми доприносе побољшању рада средњих и малих предузећа. Ако се ове измене упореде са претходним решењима може се закључити да су разлози друштвено-политичке природе поново добили на значају (стварање и задржавање радних места, побољшање рада средњих и малих предузећа и сл.).

г) *Југославија (ДЗСЦГ).* Југословенски правни систем уводи право конкуренције први пут у време краљевине Југославије. Међутим, с обзиром да је тржишни начин привређивања тек био у развоју, то је и логично да није ни било потребе за посебним ограничавањем права конкуренције. Закон о нелојалној конкуренцији из 1930. год., садржавао је одредбе, које су поред заштите појединачних интереса изражавале и шири друштвени интерес. Међутим, ту се радило о нормама које су забрањивале акте нелојалне конкуренције којима се наносила штета већем броју конкурената или потрошачима као што су: забрана премијских послова, давање попуста и рабата и продавање посредством система пирамиде.

Након Другог светског рата до 1963. године важио је стриктно административни систем управљања привредом. О самосталности привредних субјеката у погледу њиховог иступања на тржишту по тржишним условима није било могуће, па се није ни могло говорити о праву конкуренције.

У каснијем периоду, иако је принцип заштите права конкуренције био уздигнут у ранг уставног начела, ограничења су била велика. Међутим, та ограничења су ретко била директно инкорпорирана у саме законске текстове, већ су се иста манифестовала на сасвим други начин.

Пре свега, настојало се домаћим привредним субјектима пружити заштита од иностране конкуренције. Поједина предузећа су проглашавана као носиоци привредног развоја одређених области. Спрега државних и политичких органа са руководећим особљем великих предузећа била је јако присутна а у извесним ситуацијама резултирала је заједничким ангажовањем у реализацији одређених пројеката. Тај заштитнички став државних и политичких органа према тим великим привредним организацијама образлаган је и њиховим посебним значењем за привреду и друштво у целини.

Са друге стране, у спровођењу постојећих законских прописа, поступак није издвајан из редовног управног и судског поступка. Тек 1996. године, након доношења Антимонополског закона, створена је могућност да се посао око примене у заштити конкуренције повери посебном специјализованом органу – Антимонополској комисији, која је Уредбом из 1997. године и основана.

Антимонополски закон у чл. 4 ипак садржи одређена ограничења у примени права конкуренције, а из разлога друштвено-политичке природе. У суштини, могло би се рећи да се ту даје приоритет динамичком аспекту конкуренције. Тако ст. 4 наведеног члана прописује да се не сматрају монополистичким: споразум о условима пословања ако доприноси унапређењу производње или промета робе, подстиче техничко-технолошки развој или економски развој и ако је користан за потрошаче, под условом да се привредним субјектима не намећу додатна ограничења која нису неопходна за постизање тих циљева.

Очигледно је да су оваква законска решења унета под утицајем законодавних решења западних високо развијених земаља (а посебно ЕУ), што је позитивно и у складу са једним реалистичнијим схватањем појма потпуне конкуренције а у прилог прихватања функционалне (оптималне) конкуренције.

д) *Србија*. Након доношења Закона о заштити конкуренције у 2005. години, који није регулисао одређена питања везано за примену Закона о заштити конкуренције (пре свега у погледу његове примене на одређене субјекте), дана 8. јула 2009. године донет је нови Закон о заштити конкуренције (*Сл. гласник РС*, бр. 51/2009).

У чл. 10 Закон је прописао забрану рестриктивних споразума, али је у чл. 11 предвидео могућност њиховог изузећа од забране ако исти доприносе унапређењу производње и промета односно подстицају техничк-

ког или економског напретка а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу. При томе, предвиђена је могућност како појединачних изузећа од забране (чл. 12), тако и по одређеним категоријама споразума (чл. 13).

Из анализе чланова који регулишу ограничења од забране рестриктивних споразума, јасно се може закључити да је при законској формулацији предност дата разлозима економске природе, тј. приоритет је дат динамичком аспекту конкуренције. Ипак, Закон прописује (чл. 12 ст. 3) да појединачна изузећа од забране не могу бити дужа од осам година, што све указује на једно реалистичније схватање о неопходности прихватања функционалне (оптималне) конкуренције као једино могуће.

III Оптимална конкуренција

Из напред изнетих разлога у прилог за и против критике ограничавања права потпуне конкуренције могу се извући два закључка. Један је да услови под којима би требало да се одвија потпуна конкуренција није могуће испунити у стварности. Други је да потпуна конкуренција осим што није остварива из низа разлога није ни најпожељнији модел конкуренције.

Идеал остварења потпуне конкуренције не може бити оправдање за ограничавање економске снаге привредних субјеката па ни великих компанија. Са друге стране, чињеница је да мултинационалне компаније, због своје економске снаге теже ка стварању монопола. Монопол извитоперује конкуренцију и заправо је негира. Тржишта где влада конкуренција са општег друштвеног благостања даје, пожељније економске резултате док монополско тржиште то не нуди. Стога се јасно наметнуло питање: до које границе треба ограничити тако велику економску снагу привредног субјекта а да се не угрози оптимум права конкуренције? Како формулисати модел конкуренције који је истовремено реалан и који омогућавања остваривање жељених економских резултата. Такав модел треба да разјасни и питања до које границе треба ићи у сузбијању превелике снаге привредних субјеката као што су и мултинационалне компаније и које њихове облике испољавања је потребно уклонити.

Излаз из овог проблема је нађен у концепту оптимума конкуренције више познатог под називом као оптимална конкуренција.[14]

14 У Енглеској се користи израз остварива конкуренција – „*Workable competition*“, у Немачкој термин „*funktionfulige Wettbewerb*“, што се преводи као функционална

Поставља се питање шта у реалности треба да буде присутно од те оптималне (функционалне) конкуренције, тј. који елементи да би се остварила те жељене функције конкуренције? Јасно је, имајући у виду до сада изложено, да иста у себе мора укључити како статичке тако и динамичке елементе али нејасно у којем обиму.

Према *James Clark*-у[15] који је иначе идејни творац концепта (оптималне конкуренције) треба да постоји равнотежа између статичких и динамичких елемената. По њему, „конкуренција, поред равнотеже између трошкова и цена на тржишту, теба да допринесе технолошком напредку изналажење нових производних метода, да омогући већу разноврстност понуде, задовољење различитих укуса потрошача, да подстиче иновативност произвођача, појаву нових производа на тржишту али и да допринесе да се користи од оствареног привредног прогреса пренесу на потрошаче у форми нижих цена и онемогући вештачки утицај на расподелу остварених профита било од стране државе било од стране могућих привредних субјеката".[16] Ако се наведени циљеви остварују без обзира што се у већем или мањем обиму одступа од потпуне конкуренције онда је таква конкуренција оптимална.

Међутим, везано за то неопходно је и дефинисање услова које треба испунити да би конкуренција допринела реализацији набројаних циљева. Критеријуми за избор услова класификовани су у зависности од схватања појединих аутора чему треба дати приоритет. Но без обзира на све индивидуалне ставове, по мишљењу *Stephana Sosnick*-а[17] Могуће је учинити извесну генерализацију. Тако је у оквиру саме тржишне подлоге, тј. тржишне структуре неопходно присуство следећих елемената: број продаваца мора бити најмање онолики колико то дозвољавају услови економије обима; пожељно је одсуство постојања вештачких препрека за улазак на тржиште; постојање минималних разлика у квалитету производа што омогућује потребну еластичност у тражњи. Категорија тржишног понашања треба да обезбеди следеће елементе: неизвесност конкурената у погледу реакција ривала на њихове измене цена; одсуство договора са осталим конкурентима; одсуство неправедних и дискриминаторских понашања; одсуство протекције; присутност умерене

конкуренција, а у литератури се сређе и назив „Функционална конкуренција, „Реална конкуренција"и „Ефективна конкуренција". Проф. Вукадиновић користи термин „радна конкуренција". Ближе о томе види: Р. Вукадиновић, Извори права конкуренције. Др Драгана Раденковић-Јоцић употребљава и термин „Обрадива конкуренција".

15 James Clark, „Toward a Concept of Workable Competition", *American Economic Review*, бр. 2/1940, стр. 241–246.

16 James Clark, „Competition: Static Models and Dinamic Aspects: Das Koncepts", у: *Workable Competition in der anelsachsischen Literatur*, стр. 47–61.

17 Stephan Sosnik, „A Critique of Concepts of Workable Competition", стр. 153–195.

рекламе и продајне промоције довољне да информишу потрошаче; одсуство дискриминације ценама. Сходно томе конкуренција би извршила своју улогу: пословање привредних субјеката у погледу производне ефикасности би било на задовољавајућем нивоу; остварени профит даје довољно могућности за иновације и инвестиције; понуда је довољно обимна и разноврсна да се задовоље захтеви потрошача; трошкови рекламе и промоције нису велики а цене би биле по правилу стабилне и не би подстицале цикличну нестабилост.[18] Но и поред напред набројаног евидентна је могућност истицања низа приговора као: да ли је неопходно присуство свих наведених елемената или неки могу и изостати; како одредити и дефинисати вредносни суд за нпр. „умерене" разлике у квалитету, производу или „претерани" трошкови рекламе и сл.[19]

Иако општеприхваћена, видљиво је да садржинско одређење функционалне конкуренције кроз јасну и свеобухватну дефиницију није могуће. Посебно у условима тржишта где се јављају велике компаније са њиховом огромним капиталом и утицајем, како определити правну интервенцију, а да се очува економска ефикасност и омогући остварење повољнијих економских резултата. У циљу заштите конкуренције установљене су норме антимонополског права и норме које санкционишу понашања тзв. норме права нелојалне конкуренције. Првенствена улога норми антимонополског права је заштита општег интереса непосредно оличеног у омогућавању одвијања конкуренције, док је улога норми тзв. права нелојалне конкуренције превасходно усмерена ка заштити приватних интереса привредних субјеката.

IV Закључак

Из напред изнетог може се закључити да принцип потпуне конкуренције објективно није могуће спровести у пракси. Она мора да трпи одређена ограничења како економске тако и друштвено-политичке природе. Све то је довело до закључка да је потпуна конкуренција неостварива, те да се мора прихватити модел функционалне (оптималне) конкуренције као општеприхваћени циљ савременог привредног пословања.

Позитивни прописи развијених земаља прихватају ограничења потпуне конкуренције с тим што су исти у неким законским прописи-

18 Стиче се утисак да овакав став *Sosnick*-а захтева идеалне услове што је тешко остварљиво.

19 Велику пажњу анализи ових критеријума посветио је Frederic Scherer, *Industrijal Market Structure and Economic Performance*, Чикаго, 1971, стр. 35. Исти јасно поставља питање: „који је минимум елемената неопходан, а истовремено и довољан да би конкуренција била функционална" (стр. 37).

ма јасно дефинисани (Немачка) док у другим њихову уопштеност ближе одређује пракса судских и извршних органа. Предност у примени појединих критеријума зависила је од историјских услова и потреба друштва. Због поштовања принципа правне сигурности потреба јасног одређења ограничења као и иизузетака од забрана морају бити јасно дефинисани.

***Ilija* ZINDOVIĆ, PhD**
Assistant Professor of Bussines Academy, Novi Sad

FREE COMPETITION AND REASONS FOR ITS LIMITS IN POSITIVE LEGISLATIVE SYSTEMS

Summary

In this study the author tries to explain the possibility of the concept of competitive competition. He concludes that the concept of complete competition is not just impossible, but also undesirable. The reasons for restrictions are both economic and social-political. The implementation of these reasons was dependent on the needs of society and the historical conditions. Current legislative sistems accept the concept of reducing limitation through functional (optimal) competition. Furthermore, such limitations are precisely defined in some national legislations, and in the others determination of its scope was left to judicial authorities.

***Key words**: complete competition, restrictions, reasons, legislative solutions, functional (optimal) competition.*

мр *Сања* ШКОРИЋ
Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад

ДРЖАВНИ УТИЦАЈ НА ТРЖИШНУ ДОМИНАЦИЈУ И ЊЕНУ ЗЛОУПОТРЕБУ

Резиме

Утицај државе на одвијање капиталистичког процеса репродукције је увек постојао, али су се кроз историју капитализма мењали обим и методи тих утицаја. Историја тржишне економије представља историју дискусије о односу државе и тржишта и траганја за оптималним односом њиховог узајамног деловања. Нужност државне интервенције у привреди управо потврђују актуелна дешавања у свету, али и код нас. Више нема дилеме око тога да ли је потребно мешање државе у привредни живот. Искристалисано је да је то мешање неопходно, али уједно и да оно мора бити контролисано, као уосталом и сва понашања учесника на тржишту. Државна интервенција у привреди се посматра кроз призму остваривања постављених јавних и општих циљева, затим кроз потребу заштите потрошача, заштите инвеститора, заштите животне средине и сл. Међутим, циљеви који се државном интервенцијом у привреди желе постићи, веома често сами себе искључују, па је држава у ситуацији да недоследно спроводи своју установљену политику, да на једној страни дискриминише учеснике на тржишту путем различитих врста државне помоћи, а да, са друге стране, једина буде овлашћена да кажњава учеснике тржишта који врше дискриминацију и друге облике злоупотребе тржишне доминације.

Кључне речи: *државна интервенција, јавни интерес, државна помоћ, тржишна доминација, злоупотреба тржишне доминације, кажњавање привредних субјеката, санкције.*

I Улога савремене државе у привреди

Савремена држава на веома различите начине интервенише у привреди. Конкретни појавни облици те интервенције су веома бројни, али се сви они могу груписати у пет основних категорија:[1]

1) држава ствара правни систем и регулише привредну активност;
2) купује и продаје робе и услуге;
3) врши трансферна плаћања;
4) води стабилизациону макроекономску политику; и
5) порезима и субвенцијама усмерава алокацију ресурса ка пожељним употребама.

Савремена држава је модел „кооперативне државе" која је партнер тржишту. Опште је прихваћена пожељност тржишне конкуренције, али не схваћене онако како је то било у доба либералног капитализма. Наиме, држава усваја основну идеју тржишне конкуренције, али она истовремено мотивише привредне субјекте да делају у правцу остваривања стратешких привредних циљева модерног друштва.

Потреба државне интервенције у савременом друштву се образлаже циљевима које та интервенција треба да постигне. Ти циљеви су следећи:

1) одржив економски раст;
2) пуна запосленост;
3) стабилност цена;
4) правична расподела дохотка; и
5) заштита животне средине и природних ресурса.[2]

Први од постављених циљева – да се државном интервенцијом постигне одржив економски раст, као потреба, је дошао до изражаја након Другог светског рата. Тада је уочен недовољан економски раст који је био карактеристика монополског капитализма. У условима недовољног економског раста, капиталистичка привреда сама, без помоћи државе, није могла да обезбеди одговарајући степен запослености, који је постављен као још један циљ државне интервенције. Зато је држава, путем субвенција одређеним гранама привреде и путем различитих видова стимулација приватном сектору, успела да, до одређене границе, обезбеди одржив економски и привредни раст, а самим тим

1 Бранко Радуловић, *Држава – улоīа йолиīике у економији*, Београд, 2007, стр. 12.

2 Ђорђе Попов, Фуада Станковић, *Основи економије*, Нови Сад, 1998, стр. 199.

и одговарајући степен запослености становништва. Стабилност цена је држава себи поставила као циљ, јер је утврђено да спонтано формирање цена на тржишту, путем закона понуде и тражње, није увек онакво какво је потребно да би се обезбедио привредни раст и развој, те стабилност и просперитет друштва, јер осим тржишта, на формирање цена утичу и тржишно доминантни привредни субјекти. Тако би, без интервенције државе у овој сфери, дошло до ситуације у којој би формирање цена на тржишту водило само једном, а то је интересу тржишно моћних субјеката на стицање екстрапрофита, без вођења рачуна о интересима и потребама других учесника на тржишту, а посебно крајњих потрошача. Утицај државе на цене нарочито долази до изражаја када се ради о есенцијалним потребама друштва, као што су цене у пољопривреди, фармацеутској индустрији, затим привредним гранама које се баве производњим и/или дистрибуцијом различитих врста енергије неопходних друштву и сл. За повећања цена оваквих производа или услуга се обично тражи одобрење државних органа. Ипак, и поред неопходности државне интервенције у овој области, ниво и обим те интервенције се такође, ограничава да не би прешли границу која би водила лошим резултатима по развој привреде и друштва у целини. Дакле, и овде се мора поштовати идеја тржишне конкуренције докле она производи позитивне ефекте.

Правична расподела дохотка оправдава се чињеницом да тржиште одређује расподелу дохотка на основу конкуренције и деловања понуде и тражње, те на тај начин долази до неједнаке расподеле, као још једне карактеристике слободног конкурентског модела.[3] У таквој ситуацији деловања законитости потпуно слободног тржишта, положај великог броја субјеката би био предодређен количином ресурса које поседују и са којима улазе у тржишну утакмицу. Из тог разлога држава својом интервенцијом чини да расподела дохотка и потребних ресурса буде праведна, што не мора увек значити да је она и ефикасна. Овде нарочито долази до изражаја социјална улога и функција државе која у себи садржи етичке принципе какви на слободном тржишту не постоје. Ту се нарочито мисли на услуге државе у здравственом осигурању (које не плаћа непосредно болесник, већ се посредно финансира путем доприноса које уводи држава за здравствену заштиту), затим пензија или помоћи за незапослене и социјално угрожене и сл. Наравно, интервенција државе у области расподеле дохотка може да се изроди у своју супротност, где се претераним уједначавањем доходака дестимулише тржишна иницијатива, па и овде морају бити установљене границе до којих држава може ићи у својој интервенцији.

3 Мирољуб Лабус, *Основи економије*, Београд, 2007, стр. 100.

Последњи циљ који држава својом интервенцијом у привреди треба да постигне, а који наравно није мање важан од осталих (можда је чак донекле и важнији), је свакако заштита животне средине и природних ресурса. Он је посебно дошао до изражаја у другој половини XX века када је утврђен висок степен загађености животне средине који има своје глобалне последице по здравље, па и живот свих људи, а јасно су видљиве у овом периоду, кроз велике климатске промене. Државна интервенција у овој области је потребна и из разлога што су често супротстављени интереси појединачног привредног субјекта и друштва као целине. На пример, привредни субјект може да стекне већи профит захваљујући својој производњи, али да истовремено веома загађује човекову околину, наносећи велику штету и велике трошкове друштву.[4]

1. Утицај државе на тржишну доминацију путем државне помоћи

У савременим условима који постоје на свим тржиштима, потреба мешања државе, односно „јавне руке“ у привреду је неизбежна и неопходна. Један вид таквог утицаја државе, који је уједно и веома важан са аспекта почетних положаја тржишних учесника, је свакако и државна помоћ.

Државна помоћ би представљала интервенцију државе у привреди којом она различитим подстицајним мерама (субвенцијама, премијама, пореским подстицајима и сл.) утиче и мења услове конкуренције на тржишту и тиме привредне субјекте који учествују у тржишној утакмици ставља у различиту стартну позицију, односно овде се ради о некој врсти дискриминације привредних субјеката. Како су све врсте дискриминација забрањене, то наравно важи и за ситуацију када држава врши радње дискриминације. Полазећи од тога да државна интервенција нарушава и меша се у тржишну привреду, појам државне помоћи у себи обухвата искривљавање конкуренције и стварање нелојалне предности за домаће произвођаче или извознике.[5] Управо због овога постоји њена општа забрана.

Државна помоћ је можда најинтересантније питање у политици конкуренције зато што се држава, користећи свој монопол принуде, налази у ситуацији да прикупља порезе од једних и затим, та средства редистрибуира другима, утичући на тај начин на конкуренцију

4 Ђорђе Попов, Фуада Станковић, *нав. дело*, стр. 199.

5 Гордана Илић, „Државна помоћ у праву конкуренције Европске уније“, *Право и привреда*, бр. 5–8, 1997, стр. 880–881.

на тржишту, и одржавајући у животу привредне субјекте који би, без њене помоћи, пропали. Такву могућност држава свакако користи, али се последњих година настоје поставити прецизне границе таквој делатности државе, које би биле преточене у законске прописе, а који би опет вршили контролу државне помоћи. Такође, Уставом се гарантују самосталност и равноправност свих облика својине и свих правних форми привредних субјеката. Ово све значи да начелно постоји општа забрана државне помоћи, јер ни држава не може бити та која ће својим радњама нарушавати постављене принципе. Међутим, због потреба уједначавања привредног развоја свих региона, као и због потребе форсирања развоја одређених приведних делатности које су од виталног националног значаја, те због извозних потреба и потреба реализације развојних приоритета, дозвољено да се одступи од постављених правила и начела.[6]

Државна помоћ се, према примарним циљевима доделе, дели на следеће три категорије:

– хоризонтална државна помоћ, намењена већем броју унапред неодређених корисника и која знатно мање нарушава тржишну конкуренцију од секторске државне помоћи;
– секторска државна помоћ, намењена унапред одређеним (познатим) привредним субјектима у појединим делатностима, односно секторима; и
– регионална државна помоћ, која се додељује ради подстицаја привредног развоја неразвијених, односно мање развијених региона, односно подручја, пре свега оних у којима је животни стандард изузетно низак или у којима влада велика незапосленост.[7]

У Србији је до сада, државна помоћ додељивана кроз следеће инструменте: субвенције, пореске подстицаје (умањење пореза, престанак пореског дуга, отпис пореза) и повољне зајмове – кредите. Субвенције су у Републици Србији, као и у Европској унији, најзаступљенији инструмент којим се додељује државна помоћ,[8] док су и остали инструменти заступљени, али у мањем проценту.

---

6 Мирко Васиљевић, *Пословно ūраво*, Београд, 2004, стр. 427.

7 Из извештаја о додељеној државној помоћи у Републици Србији у 2006. години, у коме је категоризација преузета из методологије Европске уније, *http://www.mfin.sr.gov.yu/srl/2534*.

8 У земљама чланицама Европске уније у 2006. г., субвенције су чиниле 50% укупне државне помоћи, а у Р. Србији 53,4%. Наведено према: Извештају о додељеној државној помоћи у Републици Србији у 2006. години, *http://www.mfin.sr.gov.yu/srl/2534*.

Оно што је веома интересантно јесте да у Србији до пре пар месеци није уопште постојала законска регулатива ове области.[9] Како је државна помоћ у начелу недозвољена, оно што је изузетно може учинити потребном и оправданом мора бити контролисано и то на веома транспарентан начин. Тај пропуст правног система Србије се покушао ублажити усвајањем годишњих извештаја о додељеној државној помоћи, али оно што је сигурно јесте да то никако није могло заменити преко потребну законску регулативу и контролу државне помоћи. Нови Закон предвиђа и оснивање посебне комисије која ће вршити претходну и накнадну контролу додељене државне помоћи, чиме ће се минимизирати деловање на функционисање тржишног механизма.

Државна помоћ утиче на привредне субјекте тако што помаже оне слабије тржишне учеснике, који би без ње сигурно изашли из тржишне утакмице. Дакле, овде се сусреће контрадикторност у самој улози државе која кажњава оне који дискриминишу друге, а путем државне помоћи ту дискриминацију и сама чини. Наравно, од правилне доделе државне помоћи постиже се корист која превазилази појединачне и групне интересе и дугорочно гледано, производи позитивне резултате у областима у којима се примењује, остварујући, при том, важне привредне и друштвене циљеве државе. То важи у условима стабилне привреде, где држава фокусира своју интервенцију на мање привредне субјекте, пружа им различите врсте помоћи, штити их од моћних конкурената и помаже им да опстану. Међутим, када се стабилност привреде пољуља, или као што је случај тренутно, привреду захвати глобална економска криза, држава или уже, политичари, неће интервенисати у корист малог привредног субјекта, јер су последице његове пропасти локалне и незнатне. Овога пута држава интервенише у корист великих привредних субјеката у чијој заштити лежи и заштита великог броја запослених, важних клијената и сл. Као обични посматрачи, с правом се могу сви запитати, ако велики и веома тржишно моћни привредни субјекти нису били у стању да се изборе са деловањем тржишног механизма, колике су шансе онима далеко слабијима?

2. Питање оправданости државне интервенције у привреди

Код оцене оправданости државне интервенције у привреди, осим тога што нема више дилеме да ли је она потребна, јер је она заиста неопходна тржишту и привреди, поставља се још и питање да ли је држава стручна и способна да својом интервенцијом позитивно утиче на развој

9 Закон о контроли државне помоћи је донет 8.7.2009. године, а почео је да се примењује 1. јануара 2010. године (*Службени гласник РС*, бр. 51/09).

привреде? Наиме, посматрајући државу, веома лако се може доћи до закључка да она у стварности не представља ништа друго до скуп установа које воде и у којима раде појединци. Ако се на овај начин држава определи, мора се имати на уму да су људи различити, са различитим, а понекад и промењивим склоностима, способностима и идејама. Дакле, на који начин учинити да тај скуп људи у свој њиховој различитости делује у правцу остварења пре свега друштвених интереса, а не својих личних?

Сви облици интервенције савремене државе у привреди са циљевима које треба да постигну, сматрају се пожељним, јер производе позитивне ефекте на тржишту, али и у целокупном друштву. Међутим, да ли је увек тако? Приликом дефинисања разлога државне интервенције у привреди и циљева који се том интервенцијом желе и треба да се постигну, поставља се и питање одређивања приоритета неког циља или групе њих према другима. Наиме, остварење једног циља понекад може готово потпуно да искључи остварење другог циља. Пример за то је свакако политика конкуренције и државна помоћ. Дакле, на који начин држава може деловати у привреди да би подједнако остварила све пред собом постављене циљеве? Или, ако то није могуће, ком циљу треба дати приоритет? И на ово је тешко одговорити, када је познато да сви циљеви, као и облици државне интервенције у привреди имају узајамно дејство једни на друге и посредно или непосредно утичу једни на друге.

Држава као творевина има још низ недостатака који је ограничавају и чине да њена интервенција често не произведе оне резултате који су се очекивали. Ти недостаци би, примера ради, били њено кашњење у доношењу одређених одлука и њиховом дејству, с обзиром на механизам њиховог доношења и формалност процедуре, затим веома често опортунистичко понашање појединаца који чине државу, односно њихова неспремност да у одређеном тренутку учине све што је у њиховој моћи и на најбољи могући начин, да би испунили њима задати циљ, и сл. Е, на овом месту се поново поставља питање да ли, будући да је и сама несавршена, држава може да исправи резултате несавршеног тржишта? Јасно је да тржиште није увек способно да се саморегулише, али да ли је држава то способна уместо њега да уради? Као што је напред речено – није дилема да ли држава треба да интервенише или не, него да ли је држава способна да интервенише кад треба, како треба и колико треба. Тачније, нема дилеме око тога да ли треба бирати између државе и тржишта, јер је економска историја показала да су најуспешнија друштва била управо она која су била у стању да нађу одговарајући спој и једног и другог. Другим речима, треба допустити тржишту да само-

стално функционише, са својим добро познатим законитостима, а да држава интервенише само онда када је то потребно да би се остварили прецизно дефинисани и транспарентни циљеви те интервенције. Држава ће бити у стању да поправи тржишне несавршености онда када она не буде настојала да својом интервенцијом замени тржиште или да непосредно наметне избор појединим учесницима на тржишту.[10]

3. Утицај државе на ограничавање привредних слобода

Држава на првом месту, установљава правила за оквир тржишног понашања привредних субјеката, што у најширем смислу представља право конкуренције и у оквиру њега антимонополско право.[11] Ту се првенствено мисли на интервенцију државе путем које се установљавају правни прописи значајни за ову материју којима се постављају основна правила понашања свих учесника на тржишту, те различите врсте државне помоћи којима држава настоји да уједначи привредни развој различитих региона у земљи или да подстакне развој одређених привредних делатности и сл. Држава, постављајући правни оквир за обављање привредне активности и правила понашања привредних субјеката на тржишту. Утиче на стање које ће постојати на том тржишту. Већ највишим правним актом земље – Уставом се постављају оквири економског уређења земље у оквиру кога се гарантују привредне слободе, попут слободе предузетништва, која би у најширем смислу требало да садржи слободу избора правне форме у којој ће се привредни субјект организовати, слободу избора делатности и њеног вршења, затим слободу избора својих уговорних партнера и сл.; затим слободу кретања рада, робе, услуга и капитала. Ове уставом загарантоване базичне привредне слободе у пракси свих националних економија трпе бројне изузетке. Ти изузеци, односно рестрикције слободног вршења привредних делатности, могу бити оправдани општим интересом, потребом заштите потрошача, потребом заштите инвеститора, потребом заштите животне средине и слично.[12]

Рестрикције привредних активности и слобода, поред већ раније наведених, могу имати различите видове,[13] као што су:

– од стране државе постављени захтеви професионалне квалификације;

10 Сања Шкорић, *Злоупотреба доминантног положаја на тржишту*, магистарски рад, Нови Сад, 2009, стр. 142.

11 Мирко Васиљевић, *нав. дело*, стр. 424.

12 *Ibid.*, стр. 425.

13 *Ibid.*

– систем дозвола за оснивање одређених привредних субјеката и за обављање одређених делатности;
– разни системи државне контроле цена;
– државне робне резерве;
– давање концесија;
– везивање стицања разних права за уписе у различите државне регистре (регистри непокретности и хипотека, регистри залога на покретним стварима, регистри права индустријске својине, регистри правних лица и предузетника, регистри страних улагања, регистри страних представништава и сл.).

Начелно, појединац, односно привредни субјект, мора имати слободу избора унутар задатог скупа ограничења и на такав начин њему се омогућује да присваја све користи, али и да сноси пуне трошкове које су последица његовог пословног одлучивања. Само на такав начин, може се тржиште оквалификовати као слободно и привредни субјекти који у њему учествују као самостални и слободни. Да би се то постигло, држава мора својим прописима јасно утврдити власничка права и њихово ефикасно спровођење (што понекад подразумева и присилно спровођење), затим она мора у својој интервенцији одржати своју непристрасност и неутралност, што значи да неће фаворизовати одређене учеснике на тржишту или одређене гране привреде, осим уколико је то потребно зарад постизања општих интереса читавог друштва.[14]

Ретко се јавно говори о томе да држава, осим што поставља оквире у којима ће се привређивање одвијати путем свог правног система, врло директно и сама утиче на то да поједини привредни субјекти прво стекну, а касније и злоупотребе своју тржишну доминацију. Међутим, у недостатку бољег механизма, држава ипак остаје једини субјект који може на ауторитативан начин контролисати оснажене привредне гиганте и евентуално их казнити, уколико се оглуше о постављена правила понашања на тржишту. То држава, првенствено чини својом политиком конкуренције, односно својим антимонополским законодавством.

II Кажњавање тржишно доминантних привредних субјеката

Када држава, својим апаратом принуде штити правним прописима установљен привредни поредак земље, она врши један вид интервенције у привреди где није равноправна са привредним субјектима, већ се налази у позицији хијерархијски надређеног субјекта, који штити интересе читавог друштва. На овом месту би се могао стећи погрешанути-

14 Сања Шкорић, *нав. дело*, стр. 144–145.

сак да се кажњавају сви тржишно доминантни субјекти. Међутим, да би тржишно доминантни привредни субјекти били кажњени, потребно је да злоупотребе своју тржишну доминацију и да се та злоупотреба утврди у за то предвиђеном поступку. Тек тада може бити речи о изрицању санкција према онима који прекрше забрану злоупотребе тржишне доминације установљену прописима.

1. Управноправне санкције

Управноправне санкције у већини земаља изричу посебно формирани државни органи задужени за вођење поступка у коме се утврђује да ли постоји повреда норми антимонополских прописа. У Републици Србији је то Комисија за заштиту конкуренције, у Босни и Херцеговини Конкуренцијски Савјет, у Европској унији Европска Комисија, а поступак пред њима се води по правилим општег управног поступка, са одређеним специфичностима. У другом степену, овај поступак се решава пред одговарајућим судовима, у Србији је то, по новом Закону, Управни суд, у Босни и Херцеговини пред судом БиХ, а у Европској унији пред Судом правде.

У право Републике Србије, управне мере које може изрећи Комисија за заштиту конкуренције могу бити привремене мере[15] и мере отклањања повреде конкуренције.[16] Овакво категорисање управних мера је новина у правном систему Србије и последица је проширивања овлашћења Комисије. Привремене мере се изричу у току трајања поступка пред Комисијом и могу трајати најдуже до његовог завршетка. Њима се може наложити престанак вршења одређених радњи, промене аката или могу подразумевати обавезу предузимања радњи којима би се спречиле или отклониле штетне последице.

У мере отклањања повреде конкуренције спадају мере понашања и структуралне мере. Мерама понашања се привредном субјекту може наложити активно или пасивно понашање уколико је потребно отклањање повреде конкуренције или спречавање њеног настанка. Структуралне мере се изричу ако се утврди значајна опасност од понављања исте или сличне повреде конкуренције као непосредне последице саме структуре учесника на тржишту. Тада Комисија може наложити промену у тој структури ради отклањања такве опасности или успостављању структуре каква је постојала пре повреде конкуренције.

---

15 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09), чл. 56.

16 *Ibid.*, чл. 59.

2. Грађанскоправне санкције

Грађанскоправне санкције се углавном састоје у обавези накнаде штете, као имовинскоправне обавезе, заинтересованом или оштећеном лицу које је штету претрпело услед радњи злоупотребе тржишне доминације. Под заинтересованим или оштећеним лицем се у најширем смислу могу сматрати непосредни конкурентни доминантног субјекта, у неким случајевима и његови пословни сарадници, али и сами потрошачи, односно корисници услуга. С обзиром да се нормама антимонополског права пре свега штити јавни поредак, логично би било закључити да се поступак за заштиту покреће *ex officio*.[17] Међутим, када је у питању накнада штете, односно имовинскоправна заштита, ситуација је другачија, јер често нема непосредно оштећеног лица, иако посредно могу бити оштећени сви стварни и потенцијални конкуренти и потрошачи. Како штета није имагинарна категорија, она мора бити доказана, што је у оваквом случају веома тешко. Дакле, захтев којим се може остварити накнада штете се базира на принципу доказане кривице, што значи да тужилац мора доказати наступање штете, њен износ и узрочно-последични однос између дела злоупотребе тржишне доминације и штете.[18]

Важно је истаћи да прописи свих земаља развијених тржишних привреда дозвољавају могућност накнаде штете због злоупотребе тржишне доминације која се остварује у грађанском поступку, односно у парничном поступку.[19]

У праву Европске уније, не постоји одредба по којој постоји имовинскоправна заштита, односно право на накнаду штете због злоупотребе тржишне доминације, али се та област регулише законима држава чланица и решава пред њиховим надлежним судовима.

У грађанскоправне санкције спада и санкција ништавости за све оне правне послове, односно споразуме који су проистекли из вршења радњи којима се злоупотребљава тржишна доминација. Постоји опште мишљење, како у упоредном праву, тако и код нас, да уговори које доминантан привредни субјект, злоупотребљавајући свој положај, закључи са трећим лицима остају пуноважни, с тим да се трећем лицу признаје право да тражи поништај појединих клаузула које представљају повреду забране злоупотребе тржишне доминације.[20] То значи да ништавост

17 Илија Зиндовић, „Монополско понашање и право на накнаду штете“, *Правна ријеч*, бр. 5, Бања Лука, 2005, стр. 580.

18 Стеван Шогоров, *Монополистички споразуми у југословенском праву*, Научна књига, Београд, 1989, стр. 136.

19 Тако је изричито прописано и у члану 73 Закона о заштити конкуренције Републике Србије.

20 Стеван Шогоров, *нав. дело*, стр. 135.

таквих клаузула не повлачи за собом аутоматски и ништавост читавог уговора уколико су остале тачке уговора ваљане.

3. Казненоправне санкције

Ова врста санкција свакако има највише изражено репресивно дејство. Ипак, поред свог репресивног карактера, казненоправне последице у великој мери делују и превентивно на све доминантне привредне субјекте, стављајући им у изглед санкције у виду новчаних казни, али и казну лишења слободе за одговорна лица привредног субјекта, уколико прекрше забрану злоупотребе свог положаја.

У колевци антимонополског права, у Сједињеним Америчким Државама, казненоправне санкције за привредне субјекте који изврше дела монополисања из Шермановог закона,[21] су такође новчане казне и казне лишења слободе за одговорна лица. Новчана казна и казна лишења слободе могу бити изречене алтернативно или кумулативно.

У праву Републике Србије кривичноправна одговорност је установљена Кривичним закоником за злоупотребу – како Закон наводи – *монопо̄листӣчкоī по̄ложаја*.[22] Кривично дело је подведено под дела против привреде и управљено је према одговорном лицу привредног друштва или према другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или према предузетнику који злоупотребом монополског или доминантног положаја на тржишту изазове поремећај на тржишту или доведе тај привредни субјект у повлашћен положај у односу на друге, тако да оствари имовинску корист том или неком другом привредном субјекту или нанесе штету другим субјектима привредног пословања, потрошачима или корисницима услуга. За ово кривично дело се предвиђа казна лишења слободе до три године.

Новчане казне у праву Републике Србије се категоришу у мере заштите конкуренције и мере процесног пенала.[23] Мере заштите конкуренције су заправо новчане казне које могу бити у висини од највише 10% од укупног годишњег прихода тржишно доминантног привредног субјекта. Мере процесног пенала имају за свој предмет кажњавање оних тржишно доминантних привредних субјеката који не поштују раније издате налоге Комисије, односно оних који се понашају супротно тим налозима. То кажњавање се постиже наплатом новчаних казни чији се

21 *An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies* – Sherman *Antitrust Act*, U.S. Code, Title 15, § 1–7.

22 Кривични законик (*Службени ӣласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка и 72/09), чл. 232.

23 Закон о заштити конкуренције Републике Србије, чл. 68 и 70.

распон креће од 500 до 5.000 евра за сваки дан понашања супротно налогу Комисије. Ипак, процесни пенал не може да износи више од 10% укупног годишњег прихода тржишно доминантног привредног субјекта. Дакле, привредни субјект који злоупотреби тржишну доминацију може очекивати различите мере које директно могу утицати на његово даље пословање, без обзира што неке од њих могу трајати само одређени временски период (неколико месеци) који је за једног привредног учесника на тржишту више него довољан да би наступиле извесне штетне последице са својим реперкусијама у знатно дужем временском периоду. Санкције које је Комисија надлежна да изрекне у поступку према Закону од 2009. године су далеко разноврсније од оних које су постојале у Закону од 2005, а веома је изражен и њихов репресивни карактер.

Новчане казне, као облик казненоправних санкција представљају уједно и једини облик ових санкција који је предвиђен у антимонополском праву у Европској унији, уз могућност надлежних органа да починиоцима наложе да престану са недопуштеним понашањем. Европска комисија и Суд немају право изрицања позитивних мера у оквиру којих би починиоцима наметали обавезе било у погледу будућег понашања, било у погледу отклањања нанетих штетних последица, што једино може бити учињено према правилима држава чланица и у њиховим поступцима.

Mag. *Sanja* ŠKORIĆ
Law Faculty, Business Academy, Novi Sad

STATE INFLUENCE ON THE MARKET DOMINANCE AND ITS ABUSE

Summary

State influence on the functioning of the capitalist process of reproduction has always existed, but through the history of capitalism have changed its scope and methods of influence. History of the market economy is the history of discussion about the relationship between state and market and searching for the optimal ratio of their mutual action. The necessity of state intervention in the economy just confirms the actual happenings in the world, but also in our country. There is no more doubt about whether government intervention is needed in the economy. It is established that there is necessity for state intervention, but also that it must be controlled, like all behavior of market participants.

State intervention in the economy is viewed through the prism of achieving the set objectives and the general public, and through the need for consumer protection, investor protection, environmental protection and the like. However, the goals that state intervention in the economy wants to achieve, are often excluding each other, and the state is inconsistent in a position to implement its established policies that discriminate on one side the market participants through various types of state aid, and that, on the other hand, only has the power to punish market participants for discrimination and other forms of abuse of market dominance.

Key words: *state intervention, public interest, state aid, market domination, abuse of market dominance, punishment of economic entities, sanctions.*

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

др *Бранко* ЛУБАРДА
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

РЕВИДИРАНА ЕВРОПСКА СОЦИЈАЛНА ПОВЕЉА (потврђивање, обавезе Србије, контрола примене)

Резиме

У раду се указује на обавезе које је Србија преузела потврђивањем Ревидиране европске социјалне повеље (2009), на улогу социјалних партнера у имплементацији европских радних стандарда, као и на значај трипартитних институција. Разматра се механизам контроле на бази националних извештаја и колективних жалби.

Кључне речи: *Савет Европе, Повеља, социјална права, ратификација.*

I Ратификација ревидиране Европске социјалне повеље

Република Србија је потврдила Ревидирану европску социјалну повељу 2009. године. Законом о потврђивању Србија је преузела веома велики број одредби Ревидиране европске социјалне повеље, што Србију сврстава у ред држава чланица Савета Европе које су у врху лествице по броју чланова, односно одредби Повеље које су прихваћене инструментом о ратификацији.

За разлику од европске судске заштите људских права предвиђених Европском конвенцијом о правима човека, која се обезбеђује пред Европским судом за људска права, није предвиђена европска судска за-

штита социјалних права садржаних у Ревидираној европској социјалној повељи – идеја о оснивању Европског суда за социјална права остаје за сада само у академским круговима. Посредно, међутим, судска заштита социјалних права садржаних у Ревидираној европској социјалној повељи обезбеђује се пред националним судовима држава чланица Савета Европе које изврше ратификацију Повеље. Устав Србије (2007) прихвата концепт монизма, односно предвиђа да су „потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују". Поред тога, „Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима." Од посебног је значаја и Уставна одредба о томе да се одредбе о људским правима тумаче „сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење". Пракса међународних институција у погледу европских некомунитарних (радних) стандарда укључује, разуме се, не само праксу Европског суда за људска права већ и праксу Европског комитета за социјална права – надзорне институције Савета Европе за праћење примене Ревидиране европске социјалне повеље.

Трећи вид међународне заштите социјалних права почива не на праву појединца (запосленог) да судски (пред међународним – европским или националним судом) заштити своје право, већ на поступку испитивања редовних извештаја и колективних жалби, чије је предвиђање, од доношења Протокола о колективним жалбама из 1991. год., имало за циљ да и социјалним партнерима призна активну процесну легитимацију у поступку пред надзорним органима Ревидиране европске социјалне повеље. Србија, међутим, није ратификовала овај Протокол, тако да социјални партнери немају могућност да поднесу колективну жалбу ако сматрају да је повређено право из Ревидиране европске социјалне повеље.

Имајући у виду да је Србија инструментом о ратификацији преузела обавезе из готово свих одредби РЕСП, овде се указује на законодавну активност од значаја за примену РЕСП-а, односно за контролни механизам, имајући у виду да се први извештај после ратификације доставља у року од три године – дакле тек 2012. Влада Србије (уз консултовање социјалних партнера) треба да достави извештај Савету Европе (Европском комитету за социјална права).

II Садржина ревидиране Европске социјалне повеље

Европска социјална повеља садржи низ начела, односно социјалних права. Повеља из 1961. год. садржи 19, а Ревидирана Европ-

ска социјална повеља 31 начело којим се гарантују социјална права.[1] Социјална повеља оставља одређену слободу државама чланицама Савета Европе да приликом ратификације изаберу начела и социјална права која ће их правно обавезивати. Социјална повеља, дакле, врши класификацију начела и социјалних права на најзначајније (тзв. тврдо језгро Повеље) – издваја седам најзначајнијих, и обавезује државу која врши ратификацију да изабере најмање пет од тих седам начела, односно социјалних права, која, тако, добијају правно обавезујућу снагу.[2] На тај начин, Европска социјална повеља се јавља истовремено као међународни инструмент правно обавезујућег (у погледу права која су ратификацијом прихваћена) и програмског карактера (у погледу социјалних права која нису ратификацијом обухваћена).[3]

У погледу Ревидиране европске социјалне повеље, државе чланице које желе да изврше њену ратификацију су дужне да изаберу 16 од 31 социјалног права, с тим да је међу тих 16 неопходно да буде прихваћено најмање шест од девет начела која су проглашена као основна.[4]

У ред ових девет основних начела (тзв. тврдог језгра), поред оних шест која су преузета из Европске социјалне повеље, додата су још три основна социјална права: право деце и омладине на заштиту (чл. 7), право породице на социјалну, правну и економску заштиту (чл. 16) и право на једнакост шанси и поступања у областима запошљавања и занимања без дискриминације по основу полне припадности (чл. 20). У погледу тзв. тврдог језгра Ревидиране европске социјалне повеље, Србија је ратификовала у целости чланове 1 (право на рад), 5 (право на организовање), 12 (право на социјалну сигурност), 13 (право на социјалну и медицинску помоћ), 16 (право породице на социјалну, правну и економску заштиту) и 20 (право на једнаке могућности и једнак третман у питањима запошљавања и рада без дискриминације по основу пола), док у погледу члана 6 – право на колективно преговарање изјава о прихватању није обухватила став 4, који се односи на „право радника и послодаваца на колективну акцију, у случају сукоба интереса, укључујући право на штрајк, у складу са обавезама које могу да проистекну из колективних уговора које су претходно закључили“, али само „у односу на професионалне припаднике Војске Србије“. Наиме, Закон о полицији Србије (2005)[5] предвиђа

1 D. Harris, *European Social Charter*, 1984, стр. 313–330; J.-P. Pancracio, „Charte sociale et droit international public“ у: J.-F. Akandji-Kombé, S. Leclerc (eds), *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, 2001, стр. 180.

2 D. Harris, *нав. дело*, стр. 9–10; J-P. Pancracio, *нав. дело*, стр. 184.

3 Th. Öhlinger, „Standard-setting activities by regional institutions, taking the Council of Europe as an example: The European social charter“, у: B. B. von Maydell, A. Nusberger (eds), *Social protection by way of international law,* Berlin, 1996, стр. 45–47.

4 J-P. Pancracio, *нав. дело*, стр. 188.

5 *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 63/2009.

право на штрајк полицијских службеника, уз обавезу очувања минимума процеса рада (дефинисаног самим овим Законом). Поред тога, изјава о ратификацији није обухватила обавезе државе из члана 17 – Право деце и омладине на социјалну, законску и економску заштиту, (алинеја 1а) „да осигурају да деца и омладина, узимајући у обзир права и дужности њихових родитеља, добију бригу, помоћ, образовање и обуку који су им потребни, нарочито кроз обезбеђивање оснивања и одржавања установа и служби довољних и одговарајућих за ову намену". Најзад, инструментом о ратификацији нису обухваћени, из члана 19 – Право радника мигранта и њихових породица на заштиту и помоћ, ставови 11 и 12. Другим речима, Србија није преузела обавезу да „за потребе радника мигранта и њихових породица унапреди или омогући наставу националног језика земље пријема, или уколико постоји неколико званичних језика у тој земљи, једног од ових језика" (чл. 19, ст. 11), нити „да, за потребе деце радника мигранта унапреде или омогуће, колико год је то изводљиво у пракси, наставу матерњег језика радника мигранта" (чл. 19, ст. 12).

Од посебног значаја за ширење скале социјалних права која су признавана у Ревидираној социјалној повељи јесте навођење нових социјалних права која су дата у Ревидираној европској социјалној повељи (у односу на Европску социјалну повељу). Наиме, Ревидирана Европска социјална повеља садржи нова социјална права: право на заштиту у случају престанка радног односа; право на заштиту потраживања запослених у случају инсолвентности послодавца; право на достојанство на раду; право радника са породичним обавезама на једнакост шанси и третмана у запошљавању и на раду; право на информисање и консултовање у случају колективног отпуштања; право радничких представника на олакшице у раду и на посебну заштиту по основу обављања (синдикалних) активности; као и право на стан и заштиту од сиромаштва и искључености из друштва.[6] Поред тога, Ревидирана европска соијална повеља успоставља виши ниво радних (социјалних) стандарда у односу на Европску социјалну повељу – нпр. за разлику од ЕСП-а која предвиђа право на плаћени годишњи одмор у трајању од најмање две недеље, РЕСП предвиђа право на плаћени годишњи одмор у трајању од најмање четири недеље,[7] што је већ уважио Закон о раду (2005).

1. Основна социјална права (тзв. тврдо језгро) Ревидиране европске социјалне повеље

Пошто је Србија потврдила Ревидирану европску социјалну повељу, од кључног значаја је сагледавање сагласности радног законодав-

6 R. Blanpain, F. Hendrickx (eds.), *нав. дело*, стр. 371–373.

7 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 46–54.

ства у Србији са становишта девет социјалних права која се издвајају у корпус најзначајнијих (тзв. тврдо језгро Повеље), међу којима свакако треба ратификацијом обухватити шест права, а Србија је готово у целости преузела обевезе у погледу свих девет основних социјалних права.

У погледу одредби тзв. тврдог језгра Ревидиране европске социјалне повеље, односно одредби девет чланова о основним социјалним правима, може се уочити да већина ових одредби коинцидира са осам конвенција Међународне организације рада које су, после доношења Декларације о основним принципима и правима из 1998. год. издвојене у оквиру МОР-а. Тако, конвенције о забрани принудног рада (29, 105) успостављају стандарде који су такође предвиђени одредбом члана 1. РЕСП-а (право на рад), као и одредбом члана 4 Европске конвенције о људским правима; конвенције о забрани дискриминације (100, 111) успостављају стандарде који су предвиђени и у РЕСП-овим члановима 1 (право на рад) и 20 (право на једнаке могућности и једнак третман у питањима запошљавања и рада без дискриминације по основу пола); конвенције о слободи удруживања и колективном преговарању (87 и 98) имају за свој европски еквивалент у РЕСП-овом члану 5 (право на организовање) и члану 6 (право на колективно преговарање); и, најзад, конвенције о забрани дечијег рада (138 и 182) имају свој европски израз у РЕСП-овом члану 7 (право деце и омладине на заштиту). Све то упућује на синергију међународних и европских радних стандарда и праксе међународних институција које надзиру њихово спровођење (Комитета експерата МОР-а, Комитета за слободу удруживања МОР-а;[8] Европског комитета за социјална права). Штавише, РЕСП је била инспирација за уређивање основних социјалних права у Европској унији, приликом доношења Повеље о основним правима у ЕУ из 2000, (посебно поглавље Солидарност), која је, после ратификације Лисабонског споразума 2009, добила исту правну снагу као и Уговори (чл. 6 Лисабонског споразума). Уз то, Лисабонски споразум предвиђа да ће ЕУ, која је задобила својство правног лица, приступити Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода. На тај начин, ЕУ још чвршће афирмише заједничке вредности држава чланица које укључују и недискриминацију, солидарност, правду, једнакост између жена и мушкараца, у настојању да се остваре циљеви ЕУ о благостању и миру, у условима социјалне тржишне економије, пуне запослености, социјалног прогреса, борбе против социјалне искључености, искорењивања сиромаштва, економске, територијалне и социјалне кохезије.

8 Ближе: N. Valticos, *International Labour Law*, 1979; L. Betten, *International Labour Law*, 1994; D. Harris, *European Social Charter*, 1984; L. Samuel, *European Social Charter – Case Law of European Committee for Social Rights*, 2002.

Право на рад не подразумева само забрану принудног рада и забрану дискриминације већ и обавезу државе (али не и да гарантује посао сваком лицу-тражиоцу запослења већ) да обезбеди одговарајућа средства за омогућавање слободног избора занимања, пуне запослености, приступа бесплатним службама за запошљавање, професионалну оријентацију и професионално образовање.[9] У погледу оцене хармонизованости радног законодавства Србије значајно је указати да одредбе Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености из 2009. године садрже више одредби којима се афирмише концепт активног тражиоца запослења и активних мера политике запошљавања. Активне мере укључују и мере које изискују значајнија средства – професионално образовање (преквалификација, доквалификација), субвенције, самозапошљавање, јавни радови, али и мере које не изискују тако велика средства, а које дају веома добре резултате у запошљавању – клубови за запошљавање, пословни центри, итд.

У погледу слободе избора занимања (и запослења), Закон о запошљавању може се оценити са становишта Ревидиране европске социјалне повеље као усклађен, с тим што се евентуално поставља питање усклађености са Повељом, као и саме уставности (са становишта слободе рада, која укључује и слободу избора занимања), одредбе Закона којом се дефинише појам одговарајућег посла. Наиме, током првих 12 месеци од увођења у евиденцију Националне службе за запошљавање, под одговарајућим запослењем подразумева се „запослење у оквиру стеченог нивоа и врсте образовања“. По истеку 12 месеци, одговарајуће запослење „јесте запослење 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“. Пракса Европског комитета за социјална права допушта да после иницијалног периода незапослености кад се одговарајуће запослење схвата на ужи начин (у истом степену стручне спреме), овај појам схвата у ширем смислу – у оквиру занимања, узимајући у обзир стање на тржишту рада и друге околности.[10]

Право на орīанизовање и ӣраво на колекӣивно ӣреīоварање има не само значај са становишта основних социјалних права већ су *conditio sine qua non* успостављања и функционисања (демократских, плуралистичких) индустријских односа. Слобода удруживања укључује и свој позитиван и негативан вид, а у погледу негативног вида слободе удруживања и допуштености *closed shop* клаузуле, Комитет за социјална

9 L. Samuel, *Fundamental social rights, Case law of the European Social Charter*, Strasbourg, 2002, стр. 13.

10 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 19.

права има мање категоричан став у односу на праксу Европског суда за људска права у случају *James*, *Young* и *Webster*, односно не сматра апсолутно недопуштеном клаузуле синдикалне сигурности (*closed shop*).

Право на синдикално организовање подразумева и право синдиката да предузима синдикалне активности, што подразумева заштиту од дискриминације по основу чланства и учешћа у синдикалним активностима (укључујући и заштиту од отказа по овим основима).[11]

Најзад, право на синдикално организовање државних службеника – укључујући и професионалне припаднике војске и полиције, сходно Ревидираној европској социјалној повељи, може да уважи одређене специфичности због потребе да се заштити јавни поредак (одбрана земље) и јавна безбедност. При том, Комитет за социјална права сматра да законодавство држава чланица које забрањује припадницима полиције да оснивају синдикат или да му приступе, као и законско обавезивање припадницима полиције да ступе у синдикат не би било у складу са Повељом. Овај став Комитета за социјална питања је од посебног значаја у поступку законског регулисања радних односа државних службеника у Србији, која је и пре ратификације Ревидиране европске социјалне повеље Законом о полицији (2005), признала не само право на синдикално организовање већ и право на штрајк полицијским службеницима (уз обавезу обезбеђивања минимума процеса рада).[12]

Концепт права на колективно преговарање у Европској социјалној повељи постављен је на један широк начин – укључује не само колективно преговарање у ужем смислу (закључивање колективних уговора о раду) већ и колективно преговарање у ширем смислу – преговарање уз учешће треће стране, односно мирне методе решавања колективних радних спорова (мирење и арбитражу).

У погледу права на колективно преговарање у ужем смислу, Закон о раду (2005) је уредио квалитативне (слободан избор органа и начина деловања; финансијска аутономија) и квантитативне (бројност чланства) услове за признавање репрезентативности социјалних партнера, врсте колективних уговора о раду, правно дејство и проширење дејства, при чему министар за рад и социјалну политику доноси (коначно) решење о проширењу дејства, узимајући у обзир мишљење Социјално-економског савета. Тако, Социјално-економски савет је усвојио Мишљење којим се министру за рад и социјалну политику препоручује да потпише проширено дејство Општег колективног уговора, које је ступило на снагу 1.1.2009. године.

11 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 103–134.

12 Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005.

Повеља садржи обавезу државе чланице да унапређује оснивање и прибегавање механизму мирења и добровољне арбитраже, што је и био један од циљева одмах после потписивања РЕСП за припремање Закона о мирном решавању радних спорова у Србији, којим је основана Републичка агенција за мирно решавање радних спорова.[13] Републичка агенција за мирно решавање спорова је у протеклом периоду развијала своје институционалне капацитете, успоставила Именик миритеља, арбитара, остварила почетне резултате у решавању индивидуалних радних спорова (већи успех у погледу спорова поводом неисплате минималне зараде, док је симболичан успех у погледу алтернативног решавања спорова поводом индивидуалног отказа уговора о раду), уз одређене резултате у решавању колективних радних спорова, као и у решавању колективних радних спорова у виталним службама.[14] Потреба за даљим јачањем улоге Републичке агенције и подстицање социјалних партнера да своје спорове решавају мирним путем уз помоћ миритеља и арбитара, довела је до усвајања крајем 2009. Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова.[15] Тако, у намери да се ојача ауторитет арбитраже, односно арбитара, предвиђен је допунски услов, односно да за арбитра може бити изабрано лице које има положен правосудни испит или је редовни професор факултета из позитивно-правних предмета. Допуна Закона се огледа у оснаженој улози Социјално-економског савета, коме Републичка агенција доставља обавештења у вези са подацима о којима води евиденције, а у случају да директор Агенције доноси решење о брисању из Именика, дужан је да затражи мишљење Социјално-економског савета. Социјално-економски савет РС је основао и Стално радно тело за колективно преговарање и мирно решавање радних спорова.

Све то је у вези са правом на колективну акцију коју Европска социјална повеља везује за решавање интересних колективних радних спорова. Премда РЕСП изричито не спомиње право послодаваца на локаут, ово право је имплицитно садржано у Повељи у оквиру „права на колективну акцију послодаваца", што упућује на потребу за одговарајућом хармонизацијом радног законодавства Србије, пошто је још увек на снази Закон о штрајку из 1996. године, који не признаје право на (одбрамбени) локаут послодавцима.

---

13 Закон о мирном решавању радних спорова, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004.

14 Ближе: Извештај о раду Републичке агенције за мирно решавање радних спорова за период 2005–2009, из кога се види да је решено око 3600 индивидуалних спорова, да су решена 42 колективна радна спора, као и да је смањен број штрајкова, посебно у делатностима од општег интереса (28).

15 Закон о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

Право деце и омладине на заштиту укључује стандарде у погледу минималне животне доби за заснивање радног односа; ограниченог трајања радног времена; права на праведну зараду; одговарајуће трајање годишњег одмора; забрану запошљавања на пословима који су ризични, укључујући физичке и моралне ризике. Изузетно, деци млађој од 15 година може бити допуштен рад у области уметности (филм, позориште), уз додатне заштитне услове.[16]

У погледу *права на социјалну сигурност* Европска социјална повеља упућује на Конвенцију МОР-а бр. 102 о минималним стандардима социјалне сигурности, тако да обавеза држава уговорница које ратификацијом обухвате и овај члан налаже успостављање система социјалне сигурности најмање на нивоу који садржи Конвенција МОР-а бр. 102,[17] коју је Србија ратификовала. Ово право подразумева оснивање и одржавање система социјалне сигурности, као и постепено побољшање система социјалне сигурности, као и једнак третман држављана других држава чланица у погледу социјалне сигурности.[18] Државе чланице, при том, имају слободу да се одлуче о томе који модел (концепт) ће бити прихваћен – преовлађујући Бизмарков или Беверицев, односно комбинацију обележја и института ових модела.

У погледу *права на социјалну и медицинску подршку (помоћ)* лицима која немају одговарајуће приходе („лица у стању социјалне потребе“), чије далеко порекло треба тражити у идеји и пракси милосрђа (улога цркве), што је израз тзв. моралне правде, Европска социјална повеља истиче да лица која су корисници социјалне и медицинске помоћи не смеју због тога да трпе у погледу остваривања других социјаних и политичких права. Треба указати да је Савет Европе донео и Европску конвенцију о социјалној и медицинској помоћи, на коју упућује и Европска социјална повеља (начело једнаког третмана).[19]

Право породице на социјалну, правну и економску заштиту има за циљ да подстакне развој породице, као основне јединице заједнице, што од држава чланица налаже предузимање мера у циљу унапређења економске, правне и социјалне заштите породичног живота – дечији додаци, пореске олакшице, подршка за становање, подршка новим супружницима, итд.[20]

Право на једнакост шанси и поступања у областима запошљавања и занимања без дискриминације по основу полне припадности укључује

16 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 171–204.

17 *Ibidem*, стр. 287–289.

18 *Ibid.*, стр. 283–303.

19 *Ibid.*, стр. 305–331.

20 *Ibid.*, стр. 353–365.

питања од приступа запослењу, професионалне оријентације, образовања, до услова рада и напредовања на раду.[21]

2. Осврт на друга социјална права из Ревидиране европске социјалне повеље

а) Одредбе РЕСП-а које су у функцији заштите права на рад

1) Право на заштиту у случајевима престанка радног односа – члан 24 РЕСП-а

Право на заштиту у случају престанка радног односа РЕСП-а конципира на начин који је прихваћен у Конвенцији МОР-а 158 о отказу радног односа на иницијативу послодавца, а која је ратификована од стране Србије /СРЈ/ 2000. године. Пракса Европског комитета за социјална права предвиђа да накнада за незаконити отказ треба да укључи реинтеграцију или накнаду штете која је довољно одвраћајућа за послодавца, као и довољна сатисфакција за запосленог. Отуда, Закон о раду Србије (2005) не предвиђа више обавезну реинтеграцију (сем посебно заштићених категорија запослених лица – запослених за време трудноће или породиљског одсуства; радничких представника), пошто предвиђа могућност да послодавац уместо реинтеграције исплати незаконито отпуштеном раднику накнаду штете у висини до 36 просечних зарада (што је довољно одвраћајуће), а запосленом који не жели да се врати на рад код послодавца признаје се накнада штете у висини до 18 просечних зарада (што је довољна сатисфакција).

Што се тиче захтева за РЕСП-а да се обезбеди право радницима (који сматрају да им је радни однос престао без ваљаног разлога) на жалбу непристрасном телу, што је у вези и са правом на праведно суђење и суђење у разумном року који прокламује Европска конвенција за људска права (члан 6), нови Закон о уређењу судова (који је донет 2009., а примењује се од 1.1.2010.) предвиђа да је за решавање индивидуалних радних спорова (запослени – послодавац) у првом степену надлежан основни суд, у другом степену – Апелациони суд, а у трећем степену по ванредним правним лековима (ревизија) – Врховни касациони суд. Идеја специјализације је дошла делом до изражаја у поступку решавања радних спорова, пошто Закон о парничном поступку (2004) предвиђа одељак о посебном парничном поступку, како би се осигурала хитност решавања радних спорова. У настојању да се повећа ефикасност решавања радних спорова, ЗПП предвиђа да у овим споровима суд и странке настоје да се спор реши посредовањем (медијацијом), а Закон о мирном решавању радних спорова (2004, измене и допуне 2009)

21 *Ibid.*, стр. 445–449.

настоји да афирмише алтернативне методе решавања индивидуалних (поводом отказа, неисплате минималне зараде) и колективних радних спорова, посебно путем арбитраже (и у том циљу се захтева да арбитар испуњава услове и у погледу положеног правосудног испита).

У погледу права на заштиту од неоправданог разлога престанка радног односа државних службеника, који заснивају радни однос решењем старешине државног органа (управним актом), предвиђена је најпре интерна заштита права на рад. По жалби државног службеника (на извршилачким радним местима) против првостепеног решења одлучује Жалбена комисија Владе, а против коначног решења (управног акта), државни службеник може покренути тужбом управни спор пред Врховним судом Србије, односно пред Управним судом (од 1.1.2010.).

2) Право на информисање и консултовање у сучајевима колективног отпуштања – члан 29 РЕСП-а

Ово право у РЕСП-у, које је на сличан мада детаљнији начин уређено и у Директиви 75/129/ЕЕС, Директива 92/56 детаљно је разрађено у Закону о раду (2005), у коме се предвиђа право репрезентативног синдиката да буде обавештен и консултован при доношењу програма од стране послодавца, који намерава да прибегне колективном отпуштању у одређеним роковима. Исто тако, програм се доставља Националној служби за запошљавање, како би могла дати своје мишљење, како би се увођењем мера, односно права свело на минимум број запослених којима престаје радни однос, односно врши распоређивање или преузимање /на рад код другог послодавца/; обезбеђује преквалификација или доквалификација. За запослене којима, ипак, престане радни однос, обезбеђује се исплата отпремнина у зависности од радног стажа. Од значаја за оцену испуњења обавеза Србије у погледу права на информисање и консултовање у случају колективног отпуштања јесу и одредбе Општег колективног уговора (2008), који ближе уређује питање мерила (критеријума) за одређивање запослених за чијим радом је престала потреба (резултати рада, као основни; имовно стање као корективни), при чему је ОКУ-ом утврђен виши износ отпремнине (једна трећина зараде, не нижа од 50% просечне у Републици на дан исплате отпремнине) у односу на минимални утврђен Законом о раду (2005).

3) Право радника на заштиту њихових потраживања у случају инсолвентности послодавца – члан 25 РЕСП-а

Премда Србија није ратификовала Конвенцију МОР-а бр. 173 о заштити потраживања запослених у случају инсолвентности, Закон о раду (2005) је готово у целости преузео стандарде из Директиве 80/987/

ЕЕС, чиме су испуњени услови које поставља и члан 25 РЕСП. Наиме, у другом стечајном реду (одмах после трошкова стечајног поступка) налазе се потраживања запослених која имају за циљ обезбеђивање достојанствене егзистенције (до девет минималних зарада; накнада зараде за годишњи одмор у висини минималне зараде; три отпремнине запосленом који је испунио услове за право на старосну пензију; накнада штете због повреде на раду), а предвиђено је, односно дошло је до оснивања и гарантне институције – Фонда солидарности, из којег се врши исплата заштићених потраживања запослених уколико стечајни управник нема средства за исплату привилегованих потраживања.

Узгред, саму висину минималне зараде, на основу Закона о раду (2005), утврђује Социјално-економски савет РС, који је постизао консензус о износу за период од шест месеци све до јуна 2009, кад је одлука о висини минималне зараде препуштена Влади (што је у вези са утицајем /светске/ економске кризе на уређивање овог права запослених).

4) Право на достојанство на раду – члан 26 РЕСП-а

Право на достојанство на раду, садржано у члану 26 РЕСП-а, има за циљ спречавање сексуалног узнемиравања на раду, као и спречавање /психичког/ злостављања на раду (мобинга). У погледу овог права, Србија је посветила одговарајућу пажњу спречавању сексуалног узнемиравања на раду у оквиру Закона о раду из 2005, док је у погледу спречавања злостављања на раду припремљен Предлог закона о спречавању злостављања на раду (2009), чије се усвајање очекује до краја 2009. године. На тај начин потврђује се Уставом Србије прокламовано начело да је људско достојанство неприкосновено и да су сви (дакле и послодавци и запослени) дужни да га поштују и штите.

Мобинг је начин понашања на местима рада, којим једно (ређе) или више (група) лица (по правилу више од четири лица) – других запослених, надређених (ређе подређених) систематски психички злоставља или застрашује друго лице, у релативно дужем периоду (готово свакодневно или периодично више месеци), са намером оспоравања професионалног угледа и моралног интегритета запосленог – професионалног и људског достојанства (својеврсна стигматизација, „агресивна манипулација“), у (релативно) дужем периоду, са циљем стварања неподношљивих услова рада (непријатељског и неетичког окружења, комуникације), при чему се жртва мобинга налази у готово беспомоћном положају, како би сам запослени отказао радни однос, чиме се избегава исплата накнаде због отпуштања од стране послодавца (из економских разлога), као и могућност вођења радног спора.[22] Пред-

22 Сличну дефиницију даје индустријски психолог и медицински научник у области психијатрије, који је истраживао мобинг још у 80-тим годинама XX века у

лог закона о спречавању злостављања на раду Србије (2009) дефинише злостављање као „свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу откаже уговор о раду или раскине радни однос".

Предлог закона о спречавању злостављања на раду урађен је имајући у виду решења из упоредног права, као и стандарде садржане у Европском оквирном колективном уговору о спречавању злостављања и насиља на раду (2007). Овим Предлогом закона се уређује забрана злостављања на раду; мере за спречавање злостављања и унапређење односа на раду; поступак заштите лица изложених злостављању на раду, укључујући поступак посредовања, као и судску заштиту и терет доказивања (на послодавцу, ако запослени учини вероватним да је извршено злостављање). На тај начин се омогућује унапређење свести, информисаности, поред мера спречавања понашања које је неприхватљиво или изразито негативно и увредљиво на радном месту или у вези са послом.

Имајући у виду модеран концепт Предлога закона о спречавању злостављања на раду, разумљиво је да је Социјално-економски савет РС усвојио (2009) Закључак којим се даје позитивно Мишљење на Нацрт закона о спречавању злостављања на раду, што је у функцији испуњења обавеза преузетих ратификацијом Ревидиране европске социјалне повеље. Очекује доношење овог закона у првој половини 2010. године.

2) Одредбе РЕСП-а које нису ратификоване

Једина два члана РЕСП-а која нису (у целини) обухваћени инструментом о ратификацији јесу чланови 27 и 31 Повеље.

а) Право радника са породичним обавезама на једнаке могућности и једнак третман – члан 27 РЕСП

Члан РЕСП-а који у целости није обухваћен инструментом о ратификацији јесте члан 27 – *Право радника са породичним обавезама*

Шведској: H. Leymann, The Mobbing Encyclopedia, Psyhological terrorization – the problem of terminology, file 11130e, 12100e, 12220e. Такође: K. Westhues, *Workplace Mobbing in Academy*, Department of Sociology, University of Waterloo, 2007, стр. 1; Е. Коић, П. Филаковић, Л. Мужинић, М. Матек, С. Вондрачек, „Мобинг", *Рад сигур*., бр. 7/2003, стр. 1.

на једнаке моīућности и једнак третман. Наиме, мада је Србија ратификовала Конвенцију МОР-а бр. 156 о радницима са породичним обавезама из 1981. још 2000. године, и премда је у доброј мери Закон о раду ближе уредио права запослених са породичним обавезама, како у погледу једнакости могућности и третмана запослених са породичним обавезама и других запослених, тако и у погледу обезбеђивања да породичне обавезе не могу да представљају ваљан разлог престанка радног односа, вероватно је разлог за нератификацију чл. 27 РЕСП-а и обавеза дрзаве да „развије или да унапреди услуге, јавне или приватне, посебно у домену чувања деце или других облика дечје заштите". Услед тенденције промена традиционалне породице (већи број самохраних родитеља; старење становништва), и поред доношења Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјане сигурности грађана (1991, 2005) процењено је да још увек није могуће испуњење у целости обавеза у домену чувања деце или других облика дечије заштите, што је у вези са финансијским могућностима државе, као и расположивим средствима локалне самоуправе као оснивача установа социјалне и дечије заштите.

б) Право на становање – члан 31 РЕСП-а

Успешна политика социјалног становања подразумева и транспарентна мерила за оцену животних – стамбених, радних и културних потреба свих социјалних група у насељу. У циљу примене стандарда РЕСП-а у погледу (социјалног) становања, потребно је донети Закон о социјалном становању, као и Националну стратегију социјалног становања, (донети, такође, Закон о изменама и допунама Закона о избеглицама) који омогућавају и подстицу јавно-приватно партнерство, уважавајући захтеве у погледу регионалног, односно просторног развоја Србије, односно ублажавање изразито неравномерног регионалног развоја и неповољних демографских тенденција,[23] што је од значаја за процес европских интеграција, такође.

Инструментом о ратификацији нису обухваћени из члана 2 став 4; из члана 6 тачка 4 (у односу на професионалне припаднике Војске Србије); из члана 10 став 5 (професионална обука); из члана 17 став 1а (право на бригу, помоћ, образовање и обуку деце и омладине оснивањем установа и служби за ову намену); из члана 19, ставови 11 (језик државе пријема) и 12 (језик радника мигранта).

23 Закључци и ставови Републичке агенције за просторно планирање, Урбанистичког завода Београда и организација цивилног друштва – Палго центра и Групе 484 из 2009. са скупа: У сусрет националној стратегији развоја социјалног становања.

III Механизам контроле примене Ревидиране европске социјалне повеље

У погледу механизма контроле и заштите социјалних права садржаних у Европској социјалној повељи, поступак контроле примене Европске социјалне повеље, односно Ревидиране европске социјалне повеље почива на испитивању извештаја и поступку по основу колективних жалби, што значи да је поступак контроле инспирисан редовним механизмом контроле предвиђеним у оквиру Међународне организације рада. Србија је ратификовала до 2010. укупно 71 Конвенцију МОР-а, међу којима и Конвенцију бр. 144 о трипартитном консултовању (донета 1976, а ратификована 2005).[24] Конвенција бр. 144 предвиђа стандарде за успостављање трипартитног механизма за промоцију имплементације међународних радних стандарда, при чему су представници запослених и послодаваца представљени на једнакој основи. Трипартитно консултовање укључује не само питања од значаја за доношење међународних радних стандарда (конвенција) већ и у погледу контроле њихове примене на основу извештаја.

Контрола примене РЕСП-а, односно заштита социјалних права заснива се на два основна поступка: поступак испитивања извештаја и поступак по колективним жалбама. Значај система надзора огледа се у томе што су државе чланице често мењале законодавство и/или праксу, како би их ускладили са Ревидираном европском социјалном повељом, као и праксом Европског комитета за социјална права. Секретаријат Повеље сваке године објављује преглед промена у законодавству и пракси држава чланица, односно у којој мери је законодавство држава чланица у складу са Повељом.

1) Поступак испитивања националних извештаја

На основу чл. 22 Европске социјалне повеље, поступак контроле заснива се на испитивању извештаја које достављају државе чланице Савета Европе, у погледу примене (у законодавству и пракси) одредби Европске социјалне повеље које су ратификацијом прихватиле. Државе чланице (владе) су дужне да достављају периодичне извештаје Савета Европе,[25] које такође достављају и репрезентативним националним

24 *Службени лист СЦГ*, Међународни уговори, бр. 1/2005.

25 Због повећања броја чланица Савета Европе и немогућности да се у току једне године испитају сви извештаји, од 1985. год. је дошло до измене утолико што половина држава шаље извештаје једне, а друга половина држава чланица које су ратификовале Европску социјалну повељу друге године; L. Betten, *нав. дело*, стр. 417.

организацијама радника и послодаваца. Репрезенатативни социјални партнери могу да захтевају да се њихови коментари на владин извештај доставе, односно приложе владином извештају.[26] Осим тога, Генерални секретар Савета Европе доставља националне извештаје и репрезентативним међународним невладиним организацијама, које имају консултативни статус у оквиру Савета Европе.[27]

Поступак испитивања извештаја се одвија уз учешће Комитета независних експерата (Европског комитета за социјална права), Комитета владиних представника, Парламентарне скупштине Савета Европе, као и уз учешће Комитета министара. Премда овај поступак има свој одређени значај, истиче се да највећа препрека у побољшању примене Европске социјалне повеље остаје одсуство активније улоге репрезентативних социјалних партнера (организација послодаваца и радника на националном и европском нивоу).[28] Тај недостатак се настоји ублажити са доношењем Додатног протокола којим се односи на систем колективних жалби из 1995. год., који даје одговарајуће место репрезентативним социјалним партнерима у поступку заштите права садржаних у Повељи.

Комитет независних експерата (касније Комитет за социјална права) испитује да ли државе чланице које су ратификовале Повељу испуњавају своје преузете обавезе, сходно клаузулама флексибилности, које дају извесну слободу у избору одредби које могу бити прихваћене. Другим речима, Комитет утврђује да ли су национално законодавство и пракса државе уговорнице у складу са (ревидираном) Европском социјалном повељом. Комитет ради на документационој основи, односно прегледа (испитује) националне извештаје (и приложене коментаре на национални извештај које могу дати репрезентативне организације послодаваца и синдиката). У раду Комитета учествује и представник МОР-а, без права гласа, односно са консултативним правима.[29]

Комитет независних експерата има обавезу да достави свој извештај са закључцима Комитету владиних експерата и Парламентарној скупштини Савета Европе. Овај извештај садржи, поред општег увода – осврт Комитета на развој у погледу одређених области регулисаних Повељом (политика запошљавања, једнакост поступања, синдикалне слободе, колективно преговарање, итд.), два дела: први део – разматрање мера које држава предузима ради поштовања одредби Повеље (члан по

26 L. Betten, *нав. дело*, стр. 415–416; Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 52–53.

27 Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 53.

28 L. Betten, *нав. дело*, стр. 426–427; Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 53–54.

29 Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 54; L. Betten, *нав. дело*, стр. 416, 437.

члан); други део – процену места (позиције) које држава чланица заузима с обзиром на стање примене права из Повеље.[30]

Комитет владиних представника састоји се само од представника влада држава чланица, при чему државе чланице Савета Европе које нису ратификовале Европску социјалну повељу имају своје представнике са консултативним овлашћењима (без права гласа).[31] Комитет владиних представника је овлашћен да достави свој извештај Комитету министара, како би Комитет министара могао донети своје препоруке.[32] Препоруке (закључци) садрже својеврсне политичке санкције према државама чланицама које не испуњавају обавезе из (ратификоване) Повеље и назначавају мере које држава треба да предузме у циљу поштовања (примене) Повеље.

Извештај и закључци Комитета експерата достављају се и Парламентарној скупштини (која се до 1974. год. називала Саветодавна скупштина), која доставља своје мишљење о закључцима Комитету министара (у складу са чл. 28 Повеље). Мишљење Парламентарне скупштине правно не обавезује Комитет министара.

Парламентарна скупштина је настојала да превазиђе застој у односима између Комитета експерата и Комитета владиних представника, тражећи од Комитета министара да прихвати одговарајуће препоруке експерата који би били послати државама које не испуњавају своје обавезе из Повеље.[33]

2) Поступак на основу колективних жалби

Поступак на основу колективних жалби, инспирисан одговарајућим поступком у оквиру МОР-а, и у циљу подизања нивоа заштите социјалних права садржаних у Повељи,[34] предвиђен је на основу Додатног протокола уз Европску социјалну повељу из 1995. године (који је ступио на снагу 1998. год.),[35] чије су одговарајуће одредбе нашле ме-

30 L. Betten, *нав. дело*, стр. 416; Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 54.

31 Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 55.

32 *Ibid.*, стр. 418.

33 Th. Ohlingen, *нав. дело*, стр. 55; L. Betten, *нав. дело*, стр. 422; D. Harris, *нав. дело*, стр. 249–253.

34 Слабост контролног механизма заснованог на испитивању извештаја огледа се у неучешћу социјалних партнера, с једне, и у претерано дугом трајању поступка контроле, с друге стране; R. Harris, *нав. дело*, стр. 263–265.

35 R. Blanpain, F. Hendrikx, eds., *нав. дело*, стр. 357–360. Иначе, држава чланица Савета Европе не може изјавити да прихвата обавезну примену овог Протокола, ако претходно или истовремено није ратификовала Европску социјалну повељу (члан 13, ст. 2. Додатног протокола). *Ibidem*, стр. 360.

сто у Ревидираној европској социјалној повељи из 1996. год (члан Д).[36] Један од основних циљева Додатног протокола, односно инаугурисања система колективних жалби, јесте јачање улоге социјалних партнера – менаџмента и рада, као и одговарајуће учешће невладиних организација, у поступку зашите права утврђених Европском социјалном повељом. Наиме, активну процесну легитимацију имају међународне организације послодаваца (UNICE/EUROBUSINESS, IOE) и синдиката (ETUC, CESI), као и одговарајуће међународне невладине организације које имају саветодавни статус у оквиру Савета Европе (и које се налазе на посебној листи Владиног комитета), као и репрезентативне националне организације послодаваца и синдиката, у оквиру (судске) надлежности државе уговорнице против које је поднета колективна жалба (чл. 1 Протокола, односно члан Д Ревидиране европске социјалне повеље из 1996. год.),[37] те националне невладине организације у земљама које су посебно пристале на такво решење (до 2003. год. само Финска). Држава уговорница може да изјави да прихвата право и другој репрезентативној невладиној организацији у њеној јурисдикцији, а која се бави питањима која су уређена Европском социјалном повељом, да може поднети жалбу против ње, с тим да ово право може да буде временски ограничено. Изјава државе уговорнице се доставља Генералном секретару Савета Европе, који копије изјаве доставља странама уговорницама и објављује их (чл. 2 Протокола).

Жалба се доставља на посебном формулару у писаном облику, на енглеском или француском језику (као службеним језицима у Савету Европе) Генералном секретару, који потврђује њен пријем, обавештава државу уговорницу против које је жалба поднета, и прослеђује жалбу Комитету независних експерата (односно Европском комитету за социјална права). На захтев Комитета независних експерата, од подносиоца жалбе и/или државе уговорнице може да се захтева достављање писмених обавештења и разјашњења (нпр. о томе да ли подносилац жалбе има својство репрезентативности у националним оквирима) од значаја за допуштеност (прихватљивост) жалбе.

Ако Комитет независних експерата утврди да су испуњени услови за допуштеност (прихватљивост) жалбе, о томе, посредством Генералног секретара, обавештава државу уговорницу Повеље и подносиоца жалбе, остављајући им рок у коме могу да доставе своја писмена обавештења и разјашњења, односно коментаре (чл. 7, ст. 1 Протокола). Комитет независних експерата одлучује на основу пристиглих објашњења, информација или примедби које су благовремено поднеле странке, с

36 *Ibidem*, стр. 375.

37 *Ibid.*, стр. 357 и 375.

тим да Комитет може позвати представнике странака у спору на (рочиште за) усмену расправу (члан 7, ст. 4), која, ако то Комитет одлучи, може да буде и јавна расправа.

Комитет независних експерата доноси одлуку о меритуму жалбе, односно саставља свој извештај са закључцима о томе да ли држава уговорница на задовољавајући начин примењује одредбу Повеље на коју се односи жалба, односно да ли је прекршила своју обавезу из Повеље. Свој извештај Комитет експерата доставља Комитету министара, а прослеђује копију извештаја и држави уговорници у питању и подносиоцу жалбе. Осим тога, извештај се доставља Парламентарној скупштини и објављује у исто време кад и резолуција Комитета министара.

Комитет министара усваја резолуцију већином гласова, а ако извештај Комитета независних експерата садржи став о незадовољавајућој примени одредбе Повеље, Комитет министара може усвојити двотрећинском већином препоруку, која се доставља држави уговорници у питању.[38] Држава чланица којој је достављена препорука дужна је да у свом наредном извештају (који доставља на основу члана 21 Повеље) пружи обавештења о предузетим мерама у циљу реализације препоруке Комитета министара.[39]

Branko **LUBARDA, PhD**
Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

REVISED EUROPEAN SOCIAL CHARTER (Ratification, Undertakings, Control)

Summary

The paper deals with undertakings of Serbia and the role of social partners in implementations of Revised European Social Charter after the ratification by Serbia 2009. The instrument of ratification has included the vast majority of rights and principles guaranteed by the Charter, exept Article 27 (the right of workers with family responsibilities to equal opportunities and equal treatment) and Article 31 (the right to housing), and several numbered paragraphs

38 У оба случаја гласају само чланови Комитета министара држава чланица Савета Европе које су ратификовале Европску социјалну повељу, односно прихватиле овај Додатни протокол; R. Blanpain, F. Hendrickx (eds.), *нав. дело*, стр. 359.

39 *Ibidem*.

(Art. 2, para. 4, Art. 6, para. 4, Art. 10, para. 5, Art. 17, para. 1a, Art. 19 para. 11 and 12). Serbia is bound by all nine articles of so-called hard-core provisions of the Charter (1, 5, 6, 7, 12, 16, 19, 20) with exemption of few numbered paragraphs – that means very ambitious undertakings.

Methods of implementation shall include not only laws or regulations but collective agreements between representative social partners, as well as other appropriate means. That's why the author stresses the particular importance of social partners in implementation of Charter, and gives the panorama of tripartite and multipartite institutions established at Republican and local level according to Law on Socio-economic councils (2004), by Law on Employment and Unemployment Insurance (2009), etc.

The paper contains legal analysis and comments on compatibility of Serbian Labour and Social Law in force with selected numbers of hard core provisions and non-hard core provisions of the Charter. The author stresses also the need for more active role of social partners and NGOs in implementation of standards setting by Revised European Social Charter, having in mind that the social dialogue and the system of collective agreements is not enough developed, more particularly at the sectoral level. The role of Republican and local socio-economic council should be of particular importance in the process of implementation of the RESC.

The system of supervision of the application of Revised European Social Charter is treated in details. The system is based on examination of the national reports which the Serbia is bound by the Charter to submit at regular intervals – each year either on hard-core provisions or on a selection of non-hard-core provisions.

The author gives some comments on the Additional Protocol providing for a system of collective complaints (1995), providing that in addition to the procedure of examination of governmental reports, collective complaints (submitted by employers and workers organisations, non-governmental organisations at national or international level) against alleged violation of the Charter may be dealt with, but Serbia did not ratifie this Protocol.

Key words: *European Council, Charter, social rights, ratification.*

др *Предраг* ЈОВАНОВИЋ
професор Правног факултет Универзитета у Новом Саду

ОТВОРЕНА ПИТАЊА У ПРАВУ И ПРАКСИ КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА И СОЦИЈАЛНОГ ДИЈАЛОГА

Резиме

Синдикалне слободе и права су аксиом социјалног дијалога и колективног преговарања. У условима транзиције постоје многи лимитирајући фактори (објективни и субјективни) синдикалног удруживања и деловања запослених. То слаби укупну синдикалну моћ запослених и битно редуцира оквире сврсисходног функционисања социјалног дијалога и колективног преговарања. У овом раду је указано на нека најважнија, по мишљењу аутора, отворена и актуелна питања синдикалног деловања у Србији, колективног преговарања и решавања колективних радних спорова.

Кључне речи: *синдикалне слободе и права, синдикати, социјални дијалог, колективно преговарање, колективни уговори, колективни радни спорови.*

I Синдикалне слободе и права као аксиом социјалног дијалога (актуелна питања)

Право на синдикално организовање је основно колективно право запослених. Од тога како функционише остваривање овог права, зависи и остваривање других колективних права и укупног система

индустријских односа (социјални дијалог, колективно преговарање, решавање индустријских конфликата итд.). У нормативној сфери, синдикалне слободе и права су дефинисане, углавном, у духу међународних стандарда. Али, њихова функционална димензија, која се испољава у оквиру и преко деловања синдикалних организација, завређује посебну пажњу. Ова димензија је посебно наглашена у условима транзиције.

У пракси транзиције великог броја земаља, као и наше, дошло је до маргинализације синдикалног деловања и социјалног дијалога. Много разлога је допринело томе. Неки разлози су везани за објективно окружење (настало услед транзиционих промена), а неки за саме синдикате, њихове међусобне односе, организацију, програмска опредељења итд. Сама транзиција, у испољавању своје економске и политичке стране, довела је до последица које битно отежавају рад синдиката. Прво, приватизациони процеси су значајно редуцирали чланство у синдикатима (пракса показује да јачање приватног сектора и раст синдикалног чланства стоје у обрнутој пропорцији). Затим, интензивирање производње, јачање продуктивности по основу подизања техничко-технолошког нивоа рада, резултирало је отпуштањем радника и драстичним растом броја незапослених.[1] Даље, јачање политичког и сидикалног плурализма, што јесте транзициона неминовност у сфери јачања политичке и индустријске демократије, „ненавикнуте“ синдикате том плурализму доводи у нова искушења и проблеме. У контексту реченог, указаћемо на нека актуелна питања синдикалног деловања и социјалног дијалога.

Почећемо са констатацијом да су настајање и развој индустријске демократије историјски нераздвојно повезани са остваривањем и заштитом синдикалних слобода и права и социјалног дијалога. Респектовани и аутономни синдикати су увек били, а и данас у транзицији то јесу, практични захтев индустријске демократије.

Синдикати уносе демократију у индустрију изграђујући себе као демократску организацију радника и као противтежу и партнера наспрам државе, послодаваца и њихових организација. Као главни и легитимни представници интереса радника, они морају остати независни и бити у улози „опозиције“ у индустријским односима. У противном њихова легитимност се гаси. Штавише, за разлику од „опозиције“ у политичком животу, која пре или касније може доћи на власт, синдикат се мора помирити са историјском улогом „вечитог опозиционара“. Синдикат по дефиницији – као струковна, а не политичка организација,

1 Према неким грубим анализама, у Србији има преко милион евидентираних незапослених лица. При том, више од 170.000 радника је изгубило посао услед приватизационих процеса и преструктуирања привреде, а очекује се да још око 200.000 радника остане без посла, услед истих процеса (Документи Савеза самосталних синдиката Србије, Београд, 2007, стр. 4).

се не бори за власт. Ово је аксиом синдикалног деловања. Са овим не треба мешати чињеницу да су могуће извесне програмске подударности појединих политичких партија (нарочито леве оријентације – радничке, социјал-демократске, социјалистичке партије) и синдикалних програма. То може послужити и као основ евентуалне партнерске сарадње или међусобног „лобирања" у политичкој, односно синдикалној сфери деловања. Сем тога, у пракси је тешко избећи да чланови појединих синдиката, као политичка бића, не буду и политички ангажовани у оквиру и преко одређених политичких партија. Коначно, постоје историјске чињенице о успешној „симбиози" синдикалних и политичких програма, а која је истовремено усмерена на остваривање и синдикалних (према послодавцима) и политичких (према власти) циљева (настанак Лабуристичке партије у Великој Британији).[2] Ипак, ове симбиозе су карактеристичне, обично, у фазама настајања појединих синдиката или партија. Пример настајања Лабуристичке партије у Енглеској, као масовне радничке политичке партије, је резултат веома успешног заједничког деловања тадашњих синдиката и тадашње „левице" у односима са послодавцима (капиталистима). Уколико се „синдикално-политичка сарадња" настави, и након оснивања партије или синдиката, онда то функционише по принципу јасне поделе улога. Политичке партије прихватају пуну аутономију синдиката у остваривању њихових програмских циљева. То даје перспективу њиховој партнерској сарадњи. И у нашим условима транзиције и синдикалног плурализма било је примера извесног „зближавања" синдикалних и политичких организација. Али, њихово партнерство тј. улоге нису биле јасно подељене (долазило је до преплитања), збуњивања чланства, те резултати тог зближавања нису тако импозантни, о чему сведоче чињенице о укупном опадању чланства, неразвијеног социјалног дијалога и колективног преговарања, рудименталним формама партиципације запослених у управљању итд.

Постоји и пракса, у земљама са развијеном и стабилном индустријском демократијом, да синдикати, сами по себи, могу имати и извесне

2 Интересантно је указати на околности које су утицале на оснивање Лабуристичке партије. Она је основана на самом почетку XX века. Пре тога, крајем XIX века, у Великој Британији раднички покрет није имао значајнијих успеха у директним штрајкачким акцијама. После једног неуспелог штрајка у железничкој компанији *Taf Vejl*, ова компанија је тужила представнике синдиката (чије је чланство штрајковало), јер синдикатима тада није признавано својство правног лица, а суд их је осудио за накнаду штете. Ова изненађујућа одлука суда убрзала је политичко зближавање синдиката и политичких организација „левице". Резултат тога је оснивање Комитета за радничко представништво 1900. године, чији је задатак био да путем парламентарних избора обезбеди одговарајуће радничко парламентарно представништво. Тај Комитет је 1906. године трансформисан у Лабуристичку партију. Касније, велики број синдиката бива колективно укључен у ову партију.

политичке циљеве и активности. Опет у Енглеској, према Закону о синдикатима и радним односима из 1992. године, синдикати могу имати одређене политичке циљеве, сходно строгим правилима и условима предвиђеним статутом, а који се преиспитују сваке десете године. У ове сврхе они могу оснивати и тзв. политичке фондове за финансирање таквих активности.[3]

Затим, као што је вишепартијски систем, у политичком животу, највиши домет и мерило политичке демократије, тако је и синдикални плурализам иманентан индустријској демократији. Ако су политичка и индустријска демократија неодвојиве стране укупне демократичности друштва, онда и актери ових двеју демократија морају да деле исту судбину политичких и социјалних трансформација друштва (плурализам носилаца политичких, економских и социјалних интереса). Транзиција управо то и захтева. Напослетку, индустријака демократија, по својим аксиолошким вредностима, подразумева синдикални плурализам. Тезе о синдикалном унитаризму или монизму, које се још увек заговарају, супротне су демократским захтевима у погледу конкуренције синдикалних програма, синдикалног деловања и синдикалне репрезентативности.[4] Као против-аргумент овоме често се указује на европски централизам у синдикалном организовању, а што заиста може да учврсти синдикалну монолитност. Међутим, услов за то јесте стабилно друштвено-економско и политичко уређење, те да је синдикат заиста јак, независан и аутономан у односу на власт и послодавце. Са друге стране, постоје и примери успешног синдикалног деловања по принципу синдикалног децентрализма (САД, Јапан), а који је примеренији потреби, ако она постоји, за ослобађањем од притиска синдикалних централа које, мање или више, могу бити „у вези“ са политичким и страначким организацијама.

У нашим условима транзиције данас, синдикални плурализам какав ми имамо, показао је више негативних него позитивних страна. То, на први поглед, чини оправданим тезе о синдикалном монизму. Указаћемо на неке негативне стране.

Почетак транзиционих процеса код нас обележили су почеци политичког плурализма. Као што смо рекли, промене у правцу јачања политичке демократије су незамисливе без промена у правцу јачања индустријске демократије. И одговарајући нормативни оквири за то почињу да се установљавају крајем осамдесетих и почетком деведесетих

3 Gillian S. Morris, Timothy J. Archer, *Collective Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2000, стр. 116, 117.

4 Пракса унитарног синдикализма је показала и своје добре и своје лоше стране, али је запамћена по лошим, и код нас и у свим социјалистичким источноевропским земљама (Solomon M. Schwarz, *Labor in the Soviet Union*, Praeger-New York, 1960, стр. 303).

година прошлог века. Те нормативне оквире означавају амандмани на Устав СФРЈ из 1988. године, Закон о основним правима из радног односа из 1989. године, а на темељу ових аката, затим и прописи који су за свој предмет регулисања имали одређена колективна права запослених (прописи о колективним уговорима, о штрајку и други).

Зачеци политичког плурализма значајно су утицали и на појаву синдикалног плурализма. На синдикалној сцени, поред Савеза самосталних синдиката Србије („стари синдикат"), јављају се „нови синдикати". Почетком деведесетих година формира се Уједињени грански синдикат „Независност", а крајем деведесетих година рађа се још један синдикат – Асоцијација слободних и независних синдиката. Формирано је још доста других мањих синдикалних организација. Основна негативна страна нашег синдикалног плурализма јесте умањење укупне синдикалне моћи и према споља – према послодавцима и држави (маргинализовање социјалног дијалога и колективног преговарања), и према унутра – према сопственом чланству (опадање чланства). Ово због тога јер су различити синдикати различито видели транзициону стварност и улогу синдиката у њој. Неки су више а неки мање се везивали за политичке структуре те стварности, а озбиљне сарадње међу њима самима није било. Једним делом то је и последица дотадашњег синдикалног унитаризма и схватања да синдикат мало тога може да уради сам, без помоћи политичких структура.[5] Синдикати као да нису дорасли транзиционој стварности (уз одсуство правилног разумевања те стварности) и потреби да успешно амортизују социјално незадовољство које неминовно прати власничке и социјално-политичке промене.[6] Кључно питање разумевања стварности, за синдикат као интересну организацију, јесте разумевање интересне позиције у којој се налазе сами синдикати и њихово чланство. Наиме, транзицију карактерише обиље економских, социјалних и политичких интереса (интереси привредних субјеката, државе, политичких странака, синдиката). Интересна спрега, у условима транзиције, између представника власти и представника капитала је доста логична, јер ради се о трансформацији друштвене (радничке) својине у приватну. Изграђују се, уместо друштвено-својинских, правно-својински, капиталистички односи. Држава је та која дефинише, организује и спроводи

5 У предтранзиционом периоду, код нас, синдикати су били и нормативно и практично везани за политичке структуре (партију и државу). Прописима је синдикат био дефинисан као дрштвено-политичка организација, а практично и функционално најтешње повезан са Савезом комуниста Србије.

6 У земљама са развијеним индустријским односима и демократијом синдикати су своју позицију постепено и дуго изграђивали искључиво на партнерској и интересно-економској основи, без идеолошког програмског и практичног усмеравања, и тако изградили улогу аутономног, способног и респектованог актера индустријских односа.

процесе трансформације и изградње наведених односа. У сусрет таквим процесима и односима, по интересној логици, наравно да ће брже ићи и кооперативнији бити власници капитала (послодавци) него радници. Тог „природног савезништва“ власти и капитала синдикати морају бити свесни. Дакле, у условима синдикалног плурализма, „природни савезници“ могу бити само синдикати међусобно, а према власти и послодавцима могу бити само партнери. При том, партнерско поштовање синдиката, од стране државе и послодаваца, је директно пропорционално степену „савезништва“ и јединства међу синдикатима.

Према томе, уколико ранија искуства довољно не опомињу, онда драстично погоршање макроекономских прилика (велика незапосленост, проблеми приватизације, нередовна исплата и пад реалних зарада), просто налажу отворену, или макар прећутну, сарадњу свих синдиката, паралелно и на свим нивоима (од фабричког до националног), уз истовремену изградњу партнерског и јединственог наступа према послодавцима и држави.

Уз поменута актуелна питања међусиндикалних односа и односа синдиката према осталим социјалним партнерима, одавно се постављају и питања тзв.бирократизације синдиката и њиховог (као таквих) места у индустријским односима. Већ смо подвукли два основна постулата синдикалног деловања: (а) синдикати су једини легитимни представници интереса радника; (б) они морају остати независни и у улози опозиције у индустријским односима (организоване опозиције – као највишег домета индустријске демократије). Бирократизација синдиката, по себи, може да угрози оправданост поменутих постулата.

Уопште, бирократизација је процес иманентан савременим друштвима. Део друштва су и синдикати, те бирократизација као општи процес захвата и њих. Под бирократизацијом синдиката може се сматрати опадање демократичности у њиховом раду. То је процес у коме синдикално руководство стиче висок степен самосталности у артикулисању интереса и доношењу одлука, у односу на чланство које представљају. У драстичним случајевима, општи синдикални (раднички) интереси интерпретирају се кроз призму посебних интереса руководећих структура.

Појави бирократизације синдиката погодује и мноштво објективних фактора. Највећи број тих фактори везан је за саму чињеничну подлогу синдикалног деловања. Наиме, чињеница је да се од синдиката захтева да буду велики, јаки и финансијски самостални, а за то су потребни одговарајући кадрови и средства. Што се тиче кадрова, извесно је да образовна структура синдикалног чланства није на завидном нивоу, а што се тиче средстава – чланарина у већини синдикал-

них организација није велики извор (недостатак посла – мала стварана запосленост, нередовне исплате зарада, мале зараде итд.). Наиме, више и високо образованих чланова синдиката је релативно мало, па и на руководећим позицијама. Још увек је раширено схватање да је синдикални рад „другоразредни посао". Према томе, хтели или не синдикати се окрећу професионализацији руководства, тј. „менаџерском" начину руковођења (што посебно важи за највише нивое синдикалног организовања). Овакав начин руковођења, рачуна се, може да обезбеди потребну стручност и знање у препознавању и дефинисању интереса чланства, у комуникацијама са осталим социјалним партнерима, али и одговарајуће финансијске изворе неопходне за функционисање синдиката. Дакле, ова нужност у синдикалном деловању не може бити оспоравана. Али од те нужности до „нелојалне кооперације" са послодавцима или државом постоји само једна препрека која се зове етички однос руководиоца према интересима синдикалног чланства и његова морална чистота. Није реткост да поменуту „нелојалну кооперацију" прижељкују и подржавају (разним привилегијама) и саме послодавачке и политичке структуре, зависно од постојећих економских, социјалних и политичких интереса. Тако синдикати (синдикалне централе) умањују улогу опозиционара.

Наравно, речено се не односи само на више нивое синдикалног организовања. То је проблем синдиката и на нивоу послодавца. Извориште тог проблема, пре свега, јесу финансијски односи између синдикалних представника и послодавца, или боље речено – њихова злоупотреба. То је лако изводљиво, јер финансијска зависност синдиката од послодаваца, на овом нивоу организовања, је максимално изражена. Велики део материјалне основе синдикалног деловања код послодавца обезбеђена је средствима послодавца (просторије, опрема, зарада и друге новчане накнаде синдикалних представника). Поменути проблеми, на овом нивоу синдикалног деловања, имају посебну специфичну тежину, јер преко 90% синдикалног чланства делује на том нивоу.

Наведени проблеми „бирократизације" синдиката и његове „нелојалне кооперације" са послодавцима, најчешће резултирају губљењем чланства и атрибута демократичности, а коју демократичност иначе декларишу као циљ свог постојања.

Сем издвојених актуелних проблема међусиндикалног деловања и односа према послодавцима, а који слабе укупну синдикалну моћ, постоје и проблеми, код појединих синдиката, везани за њихову унутрашњу организацију. То можда принципијелно и није тако важно, јер се може узети као унутрашња ствар одређеног синдиката која, у крајњој линији и путем борбе за репрезентативност на синдикалној сцени, обезбеђује

или гаси активну легитимацију тим синдикатима да представљају интересе запослених. Ипак и та питања имају свог одраза на укупну синдикалну моћ, поготову када се ради о масовним и јаким синдикалним организацијама.

Заправо, најважнија унутрашња питања сваке организације (и политичке и струковне) везују се за њену програмску, статутарну, кадровску и финансијску страну. То је јако широк простор за одговарајуће анализе, у које ми овом приликом не можемо да улазимо, иако и та питања имају изузетан значај за функционисање синдиката и остваривање синдикалних слобода и права запослених. Међутим, то су „вечита" питања струковног организовања радника и нису никаква специфична актуелност транзиционих процеса. Оно што ипак овде треба поменути, јер значајно може да ослаби синдикалну моћ, јесте појава унутрашњег организационог синдикалног цепања. Ово се нарочито односи на нашу најмасовнију, те по томе и најодговорнију синдикалну организацију – Савез самосталних синдиката Србије. [7] Као што је познато, овај синдикат је организован и по територијалном и по гранском принципу. У условима транзиције, приписује се овом Синдикату „изнутра" – да већина наведених проблема синдикалног деловања добија на тежини захваљујући територијалном принципу организовања. Другим речима, општински, градски, покрајински и републички оквири синдикалног организовања омогућују непосреднију имплементацију, у те оквире, утицаја политичких и послодавачких структура, што доприноси настајању наведених проблема („бирократизација" синдиката, „нелојална кооперативност" са другим социјалним партнерима итд.). Примарна замисао коришћења два принципа синдикалног организовања била је да се ојача синдикална ефикасност. Та ефикасност према социјалним партнерима (нарочито према држави) може боље бити остварена преко територијалног принципа, а према сопственом чланству преко гранског принципа (организационо приближивање чланству, јачање синдикалне солидарности итд.).

Међутим, притиснути проблемима које транзициони процеси рађају, синдикално јединство и монолитност почиње да се нарушава управо по гранској линији, са тенденцијом да се поједини грански синдикати (статутарно и финансијски) искључе из оквира матичне организације и постану нови „самостални" синдикати, или прикључе другим синдикалним организацијама. Истина, чињеница је да су грански синдикати, у условима транзиције, показали одговарајућу ефикасност

7 Према подацима Савеза самосталних синдиката Србије, сада је у Србији између 45% и 50% од укупног броја запослених (око два милиона) учлањено у неку синдикалну организацију. У Савез самосталних синдиката Србије учлањено је 50% свих синдикално организованих радника, или око 500.000 радника (Документи XIII конгреса Савеза самосталних синдиката Србије, Београд, 2007, стр. 7).

(нарочито у јавном сектору). Тако, на гранском нивоу имамо ефикасније колективно преговарање, док, на пример, дуго времена (више година) је утрошено на закључивање Општег колективног уговора[8] (што је везано за територијални принцип синдикалног деловања). Али, сматрамо да то не треба користити као разлог за даље синдикално уситњавање. Јер, до истих процеса је долазило и у другим земљама у транзицији, а који се сада у тим земљама оцењују као штетни за синдикални покрет.

II Актуелна питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога

Као и код синдикалних слобода и права, у условима транзиције и кризним условима, и у области колективног преговарања одређена питања добијају на значају, понекад са позитивним а понекад са негативним предзнаком. Ово је чињеница која се не препознаје само данас и у нашим постојећим условима транзиције. То важи и за много развијеније системе колективног преговарања, који у кризним условима мењају своју физиономију. На пример, амерички модел преговарања,[9] у условима просперитета и раста надница, доминантну улогу обезбеђује представницима капитала – послодавцима. То је било типично за време просперитета пре осамдесетих година прошлог века. Почетком осамдесетих година мења се ситуација на светском тржишту. Јапан се упорно пробија као светска економска велесила, која почиње да конкурише америчкој привреди. Томе је претходила и тзв. велика нафтна криза. Све скупа ово у Америци условљава постепено интензивирање процеса рада, уз истовремено ограничавање раста надница. Последица је угрожавање социјалног мира. У таквим условима искусни синдикати, као респектовани фактори индустријских односа, најпре, мењају физиономију колективног преговарања. Они наступају снажно и јединствено, нарочито на гранским нивоима (ванкомпанијско преговарање). То редуцира простор за колективно преговарање на нивоу компаније, где је, по правилу, преговарачка моћ синдиката знатно мања. Затим, обогаћује се предмет колективног преговарања новим питањима, која су до тада сматрана неприкосновеном интересном сфером послодавца (информисање и консултовање запослених о пословним плановима, партиципација у одлучивању као и у профиту итд.). Коначни резултат овога је побољшање положаја запослених. То је пример како кризни услови рађају мотиве и интересе за јачање индустријске демократије.

8 *Службени ɩласник РС*, бр. 50/2008, 104/2008, 8/2009.

9 О томе: Allan Morrison (ed.), *Fundamentals of American Law*, New York, 1996, стр. 552.

Нама за утеху, има и примера када кризни услови воде у супротном правцу. Ти примери се везују за европске (нарочити скандинавске) услове и моделе колективног преговарања.[10] Ове моделе, у условима просперитета, карактерише централизовано преговарање, које ублажава конкуренцију на компанијском нивоу и значајно смањује варијације у положају запослених на том нивоу. То је дух „социјалног капитализма". Међутим, кризни услови доводе до супротних ефеката. Тако, након кризних осамдесетих година (и из истих разлога као и у Америци), јачају процеси децентрализације колективног преговарања. Преговарање се „спушта" са националног и гранског на локални и компанијски ниво. Ово, даље, резултира разликама у примањима и укупном положају запослених, заоштрава се конкуренција међу самим радницима и њиховим послодавцима, редуцирају модалитети партиципације запослених у управљању. Све у свему, слаби позиција и преговарачка моћ запослених, чешће се прибегава штрајковима итд. Дакле, синдикати и колективно преговарање, на тај начин, слабе своју позицију фактора у регулисању индустријских односа. Одличан индикатор тога јесте значајно опадање синдикалног чланства у европским земљама у то време, чије се последице и данас осећају.

Што се тиче Србије у транзицији, а имајући у виду наведене и могуће тенденције у области колективног преговарања у кризним условима, логично је очекивати да смо ближи европским тенденцијама. И заиста, и код нас недовољно су афирмисани најважнији нивои „централизованог" колективног преговарања. Као што рекосмо, дуго нам је требало да се закључи Општи колективни уговор, а на гранском нивоу имамо невелик број закључених колективних уговора. Али, за разлику од наведеног европског искуства, то не доводи до јачања „компанијског" колективног преговарања, или, блаже речено, преговарање на нивоу послодавца не резултира оним бројем и квалитетом колективних уговора који би изашли у сусрет свим упућујућим нормама важећег радног законодавства и задовољили потребе праксе за аутономним регулисањем услова рада. Колективно преговарање на нивоу послодавца често изостаје из три разлога. Прво, непостојање респектованог синдиката. Није редак случај да су синдикат и синдикални активисти превише „кооперативни" са послодавцем и да представљају само „тампон зону", која треба да амортизује притиске и захтеве радника усмерене ка послодавцу. Друго, многи послодавци, објективно, нису у стању да испоштују права запослених која су утврђена законом, а камоли да их даље „обогаћују" по принципу „*favor laborem*" у својим колективним уговорима. Хијерархија колективних уговора утемељена је, управо, на том принципу. Највећи

10 Види: Peter Wahlgren (ed.), *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stocholm, 2002, стр. 116.

обим и квалитет права треба очекивати у колективним уговорима на нивоу послодавца. Зато их послодавци „избегавају“. Треће, сама законска решења (чл. 3. Закона о раду) омогућују послодавцу да „заобиђе“ колективни уговор, односно да га замени својим једностраним општим актом – правилником о раду (о чему ће даље бити више речи).

Најбоља превентива наведених актуелних проблема у области синдикалног деловања, те и колективног преговарања, јесте афирмација социјалног дијалога. Социјални дијалог представља предворје за аутономно креирање радног и социјалног законодавства и укупне социјалне политике и јесте најважнији импулс демократизацији индустријских односа. За то постоје и одговарајуће институционалне форме (социјално-економски савети), али и читаву област колективног преговарања треба схватити као простор за афирмацију социјалног дијалога.

Основни проблеми у вези са социјалним дијалогом тичу се *дебаланса моћи* међу социјалним партнерима и поимања саме улоге и значаја тог дијалога.

Најпре, све оно што је напред речено о синдикалној сцени у Србији и о проблемима у вези колективног преговарања, одраз је, заправо, поменутог дебаланса моћи.

Затим, постоји и проблем приступа социјалном дијалогу. Треба рећи да социјални дијалог даје највеће ефекте управо захваљујући својој ширини, разуђености и демократичности. Он треба да прожима све нивое: од предузећа до националног нивоа. Сем тога, иако се назива „дијалогом“, ова форма демократског деловања укључује све заинтересоване актере у друштву – почев од предузећа и локалних заједница до највишег државног нивоа. Према томе, социјални дијалог има широк демократски садржај, много шири од трипартизма са којим се често поистовећује. Трипартизам је, у ствари, један од метода функционисања социјалног дијалога, а који увек подразумева учешће државе. Али социјалног дијалога може бити и без учешћа државе. Узмимо за пример социјални дијалог код колективног преговарања. Друга је ствар што је у нашој пракси рудименталног социјалног дијалога држава готово незаобилазна, што иницијативе за социјални дијалог по правилу долазе „одозго“ – трипартитни социјални дијалог, итд. То је можда и разлог што се не уочава довољно јасно разлика између социјалног дијалога и трипартизма.

Тзв. трипартитни социјални дијалог је наша пракса и плод дебаланса моћи оних који учествују у том дијалогу. Држава просто не може да одоли искушењу да „подиже“ своје социјалне партнере и даје печат физиономији и демократској структури социјалног дијалога. То је, рецимо, објективна датост.

Али, нашем социјалном дијалогу недостају и неке „субјективне компоненте“. Ту мислимо на изостајање добре воље, поверења и разумевања. Без овога нема успешног социјалног дијалога. И на овом „субјективном плану“ у условима „објективног дебаланса моћи“ најодговорнији за изградњу поверења и разумевања је онај ко је најјачи – држава. Испружена рука сарадње није знак слабости, него добре воље, демократичности и одговорности за судбину промена које су у току у сфери индустријских односа.

III Нека отворена питања колективног преговарања у праву Србије

1. Питање супституције колективног уговора општим актом послодавца

Типично колективно регулисање права и обавеза запослених и послодаваца врши се когентним путем посредством државе (закони) и аутономним путем преко представника запослених (синдикалних и других) и послодаваца уз преговарање и његово ефектуирање у форми колективних уговора о раду.

Закон о раду предвиђа још један могући *резервни* и *атипични* начин аутономног регулисања радних односа. То је једнострано аутономно регулисање путем општег акта послодавца, тј. правилником о раду. Наиме, сходно Закону о раду, ако код послодавца ниједан синдикат не испуњава услове репрезентативности или синдикати нису закључили споразум о удруживању, односно ако учесници у колективном преговарању не постигну сагласност за закључивање колективног уговора, права, обавезе и одговорности уређују се правилником о раду, односно уговором о раду. Називамо га резервним, јер се користи онда када изостане закључивање колективног уговора. Он је атипичан јер не одговара партнерској природи радних односа,[11] односно није у духу аутономног регулисања радних односа као двостранотеретних правних односа. Овај начин регулисања радног односа неадекватно наглашава економску доминацију послодавца дајући му шансу да сам регулише сопствени положај субјекта у радном односу. Сем тога, наведени начин је можда типичан за акте пословођења, али не и регулисања радних односа.

Овим се, заправо, врши супституција колективног уговора општим актом послодавца. Међутим, супституцији овде нема места и није нужна. Супституцији нема места, јер се, по правилу, разноврсни

11 У развијеним тржишним економијама колективни уговори су незамењиви акти правног изражавања и уобличавања интересног тј. „конфликтног“ партнерства. Види: R. Blanpain (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague, 1998, стр. 405 и даље.

акти не могу супституисати. Није ни нужна, јер постоје и друга решења која могу да очувају социјални дијалог и дух колективног преговарања и без репрезентативног синдиката. То су решења која нуди Препорука МОР-а бр. 91 о колективним уговорима (пар. 2). Према овој Препоруци, у наведеној ситуацији, могу преговарати са послодавцем и представници заинтересованих радника, који су правоваљано изабрани (саобразно националним прописима). То је, дакле, само требало изричито предвидети нашим законом. Пошто то није тако учињено, постоји ипак могућност да се екстензивним тумачењем чл. 13 ст. 1 Закона о раду изведе закључак да је допуштена могућност закључивања колективног уговора путем представника запослених. Том одредбом је предвиђено да запослени преко својих представника имају право на учешће у преговорима за закључивање колективних уговора. Питање је само ко се сматра представником запослених, односно да ли се ту мисли на синдикат, односно синдикалне представнике запослених, или се мисли на „радничке представнике" у смислу Препоруке бр. 91, Препоруке бр. 143 о радничким представницима и Конвенције бр. 135 МОР-а о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу, коју смо ратификовали?[12] Према чл. 3 Конвенције термин „раднички представници" означава лица која су призната као таква према националним законима или пракси, без обзира да ли су: (а) синдикални представници, наиме, представници именовани или изабрани од стране синдиката или чланова тих синдиката; или (б) изабрани представници, наиме, представници које су слободно изабрали радници предузећа у складу са одредбама националних закона или прописа и колективних споразума и чије функције не обухватају активности које су признате као искључиви прерогатив синдиката у дотичној земљи.

Дакле, сасвим је јасна разлика између термина „синдикални представник" и „раднички представник". На ту разлику се јасније указује у одредби чл. 5 Конвенције, која говори о међусобним односу ових представника. Наиме, када у истом предузећу постоје и синдикални представници и изабрани раднички представници, где год је то потребно треба предузети одговарајуће мере да се обезбеди да се постојање изабраних представника не користи да се поткопа положај заинтересованих синдиката или њихових представника, као и да се подстакне сарадња по свим релевантним питањима између изабраних представника и заинтересованих синдиката и њихових представника.

Постоји, значи, терминолошка и суштинска разлика између наведених представника запослених, али постоји и њихова *функционална и циљна комплементарност*. Према томе, ако код послодавца није основан синдикат, или ниједан синдикат не испуњава услове репрезентативности, или није закључен споразум о удруживању у потреби

12 Додатак *Сл. л. СФРЈ*, бр. 14/82.

колективног преговарања, у складу са Закона о раду, тада би *радници представници* и послодавац могли преговарати. Истина у Конвенцији бр. 135 није изричито поменута могућност да раднички представници преговарају са послодавцем, али то проистиче из следећих чињеница: (а) чињенице комплементарности функција и циљева синдикалних и радничких представника; и (б) чињенице да се Конвенција бр. 135 у својој преамбули позива и ослања на Конвенцију о праву на организовање и колективно преговарање из 1949, коју смо такође ратификовали,[13] а којом је предвиђено да националним законодавством треба предузимати одговарајуће мере, када је потребно, да се подстакне и унапреди развој и шире коришћење процедуре добровољних преговора путем колективних уговора између послодаваца и запослених. Једна од таквих мера била би, свакако, и могућност закључивања колективних уговора између „радничких представника" и послодаваца.

Друга опција јесте да се на републичком нивоу – Општим колективним уговором ово питање уреди на начин и у духу наведених конвенција и препорука МОР-а. Уосталом, таква могућност је предвиђена и у самим конвенцијама. Посебно у конвенцији бр. 135 (чл. 6) је подвучено да се примена њених одредаба може обезбедити путем националних закона или прописа или колективних споразума или на било који други начин сагласан националној пракси. Значи, могућности примене наведених решења нису „резервисане" само за законску разраду. Штавише, овакав приступ у потпуности одговара захтеву (чл. 8 Закона о раду) да се колективним уговором могу уредити повољнији услова рада од услова утврђених законом (регулисање радних односа колективним уговором је повољнији начин и „услов рада" у односу на њихово регулисање путем општег акта послодавца).

У вези са колективним преговарањем заслужује пажњу још једно питање. То је питање намере или жеље преговарача да преговарају са „добром вером", како би се, по правилу, исходило закључивање колективног уговора. Стандард „добре вере" код колективног преговарања је њему толико иманентан да се преговарање без тога своди на процедуралну формалност. У земљама са развијеном традицијом колективног преговарања постоји обавеза преговарања „са добром вером" (*Good Faith Bargaining*). У духу тога, њихова пословна пракса није наклоњена коришћењу економске моћи и притисака послодаваца у процесима преговарања.[14] Наш Закон о раду дужност преговарања у доброј вољи везује за случај када треба наставити преговоре, пошто учесници колективног уговора не постигну сагласност за закључивање колективног уговора у року од 60 дана од почетка преговора (чл. 3 став 3).

13 *Сл. л. ФНРЈ*, бр. 11/1958.

14 Douglas L. Leslie, *Labor Law – USA*, West Publishing Co. Minesota, 1992, стр. 181.

Коначно, у настојању да се радни односи свакако уређују колективним уговором, чак и у ситуацији када се не постигне сагласност за његово закључивање међу учесницима преговарања, треба користити и метод арбитражног превазилажења таквих ситуација. Штавише, ако се у току преговора не постигне споразум за закључивање колективног уговора, учесници треба да образују арбитражу за решавање спорних питања и то најкасније у року од 45 дана од дана започињања преговора. Дејство одлуке ове интересне арбитраже споразумно утврђују учесници (чл. 254 и 255 Закона о раду).

Као што се види, и сам Закон о раду нуди, уз добру вољу учесника колективног преговарања, одређене оквире у којима се може „инсистирати" на закључивању колективног уговора. То уједно значи и сужавање простора за регулисање радног односа једностраним актом послодавца (ауторитарно регулисање радних односа).

Међутим, уколико је неизбежно регулисање радног односа путем правилника о раду, треба рећи да је и то прихватљивији начин у односу на могућност да радни однос буде регулисан *само* уговором о раду. Сходно Закону о раду (чл. 3 став 2), у ситуацији када изостане колективни уговор, радни односи се уређују правилником о раду, односно уговором о раду. Значи, ако послодавац не „употреби" правилник о раду мораће да „употреби" уговор о раду. Јер, од аутономних аката регулисања радног односа једино је уговор о раду обавезни акт. Али у тој прилици када запослени свој радноправни положај регулишу једино уговорима о раду, тада су минимално заштићени. Заправо, заштићени су на нивоу који пружа закон и њихова сопствена „преговарачка моћ". Ово се нарочито односи на запослене код оног послодавца који није члан удружења послодаваца потписника општег или посебног колективног уговора.

Дакле, у крајњој линији, послодавац може свесно или несвесно у свом предузећу створити такав амбијент да колективно преговарање неутралише и употреби свој правилник о раду, или чак да регулисање радних односа сведе на терен индивидуалног преговарања са запосленима. Али, то не би смело бити нека шира пракса. Уосталом, министар надлежан за послове рада може, ако постоји оправдан интерес, ради остваривања економске и социјалне политике у Републици, да одлучи да се колективни уговор или поједине његове одредбе примењују и на послодавце који нису учествовали у закључивању колективног уговора или нису накнадно приступили (октроисани колективни уговор).[15]

Напослетку, на социјалном дијалогу и колективном преговарању инсистира и европска и међународна пракса. Процеси европских интеграција захтевају и интеграцију принципа преговарања (и то пре

15 Члан 257 Закона о раду.

свега индустријских концерна) комунитарног нивоа у националне оквире регулисања односа и њихово међусобно уједначавање. У ствари, као једна од препрека брже и ефектније хармонизације националних права из ове области са радним правом ЕУ, наводи се управо неуједначеност националних законодавстава по питањима колективних радних права.[16] У том смислу, указује се да је једна од важних перспектива европског радног права, заправо, заједничка стратегија одбране и очувања „социјално-колективног" карактера радног права управо путем промоције и прихватања универзалних принципа колективног преговарања на међународном и националним нивоима.[17]

2. Решавање колективних радних спорова

Решавање спорних питања у току колективног преговарања (интересни колективни радни спорови) мирним путем (мирење, посредовање, арбитража) је део филозофије колективног преговарања. Чак се то може рећи и за штрајк као средство решавања ових спорова путем притиска, јер и у току штрајка обавеза преговарања у потреби решења спора не престаје.

Међутим, према чл. 265 став 3 Закона о раду, учесници у закључивању колективног уговора могу пред надлежним судом да остваре заштиту права утврђених колективним уговором. Ова одредба Закона о раду је „*неуобичајена*" из два разлога. *Прво,* судска заштита је својствена споровима поводом примене, тумачења постојећег права, тј споровима који настају код примене колективних уговора (*правни колективни радни спорови*), а није својствена *интересним споровима* тј. споровима који се јављају приликом закључивања колективних уговора – приликом стварања права (суд не ствара, већ тумачи и примењује право). Судска одлука обавезује стране у спору, што значи да ће судска одлука, која се мора изјаснити и о садржини правне норме која је била спорна, постати саставни део колективног уговора који се закључује. То одудара од правила да садржину колективног уговора одређују споразумно учесници колективног преговарања. *Друго,* сама одредба Закона о раду није довољно јасна, јер говори о судској заштити *права утврђених колективним уговором,* што значи да се овде ипак ради о правном спору. Ако се ради о правном спору, онда се не може говорити о учесницима у закључивању колективном уговору већ о потписницима колективног уговора. Међутим, можда је законодавац овде мислио на спор међу учесницима у закључивању колективног уговора поводом даље

16 О томе: Erika Szyszczak, *EC Labour Law*, Edinburg, 2000, стр. 35.

17 T. Van Peijpe, *Employment Protection under Strain*, Kluwer Law Inernational, The Hague, 1998, стр. 164.

разраде већ стечених права из неког закљученог колективног уговора који обавезује те учеснике. У сваком случају, ову одредбу Закона о раду треба јасније формулисати.

Судско решавање правних колективних радних спорова је примерено природи тих спорова, јер ради се о споровима поводом примене права (спорови у примени колективних уговора). Сам поступак пред судом води се по општим правилима парничког поступка.

Пракса показује да се и штрајк користи као средство за решавање правних колективних радних спорова. То, међутим, није примерено нити штрајку као методу притиска у решавању спорова, нити карактеру правних колективних радних спорова. Као што интересни колективни радни спорови нису подобни за судско решавање, тако ни правни колективни радни спорови нису подобни као разлог за штрајк. Наиме, правни колективни радни спор настаје у вези тумачења права, те је непримерено вршити притисак на послодавца да прихвати тумачење права штрајкача. Ту врсту „притиска" може вршити само надлежни суд путем правоснажне одлуке (суд је надлежан за обавезујућа тумачења права).

***Predrag* JOVANOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

OPEN-ENDED ISSUES IN LAW AND PRACTICE OF COLLECTIVE BARGAINING AND SOCIAL DIALOGUE

Summary

Freedoms and rights of trade unions are an axiom of social dialogue and collective bargaining. In the conditions of transition there are many limiting factors (objective and subjective) of trade unions associating and employees operating. This in turn weakens the overall power of trade unions and reduces significantly the frameworks of appropriate functioning of social dialogue and collective bargaining. According to the author, this paper points out some of the most important, open-ended and current issues of the operating of trade unions in Serbia, collective bargaining and settling collective labour disputes.

Key words: *freedoms and rights of trade unions, trade unions, social dialogue, collective bargaining, collective agreement, collective labour disputes.*

мр *Љубинка* КОВАЧЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ГРАНИЦЕ УТВРЂИВАЊА ПОСЕБНИХ УСЛОВА ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА*

Резиме

Слобода уговарања, слобода предузетништва и чињеница да се уговор о раду закључује intuitu personae имају за последицу широка овлашћења послодаваца приликом запошљавања нових радника. Премда широка, ова овлашћења нису апсолутна, већ послодавца у избору кандидата за запослење ограничавају императивне норме о општим условима за заснивање радног односа, евентуални приоритети у запошљавању, начело једнакости и забране дискриминације, као и гаранције права и основних слобода лица која траже запослење. Ово питање суштински је повезано са питањем утврђивања посебних услова за заснивање радног односа, због чега је у раду анализирано питање (не)допуштености утврђивања одређених посебних услова за заснивање радног односа у домаћем, упоредном и међународном праву. У првом делу рада, утврђивање посебних услова за заснивање радног односа размотрено је у контексту напетости која постоји између слободе предузетништва, са једне стране, и права на рад и слободе рада, са друге стране, да би у оквиру другог дела рада било посебно размотрено омеђивање одговарајућих послодавчевих овлашћења начелом једнакости и забране дискриминације. У посебном делу рада, анализирана је заштита права на поштовање приватног живота тражилаца запослења, уз указивање на неке прак-

* Рад је написан као резултат учешћа у пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

тичне проблеме који настају у вези са садржином одређених посебних услова за заснивање радног односа и провером њихове испуњености.

Кључне речи: *запошљавање, управљачка и нормативна овлашћења послодавца, забрана дискриминације, поштовање приватног живота.*

I Утврђивање посебних услова за заснивање радног односа и напетост између слободе предузетништва и права на рад

Радни однос почива на сагласности воља послодавца и изабраног кандидата, добровољно израженој у поступку запошљавања. Поред послодавца, у поступку запошљавања могу учествовати само лица која испуњавају опште услове за заснивање радног односа, што је разлог да се *услови за заснивање радног односа*, у литератури, неретко, анализирају у контексту тзв. *граница тржишта рада*.[1] То значи да је, поред територијалних граница, тржиште рада ограничено и *ratione personae*, тако да у њему могу учествовати само лица која испуњавају услове које законодавац апстрактно утврђује као апсолутни захтев који мора бити испуњен на страни кандидата за запослење, независно од послова за које се заснива радни однос. У домаћем праву, *општи услов за заснивање радног односа* чини навршених 15 година живота, а исти услов познаје и упоредно право, будући да је, захваљујући борби за укидање дечјег рада, признавању права на образовање и развоју образовања, број година за које се претпоставља да доносе зрелост за рад постепено померан навише – до узраста у којем се завршава обавезно образовање, а најмање до навршених 15 година живота. Поред овог ограничења, савремени законодавци, изузетно, ограничавају запошљавање и неких других категорија лица, као што је то, примера ради, случај са запошљавањем странаца, од којих се захтевају дозвола за стално настањење или привремени боравак на територији одређене државе и радна дозвола, због потребе контроле приступа радника миграната домаћем тржишту рада. Запошљавање странаца може бити ограничено и квотама (нпр. због високе стопе незапослености у држави пријема), али, може бити и забрањено у погледу послова који укључују посредно учешће у вршењу државне власти или доприносе заштити јавног интереса.[2] У последњем случају, држављанство друге државе

1 Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21e édition, Dalloz, Paris, 2002, стр. 148–149.

2 Проблем утврђивања послова за чије је обављање оправдано захтевати домаће држављанство посебно је значајан на нивоу Европске уније (ЕУ), где се разматра

представља сметњу, а домаће држављанство – услов који кандидат за запослење мора испунити да би могао да обавља одређене послове у посебном режиму радних односа. Будући да се одређује зависно од послова за које се заснива радни однос, тај услов се квалификује као посебан услов за заснивање радног односа. Поред домаћег држављанства, таква квалификација долази у обзир и у погледу врсте и степена стручне спреме, положеног стручног испита, практичних, психофизичких и других личних способности и својстава, која се не одређују апстрактно, већ за конкретне послове. Све су то, дакле, *посебни услови за заснивање радног односа*, које одређује послодавац, аутономним актом о организацији и систематизацији послова, а, за одређене послове – и законодавац, матичним или посебним законима који уређују област радних односа. Истовремено, ваља имати у виду да услови за заснивање радног односа могу бити одређени и негативно, када одређено својство или околност, сами по себи, чине недопуштеним заснивање радног односа за одређене послове. Тада говоримо о *сметњама за заснивање радног односа*, које се редовно одређују законом (нпр. осуђиваност за одређено кривично дело или на одређену врсту казне).[3]

Поред императивних законских норми о општим условима за заснивање радног односа, слобода избора кандидата за запослење може бити ограничена и законским нормама о приоритетима у запошљавању (нпр. у корист лица са инвалидитетом и чланова породица погинулих

као допуштени изузетак од забране дискриминације држављана других држава чланица ЕУ. Тако у законодавству неких држава чланица ЕУ, допуштеност овог услова за заснивање радног односа (а, исто важи и за избор на јавну функцију) зависи од врсте (и природе) одређеног посла или функције (*функционална концепција*), док се у другим државама његова допуштеност цени зависно од органа државне управе или установе јавне службе у којој одређени државни службеник ради (*орīанска /инсīиīуционална/ концепција*). Тако је Комисија ЕУ утврдила да домаће држављанство може представљати услов за заснивање радног односа у војсци, полицији, правосуђу, пореској управи и управи царина, као и у органима задуженим за припрему и контролу примене правних аката, за разлику од послова у здравству, образовању и научноистраживачкој делатности (осим када је реч о војним истраживањима), где утврђивање овог услова није допуштено. Више о овом питању види у: Gillian Morris, Sandra Fredman, Jon Hayest, „Free Movement and the Public Sector", *Industrial Law Journal*, бр. 1/1990; стр. 20–28; Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EC Law: Texts, Cases and Materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996, стр. 673–681.

3 За разлику од свих других негативних посебних услова који се одређују релативно, један негативан услов за заснивање радног односа одређен је апсолутно. Реч је о истовременом постојању другог радног односа са пуним радним временом, који се, будући да апсолутно искључује могућност заснивања радног односа, може квалификовати као општи услов за заснивање радног односа, као што, с правом, предлаже Тинтић. Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo, Knjiga I: Radni odnosi*, Zagreb, 1969, стр. 122 и 125–127.

ратника),[4] али и аутономним изворима права који, у складу са начелом сениоритета, признају запосленима са дужим радним стажом код истог послодавца предност приликом попуњавања нових радних места и напредовања. Послодавца у избору кандидата за запослење ограничавају и забрана дискриминације и гарантија права на поштовање приватног живота, што једнако важи и за претходно утврђивање посебних услова за заснивање радног односа.

Посматран из угла послодавца, поступак запошљавања има за циљ избор и ангажовање кандидата за које се може очекивати да ће на најбољи начин обављати понуђене послове и доприносити стварању добити, тј. да ће се њихово запошљавање највише исплатити послодавцу, не оптерећујући га високим (директним и индиректним) трошковима. Гарантије слободе предузетништва и слободе уговорања, и из њих произашла управљачка и нормативна овлашћења послодавца, те његова одговорност за добро функционисање предузећа, обезбеђују послодавцу широку слободу избора сарадника. Екстензивна овлашћења за избор кандидата за запослење произлазе и из чињенице да се уговор чијим се закључењем заснива радни однос (у општем режиму радних односа) убраја међу уговоре који се закључују с обзиром на одређено својство (својства) будућег радника. То су све разлози због којих је послодавцу поверен читав низ овлашћења која треба да му омогуће да на најбољи начин оцени (предвиди) могућности кандидата за успешно извршавање престације рада, од уређивања поступка избора кандидата до утврђивања посебних услова за заснивање радног односа. У том смислу, поједини аутори закључују да је оцена својстава неопходних за обављање понуђеног посла у искључивој надлежности послодавца, осим када је реч о својствима чије је захтевање и разматрање изричито забрањено.[5]

Када је, међутим, реч о тражиоцима запослења, они у поступку запошљавања остварују основно право сваког човека да зарађује за живот на основу слободно изабраног запослења. Отуда, утврђивање посебних услова за заснивање радног односа значајно утиче на могућност остваривања *ūрава на рад*. На то упозоравају писци класичног домаћег уџбеника за Радно право, када пишу да ће „од тога какви ће услови бити постављени, да ли су ти услови по свом броју, садржини и опсегу мањи односно блажи и шири или већи, сложенији и ограниченији – зависити и то како ће и колики ће круг грађана моћи да оствари своје уставом зајемчено право на рад“.[6] С тим у вези, приметимо да

4 Види: *infra*, део о позитивној дискриминацији.

5 Cédric Jacquelet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, стр. 59.

6 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радноī ūрава Јуīославије и основни ūроблеми социолоīије рада*, треће издање, Савремена администрација, Београд, 1971, стр. 182.

се, будући да заснивање радног односа зависи од испуњености услова које утврђује послодавац, као и од његовог избора кандидата, у односу између послодавца и кандидата за запослење могу наслутити обриси односа надређености и подређености (који је битан елемент радног односа /и уговора о раду/), иако међу њима још увек није успостављен уговорни однос.[7] Такав однос између послодавца и тражиоца запослења представља додатан разлог за заштиту слабије стране у овом односу и постављање граница, иначе широким, овлашћењима послодавца у поступку запошљавања.

II Примена начела једнакости и забране дискриминације у поступку запошљавања

Посебни услови за заснивање радног односа морају бити унапред утврђени, обавезујући послодавца да их поштује приликом оглашавања слободних радних места и запошљавања нових радника, чиме се доприноси доступности послова свим потенцијалним кандидатима под једнаким условима. У том смислу се, као прво ограничење у утврђивању посебних услова за заснивање радног односа, може уочити начело једнакости и забране дискриминације,[8] што потврђују и међународни радни стандарди, посебно Конвенција Међународне организације рада бр. 111[9] и Директива Савета 2000/78/ЕЗ.[10]

Примена начела једнакости не искључује свакоављење разлике између кандидата за запослење. Свако другачије решење довело би у питање једну од битних карактеристика уговора о раду – чињеницу да се он закључује *intuitu personae*, тј. чињеницу да личност кандидата за запослење има суштински значај за закључење уговора. Ово, тим пре, што обавеза личног извршавања престације рада чини битан елемент радног односа (и уговора о раду). Отуда, сазнање да запослени не поседује својство (својства) која су приликом закључивања уговора о раду представљала довољно значајан критеријум да се радни

7 Слично и Олга Поповић, „Правни проблеми приликом заснивања радног односа лица заражених HIV-вирусом“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4/1993, стр. 351.

8 Више о радноправном значају ових начела види у нашем раду: *Једнакост и забрана дискриминације у радном праву* у: Дренка Вуковић, Михаил Арандаренко (ур.), „Тржиште рада и политика запослености“, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 173–194.

9 Ратификациони акт је објављен у *Службеном листу ФНРЈ*, бр. 3/1961.

10 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (*Official Journal L 303*, 2.12.2000, стр. 16–22).

однос заснује баш са тим лицем може имати за последицу престанак радног односа. Ово обележје уговора о раду не значи, међутим, и послодавчево право да приликом одлучивања о заснивању радног односа – а по заснивању радног односа, и приликом одлучивања о правима и обавезама запосленог – доноси одговарајуће одлуке с обзиром на она својства кандидата и запослених која, иначе, представљају основ дискриминације.

Послодавац је, дакле, дужан да поштује лично достојанство кандидата за запослење, и да према њима поступа с обзиром на њихове радне и друге способности, а не на основу стереотипа и предрасуда које се везују за одређена својства (нпр. стереотипи о запошљавању жена, који, између осталог, подразумевају бојазан послодаваца да ће раднице имати чешће прекиде у каријери, да ће због породичних обавеза теже пристајати на неке видове флексибилне организације радног времена или да ће чешће одсуствовати са рада због трудноће, порођаја, дојења и бриге о члановима породице). То, даље, значи да се од послодавца очекује да, поступајући у доброј вери, бира кандидате на основу оних способности, вештина и умећа која су значајна за успешно обављање послова за које се заснива радни однос. Послодавац, дакле, може да прави разлику, али не сме да дискриминише лица која траже запослење.[11]

Основни облик дискриминације у запошљавању представља *непосредна дискриминација*, која постоји онда када се тражилац запослења доводи у неповољнији положај у односу на друга лица која се налазе у истој или сличној ситуацији, и то због својстава која чине недопуштени основ разликовања. У том смислу се, у литератури, идентификују два битна елемента непосредне дискриминације: а) прављење разлике према ванпрофесионалним основима (објективни елемент); б) намера да се нашкоди једнакости на раду (субјективни елемент).[12] Субјективни елемент, при том, представља посебно осетљив аспект дискриминације, нарочито када је реч о поступку доказивања дискриминаторског понашања, што је потврдила и судска пракса Суда правде Европске уније, заузевши став да намера послодавца да дискриминише одређено лице не представља неопходан услов за постојање овог облика дискриминације.[13] Премда је, на тај начин, у извесној мери, замућена разлика између непосредне и посредне дискриминације, могуће је констатовати

11 Marie-Thérèse Lanquetin, „Le principe de non-discrimination", *Droit ouvrier*, 2001, стр. 187. Нав. према: Patrice Adam, *L'individualisation du droit du travail: Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J., Paris, 2005, стр. 221.

12 Бранко Лубарда, „Закон о раду и европски радни стандарди", *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2006, стр. 170.

13 Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour Law*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2005, стр. 585.

да непосредну дискриминацију, суштински, одређује узрочна веза између неповољног поступања према одређеном лицу и неког недопуштеног основа разликовања лица која траже запослење, а не намера да се неко лице доведе у неповољнији положај. Стога би ваљало тражити друге критеријуме за разликовање непосредне и посредне дискриминације у запошљавању. Један од њих, свакако, представља сличност ситуација у којима се налазе тражиоци запослења, што значи да непосредна дискриминација укључује различито поступање према тражиоцима запослења у сличним ситуацијама, тј. у случајевима у којима одређена лица имају исте способности или исте квалификације као и остали кандидати за запослење.[14] Овај облик дискриминације ређе се среће у законодавству, а подразумева утврђивање одређеног пола, брачног статуса, старости, вероисповести, политичког уверења и других својстава која чине основ дискриминације за посебне услове за заснивање радног односа.

Са друге стране, *посредну дискриминацију* успостављају одредбе, које иако постављају исте захтеве за све, када се примене, доводе у неповољнији положај једну групу тражилаца запослења у односу на остала лица. Ово стога што је диспозиција одговарајућих норми само привидно неутрална, будући да се њима (као посебан услов за заснивање радног односа) утврђује захтев који лица са одређеним својством нису у стању да испуне или им је, у поређењу са другим кандидатима за запослење, теже да их испуне. Посредна дискриминација, дакле, подразумева да се према лицима која се налазе у различитој ситуацији поступа као да тих разлика нема. Тако би, примера ради, овај облик дискриминације постојао ако би као посебан услов за заснивање радног односа био утврђен захтев да је одређена врста стручне спреме стечена у држави послодавчевог седишта. Иако би важио за све тражиоце запослења, овај посебан услов је само наизглед неутралан. Ово стога што доводи у неповољнији положај странце, јер већина њих не би била у могућности да га испуни или би им било теже да то учине

14 Приметимо да омеђивање послодавчевих овлашћења забраном дискриминације подразумева и забрану оглашавања слободних радних места путем огласа дискриминаторске садржине. Та забрана, међутим, отвара питање заштите жртве дискриминације, тј. питање активне легитимације за подношење тужбе за накнаду штете због дискриминације, будући да оглас не представља понуду за закључење уговора о раду, већ позив упућен неодређеном броју лица да се учини понуда. У том смислу се као посебно занимљив за анализу појављује став Суда правде ЕУ да послодавац повређује начело забране дискриминације не само онда када одлучи да не запосли одређено лице због неког својства које, иначе, представља недопуштени основ разликовања кандидата, већ и онда када се јавно изјашњава да не жели да запошљава кандидате са тим својством. Види: Одлука у случају C-54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* v. *Firma Feryn NV*) од 10. јула 2008. године, објављена у *European Court Reports*, 2008, стр. I-05187.

у поређењу са домаћим држављанима (посредна дискриминација на основу држављанства).

1. Изузеци од забране дискриминације у избору кандидата за запослење

а) Допуштено разликовање кандидата због професионалних разлога (изузетак од забране непосредне дискриминације)

Упркос забрани дискриминације канидата за запослење, у изузетним случајевима, постоји потреба да се према овим лицима различито поступа, управо, на основу својстава која представљају основ дискриминације. Ти изузеци се, најопштије посматрано, односе на ситуације у којима би забрана различитог поступања могла да компромитује или доведе у питање обављање конкретних послова. Тада одређена својства, иако, иначе, чине основ дискриминације, представљају прави, одлучујући услов за успешно обављање посла (енгл. *genuine occupational qualification*), због чега могу бити утврђена као посебан услов за заснивање радног односа. Де Вос (*Marc De Vos*), с правом, закључује да утврђивање ових услова има за циљ „решавање појединачних случајева чисто професионалне нужности, чиме се успоставља равнотежа између редовно потребне неутралности и неопходности да се задрже услови који нису неутрални, али су у одређеном случају оправдани".[15] Тако, примера ради, женски пол може бити одређен као посебан услов за заснивање радног односа са уметницима у позоришту (посао глумице, балерине, оперске певачице), као и са манекенима задуженим за представљање женске одеће, или са женским моделима, будући да то оправдавају професионални разлози, конкретно *разлози аутентичности*.[16] Овај пол може бити утврђен као посебан услов за заснивање радног односа и из *разлога пристојности*, као што је то случај код послова који укључују физичке контакте са женама.[17] Са друге стране, мушки пол

15 Marc De Vos, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Luxembourg, 2007, стр. 34.

16 Француски Законик о раду *explicite* допушта наведене изузетке (*Code du travail*, члан R.1142-1, нав. према тексту доступном на интернет адреси *http://www.legifrance.gouv.fr*, приступ од 7. априла 2010. године).

17 Друштвена очекивања која се тичу пристојности и приватности, тако, оправдавају искључиво запошљавање жена за обављање послова бабице, што је потврдио и Суд правде ЕУ, оценивши да енглески правни прописи који мушкарцима ограничавају приступ занимању бабице нису супротни комунитарноправним стандардима о забрани дискриминације [пресуда у случају C-165/82 (*Commission* v. *UK*), *European Court Reports*, 1983, 3431]. Енглески Апелациони суд за радне спорове је, слично, утврдио да нема повреде забране дискриминације ни ако је женски пол утврђен као посебан услов за заснивање радног односа за посао менаџера у велнес цен-

може бити утврђен као услов за заснивање радног односа онда када то захтева природа установе у којој се послови обављају, као што је то случај са мушким затвором или установама у којима су смештена лица која захтевају специјалну негу или надзор, ако су та лица искључиво мушког пола.[18] Са друге стране, здравствени и безбедносни разлози оправдавају одређивање доње (посебна заштита малолетних радника) или горње (код послова са повећаним ризиком) старосне границе за рад на одређеним пословима, а да то не представља дискриминацију на основу старости. Забрану непосредне дискриминације, изузетно, не повређује ни утврђивање одређене вероисповести за посебан услов за заснивање радног односа за радно место учитеља у верским школама,[19] баш као што постоје послови код којих разлог аутентичности, изузетно,

тру за жене, будући да тај посао, између осталог, претпоставља обавезу запосленог да потенцијалним клијентима показује све просторије центра, укључујући свлачионице, сауне и соларијуме (*Lasertop Ltd* v *Webster* /1997/, *Industrial Relations Law Reports*, 498, нав. према: Malcom Sargeant, David Lewis, *Employment Law*, Third Edition, Pearson Education, Harlow, 2006, стр. 203).

18 Поред наведених случајева, енглески законодавац предвиђа да мушки пол може бити одређен као посебан услов за заснивање радног односа, између осталог, и: а) ако се од запосленог очекује да ради или живи у кући послодавца или послодавчевог клијента, што укључује и интензивне физичке или друштвене контакте са одређеним лицима и приступ интимним детаљима из њиховог живота; б) ако, због природе установе у којој запослени ради или због њене локације, није практично да запослени живи ван просторија послодавца, а послодавац није обезбедио одвојене спаваонице или санитарне просторије за мушкарце и жене, нити је разумно очекивати то од њега; в) ако посао подразумева да се неки радни задаци обављају у држави у којој жене не би биле у стању да их успешно изврше. Закон о дискриминацији на основу пола од 1975. године (*Sex Discrimination Act*), члан 7, став 2, нав. према тексту доступном на адреси *http://www.statutelaw.gov.uk*, приступ од 7. априла 2010. године.

19 Овај изузетак произлази из Директиве Савета 2000/78/ЕЗ (члан 4, став 2), која у одређеним ситуацијама допушта различито поступање према тражиоцима запослења с обзиром на њихову вероисповест, а због тога што се послодавчев систем вредности заснива на одређеној религији. С тим у вези, поставља се питање да ли забрана непосредне дискриминације на основу вероисповести може бити дерогирана и у погледу запошљавања у верским добротворним организацијама, фондовима, фондацијама или болницама у којима се од будућих запослених очекује да деле одређено верско уверење и одговарајући систем вредности. На ово питање требало би одговорити потврдно, што значи да одређена вероисповест може бити утврђена као посебан услов за заснивање радног односа у одговарајућим установама. Интересантно је уочити да се у праву неких држава (Данска, Шпанија), у овим случајевима, прави разлика између „религиозних“ („идеолошких“) и „неутралних“ послова, и то на начин да запослени који обављају „неутралне“ послове нису дужни да деле одређено уверење (нпр. радник на одржавању чистоће у хришћанској хуманитарној организацији). Идеја о разликовању „религиозних“ и „неутралних“ послова афирмисана је и у препоруци енглеске Владе, у којој се, примера ради, наводи да хришћански старачки дом приликом запошљавања извршног директора може да захтева од кандидата да буду одговарајуће вероисповести, за разлику од

може да оправдава запошљавање представника одређене расе.[20] Ако би требало да уочимо оно што је заједничко свим овим примерима, то би, свакако, морало бити постојање оправданог разлога да се одступи од забране дискриминације, а, затим, и потреба да се ова могућност уско тумачи, будући да се тиче одступања од строге забране дискриминације (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). Истовремено, ваља имати у виду да је, поред области запошљавања, разликовање у односу на одређени посао, изузетно, допуштено и у погледу запослених лица, дакле, и након што дође до заснивања радног односа, нпр. приликом одлучивања о напредовању у каријери или приликом распоређивања запосленог на друго радно место.

б) Позитивна дискриминација (квоте за запошљавање)

И поред потврде начела (формалне) једнакости, одређене друштвене групе традиционално су суочене са неповољним третманом на тржишту рада. То је разлог што држава мора да интервенише, обезбеђујући посебну заштиту, помоћ или неки други вид повлашћеног поступања према лицима која су, због одређеног својства, стављена у неповољан положај или на било који начин сносе последице (претходне или актуелне) дискриминације према групи којој припадају. Реч је, дакле, о мерама позитивне дискриминације, у које се убраја и утврђивање *квота за запошљавање* одређених категорија лица. Ова мера позитивне дискриминације подразумева законску обавезу послодаваца да, под претњом плаћања пенала, заснују радни однос са одређеним бројем лица из те категорије. Историјски посматрано, прве квоте за запошљавање биле су установљене у корист ратних војних инвалида, непосредно након Првог светског рата (у Немачкој, Аустрији, Италији, Пољској и Француској), у складу са идејом, коју је у нашој теорији заступао Ђорђе Тасић, да је држава дужна да обештети лица која подносе нарочиту жртву које су други чланови друштва поштеђени.[21] Након Другог свет-

запошљавања за посао продавца у богословској књижари, када би се такав захтев сматрао недопуштеним. M. Sargeant, D. Lewis, *op. cit*., стр. 241.

20 У смислу одредби енглеског Закона о расним односима од 1976. године, разлози аутентичности оправдавају запошљавање припадника одређене расе ако је то потребно због драмске улоге, учешћа у забавном програму, уметничког фотографисања или рада у ресторанима националне кухиње. Овим случајевима законодавац додаје и послове пружања услуга социјалне заштите припадницима одређене расе, ако се може очекивати да ће лице исте расе најуспешније обављати те послове (*Race Relations Act*, члан 5, став 2, нав. према тексту доступном на адреси *http://www.statutelaw.gov.uk*, приступ од 7. априла 2010. године).

21 Види: Ђорђе Тасић, *Одговорност државе: по принципу једнакости терета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996.

ског рата, квотни систем бива проширен и на друге категорије лица са инвалидитетом, када га већи број европских држава прихвата као једну од најважнијих мера за запошљавање лица са инвалидитетом. Постоје, међутим, и државе у којима овај систем никада није заживео (Данска, Финска, Шведска, Португал) или је, због скромних резултата, напуштен у корист законодавства о забрани дискриминације.[22]

Негативно искуство у примени квотног система европске државе деле и у погледу квота за запошљавање жена, за које се везују и познате пресуде Суда правде ЕУ у случајевима Каланке (*Kalanke*) и Бадек (*Badeck*). У првом случају, Суд се одлучио за рестриктивно тумачење правила о позитивној дискриминацији (тим пре што је реч о изузетку од начела једнакости), утврдивши да су недопуштене мере позитивне дискриминације које подразумевају да се у случају слабије заступљености жена у одређеним радним срединама предност у запошљавању и напредовању *аутоматски и безусловно* даје женама у односу на мушкарце са истим радним способностима.[23] Таква мера, по оцени Суда, превазилази иначе допуштене мере које имају за циљ унапређивање једнаких могућности, јер се, у овом случају, тај циљ замењује резултатом (једнака заступљеност) који треба да произађе из обезбеђивања једнаких могућности за мушкарце и жене.[24] Овај став је касније изнијансиран, и донекле напуштен у корист става о *условној природи мера позитивне дискриминације*. Потоњи став, наиме, подразумева да квоте за запошљавање могу бити примењене у радним срединама у којима су жене слабије заступљене од мушкараца под двојаким условима: а) ако кандидати женског пола имају исте радне способности као и кандидати мушког пола; б) ако послодавац врши објективну процену радних способности кандидата, која му омогућава да узме у обзир и специфичне личне прилике сваког од њих.[25] Приметимо да други услов, заправо, претпоставља клаузулу поштеде (енгл. *saving clause*, *hardship clause*), која допушта да се у поступку избора кандидата за запослење одступи од повлашћеног поступања према женама ако за то постоје разлози веће „правне тежине", тј. разлози чија је „тежина" већа од „те-

22 Ова мера позитивне дискриминације уведена је у домаћи систем запошљавања, па ће сви послодавци са најмање 20 запослених, од 23. маја 2010. године, под претњом плаћања пенала, имати обавезу да, заснују радни однос са одређеним бројем лицā са инвалидитетом [чл. 24 и 29 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник РС", бр. 36/09)].

23 Пресуда у случају C-450/93 (*Eckhard Kalanke* v. *Freie Hansestadt Bremen*) од 17. октобра 1995. године, *European Court Reports*, 1995, стр. I-03051.

24 *Ibid*., ст. 22 и 23.

25 Пресуда у случају C-158/97 (*Badeck* v. *Landesanwalt beim Sttatsgerichtshof des Landes Hessen*), *European Court Reports*, 1999, стр. I-1875, став 23.

жине" разлога који оправдавају повлашћено поступање према женама. То би, примера ради, био случај са чињеницом да је кандидат мушког пола ратни ветеран или лице са инвалидитетом, што су разлози који говоре у прилог запошљавања кандидата мушког пола, иако кандидат женског пола има једнаке радне способности.

III Право на поштовање приватног живота и његова посредна заштита кроз забрану дискриминације лица која траже запослење

Значајне границе у утврђивању посебних услова за заснивање радног односа успоставља гарантија права на поштовање приватног живота. При том ваља имати у виду да међу ауторима не постоји сагласност о значењу појма „приватни живот", а могући приступ у дефинисању овог појма претпоставља његово супротстављање појму „професионални живот", на начин да је подручје послодавчеве власти, у начелу, ограничено само на професионални живот запосленог, који дефинишу место рада и радно време. Истовремено, ваља уочити да постоје сегменти приватног живота у којима послодавац никако не може вршити своја овлашћења („чврсто језгро приватног живота запосленог"),[26] за разлику од других сегмената приватног живота у којима није искључена свака могућност интервенције (у смислу вршења управљачких, нормативних и дисциплинских овлашћења).[27] Ово правило, *mutatis mutandis*, вреди и за поступак запошљавања, нарочито, за утврђивање посебних услова за заснивање радног односа. У том смислу, могуће је запитати се да ли одређена околност из приватног живота кандидата за запослење, изузетно, може бити утврђена као (позитиван) посебан услов, односно као сметња за заснивање радног односа?

Одговор на ово питање, најпре, претпоставља сагледавање чињеница и радњи које се могу квалификовати као саставни део приватног живота кандидата за запослење. Премда је састављање неког исцрпног списка ових елемената, готово, немогуће, као примере који су у

26 Chantal Mathieu-Geniaut, „L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question", *Droit social*, бр. 9–10/2006, стр. 850.

27 Ово разликовање више различитих аспеката приватног живота својствено је већем броју аутора, при чему се као критеријум разликовања појављује степен заштите, односно степен неповредивости одређеног сегмента приватног живота. Поред теорије, разликовање више (различито заштићених) сфера приватног живота познаје и судска пракса неких држава, што, међутим, није случај и са њиховим законодавцима. Види: Владимир В. Водинелић, одредница *Појединa лична ӣрава* у: Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић (ур.), *Енциклойедија имовинскоī ӣрава и ӣрава удруженоī рада*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 918.

радном праву неспорно квалификовани као такви, могу се навести сентиментални живот, брачно стање, сродство и здравствено стање кандидата за запослење. Тако послодавац, у складу са одредбама Закона о раду, не може да захтева од кандидата за запослење податке о породичном и брачном статусу и планирању породице, нити би од ових лица смео да тражи да достављају исправе и друге доказе који нису од непосредног значаја за обављање послова за које је расписан оглас или конкурс, укључујући ту и тест трудноће.[28] Овим елементима приватног живота ваља додати и друга својства која представљају недопуштени основ дискриминације и која, због тога, не могу представљати критеријум за искључивање, ограничавање или давање предности у запошљавању.

То, даље, значи да законска забрана дискриминације, премда јој то није искључиви циљ, доприноси заштити права на поштовање приватног живота тражилаца запослења на начин да забрањује да се елементи који чине његову садржину (нпр. брачни[29] и породични статус[30]

---

28 Забрана условљавања заснивања радног односа тестом трудноће може бити дерогирана ако кандидат конкурише за посао на којем постоји знатан ризик за здравље жене и детета, због изложености запослених хемијским, биолошким или физичким (зрачење) агенсима, стресу и ризичним ситуацијама које штетно утичу на репродуктивно здравље. Види: члан 26 ст. 2 и 3 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/2009).

29 Први пример судске заштите приватног живота запослених у Француској везују се за брачно стање запосленог, и чувени случај Барбије-Домерг (*Anne-Marie Barbier-Domergue*) против Ер Франса (*Cie Nationale Air France*). Овај случај покренула је стјуардеса која је добила отказ зато што се удала, будући да је послодавчевим аутономним актима било утврђено да кандидаткиње за посао стјуардесе треба да буду „неудате, удовице или разведене жене", односно да удаја представља оправдани отказни разлог (прећутно прихватање клаузуле о неступању у брак /*clause de non convol*/). Другостепени суд је, с правом, утврдио да је овај отказ незаконит и огласио ништавим одговарајуће одредбе послодавчевог правилника, потврдивши да су њима повређени јавни поредак и морал, као и гарантије неотуђивог права сваког човека на брак и поштовање људске личности и достојанства: „...једини разлог што клаузула о безбрачности стварно може задржати пажњу лежи у чињеници да удата жена може остати у другом стању, што, због њеног здравља и посла који обавља [...] има за последицу неспособност за лет; ризик материнства је, међутим, недовољан да оправда клаузулу о неступању у брак, будући да је тај ризик константа коју прихватају и преузимају друге компаније; [...] и да се, штавише, ради о питању које је заједничко за све јавне или приватне службе – иако су последице које трудноћа производи за стјуардесе теже због њихових услова рада, та околност, у сваком случају, није довољна да оправда и учини ваљаном клаузулу која је, у самој својој суштини, ништава" (Arrêt de la Cour de Paris du 30 avril 1963). Нав. према тексту пресуде објављеном у *Droit social*, бр. 8/1963, стр. 482–484.

30 Утврђивање блиског сродства за сметњу за заснивање радног односа отвара питање сагласности овог посебног услова за заснивање радног односа са уставним гарантијама забране дискриминације, права на рад (и слободе избора занимања и запослења, као његовог саставног дела) и права на поштовање приватног и породичног живота. Уставни суд Југославије је био у прилици да се изјасни о овом

или здравствено стање) користе као разлог за доношење одређеног акта или предузимање одређене радње у поступку заснивања радног односа. Истовремено, ваља имати у виду да гарантија поштовања права на приватан живот ограничава послодавчева овлашћења и у вези са другим елементима приватног живота тражилаца запослења, премда према некима од њих она не производи исте последице. То ће, примера ради, бити случај са осуђиваности за одређено кривично дело или на одређену врсту казне, која законом може бити предвиђена као сметња за обављање одређених послова. У овом случају, говоримо о правној последици кривичне осуде која може бити одређена само законом, што, даље, подразумева и аутоматизам у њеном наступању.

Са друге стране, ваља имати у виду да, будући да се уговор о раду закључује *intuitu personae*, послодавац има право да сазна и неке личне информације о будућем запосленом, што је здружено са проблемом да

питању када је одлучивао о уставности и законитости Правилника о радним односима Радио-телевизије Београд (РТБ), којим је било забрањено запошљавање блиских сродника у РТБ-у, уз изузетак „изузетно афирмисаних радника високостручних квалитета и радника-сродника на радним местима домара и чистачице на предајницима емисионе технике и везе". Том приликом, Уставни суд је, „имајући у виду наведена уставна начела (начело доступности радних места под једнаким условима, начело једнакости грађана пред законом и начело равноправности радних људи у самоуправљању, у смислу Устава СФРЈ од 1963. године – Љ. К.) и карактер и функцију таквих организација, као што је нпр. Радио-телевизија Београд, [...] прихватио констатацију да при широким роњачким односима могу настати и односи неравноправности и ограничења слободе определења, без које нема самоуправљања. Ова неравноправност може бити и у односу на друге грађане, који не успевају да се запосле, иако испуњавају услове" [У. бр. 340/69 13. маја 1970. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/70)]. Таква одлука Уставног суда, не значи, међутим, и апсолутну забрану запошавања сродника код истог послодавца: „Уставни суд, при том, сматра да у свему томе не могу постојати апсолутна решења било у правцу подржавања да се рођаци запошљавају у истој организацији било у забрани таквог поступања." Балтић аргументовано критикује ову одлуку, сматрајући да је сметња за заснивање радног односа, коју је предвиђао Правилник РТБ-а, противна Уставу, посебно уставној гарантији права на рад и равноправности људи у остваривању овог права. Према Балтићу, ова сметња противна је и радном законодавству и самој логици института посебних услова за заснивање радног односа, будући да они треба да изражавају захтеве које запослени треба да испуни у погледу стручних и других радних способности потребних за обављање понуђених послова. То, међутим, не искључује могућност да сродство, изузетно, буде законом (и само законом) предвиђено као посебан услов за заснивање радног односа у одређеним радним срединама, као ни могућност послодавца да предвиди сродство као препреку за успостављање односа непосредне надређености и подређености између запослених који су у сродству (нпр. да старешина буде у блиском срдоству са запосленим који му је непосредно подређен), будући да би таква мера значила уређивање унутрашње организације рада, а не утврђивање посебног услова за заснивање радног односа. Александар Балтић, „Сродство (ближе) као сметња за ступање у радни однос", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–2/1971, стр. 159–165.

се пронађе компромисно решење за сукоб који, у том смислу, постоји између потребе заштите интереса послодавца, са једне стране, и интереса кандидата за запослење, са друге стране. Потребно је, дакле, идентификовати чињенице о којима послодавац нема право да пита кандидате за запослење, а, затим, и одговорити на питање да ли кандидат сме да прећути одговор на та питања или да дâ нетачан одговор. Одговор на постављена питања може се потражити у примени *начела умесности*, односно оправданости, основаности (фр. *principe de pertinence*), која подразумева да послодавац може да тражи од кандидата за запослење све податке који су непосредно повезани са пословима за које одређено лице конкурише и који су неопходни за процену његових професионалних способности.

Од кандидата за запослење се, дакле, очекује да у доброј вери одговарају на послодавчева питања, и да на исти начин поступају у погледу саопштавања свих података који су релевантни за обављање послова за које конкуришу.[31] Ова обавеза произлази из *начела савесности и поштења*, обавезујући кандидате за запослење да обавесте послодавце о свим познатим чињеницама које утичу или би могле утицати на закључење уговора, односно на обављање послова, као и о другим околностима које могу да ограниче (па, и онемогуће) одређено лице да извршава обавезе из (будућег) уговора о раду. То, нарочито, вреди за податке о чињеницама које могу представљати опасност за живот и здравље запосленог и људи са којима ће долазити у додир приликом извршавања престације рада (колеге, клијенти послодавца, корисници послодавчевих услуга и јавност уопште). С тим у вези, поставља се и једно изузетно деликатно питање, питање граница обавезе обавештавања послодавца о чињеницама из приватног живота. Управо гарантија права на заштиту приватног живота претпоставља да те границе морају бити уско одређене, због чега би обавеза кандидата морала бити ограничена само на саопштавање података о чињеницама које *непосредно* утичу на извршавање престације рада. О томе сведочи пример обавештавања о здравственом стању, што потенцијални кандидати, по правилу, нису дужни, осим када конкуришу за послове са повећаним ризиком, односно за послове чије успешно обављање непосредно зависи од посебне здравствене способности запосленог. Кандидат за запослење не би смео да прећути податке о свом здравственом стању ни ако се, због постојећег обољења, може очекивати да, после заснивања

31 На то упозорава и судска пракса Врховног суда Србије, у којој је афирмисан став да „запосленом може престати радни однос, независно од његове воље, ако је у моменту заснивања радног односа прећутао да нема радну способност за извршење послова ради којих је засновао радни однос". Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1587/2003, нав. према Драгољуб Симоновић, *Радноправна читанка*, књига 1, ЈП Службени гласник, Београд, 2009, стр. 81.

радног односа, неће бити у стању да испуњава своје радне обавезе, нпр. ако је оболео од сиде, као крајњег стадијума инфекције ХИВ-ом, који нужно доводи до губитка способности за рад.[32] Овај изузетак потврђен је у пракси немачког Савезног радног суда (*Bundesarbeitsgericht* – BAG), као и у швајцарској судској пракси, али, паралелно са правилом да примену овог изузетка *не* оправдава сама вероватноћа да ће у току радног односа који је заснован на неодређено време, услед болести запосленог, доћи до неспособности за рад.[33]

Са друге стране, може се поставити и питање да ли је кандидат дужан да пружи податке које послодавац захтева, ако они нису у непосредној вези са понуђеним пословима? Чини се да на ово питање треба одговорити негативно, што потврђује и судска пракса, али и радно законодавство неких држава. Тако, примера ради, словеначки Закон о радним односима (члан 27, став 2) и француски Законик о раду (члан L. 122–25) изричито признају запосленом право на ћутање о чињеницама из приватног живота које нису у непосредној вези са радним односом. Са друге стране, право кандидата да неистинито одговара на недозвољена питања послодавца, које се у швајцарској доктрини назива и „правном лажи у нужној одбрани", не сматра се повредом општег начела савесности и поштења.[34] Ово стога што потоње начело налаже

32 С тим у вези, намеће се питање да ли зараженост вирусом ХИВ-а може представљати сметњу за заснивање радног односа, будући да зараженост овим вирусом, сама по себи, не значи и губитак способности за рад, за разлику од последњег стадијума инфекције вирусом ХИВ-а, који подразумева акутно избијање болести (сиде) и значајно умањење способности за рад, односно инвалидност, а, у року од 400 дана и смрт оболелог. Отуда, у разматрању ове сметње за заснивање радног односа ваља поћи од медицинских сазнања о начинима преношења ХИВ-а. Она сведоче да се овај вирус не може пренети уобичајеним контактима на месту рада (коришћењем исте опреме и помоћних просторија, заједничком исхраном, руковањем и сл.), што значи да код велике већине занимања и послова, рад зараженог лица не прати и ризик преношења ХИВ-а између колега, односно са запосленог на клијента, или са клијента на запосленог. Послодавац, отуда, нема оправдани разлог да буде упознат са чињеницом да ли је кандидат за запослење серопозитиван или не, што, даље, значи да кандидат није дужан да обавести послодавца да је заражен. На тим поставкама могуће је извести закључак да зараженост ХИВ-ом, у начелу, не може представљати сметњу за заснивање радног односа, те да би другачије решење било противно забрани дискриминације на основу здравственог стања. Више о овом питању и специфичном режиму запошљавања на пословима са повећаним ризиком заразе (послови медицинске сестре, лекара који учествује у извођењу хируршких интервенција, лаборанта, члана спасилачких екипа и екипа прве помоћи и сл.). види у: О. Поповић, *op. cit*., стр. 349–362; Robert Husbands, „Employment testing: An international comparison", *Conditions of work digest*, бр. 2/1993, International Labour Office, Geneva, 1993.

33 О. Поповић, *op. cit*., стр. 352.

34 *Ibid*., стр. 354. Тако је поводом законске одредбе која послодавцу забрањује да тражи податке о евентуалној трудноћи заинтересоване, а заинтересовану овлашћује

учесницима у преговорима да један другог обавесте о чињеницама које имају одлучујући значај за закључење уговора, што, свакако, није случај са чињеницама из приватног живота које нису непосредно повезане са извршавањем престације рада. Истовремено, послодавац се не може позивати на заблуду о битним својствима друге уговорне стране, а, у складу са тим, ни тражити поништај уговора о раду.[35]

IV Закључак

Утврђивање посебних услова за заснивање радног односа има за циљ да обезбеди запошљавање лица са стручним и другим радним способностима и својствима која омогућавају обављање послова за које се закључује уговор о раду. Послодавац, отуда, може да захтева од запосленог само оне престације које одговарају способностима које су захтевали услови за заснивање радног односа приликом закључивања уговора о раду. Те способности и својства морају постојати на страни запосленог не само у тренутку заснивања радног односа, већ и током читавог периода његовог трајања, будући да, у супротном, настаје сметња за очување радног односа, која може да „активира" његов престанак. Истовремено, запослени не може да одбије да изврши захтеване престације ако оне одговарају његовим способностима, ризикујући да, у супротном, учини повреду радне обавезе, која је оправдани разлог за отказ уговора о раду.[36] Све су то правне чињенице које указују на значај утврђивања посебних услова за заснивање радног односа, нарочито ако се има у виду да садржина и опсег посебних услова за заснивање радног односа утичу на остваривање права на рад. То је и разлог што радно законодавство признаје послодавцу широку, али, не и апсолутну, слободу утврђивања посебних услова за заснивање радног односа. Послодавца у вршењу ових овлашћења ограничава неколико захтева. Прво ограничење односи се на забрану утврђивања својстава која чине основ дискриминације за посебне услове за заснивање радног односа. Послодавцу је, надаље, забрањено да као посебне услове за заснивање радних односа утврди елементе приватног живота запосленог који, иначе, представљају недопуштени основ дискриминације. Осим тога, границе

да не открије своје стање послодавцу, француски Касациони суд заузео став да се не може сматрати да је запослена која је од послодавца сакрила своју трудноћу – покушала да превари свог послодавца. Cour de cassation, chambre sociale, 2 février 1994. Нав. према Christophe Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, L.G.D.J., Paris, 1997, стр. 128.

35 О. Поповић, *op. cit*., стр. 354.

36 Ово питање повезано је са питањем премештаја запосленог на други посао, који је могућ само ако запослени прихвати понуду за закључење анекса уговора о раду (ризикујући да, у супротном, добије отказ).

утврђивања посебних услова за заснивање радног односа произлазе из општих правних начела, подразумевајући да је послодавцу забрањено да злоупотребљава слободу избора кандидата за запослење.

Чини се да је на тим основама могуће ближе сагледати критеријуме (не) допуштености одређених посебних услова за заснивање радног односа, с тим што ваља имати у виду да ће то увек бити *quaestio facti* за сваки посао понаособ. Стога и није могуће сачињавање неке исцрпне листе захтева који нису непосредно повезани са професионалном способношћу и који, због тога, не смеју бити обухваћени садржином посебних услова за заснивање радног односа. Ипак, ваља приметити да домаће радно законодавство не познаје, макар, и уопштено или егземплификативно дефинисање случајева у којима послодавац, изузетно, може да утврди као посебне услове за заснивање радног односа и својства која, иначе, чине основ дискриминације (допуштени изузетак од забране неспоредне дискриминације). Осим тога, треба имати у виду да заштити кандидата за запослење као слабије стране у поступку запошљавања може да допринесе и усвајање препорука о уздржавању послодаваца од постављања одређених питања, као што сведоче примери из упоредног права.[37] Тиме се, међутим, не искључује могућност послодавца да, у циљу заштите интереса предузећа, сазна и одређене податке из приватног живота кандидата, јер је „нелогично не признати да личност кандидата, понекад, у неким својим елементима, једноставно одређује његову способност да обавља понуђене послове. Другим речима, у једној структури малих димензија, пожељно је да су присутна лица таква да је за очекивати да ће се између њих развити задовољавајући професионални и људски односи, и то, независно од њихових строго професионалних способности.“ [38]

Стога је на теорији радног права да истражи, а на пракси да води рачуна да се у поступку запошавања, у највећој могућој мери, обезбеди равнотежа између слободе предузетништва, са једне стране, и права и основних слобода кандидата за запослење, са друге стране. Чини се да се у потрази за том „правом мером“ може поћи од поставке да посебни услови за заснивање радног односа – а исто важи и за доказе о њиховој испуњености – непосредно зависе од послова за које се радни однос заснива, изражавајући „правне претпоставке радноправне

37 Тако је, примера ради, француско Министарство рада усвојило правнонеобавезујући акт у коме се наводе примери података за које се сматра да ни у ком случају не могу имати било какве везе са понуђеним послом или, чак, са способношћу интегрисања у радну средину, попут података о сексуалном животу кандидата и података о занимању кандидатових родитеља. Види: Circulaire du Direction des relations du travail nº 93–10 du 5 mars 1993 („Bulletin officiel du Ministère du travail“, 5 juin 1993, nº 10).

38 C. Jacquelet, *op. cit*., стр. 63.

способности радника".[39] Из те поставке, даље, произлази да је граница у утврђивању посебних услова за заснивање радног односа дефинисана самом функцијом посебних услова за заснивање радног односа. Стога као такви могу бити одређени само услови који су неопходни за обављање послова за које одређено лице конкурише, тј. услови који су непосредно повезани са тим пословима.[40] На то упозорава и Александар Балтић, када пише да се „[п]осебни услови везују [се] за радно место, те се одређују искључиво према особености радног процеса и пословима који се остварују на радном месту, с тим да сами услови, у суштини, садрже захтеве које радник треба да испуњава у погледу стручних и других радних способности потребних за обављање послова на одређеном радном месту".[41] Послодавцу, отуда, могу бити доступне само информације које доприносе процени професионалних способности кандидата за запослење. То, изузетно, могу бити и чињенице из приватног живота кандидата, под условом да су оне од значаја за обављање послова за које се кандидати пријављују (нпр. као услови за руководеће послове могли би бити утврђени динамичност, толерантност и способност за тимски рад и анимирање чланова тима). С тим у вези, ваља имати у виду да у овом случају послодавац утврђује не само пожељне особине кандидата, већ и начин на који ће оне бити процењене. На то нас подсећају примери из праксе, који показују да послодавци понекад траже од кандидата да свој *curriculum vitae* допуне и подацима о хобију или омиљеној књизи. Ако овоме додамо и случајеве који су готово анегдотског карактера (попут консултовања астролога и графолога који процењују одговарајуће аспекте личности кандидата[42]), онда нема сумње да радно законодавство мора да обезбеди чврше границе послодавчевих овлашћења у поступку запошљавања. Отуда су у праву аутори који упозоравају да се предметни захтев мора односити, не само на посебне услове за заснивање радног односа и информације које послодавац непосредно захтева од кандидата, већ и на информације које сазнаје посредно, користећи најразличитије технике.

---

39 А. Балтић, *op. cit*., стр. 165.

40 У француској литератури, ови захтеви анализирају се као два правила: а) правило о циљу (*règle de finalité*), које подразумева да тражене информације за циљ могу имати само процену способности кандидата да обавља понуђене послове; б) правило о подесности (*règle de pertinence*), које предвиђа да тражене информације морају бити непосредно и нужно повезане са понуђеним послом. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *op. cit*., стр. 337.

41 А. Балтић, *op. cit*., стр. 163.

42 За неке од ових примера, додуше, анализираних, из угла науке о менаџменту, види: Живко Кулић, Жељка Мићић, „Неуобичајени методи избора кандидата за заснивање радног односа", *Радно и социјално право*, бр. 1/2008, стр. 267–288.

Mag. *Ljubinka* KOVAČEVIĆ
Junior Faculty Member at the University of Belgrade Faculty of Law

LIMITATIONS OF ESTABLISHING SPECIAL EMPLOYMENT CONDITIONS

Summary

The hiring process is marked by extensive managerial and normative prerogatives of employer and his superior bargaining position, which result from freedom of entrepreneurship and freedom of contract. However, important human rights issues arise in respect of employer's prerogative for prescribing conditions for performance of certain jobs (special employment conditions). For this reason, the hiring process is subject of the limited protection of applicants for employment, including their protection against discrimination and protection of their privacy. First, limitation presupposes that an employer is not allowed to apply requirements that an employee possesses or does not possess a particular protected characteristic, with the exceptions to the prohibition on direct discrimination in circumstances in which an employer may impose so called "genuine occupational requirements" in respect of specific posts. Secondly, labour law tends to strike the correct balance between employer's prerogatives in hiring process and the applicants' right of privacy. This aim is linked with the difficulty in knowing how far an employer may require information of personal kind about applicants for employment. The author points out possible solutions while emphasizing that special employment conditions are directly linked to performance of certain jobs. That is the reason why prerogative for prescribing special employment conditions is defined and limited by the function of special employment conditions: the employer is allowed to apply requirements that an employee possesses particular qualifications and other abilities and characteristics as long as they are necessary for performance of certain jobs and directly linked with prestation of work.

Key words: *hiring process, managerial and normative prerogatives of employer, protection of applicants for employment, non-discrimination, privacy protection.*

***Параскева* МИХАЈЛОВИЋ**
дипломирани правник

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРЕСТАНКА ПОТРЕБЕ ЗА РАДОМ ЗАПОСЛЕНОГ

Резиме

Отказ уговора о раду је за запосленог и његову породицу од изузетног економског и социјалног значаја, посебно у условима велике незапослености. Ово нарочито када је у питању отказ уговора о раду који даје послодавац услед престанка потребе за обављањем одређених послова, када престаје потреба за радом већег броја запослених.

Предмет овог рада је заштита радних и социјалних права запосленог према ратификованим међународним конвенцијама, директивама Европске уније, Уставу Републике Србије и прописима о раду Републике Србије.

Посебна пажња у раду посвећена је како Закон о раду дефинише оправдане разлоге за отказ уговора о раду, уопште, а посебно због престанка потребе за обављањем одређеног посла или ако дође до смањења обима посла, као и шта се не сматра оправданим разлогом за отказ уговора о раду. Законом се децидно утврђују случајеви када послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду, односно ти случајеви не могу бити разлог за отказ.

У раду се обрађује и поступак утврђивања и решавања вишка запослених према прописима о раду Републике Србије.

Кључне речи: *отказ уговора о раду, заштита радних и социјалних права запосленог, оправдани разлог за отказ, вишак запослених.*

I Уводне напомене

Отказ уговора о раду, односно отказ радног односа за запосленог је од изузетног економског и социјалног значаја, како за њега, тако и његову породицу, посебно у условима високе незапослености на тржишту рада, каква је код нас. За радника, радни однос може бити једини извор прихода којим обезбеђује задовољавање личних и породичних потреба. Рад је за радника извор опстанка. Угрожавањем његовог радног статуса угрожава се и његова егзистенција и егзистенција његове породице. Он је слабија страна у радном односу и због тога треба да ужива заштиту. Послодавац, у том односу, много лакше може да обезбеди новог радника, него отпуштени радник новог послодавца.

Отказ уговора о раду, који даје послодавац, нарочито кад је у питању већи број радника, је и од посебног интереса за државу, с обзиром на његов утицај на повећање незапослености, која, по својим последицама, представља један од најтежих друштвених ризика. Незапосленост отвара проблем социјалног обезбеђења незапослених, с једне стране, и проблем отварања нових радних места, с друге стране. Држава мора да настоји да својом економском политиком ствара услове за запошљавање и тиме олакша вођење социјалне политике. Њен интерес мора бити, пре свега, да ствара услове да радници својим радом обезбеђују материјалну сигурност за себе и своју породицу, а не у томе да материјално обезбеђује незапослена лица.

Стога, индивидуални, групни и друштвени интереси захтевају да се радник као слабија страна у радном односу правно заштити, тј. да му се правно гарантује заштита његових радних и социјалних права.1 Та заштита треба да значи доношење одређених прописа који забрањују или ограничавају давање отказа у одређеним случајевима или прописују процедуру отказа, како би се спречило давање незаконитог отказа, односно онемогућила самовоља послодавца у томе. Заштита треба да обезбеди да се отказ даје из оправданих разлога, који су везани: 1) за потребе радног места; 2) за извршавање радних обавеза; и 3) за понашање радника на раду и у вези са радом.

II Заштита радних и социјалних права запосленог према Конвенцији МОР-а број 158

Ваљане разлоге за престанак радног односа и заштиту радника у поступку престанка радног односа регулише Конвенција МОР-а бр. 158

1 Боривоје Шундерић, *Право међународне орīанизације рада*, стр. 488.

о престанку радног односа на иницијативу послодавца и Препорука бр. 166 под истим називом, које су усвојене на шездесет осмом заседању Конференције МОР-а 1982. године, и коју је наша држава ратификовала 1984. године.[2]

Конвенција бр. 158 базирана је на основном принципу о забрани престанка радног односа ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе – члан 4 Конвенције.

Конвенцијом се не дефинишу разлози за престанак радног односа, али се у члану 5 издвајају разлози који се нарочито неће сматрати ваљаним разлозима за престанак радног односа, као што су: 1) чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван радног односа или уз сагласност послодавца, за време радног времена; 2) чињеница што је запослени тражио да иступа као представник радника или због бившег или садашњег иступања у том својству; 3) подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наводног кршења закона или прописа или обраћање надлежним административним органима власти; 4) раса, боја, пол, брачно стање, породичне обавезе, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национално или социјално порекло; 5) одсуствовања са посла за време породиљског одсуства, и 6) привремено одсуство с посла због болести или повреде.

Конвенција и Препорука уређују одређену процедуру коју треба да примени послодавац у случају престанка радног односа из разлога везаних за понашање радника или његов рад, што у овом случају, није предмет нашег интересовања, те се тиме нећемо даље бавити.

Када послодавац намерава да због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога прекине радни однос са радницима он ће, према чл. 13 и 14 Конвенције: а) благовремено пружити заинтересованим радничким представницима одговарајуће информације, укључујући и разлоге за намераване прекиде радног односа, са бројем и категоријама радника који ће вероватно бити захваћени, као и о року у коме намерава да изврши прекиде радног односа; б) пружити, у складу са националним законодавством и праксом, заинтересованим радничким представницима, што је могуће пре, могућност за консултације о мерама које треба предузети да би се спречили или свели на најмању меру прекид радног односа и о мерама за ублажавање штетних последица прекида радног односа, по заинтересоване раднике, као што је налажење алтернативног запослења; в) обавестити надлежни орган што је могуће пре, дајући све релевантне информације, укључујући и пис-

2 Закон о ратификацији Конвенције бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/84 и 7/91).

мену изјаву о разлозима за такве прекиде, о броју и категоријама радника који ће вероватно бити обухваћени, као и року у коме намерава да изврши прекиде радног односа. Послодавац ће обавестити надлежни орган о прекидима радног односа у одређеном минималном року пре престанка радног односа, с тим што тај рок треба утврдити националним законима.[3]

III Заштита радних и социјалних права запосленог директивама Европске уније

Питање заштите запослених у вези престанка радног односа по основу вишка запослених регулише и Директива Савета Европске заједнице бр. 75/129, која је модификована 1992. године Директивом бр. 92/56. Ова Директива је основ за уједначавање националних законодавстава по питању утврђивања вишкова и отпуштања радника по том основу. Ради се о колективним отпуштањима радника који нису условљени разлозима који су у вези са радницима (способност или понашање радника). Директива посебно указује на потребу хармонизације националних законодавстава земаља чланица Европске уније по питању успостављања процедуре претходног консултовања (партиципације) представника запослених по питању колективних вишкова. Поред тога, утврђена је и обавеза послодаваца да о колективним вишковима и отпуштању радника обавештавају и надлежне органе власти, у складу са националним законодавством и праксом.

IV Заштита радних и социјалних права запосленог према прописима Републике Србије

Одредбама члана 194 ст. 4 и 5 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/06), прописано је да потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије и да закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.

Поред тога, чланом 60 став 4 Устава, јамчи се, поред осталог, и право на правну заштиту за случај престанка радног односа, као и да се нико тих права не може одрећи.

---

3 Предраг Јовановић, „Стабилност радног односа у условима техничко-технолошких, организационих и других промена у процесу рада“, *Радно и социјално право*, бр. 4–7/2000, стр. 28.

Законом о раду (*Сл. гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), у члану 1 став 1 прописано је да се права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују овим законом и посебним законом, у складу са ратификованим међународним конвенцијама, а према ставу 2 истог члана, права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду – само када је то овим законом одређено.

Поред тога, Резолуцијом о придруживању Европској унији (*Сл. гласник РС*, бр. 112/04), коју је донела Народна Скупштина Републике Србије, поред осталог, предвиђено је усклађивање законодавства Републике Србије са правним тековинама Европске уније. У Закон о раду уграђене су директиве Европске уније, које се односе, између осталог, и на вишкове запослених.

Саглсно одредбама наведених прописа, основи престанка радног односа, уопште, као и отказ уговора о раду од стране послодавца, уређени су Законом о раду (члан 179), системским законом у области рада, који се примењује на све запослене и послодавце, с тим да су поједина права, када су у питању и основи престанка радног односа, посебним законима другачије уређени у односу на Закон о раду. То су, пре свега, државни органи и организације, органи и организације територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавне службе за које су поједина права, обавезе и одговорности, када су у питању основи и услови за престанак радног односа, посебним законом другачије уређени у односу на Закон о раду. Међутим, и у тим случајевима одредбе Закона о раду супсидијарно се примењују ако поједина питања нису уређена посебним законом.

V Оправдани разлози за престанак радног односа утврђени Законом о раду

Одредбама члана 179 Закона о раду прописано је да послодавац може да откаже уговор о раду ако за то постији оправдани разлог оправдани разлог,[4] који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца.

Закон је, у складу са Конвенцијом МОР-а број 158, дефинисао шта су оправдани разлози за отказ уговора о раду од стране послодавца.

4 Закон о раду користи термин „оправдани разлог за отказ уговора о раду" уместо термина „ваљан разлог", који користи Конвенција бр. 158. По Конвенцији одлука о раскиду радног односа раднику биће оправдана ако се заснива на ваљаном разлогу. Супротно, раднику неће престати радни однос ако зато не постоји ваљан разлог (члан 4.), који је везан: 1) за способност радника или 2) за понашање радника или 3) ако је везан за захтеве предузећа, установе или службе.

Одредбама члана 179 тач. 1 до 8 Закона о раду утврђени су оправдани разлози за престанак радног односа који се односе на способност запосленог и његово понашање. У тачки 9) овог члана прописано је да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.

Сви разлози утврђени чланом 179 Закона су факултативни. Послодавац може, али не мора у наведеним случајевима запосленом да откаже уговор о раду.

Поред оправданих разлога, Закон посебно дефинише шта се не сматра оправданим разлогом за отказ уговора о раду у смислу члана 179 овог закона. Оправданим разлогом за отказ уговора о раду не сматра се: 1) привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног оболења; 2) коришћење породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета; 3) одслужење или дослужење војног рока; 4) чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална прпадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство запосленог; 5) обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду.

У овим случајевима послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду, односно ови случајеви не могу бити разлог за отказ.

Уколико послодавац запосленом да отказ, а разлог је неки од наведених случајева, сматра се да је отказ незаконит, а запослени може у судском поступку да оствари сва права као да је радио сагласно члану 191 Закона о раду.

Према одредбама члана 157 Закона о раду, критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање са рада због привремене спречености за рад, као ни због трудноће, породиљског одсуства, неге детета и посебне неге детета. Одлуком Уставног суда (ИУ-158/2004 од 14. априла 2005. године), утврђено је да одредба колективног уговора којом се као критеријум за утврђивање вишка запослених предвиђа одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад није у складу са законом, те да се тиме нарушава и уставни принцип обавезне сагласаности општег акта са законом из члана 119 став 1 Устава.

Законом је прописана и посебна заштита од отказа уговора о раду (члан 187). Према овим одредбама запосленој жени за време трудноће, породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета, послодавац не може да откаже уговор о раду. Ова заштита одно-

си се и на оца, односно усвојиоца, старатеља или хранитеља – ако користе одсуство са рада ради неге детета.

Заштита од отказа у наведеним случајевима утврђена је само за време трајања наведених околности (трудноће, породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета). Када је у питању отказ уговора о раду по основу вишка запослених, ови запослени могу бити утврђени као вишак, ако су се стекли услови из тачке 9) члана 179 Закона о раду, али послодавац не може да им откаже уговор о раду за време трајања одсуства по неком од основа из члана 187 Закона, већ само по истеку тог одсуства.

Ову заштиту, међутим, нема запослени који је засновао радни однос на одређено време. Запосленом који је засновао радни однос на одређено време, без обзира што остварује неко од напред наведених права, престаје радни однос – истеком рока на који је заснован.

Посебна заштита од отказа уговора о раду, као и од тога да на други начин буду стављени у неповољан положај (члан 188 Закона), прописана је за представнике запослених за време обављања функције и годину дана по престанку функције, ако представник запослених поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Овом заштитом обухваћени су: 1) члан савета запослених и представник запослених у управном и надзорном одбору послодавца; 2) председник синдиката код послодавца. Ако је код послодавца основано више синдиката, председник сваког синдиката ужива ову заштиту; 3) именовани или изабрани синдикални представник. Забрану отказа уживају и други синдикални представници изабрани или именовани у тела синдикалне организације, у складу са актима синдиката.

Заштита од отказа у наведеним случајевима садржана је и у Међународној конвенцији бр. 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/87).

У члану 1 ове конвенције предвиђено је да представници радника уживају заштиту од сваког поступка који је штетан по њих, укључујући и отпуштање, ако поступају у складу са законом и колективним уговором.

И забрана отказа уговора о раду из члана 188 Закона о раду условљена је понашањем представника запослених и примењује се само ако представник у свом раду поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, односно ако поштује прописе. Представник запослених који крши прописе (чињењем или нечињењем) не ужива заштиту од отказа.

Стављање у неповољни положај представника запослених сматра се ако послодавац представника запослених премести на друге послове на којима су неповољнији услови рада (мања зарада, премештај у друго место рада и сл.).

Број именованих или изабраних синдикалних представника који уживају заштиту утврђује се колективним уговором, у зависности од броја чланова (члан 188 став 3 Закона). Код послодавца који нема закључен колективни уговор, споразумом синдикалних претставника и представника послодавца утврђује се број именованих или изабраних синдикалних представника сразмерно броју чланова синдиката. Ако послодавац има више организованих синдикалних организација, представници сваке од тих организација имају право на заштиту, али број који има заштиту зависи од броја чланова сваке синдикалне организације.

И према Међународној конвенцији бр. 135 синдикални представник, када су у питању вишкови запослених, ужива заштиту од отказа уговора о раду. Међутим, та заштита није апсолутна. Послодавац је дужан да представнику запослених који је утврђен као вишак обезбеди неко од права утврђених националним законом. Саглсано томе, ставом 4 члана 188 Закона о раду прописано је да послодавац може уз сагласност министарства надлежног за послове рада да откаже уговор о раду представнику запослених, ако одбије понуђени посао у смислу члана 155 став 1 тачка 5) Закона о раду – значи ако му послодавац обезбеди право на преквалификацију, доквалификацију, премештај на други одговарајући посао код истог или другог послодавца.[5]

VI Отказ уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог

Као што је напред истакнуто, оправдани разлог за престанак радног односа због објективних потреба послодавца постоји ако је услед технолошких, економских или организационих промена престала потреба за обављањем одређеног посла или је дошло до смањења обима посла.

5 Послодавац је дужан да затражи сагласност министарства само када отказује уговор о раду представнику запослених који је утврђен као вишак, а одбио је једно од права из члана 155 став 1 тачка 5) Закона о раду. Захтев за давање сагласности подноси се министарству у писаном облику и садржи све релевантне чињенице и доказе који су основ за давање отказа. Министарство је дужно да утврди све чењенице и о свом ставу обавести послодавца. Сагласност мора да буде у писаном облику са образложењем о основаности отказа. Услов за отказ је сагласност министарства која обавезује послодавца. Ако нема сагласности нема ни отказа.

Утврђивање постојања оправданих разлога који се односе на објективне потребе послодавца, због којих је дошло до престанка потребе за обављањем одређених послова и/или до смањења обима посла, а тиме и до престанка потребе за радом одређеног броја запослених, прописано је одредбама чл. 153 до 160 Закона о раду, које су издвојене у посебно поглавље XI – *Вишак запослених,* јер престанак потребе за радом запосленог, не мора увек да значи и престанак радног односа. Одредбама овог поглавља уређује се начин и поступак утврђивања и решавања вишка запослених ако је због технолошких, економских или организационих промена престала потреба за обављањем одређених послова, а тиме и за радом запослених на тим пословима, затим мере за ново запошљавање вишка запослених, надлежни орган за доношење програма, права запослених у случају отказа уговора о раду, улога репрезентативног синдиката и републичке организације надлежне за запошљавање у доношењу програма решавања вишка запослених.

Одредбама члана 153 Закона о раду на нови начин се уређују случајеви у којима је послодавац дужан до донесе програм решавања вишка запослених, у зависности од периода у коме ће доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, броја запослених за чијим радом ће престати потреба и броја укупног броја запослених на неодређено време код послодавца.

Послодавац је дужан да донесе програм ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена, у оквиру периода од 30 дана, доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, и то за најмање: 1) десет запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време; 2) 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време; 3) 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време.

Поред тога, програм је дужан да донесе и послодавац који утврди да ће, из наведених разлога, доћи до престанка потребе за најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана, без обзира на укупан број запослених код послодавца.

Према овим одредбама, само послодавац који има у радном односу мање од 20 запослених на неодређено време, није дужан да доноси програм, већ то може да уреди одлуком, односно појединачним отказом уговора о раду.

Међутим, и послодавац који није обавезан да доноси програм, обавезан је да утврди технолошке, економске или организационе промене због којих је престала потреба за обављањем одређених послова и

које представљају разлог настанка вишка запослених, да би могао да донесе закониту одлуку о престанку потребе за радом запослених, односно да откаже уговор о раду у складу са одредбама члана 179 тачка 9) Закона о раду.

Ради превентивног деловања, Законом о раду је, у складу са одредбама члана 13 Конвенције бр. 158, утврђена обавеза послодавца да, пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање (Националном службом за запошљавање – даље: Национална служба), предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених (чл. 154).

Наиме, овим се тежиште ставља на обавези послодавца да ствара услове и остварује потребну сарадњу са репрезентативним синдикатом и Националном службом (њеним филијалама и службама у седишту послодавца), за заједничко и континуирано деловање у изналажењу могућности и предузимању одговарајућих мера за запошљавање вишка запослених, не чекајући да се формално донесе програм. Овим се послодавац не ослобађа обавезе доношења програма ако су се стекли наведени услови из члана 153 Закона.

Програм, према члану 155 Закона, нарочито садржи: разлоге престанка потребе за радом запослених; укупан број запослених код послодавца; број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених који су вишак; послове које обављају; критеријуме за утврђивање вишка запослених; мере за запошљавање (премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација, доквалификација, непуно радно време, али не краће од половине пуног радног времена и друге мере); средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених и рок у коме ће бити отказан уговор о раду.

Технолошке, економске или организационе промене, које представљају разлоге за утврђивање вишка запослених, обавезно су садржани у програму. Послодавац је, према томе, дужан да разлоге настанка вишка запослених утврди пре приступања изради програма и утврђивању запослених који представљају вишак.

Програм, поред тога, обавезно садржи и: укупан број запослених и број запослених који су вишак са одговарајућим подацима о квалификационој структури, пословима које обављају и слично.[6]

6 Поједини колективни уговори садрже одредбе, према којима је дата могућност запосленима, да се добровољно изјасне, односно да прихвате да буду вишак, уз исплату отпремнине у скалду са законом или једнократне новчане накнаде, у складу са социјалним програмом. За запослене који су се добровољно пријавили

Законом се не утврђују критеријуми на основу којих ће послодавац утврдити запослене који су вишак, али се изричито прописује да критеријуми на основу којих су утврђени запослени који су вишак буду садржани у програму, као и да критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породиљског одсуства, неге детета и посебне неге детета. Критеријуми за утврђивање вишка запослених морају да буду садржани у програму, а, по нашој оцени, треба их утврдити општим актом послодавца (колективним уговором или правилником о раду). За које ће се критеријуме определити послодавац, зависи од пословне политике послодавца, броја и квалификационе структуре потребних радника, односно вишка запослених и слично.

Међутим, Општим колективним уговором (*Сл. ɩласник РС*, бр. 50/08, 104/08, 8/09, 8/09), који се од 11. фебруара 2009. године, сходно Одлуци о примени Општег колективног уговора на све послодавце на територији Републике Србије, непосредно примењује на све послодавце, одредбама чл. 38 до 42 утврђују се критеријуми за утврђивање вишка запослених, који се примењују по редоследу утврђеном овим колективним уговором. Овим одредбама предвиђена је и заштита од отказа уговора о раду запослене жене са дететом до две године живота, чији је укупан месечни приход по члану домаћинства до висине минималне зараде (чл. 41 ст. 2), као и да послодавац не може донети одлуку о престанку радног односа по основу вишка инвалиду рада који је инвалидност стекао радом код тог послодавца, без његове сагласности, као ни запосленом са одређеним годинама стажа осигурања утврђеним посебним, односно колективним уговором код послодавца (чл. 42).

Мере за запошљавање утврђене су тачком 5) члана 155 Закона о раду. Поред наведених мера, остављена је могућност да се програмом утврде и друге мере, укључујући и мере које ће, евентуално, предложити и Национална служба за запошљавање, како би се број оних којима ће престати радни однос свео на најмању меру.

да прихватају да буду проглашени за вишак, и с тим се сложио послодавац, програмом решавања вишка запослених утврђује се право на отпремнину или једнократну новчану накнаду, зависно од тога за које право се запослени определио. Утврђивање вишка запослених на овај начин, када постоји сагласност послодавца и запосленог да је за радом запосленог престала потреба, умањује социјалне тензије код послодавца и олакшава тај процес. Стога, без обзира што постоји обострано изражена воља послодавца и запосленог, да запослени буде поглашен вишком, основ за доношење решења о отказу уговора о раду је престанак потребе за радом запосленог, а не споразумни престанак радног односа (Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 120-172/03-02 од 2.9.2003. године и бр.120-01-70/05-02 од 1.3.2005. године).

Средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених, поред средстава за исплату отпремнине запосленима којима ће се отказати уговор о раду, у складу са законом, општим актом или уговором о раду, треба да садрже и средства потребна за спровођење мера за ново запошљавање вишка запослених, пре свега, за преквалификацију, доквалификацију, самозапошљавање, запошљавање код другог послодавца, и сл.

Прописано је да програм доноси управни одбор, а код послодавца код кога није образован управни одбор – директор, односно предузетник.

Предлог програма послодавац доставља на мишљење репрезентативном синдикату, односно представнику запослених ако није образован синдикат, као и Националној служби, најкасније у року од осам дана од дана утврђивања предлога програма. Синдикат, односно представник запослених, дужан је да, у року од 15 дана од дана достављања предлога програма, достави мишљење о предлогу програма. У истом року, Национална служба је обавезна да послодавцу достави предлог мера у циљу да се спрече или ограниче на најмању меру отказ уговора о раду, односно да се обезбеди преквалификација, доквалификација, самозапошљавање и друге мере за ново запошљавање вишка запослених. Послодавац је дужан да размотри и узме у обзир предлоге Националне службе и мишљење синдиката и да их обавести о свом ставу.

Обавеза Националне службе да, по добијању предлога програма, у року од 15 дана, достави послодавцу предлог мера за ново запошљавање вишка запослених, је потребна, али по нашој оцени, нереално постављена. Наиме, сматрамо да је целисходније да Национална слушба са овако утврђеним обавезама, учествује у припреми предлога програма, као и у реализацији мера за ново запошљавање које буду утврђене програмом, пре свега у организовању преквалификације, доквалификације и других облика додатног образовања и обуке, у складу са прописима о запошљавању, затим самозапошљавање, запошљавање код другог послодавца и слично.

Запосленом који је утврђен као вишак, ако није могло да му се обезбеди друго право (рад на другом послу, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација и др.), послодавац је дужан пре отказа уговора о раду да исплати отпремнину. Висина отпремнине утврђује се општим актом или уговором о раду.

Висина отпремнине као минимално право утврђена је Законом (члан 158 став 2). Према тим одредбама 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". Значи, отпремнина се утврђује на основу: 1) бруто зараде запосленог; 2) времена проведеног у радном односу; и 3) навршених година рада.

Према члану 159 Закона о раду, зарадом у смислу овог закона сматра се просечна месечна зарада запосленог исплаћена за последња три месеца која претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина. Основица је, значи, просечна месечна бруто зарада у коју не улази накнада зараде. Ово је минимално право. Општим актом и уговором о раду може се утврдити већи износ отпремнине. Основицу за обрачун отпремнине чине сва примања из радног односа која се у смислу члана 105 ст. 1 и 2 Закона сматрају зарадом.

Под временом проведеним у радном односу сматра се време за које је запослени био у радном односу у складу са прописима о раду. То значи да је радни однос заснован на основу акта надлежног органа (одлука или решење), односно уговора о раду и да је то време уписано у радну књижицу – у рубрици – радни однос. Према томе, за обрачун и исплату отпремнине не узима се укупан стаж осигурања у смислу прописа о пензијском и инвалидском осигурању, већ само по основу стажа осигурања (година рада) проведених у радном односу.

Лица која самостално обављају делатност, као и пољопривредници, а који су обавезно осигурани у складу са Законом о пензијском и инвалидском осигурању (*Сл. гласник РС*, бр. 34/03,... 101/05), нису у радном односу у смислу прописа о раду. Стаж осигурања који ова лица остваре уплатом доприноса, не сматра се радним односом, па се стога ово време не узима за обрачун отпремнине.

Под навршеним годинама рара сматра се 12 месеци проведених у радном односу. При обрачуну отпремнине узима се укупно време проведено у радном односу које запослени има, без обзира код ког послодавца је био у радном односу. Значи, отпремнина не може запосленом да се обрачуна и исплати само за време проведено у радном односу код послодавца код кога је запослени вишак.

Запослени коме послодавац није обезбедио неко од права из члана 155 став 1 тачка 5) Закона, може запосленом да откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом, услед технолошких, економских или организационих промена, уз исплату отпремнине. Запослени коме је радни однос престао исплатом отпремнине, сагласно члану 160 Закона, остварује право на новчану накнаду и право на здравствено, пензијско и инвалидско осигурање, у складу са прописима о запошљавању.

Исплата отпремнине је, према томе, услов престанка радног односа због престанка потребе за његовим радом, те решење о отказу уговора о раду, ако претходно није исплаћена отпремнина, сматра се ништавим. Према правном схватању Врховног суда Србије „Решење о престанку радног односа неће бити ништаво у случају ако је исплата отпремнине извршена после датума означеног као моменат престанка радног односа и то: ако је до закашњења исплате дошло због грешке у обрачуну зараде; ако је закашњење договорено између послодавца и запосленог и ако је запослени примио отпремнину пре подношења тужбе за поништај решења о престанку радног односа из овог разлога" (пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 139/07).

Програмом решавања вишка запослених у процесу рационализације, реструктурирања и припреме за приватизацију, који је Влада Републике Србије донела 21. јула 2005. године (*Сл. гласник РС*, бр. 64/05, 89/06, 85/08, 90/08), предвиђено је између осталог да, запосленом који је утврђен као вишак престаје радни однос кад се определи за остваривање једног од права, које је за њега најповољније, и то за: 1) новчану накнаду у износу од 10 просечних зарада у привреди Републике, према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике – за запослене који имају више од 10 година стажа осигурања; 2) новчану накнаду у висини динарске противвредности 100 евра по години стажа осигурања, по средњем курсу, на дан достављања спискова вишка запослених од стране послодавца, уз могућност месечног усклађивања динарске противвредности износа новчане накнаде; 3) отпремнину у складу са Законом о раду и остваривањем права на новчану накнаду у складу са прописима о запошљавању.

Саглсано овим одредбама Програма, лице које представља вишак запослених и коме је престао радни однос исплатом отпремнине у складу са Законом о раду (чл. 158) и остваривањем права на новчану накнаду у складу са прописима о запошљавању (код Националне службе – надлежне филијале или службе према седишту послодавца) остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање за време исплате новчане накнаде, обуку за оспособљавање, доквалификацију, преквалификацију и друга права по основу незапослености, у складу са законом. Ово право немају запослени којима је исплаћена новчана накнада у износу од 10 просечних зарада у привреди Републике или 100 евра по години стажа осигурања у динарској противвредности на дан исплате на основу Програма. Наиме, лица којима је исплаћена новчана накнада у износу од 10 просечних зарада, односно 100 евра по години стажа осигурања остварују сва права по основу незапослености, али не и право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско и здравствено осигурање за време

исплате новчане наканаде, јер им се износ новчане накнаде по Програму обрачунава на основу укупног стажа осигурања остваренog у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању, а не само стаж осигурања остварен у радном односу у складу са прописима о раду.

Међутим, Врховни суд Србије је у Пресуди У. 7768/07 од 29.5. 2009. године, заузео другачије правно схватање: „Новчана накнада исплаћена запосленом пре отказа уговора о раду због престанка потребе за његовим радом, у смислу члана 179 тачка 9 Закона о раду, има карактер отпремнине из члана 158 истог закона.

За остваривање права на новчану накнаду за случај незапослености није од значаја назив и висина, већ правна природа давања исплаћеног пре отказа уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог".

Paraskeva **MIHAJLOVIĆ**
Bachelor of Law

TERMINATION OF CONTRACT OF EMPLOYMENT DUE TO THE END OF THE NECESSITY OF WORK OF THE EMPLOYEE

Summary

Termination of the contract of employment is of extreme economic and social significance for the employee and their family, especially in conditions of great unemployment. Especially when at issue is termination of the contract of employment due to the end of the necessity for performing certain work, when there is no longer a need for the work of a larger number of employees.

The subject of this paper is protection of labor and social rights of employees according to ratified international conventions, EU directives, the Constitution of the Republic of Serbia and labor regulations of the Republic of Serbia.

There is special emphasis on how the Labor Law defines valid reasons for termination of the contract of employment, in general, and especially when there is no longer a need for performing certain jobs or if there is a smaller scope of operations and what is not considered a valid reason for termination of the contract of employment. The Law expressly determines cases when the employer cannot terminate a contract of employment i.e. these cases cannot be grounds for dismissal.

The paper discusses the procedure for establishing and solving the problem of a surplus of employees according to the labor regulations of the Republic of Serbia.

Key words: *termination of the contract of employment, protection of work and social rights of the employee, valid reasons for termination, surplus of employees.*

др *Јасмина* ЛАБУДОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ДОБРОВОЉНИ ПЕНЗИЈСКИ ПЛАНОВИ И УПРАВЉАЊЕ ЊИХОВИМ РИЗИЦИМА

Резиме

У овом раду аутор објашњава основне врсте добровољних пензијских планова (планове са дефинисаним доприносима и планове са дефинисаним исплатама) који се примењују у низу земаља (земљама ЕУ, САД-у) и наводи њихове предности и недостатке. Један од њих, пензијски планови са дефинисаним доприносима, предвиђен је Законом о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима. С обзиром да добровољно пензијско осигурање носи одређене ризике (инвестициони ризик, ризик морталитета, дужег живота од очекиваног, и сл.), циљ аутора је да прикаже начин управљања таквим ризицима и представи различите врсте уговора на основу којих друштва за осигурање живота преузимају те ризике на себе.

Кључне речи: *пензијски планови, доприноси, исплате, пензије, ренте.*

I Увод

Пензијско осигурање и довољност средстава пензијског фонда за исплату пензија представља, у највећем броју земаља, врло осетљиво политичко питање. Савремене државе, поред бројних функција, имају и врло изражену социјалну функцију.[1]

1 Због високих буџетских расхода за финансирање социјалног осигурања и социјалне помоћи, многи социјалну функцију државе третирају као њену фундаменталну.

Постојећи систем обавезног осигурања, који се заснива на систему текућег финансирања (енг. *pay as you go)* не може да одговори свом основном задатку – обезбеђењу сигурне старости најстаријих припадника популације и зато је предмет реформи у великом броју земаља.[2] Пензијски фондови су празни, популација је све старија (стопа фертилитета је све нижа), а животни век је дужи због напретка медицине.[3] Социјално осигурање би требало да пружи само елементарну сигурност,[4] али она, нажалост, није довољна да би се животни стандард пензионера одржао на задовољавајућем нивоу и да би се омогућило задовољавање свих оних потреба које су постојале и пре пензионисања. Те недостатке треба да реши систем добровољног пензијског осигурања. Међутим, једно је сасвим сигурно, а то је да су административни трошкови социјалног осигурања знатно нижи, с обзиром да се обезбеђује јединствен програм пензијског осигурања за све запослене, у односу на административне трошкове већег броја конкурентних пензијских програма (приватне пензије).[5]

Осим неодрживости постојећег пензијског система (система текућег финансирања), повољан порески третман добровољних пензијских фондова представља разлог више за приступање добровољном систему пензијског осигурања.[6]

Joseph E. Stiglitz, *Економија јавног сектора*, Економски факултет у Београду, друго издање, Београд, 2008, стр. 359. Социјална функција државе постаје нарочито важна у привредама у транзицији које карактеришу врло високи социјални трошкови због процеса реформи, али истовремено социјална политика је један од елемената који захтева озбиљну реформу. Емилија Вукадин, *Економска политика*, Досије, Београд, 2003, стр. 264.

2 Питање реформе пензијског система је изузетно важно и у Републици Србији, али и у земљама ЕУ. Реформисани и добро осмишљени пензијски системи обезбеђују стабилност у привреди и политици, већу продуктивност, смањење буџетског дефицита, већи привредни раст, повећање националне штедње, подстичу развој финансијских тржишта.

3 Rosa Chiappe, „Reforming pension systems", у: Јелена Кочовић, Јово Вулета (уредници), *Осигурање на прекретници*, други међународни симпозијум, Врњачка Бања, 17–20. јуна, Економски факултет Универзитета у Београду и Удружење актуара Србије, 2004, стр. 13.

4 Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, Jr., *Life & Health Insurance*, thirteenth edition, Prentice Hall, Upper Saddle River, New Yersey, стр. 515.

5 J. E. Stiglitz, *нав. дело*, стр. 365. Административни трошкови социјалног осигурања у САД-у износе 1% исплата, а код приватних пензија 6%. Поређење социјалног осигурања и приватних друштава за осигурање показује да друштва за осигурање на свака два долара исплаћују један долар за административне трошкове, дивиденде и порезе.

6 Scott E. Harington, Gregory R. Niehaus, *Risk Management and Insurance*, McGrawHill, 2nd edition, Singapore, 2004, стр. 365.

Пензијски план, према слову Закона,[7] представља уговор у корист трећих лица, који је саставни део добровољног пензијског фонда, закључен између послодавца, удружења послодаваца, професионалног удружења или синдиката (организатор) и друштва за управљање добровољним пензијским фондом, а на основу кога се организатор обавезује да уплаћује пензијски допринос у корист својих запослених, односно чланова, а друштво за управљање улаже прикупљена средства. Пензијски планови се називају и пензијске шеме, планови пензијског осигурања, шеме пензионера и сл.[8]

Добровољно пензијско осигурање почива на, како се из самог назива наслућује, добровољној основи, пружајући будућим пензионерима већи обим сигурности у старости, односно веће пензије у односу на систем обавезног осигурања. У систем добровољног пензијског осигурања могу се укључити и они који су запослени и они који то нису.

Независно од жеље да се обезбеди сигурнија будућност пензионерима кроз систем добровољног пензијског осигурања, тј. пензијске планове са дефинисаним доприносима и пензијске планове са дефинисаним исплатама, неки ризици остају. То су ризик дужег живота од предвиђеног због чега се ризикује да се исцрпу сва акумулирана средства у пензијском фонду, инвестициони ризик, ризик морталитета и сл. Све те ризике могу преузети на себе друштва за осигурање живота у форми различитих уговорних аранжмана. У овом раду, прво ће бити представљене основне врсте пензијских планова, затим ризици са којима се суочавају пензионери и како друштва за осигурање живота управљају овим ризицима.

II Врсте пензијских планова

Два су основна начина финансирања пензијског осигурања: систем текућег финансирања и систем акумулације капитала (систем капитализованих фондова). Систем текућег финансирања пензија (енг. *pay as you go*) се показао као неадекватан, тј. ефикасан је само у оним државама са младом популацијом и економијама у успону.[9] Добровољно пензијско осигурање се заснива на систему капитализације, тј. акумулације средстава и има изузетан значај за развој финансијског тржишта јер се средства не користе за финансирање текућих пензија, већ се акумулирају на

7 Закона о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005; даље у фуснотама: ЗДПФП), чл. 3.

8 Татјана Ракоњац-Антић, *Добровољно пензијско осигурање – актуарска и финансијска анализа*, Економски факултет у Београду, Београд, 2004, стр. 4

9 Т. Ракоњац-Антић, *нав. дело,* стр. 8.

рачунима сваког запосленог и могу се инвестирати све док се не остваре услови за одлазак у пензију.

Пензијске планове можемо поделити на различите начине зависно од критеријума меродавног за класификацију. Једна од најчешћих подела пензијских планова је на пензијске планове са дефинисаним доприносима (енг. *defined contributions plans*) и пензијске планове са дефинисаним исплатама (енг. *defined benefits plans*). Као изведени облик, постоје и хибридни пензијски планови.[10] Они представљају планове са обележјима планова са дефинисаним доприносима и планова са дефинисаним исплатама. У зависности од тога какав порески третман имају, пензијски планови се класификују на квалификоване (који имају повољан порески третман) и неквалификоване (који немају повољан порески третман).

Сваки пензијски план мора да буде конструисан тако да задовољи одређене услове, а један од њих се односи на то да мора бити у писменој форми.[11] Врло важан критеријум који пензијски планови морају задовољити јесте да не смеју бити дискриминаторни, тј. бити на штету оних са мањим примањима. Планом се мора предвидети начин исплате пензија и под којим условима се могу повући средстава пре испуњења услова за пензионисање. Сваки добро осмишљен план мора да предвиди потребне године за пензионисање, тј. мора бити одређена и доња и горња граница. Ово је нарочито важно због пројекције трошкова, стопе приноса која треба да буде остварена на пласирана средства, као и планирања одласка у пензију сваког запосленог.[12] У плановима са дефинисаним доприносима морају се прецизирати и јасно дефинисати висина доприноса који се уплаћују, док планови са дефинисаним исплатама морају садржати висину пензијске надокнаде.

Планови пензијског осигурања се могу базирати на организовању посебног фонда који има статус правног лица, али с друге стране постоје и пензијски планови као део фондова који немају статус правног лица.[13]

Пензијски планови са дефинисаним доприносима представљају такву врсту планова код којих је унапред дефинисан износ доприноса који се уплаћује у фонд, а који истовремено представља и обавезни

10 Нпр. *target-benfit plan, cash-balance plan* и др. K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 524.

11 Законом је прописан минимум елемента које уговор о пензијском плану мора садржати: пословно име друштва за управљање; датум у текућем месецу до кога послодавац врши уплате пензијског доприноса за претходни месец; износ пензијског доприноса по члану; име, презиме, адресу и ЈМБГ чланова плана; датум и место закључења уговора и потписе уговорних страна, чл. 58 ЗДПФП и Т. Ракоњац-Антић, *нав. дело*, стр. 30.

12 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 522–523.

13 Т. Ракоњац-Антић, *нав. дело*, стр. 32–33.

елемент пензијског плана. Доприноси би требало да буду одређени тако да буду довољни за исплате пензијских надокнада и административних трошкова. Износ пензијске надокнаде унапред није познат. Она ће зависити од акумулираног износа насталог од уплаћених доприноса и од остваренog приноса на инвестирана средства. Пракса показује да су задњих тридесетак година на тржишту присутнији планови са дефинисаним доприносима,[14] иако је ризик за кориснике мањи код планова са дефинисаним исплатама.

Као што смо претходно поменули, висина пензија унапред није позната и зависи од тога да ли је остварени принос на пласирана средства једнак очекиваном, тј. какво је стање на финансијском тржишту. Стање на финансијском тржишту може бити такво да се могу остварити високи приноси, чак виши од пројектованих. Међутим, стање на финансијском тржишту може бити и сасвим супротно, што је, заправо, показала светска финансијска криза. Ипак, истраживања показују да су пензије које се исплаћују на основу ових планова, често ниже од пензија које се исплаћују на основу планова са дефинисаним исплатама. С друге стране, планови са дефинисаним доприносима изискују мање административне трошкове, а регулатива којој подлежу је „лабавија" у односу на регулативу којој подлежу планови са дефинисаним исплатама.[15]

Доприноси у овој врсти планова могу бити дефинисани као проценат од зараде, а могу бити одређени и тако да њихова висина варира.[16] Постоје различите врсте планова са дефинисаним доприносима, као што су: планови са уделом у профиту (енг. *profit sharing plans*), планови код којих се исплате врше у акцијама (енг. *stock bonus plans*), планови стицања новца (енг. *money purchase plans*).

Планови са дефинисаним исплатама представљају такве планове код којих је унапред дефинисана висина пензије. Ови планови могу садржати и формулу на основу које се обрачунава пензија. Најважнији параметри на основу којих се то чини су висина зараде и године радног стажа. Висина зараде која се узима у обзир може бити просечна зарада током целог радног века, односно просек зараде током задње три године пред одлазак у пензију, односно током пет или десет година када су остварене највише зараде.[17]

14 Alexander Muermann, Olivia S. Mitchell, Jacqueline M. Volkman, „Regret, portfolio choice and guarantees in defined contribution schemes," *Insurance: Mathematics and Economics*, Elsevier, No. 39, 2006, стр. 223.

15 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 518.

16 Т. Ракоњац-Антић, *нав. дело,* стр. 40.

17 Emmett J. Vaughan, Therese Vaughan, *Основе осиīурања – уīрављање ризицима*, Мате, Загреб, 2000, стр. 261.

Независно од тога што су обе врсте пензијских планова заснованих на акумулираном капиталу (и са дефинисаним исплатама и са дефинисаним доприносима) веома важни за развој финансијског тржишта, упознавање са њима открива нам велике разлике. Осим главне разлике, која се односи на унапред одређене доприносе код планова са дефинисаним доприносима, односно унапред одређене пензије код планова са дефинисаним исплатама, постоје и неке друге. Наиме, код планова са дефинисаним доприносима, основни циљ јесте остварити што већу добит која се слива на индивидуални рачун члана фонда. Овде је врло важно истаћи да, за разлику од планова са дефинисаним исплатама, осигураник сноси инвестициони ризик и последице које из тога произлазе,[18] као и ризик од инфлације.[19] Ови планови више одговарају послодавцима јер је једина њихова обавеза да улате уговорени износ доприноса. Не воде рачуна о висини пензије. Уз то, средства са појединачних рачуна су преносива, што је још једно важно њихово обележје.[20]

Код планова са дефинисаним исплатама, као што је речено, будућа пензија ће зависити од стопе раста зарада (остварених прихода), стопе приноса на активу, година и стажа запосленог. Из угла послодавца, врло је важно остварити што вишу стопу приноса од инвестираних средстава тако да она буде довољна да се обезбеди покриће доспелих обавеза и ликвидност.[21] Поред овога, нагласимо да су управљање инвестицијама, актуарске процене и обавезе много компликованији код ових планова. Њихова важна обележја су, између осталог, већи административни трошкови и строжа регулатива у односу на планове са дефинисаним исплатама.

За организатора плана је много једноставније да уплаћује унапред дефинисане доприносе, него да направи пројекцију будућих исплата. Планови са дефинисаним исплатама могу бити недовољно финансирани. То значи да уплаћени доприноси и остварени приноси од улагања нису довољни за исплату унапред дефинисаних исплата. У том случају оптимална инветициона стратегија, према неким актуарским проценама, треба да буде усмерена на избор све ризичније активе што је дефицит

18 A. Muermann, O. S. Mitchell, J. M. Volkman, *нав. чланак*, стр. 223.

19 Дејан Шошкић, Бошко Живковић, *Финансијска тржишта и институције*, друго издање, Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду, Београд, 2007, стр. 525.

20 Синиша Остојић, *Осигурање и управљање ризицима*, Дата статус, Београд, 2007, стр. 42. и Т. Ракоњац-Антић, *нав. дело*, стр. 42.

21 OECD, *Guidelines on Pension fund asset management*, *Recommendation of the Council*, 26 January 2006, доступно на адреси: *http://www.oecd.org/dataoecd/59/53/36316399.pdf*, 18.3.2009., стр. 2.

већи.[22] Ово се оправдава потребом да се обезбеди довољно средстава за финансирање унапред дефинисаних пензија, јер, иначе, мање ризична активa неће моћи да покрије мањак. С обзиром да послодавац сноси инвестициони ризик, уколико су очекивани приноси на инвестиције испод очекиваних, биће обавезан да уплати додатне доприносе како би биле исплаћене унапред дефинисане пензијске надокнаде.

Једна од тачака разликовања између планова са дефинисаним доприносима и дефинисаним исплатама огледа се у инвестиционој политици и анализи ризика. Наиме, код планова са дефинисаним исплатама, као и код осигуравача живота, менаџери се више фокусирају на ризик недостатка новца у фонду (енг. *shortfall risk*) и на управљање имовином и обавезама, него на обезбеђење оптималног односа између ризика и приноса.[23] Код планова са дефинисаним доприносима ситуација је обрнута.

Коначно, важна разлика између ових пензијских планова је у погледу предности за млађе, односно старије запослене. Истраживања показују да планови са дефинисаним доприносима омогућују да се оствари већи део пензије у ранијим годинама зато што се уплаћени доприноси укамаћују у дужем периоду, него они који су уплаћени касније.[24] Код планова са дефинисаним исплатама, садашња вредност пензија млађих запослених у поређењу са садашњом вредношћу пензија старијих запослених, тј. оних који су надомак пензионисања, биће нижа.[25]

Постоје и разне друге врсте пензијских планова. У САД-у су врло распрострањени, нпр. 401(к) пензијски планови, 403(б) пензијски планови, Кеогх пензијски план итд. Сви они имају повољан порески третман. Посебна погодност код појединих пензијских планова је то што осигураници могу користити средства фонда када су им она неопходна, другим речима могу их позајмити.[26]

---

22 Ricardo Josa-Fombellida, Juan Pablo Rincon-Zapatero, „Optimal investment decisions with a liability: The case of defined benefit pension plans", *Insurance: Mathematics and Economics,* Elsevier, No. 39, 2006, стр. 95.

23 E. Philip Davis, *Insurance and Private pensions compendium for emerging economies, Portfolio regulation of Life Insurance Companies and Pension funds*, book 2, part 1:3)a, OECD, 2001, стр. 6. и 12.

24 E. J. Vaughan, T. Vaughan, *нав. дело,* стр. 261.

25 E. J. Vaughan, T. Vaughan, *нав. дело,* стр. 261.

26 На позајмљена средства плаћају камату која се приписује њиховом рачуну. Максимални износ зајма не може бити већи од 50% средстава на рачуну, односно не може бити већи од 50.000$. Позајмљена средства се враћају у року од пет година, односно 25 уколико је зајам коришћен за куповину куће или стана у којој ће осигураник живети. Т. Ракоњац-Антић, *нав. дело,* стр. 55–56.

III Управљање ризицима добровољног пензијског осигурања

На основу концепције планова са дефинисаним исплатама јасно је да је висок принос на инвестирана средства веома важан јер омогућује послодавцима извесне уштеде, у смислу да кроз више приносе остварене на пласирана средства смање део (допринос) који се издваја ради финансирања пензија.[27] Као што је у претходном делу рада поменуто, инвестициони ризик и ризик од инфлације носи послодавац. Осигураници носе ризик отказа, односно пропадања компаније у којој раде.

Насупрот томе, код планова са дефинисаним доприносима, инвестициони ризик (промене каматне стопе, промене цене активе, промене девизног курса), ризик инфлације и промене прописа којим се регулише инвестициона активност пензијских фондова је на осигуранику. Уз ове ризике, постоји ризик да ће осигураник живети дуже него што је предвиђено актуарским прорачунима, због чега акумулирана средства неће бити довољна за исплату пензија.

Овакве ризике на себе могу преузети осигуравачи живота. Они представљају врло ефикасан начин за управљање ризицима са којима се сређу пензијски фондови. Тако је у низу земаља: САД-у,[28] земљама Латинске Америке, Великој Британији, Пољској, Мађарској, Хрватској, Македонији.[29] Наиме, за разлику од друштава за осигурање живота која се суочавају са ризиком да ће осигураници умрети пре него што је актуарским прорачунима предвиђено, код пензијских фондова „страх" је сасвим супротне природе. Он се односи на дуже трајање живота од очекиваног због чега средства у фонду неће бити довољна за финансирање пензија. У таквим случајевима, спас је у рентном осигурању.[30] Практично, осигурање живота пружа финансијску заштиту осигураницима пре него што се акумулирају финансијска средства, па чак и ако умру пре него што је очекивано. У рентном осигурању заштита се пружа због дужег живота осигураника од очекиваног у циљу обезбеђења животног прихода који се неће надживети.[31] Уговор о ренти може закључити и

27 Према неким истраживањима, 1% повећања приноса на активу може смањити трошкове рада компанијама за око 2–3%.

28 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 534.

29 Уколико ове ризике не преузме осигуравач, остаће на појединцима, тј. пензионерима. R. Chiappe, *нав. чланак*, стр. 15–16.

30 Рентно осигурање заузима врло важно место у пословању друштава за осигурање живота. У току 2000. године приход од премија по основу рентног осигурања у САД-у износио је 303 милијарде $, што представља 56% укупног премијског прихода осигуравача живота. S. E. Harington, G. R. Niehaus, *нав. дело*, стр. 311.

31 George E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, eighth edition, Addisnon Wesley, 2003, стр. 397.

послодавац за своје запослене (групна полиса), али и сваки појединац (индивидуална полиса).

Ова врста осигурања пружа заштиту оним пензионерима, тј. осигураницима који ће живети дуже него што се претпоставља, односно дуже од просечног људског века због чега ће исцрпети уштеђена средства. Очекивана дужина живота није иста за све. Истраживања друштава за осигурање живота су показала да осигураници, који су купили рентно осигурање, по правилу, живе дуже од већине људи. То су обично људи чији су родитељи, бабе и деде, живели дуже него што је уобичајено.[32] Из тих разлога, друштва за осигурање користе другачије таблице морталитета за обрачун него у осигурању живота. Што је дуже очекивано трајање живота, трошкови рентног осигурања биће већи. То значи да економска ефикасност захтева да се наплате различите премије у зависности од очекиване дужине живота.[33] Висина ренте зависи од неколико фактора: приступне старости, пола, висине премије, времена плаћања премије, дужине периода у коме се исплаћује рента.

Трошкови ренте за припаднике женског пола су већи, с обзиром да жене живе дуже од мушкараца. Услов за закључење рентног осигурања, с обзиром на његову сврху, није добро здравствено стање осигураника.[34] То би, свакако, био врло важан елемент за обрачун премије код осигурања живота.

Рента представља периодичну исплату за одређени уговорени фиксни период или за време трајања нечијег живота. Рента се састоји не само из дела премије и камате, већ и из „накнаде за преживеле“ (енг. *survivorship benefit*), тј. обухвата један део средстава умрлих осигураника[35] или другим речима неликвидирану главницу раније умрлих. У рентном осигурању они који умру раније субвенционишу оне који живе дуже, тј. оне чији је ризик већи. У осигурању живота је обрнуто (само су улоге замењене – они који умру раније носе већи ризик). Они осигураници који живе дуже субвенционишу оне који умру раније.

Закључујући рентно осигурање, друштва за осигурање живота преузимају на себе инвестициони ризик и ризик морталитета у замену за уплаћене премије. Друштва за осигурање „продају“ обећање да ће до смрти пензионера исплатити унапред договорени износ. Гарантујући

32 Њихови преци су, према истраживањима, живели до 115 година. Они чији преци нису тако дуго живели не купују рентно осигурање. Emmett J. Vaughan, Therese Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance,* John Wiley & Sons, Inc., USA, ninth edition, 2003, стр. 307.

33 J. E. Stiglitz, *нав. дело*, стр. 367.

34 E. J. Vaughan, T. Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance,* стр. 307.

35 E. J. Vaughan, T. Vaughan, *Основе осиīурања – уīрављање ризицима*, стр. 268.

исплату до смрти пензионера решава се проблем који са собом носи ризик морталитета, а гарантујући каматну стопу на уплаћена средства, решава се проблем инвестиционог ризика пензијског фонда. Дакле, куповином осигурања елиминисана су два кључна ризика са којима се сусрећу пензијски фондови, а које би у супротном сносили осигураници, тј. пензионери. Они их и носе код планова са дефинисаним доприносима, док код планова са дефинисаним исплатама ризик је на послодавцу. Међутим, пошто сви показују аверзију према ризику, ризици се трансферишу у осигурање. Послодавац ће, уколико не буде могао да испуни уговорене обавезе и исплати унапред дефинисану пензију, морати да уплати додатна средства. Зато му се више исплати да купи рентно осигурање. Као купац ренте може се појавити и будући пензионер, нарочито ако је реч о плановима са дефинисаним доприносима.

1. Врсте ренти

Постоје различите врсте ренти. Уобичајене су поделе: на фиксне и варијабилне, тренутне и одложене (чине око 95% свих ренти),[36] једнократне и оброчне (према начину исплате), чисте животне ренте и одређене. Фиксне ренте су гарантоване и износ им се не мења.[37] Негативна страна им је што су скромног домета и што не пружају заштиту од инфлације. Код уговора са фиксном рентом, на уплаћене премије најчешће се обрачунавају две врсте каматних стопа. Једна је гарантована каматна стопа која се приписује током периода акумулације, а друга је текућа каматна стопа која или није гарантована или се гарантује само за један тачно одређен (краћи) период.[38]

Уговори о ренти могу бити закључени уз једнократну премију или уз континуирану уплату премије. Обично послодавац закључује уговор са једнократном уплатом премије (енг. *single-premium group annuity contracts*) за оне који су се већ пензионисали. Није уобичајено да су овим начином заштите обухваћени они који још раде. Осим уговора о ренти са једнократном уплатом премије, могуће је определити се за уговор са континуираном уплатом премије (енг. *level-premium group annuity contract*), тј. премију ће плаћати у једнаким износима, али сваке године. Премије се плаћају све док запослени не остваре услове за одлазак у пензију.[39] Ако су се уговорне стране тако споразумеле, могуће је да

36 S. E. Harington, G. R. Niehaus, *нав. дело*, стр. 312.

37 С. Остојић, *нав. дело,* стр. 187.

38 Текућа каматна стопа је обично виша и зависи од стања на тржишту. G. E. Rejda, *нав. дело*, стр. 397–398.

39 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 534.

премије буду флексибилне (а не фиксне), тј. да њихова висина није унапред дефинисана већ се могу уплаћивати у различитим износима.

Ренте које омогућавају исплату одмах по уплати премије, односно куповине фиксне ренте (нпр. наредног месеца после уплате премије или наредне године од уплате, ако се премије уплаћују годишње), представљају тренутне ренте. Ову врсту ренти купују они који су непосредно пред пензионисањем. Поред њих, постоје и одложене ренте (енг. *group deffered annuities*). Код ове врсте ренти почиње се са уплатом премија пре пензионисања, а исплата се одлаже до момента одласка у пензију. Такође, до момента исплате одложено је и плаћање пореза. У сваком случају, запослени је осигуран од недовољности средстава чињеницом што је послодавац уговорио ренту коју гарантује осигуравач. С друге стране, послодавац не мора да брине да ли ће пензије које су уговорене бити и исплаћене у износу који је предвиђен пензијским планом.[40]

Чиста животна рента обезбеђује плаћање фиксног износа током живота пензионера. Пензије се неће усклађивати (повећавати) ако је инвестициони принос осигуравача живота на којег је ризик пренет, односно ризик морталитета већи него што је инвестициони принос гарантован од стране пензијског фонда.[41] Важи и обрнуто. Уколико је инвестициони принос нижи од инвестиционог приноса гарантованог од стране пензијског фонда, неће бити снижавања пензија.

Варијабилне ренте су много популарније од фиксних. Основна сврха уговарања ових ренти јесте обезбеђење заштите од инфлације.[42] Висина ренте зависи од кретања цена акција. Практично, уплаћене премије се инвестирају у акције или другу активу која носи варијабилни приход, односно која се мења са кретањем инфлације. Премије служе за куповину акумулационе или инвестиционе јединице (после пензионисања трансформишу се у рентне јединице), а њихова вредност се мења са променом цена акција.[43] Интересантно је да неки уговори са варијабилном рентом обезбеђују заштиту главнице од губитка вредности због лоших услова на тржишту, док постоје и такви уговори којима се може гарантовати не само главница, већ и припадајуће камате.[44] Интересантно је да варијабилне ренте у неким државама, као нпр. САД-у, пружају разноврсне инвестиционе алтернативе, у смислу улагања сред-

40 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 535.

41 R. Chiappe, *нав. чланак*, стр. 16–17.

42 G. E. Rejda, *нав. дело*, стр. 399.

43 E. J. Vaughan, T. Vaughan, *Основе осигурања – управљање ризицима*, стр. 268.

44 Ипак, трошкови оваквих уговора могу бити врло високи. Често могу прећи 2% вредности имовине. G. E. Rejda, *нав. дело*, стр. 400.

става од уплаћених премија. Тако, уплаћене премије се могу инвестирати у фондове акција, фондове корпоративних обвезница, фондове тржишта новца.[45]

Посебна врста ренти представљају индексиране ренте. Ове ренте нуде гарантовани фиксни приход, али и један део капиталних добитака од акција. Осим што су фиксне, индексиране ренте представљају одложене ренте. Вредност индексираних ренти зависи од индекса акција (нпр. *Standard and Poor's 500*). Уколико се повећава вредност акција, рентама се приписује део капиталног добитка индекса акција, а уколико се деси да тржиште акција показује негативне перформансе, онда се ренти приписује најнижи принос. Наиме, ове ренте пружају најнижу заштиту од губитка главнице и камате, тј. гарантују главницу и камату ако се рента прима током одређеног периода, тј. одређени број година (најчешће од једне до десет).[46]

Међутим, често ће запослени напустити послодавца, тј. неће више радити код њега. То за њега може представљати велики трошак уколико је уговорио ренту. Из тих разлога уговори о ренти губе на популарности и уместо њих закључују се уговори о административном депозиту (енг. *deposit administration contracts*). На основу таквих уговора, друштво за осигурање живота преузима све ризике, али само према онима који су се пензионисали.[47] Интересантно је да за оне запослене који још нису остварили услове за одлазак у пензију, осигуравач живота гарантује само да ће пензије бити онолике колико има расположивог новца у време пензионисања таквих лица. Не гарантује за средства која уплаћује послодавац.[48] Осигуравач гарантује да ће се одржати реална вредност уплаћених износа, тј. да неће доћи до смањења капитала и гарантује минималну каматну стопу. Гаранције се обично односе на првих пет година трајања уговора. Након тога, стопе се могу мењати. Пракса показује да неки осигуравачи гарантују цену по којој ће се куповати ренте за период између пет и десет година са правом промене за нове пензионере.[49] Осцилације просечне стопе приноса на инвестирана средства доприносе да друштва за осигурање живота избегавају дугорочне гаранције.

Уговори са гарантованим непосредним учешћем (енг. *immediate participation guarantee contracts)* представљају уговоре који су слични уго-

45 G. E. Rejda, *нав. дело*, стр. 400.

46 Најнижи принос обично се обрачунава у износу од 3% на 90% инвестиране главнице. G. E. Rejda, *нав. дело*, стр. 401.

47 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 535.

48 Послодавац је дужан да води рачуна о томе да ће средства која уплаћује бити довољна за финансирање ренти. Обавеза је осигуравача да депонована средства чува и инвестира.

49 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 536.

ворима о административном депозиту, у смислу да осигуравач гаратује исплату ренти пензионисанима. Разлика се огледа у обиму и времену у коме осигуравачи носе ризик морталитета, инвестиција и трошкова у односу на животе пензионисаних. Овај уговор има две фазе. Прва фаза или активна траје док послодавац уплаћује довољно средстава у фонду преко износа који је неопходан за куповину осигурања како би се гарантовале ренте онима који су се пензионисали. После тога, уговор прелази у другу фазу уколико износ у фонду падне на тзв. критички ниво.

У активној фази, из средстава која се акумулирају исплаћују се трошкови друштва за осигурање и пензијске надокнаде, а кредитира се уделом у инвестиционом приходу. Ови уговори се кредитирају једним делом из осигуравачевог капиталног добитка, односно оптерећени су капиталним губицима. Све док су послодавчеви доприноси довољни да одрже уговор у активној фази, осигуравач је ослобођен ризика инвестирања, морталитета и трошкова у односу на све активне запослене и ризика морталитета за пензионисане. Ако и кад уговор пређе у другу фазу, сви ови ризици долазе до изражаја.

Извршење уговора о административном депозиту и уговора са гарантованим непосредним учешћем врши се на терет општег рачуна (енг. *general account*) осигуравача.[50] Остали специјални инвестициони аранжмани односе се на обавезе са посебног рачуна.

Специјални инвестициони аранжмани (енг. *special investment arrangements*) се односе на одвојене (посебне) рачуне (енг. *separate accounts*). Посебни рачуни су први пут коришћени у пословима који се односе на пензијско осигурање 60-их година XX века. Средства која се налазе на овом рачуну не подлежу регулаторним ограничењима у погледу инвестирања (нема квантитативних ограничења). Уговори које осигуравачи закључе, а чије обавезе имају основ у одвојеним (посебним) рачунима, зависе од инвестиционих резултата остварених од активе на посебном рачуну. Средства са свих ових рачуна, обично се инвестирају у акције, обвезнице, некретнине, хипотеке и другу активу. Они који не желе више да своја средства држе у пулу посебних рачуна могу захтевати да се отвори нов, одвојен рачун само за њих. Одвојени (посебни) рачуни се често користе за финансирање варијабилних ануитета. Средства на одвојеном рачуну се конвертују у рентне јединице (енг. *units*),

50 Наиме, у САД-у целокупан инвестициони портфолио разврстан је на два рачуна: генерални (општи) и одвојени (посебни). Актива која треба да обезбеди извршење фиксних уговорних обавеза налази се на општем рачуну, а она која служи подмирењу обавеза повезаних са инвестиционим ризиком (посебно из уговора који се тичу варијабилних ануитета, варијабилног животног осигурања и пензијског система) налази се на посебном рачуну. K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 879–880.

а пензије, као што је претходно речено, зависе од њихове вредности. Свака месечна исплата ренте једнака је производу рентних јединица на које запослени има право и месечне вредности јединице.[51]

На нашем тржишту осигурања постоји законски основ за спровођење рентног осигурања.[52] Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима дозвољава да један од начина исплате акумулираних средстава буде и кроз куповину ануитета (ренте). Заправо, добровољни пензијски фонд може по налогу и за рачун члана фонда да купи ануитет и да изврши пренос средстава у друштво за осигурање.[53] Сви наведени облици ренте који постоје у свету, не постоје у Србији, али се основне врсте примењују. Нереално је очекивати да се сви облици ренти одмах примене код нас јер неки од њих представљају врло сложене инвестиционе аранжмане.

Jasmina **LABUDOVIĆ, PhD**
Assistant Professor, University of Kragujevac Faculty of Law

VOLUNTARY PENSION PLANS AND MANAGEMENT OF THEIR RISKS

Summary

In this paper the author explains basic types of voluntary pension plans (defined contribution plans and defined benefit plans), which are applied in many countries (in EU and USA) and indicates their advantages and disadvantages. One of them, defined contribution plan, is provided by our Law of voluntary pension funds and pension plans. Since voluntary pension insurance bears some risks (investment risk, inflation risk, longevity risk, etc.), the author's aim is to show the management of those risks and represent various types of contracts on the basis of which life insurance companies take over those risks.

Key words: *pension plans, contributions, benefits, pensions, annuities.*

51 K. Black, Jr., H. D. Skipper, Jr., *нав. дело*, стр. 537.

52 Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/04 и 70/04 – испр. и измене и допуне објављене у *Службеном гласнику РС*, бр. 61/05, 61/05 – др.закон, 85/05 – др. закон, 101/07 и 63/2009 – одлука УС), чл. 9.

53 Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, чл. 62.

Татјана **ПРИЈИЋ**
начелник Одељења за нормативне послове, хармонизацију прописа и надзор, Министарство економије и регионалног развоја

ПРОФЕСИОНАЛНА РЕХАБИЛИТАЦИЈА ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Овај рад јесте покушај анализе релевантних правних докумената који стварају правни оквир за професионалну рехабилитацију а тиме и запошљавање особа са инвалидитетом у Републици Србији, који чине: међународне конвенције и препоруке, различита стратешка документа и прописи који се односе на ову област, са посебним акцентом на Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом и подзаконска акта донета на основу овог закона којима се прецизно регулишу поједина питања професионалне рехабилитације.

Регулисањем области професионалне рехабилитације постиже се: подизање нивоа запошљивости особа са инвалидитетом (кроз мотивацију и подизање самосвести, додатно образовање и обуку, мере активне политике запошљавања и др.), укључивање на тржиште рада (на основу и у складу са потребама послодаваца), разбијање предрасуда о могућностима особа са инвалидитетом (праћењем њихових могућности и способности), укључивање у шире друштвене токове (остваривањем права на рад као једним од предуслова), смањење сиромаштава ове социјално угрожене категорије становништва (повећањем стопе запослености и економске самосталности) и др.

Кључне речи: *особа са инвалидитетом, професионална рехабилитација, забрана дискриминације.*

I Увод

Право на рад свих грађана Републике Србије, као једно од основних људских права, гарантовано је како документима међународног права тако и, на националном нивоу, прописима Републике Србије. Да би се остварило ово право од стране појединих категорија становништва чији је приступ тржишту рада отежан, посебно кад је реч о особама са инвалидитетом које се суочавају са низом препрека и тешкоћа у свакодневном животу (архитектонским, образовним, културолошким и сл.), потребно је комплексно ангажовање и напор целокупне друштвене заједнице. Питање укључивања особа са инвалидитетом на тржиште рада има велики значај као претпоставка инклузије у све сфере друштвеног живота и не може да се поставља као проблем социјалне политике, већ као питање поштовања људских права. У том смислу, у Републици Србији је усвојен низ прописа којима се регулише забрана дискриминације, подстиче инклузија и регулишу мере за запошљавање особа са инвалидитетом, чиме се појединцу омогућава самосталан живот, економска независност и укљученост у друштвене токове, заједница црпи ефекте њиховог рада и потенцијала, а послодавци задовољавају потребе за лицима са одређеним знањима и компетенцијама.

Овај рад јесте покушај анализе релевантних правних докумената који стварају правни оквир за професионалну рехабилитацију а тиме и запошљавање особа са инвалидитетом у Републици Србији, који чине: међународне конвенције и препоруке, различита стратешка документа и прописи који се односе на ову област, са посебним акцентом на Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Службени ґласник РС,* бр. 36/09) и подзаконска акта донета на основу овог закона којима се прецизно регулишу поједина питања професионалне рехабилитације.

Регулисањем области професионалне рехабилитације постиже се: подизање нивоа запошљивости особа са инвалидитетом (кроз мотивацију и подизање самосвести, додатно образовање и обуку, мере активне политике запошљавања и др.), укључивање на тржиште рада (на основу и у складу са потребама послодаваца), разбијање предрасуда о могућностима особа са инвалидитетом (сагледавањем њихових могућности и способности), укључивање у шире друштвене токове (остваривањем права на рад као једним од предуслова), смањење сиромаштава ове социјално угрожене категорије становништва (повећањем стопе запослености и економске самосталности) и др.

II Међународно-правни оквир

Међународно-правни оквир регулисања области професионалне рехабилитације особа са инвалидитетом чине ратификоване конвенције и препоруке УН и МОР-а којима се у први план ставља поштовање и остваривање начела о потпуном укључивању и једнакости у раду и свеколиком друштвеном развоју и животу, осигурање услова за једнак третман, брига о уважавању посебности особа с инвалидитетом приликом креирања релевантне легислативе, предузимање мера ради подстицања запошљавања и при томе обезбеђивање забране дискриминаторних поступака, перманентан рад на унапређењу услова за професионалну оријентацију, оспособљавање и запошљавање особа са инвалидитетом, обезбеђење стручне помоћи и једнаких могућности образовања на свим нивоима и посебно у програмима намењеним образовању одраслих, постизање прилагодљивости тржишту рада и истиче важност запошљавања особа с инвалидитетом на отвореном тржишту рада.

1. Стандардна правила за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом

Генерална скупштина УН је 1993. године усвојила Стандардна правила за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом на основу којих се обезбеђује да особе са инвалидитетом уживају иста права и обавезе као и остали чланови друштва у којем живе. СРЈ је приступила Стандардним правилима 1995. године, чиме је, између осталог, потврђена неопходност активног подржавања интеграције особа са инвалидитетом и њиховог слободног запошљавања развијањем мера као што су професионално оспособљавање, подстицајне квоте, резервисано или наменско запошљавање, пореске олакшице или друге врсте помоћи предузећима која запошљавају особе са инвалидитетом.

2. Конвенција о правима особа са инвалидитетом

Генерална скупштина УН је 2006. године усвојила Конвенцију о правима особа са инвалидитетом (ступила на снагу 2008. године), којом се детаљно уређују мере за остваривање права на рад и сродних права особа са инвалидитетом а посебан нагласак ставља на забрану дискриминације у овој области, једнаке услове, запошљавање на отвореном тржишту рада, самозапошљавање, различите подстицаје за послодавце и др. У Републици Србији ова конвенција је ратификована маја 2009. године.[1]

1 *Службени їласник РС – Међународни уїовори*, бр. 42/2009.

3. Конвенција број 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа с инвалидитетом

Препорука о професионалној рехабилитацији инвалидних лица, број 99 из 1955. године, дефинише особе са инвалидитетом као лица чија је перспектива у стицању и задржавању одговарајућег запослења значајно смањена као последица физичког или интелектуалног оштећења, те утврђује обавезу спровођења сталне и континуиране рехабилитације која обухвата професионалну оријентацију, професионално оспособљавање и запошљавање особа с инвалидитетом. Конвенцијом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа с инвалидитетом, усвојеном 1983. године, ова препорука је актуелизирана, а у Републици Србији је потврђена 1987. године.[2] Конвенцијом се дефиниција инвалидности проширује обухватањем социјалних фактора при стицању, задржавању и напредовању у одговарајућој професији и дефинише обавеза доношења прописа који уређују област запошљавања и професионалне рехабилитације особа са инвалидитетом, као и програма и мера у погледу образовања и рада особа са инвалидитетом који пружају једнаке могућности и подстичу њихову самосталност, учешће у друштвеном животу и друге активности у свим областима живота и рада. Такође, уређује се спровођење мера и обука од стране саветника за рехабилитацију, обученог особља за професионалну оријентацију, стручно оспособљавање, посредовање и запошљавање особа са инвалидитетом, уз консултацију са послодавцима и радницима као и организацијама које се баве питањима особа са инвалидитетом.

4. Конвенција број 142 о професионалној оријентацији и стручном оспособљавању у развоју људских ресурса

Конвенција МОР-а број 142 о професионалној оријентацији и стручном оспособљавању у развоју људских ресурса, усвојена 1975. године, ратификована у Републици Србији 1982. године,[3] дефинише развијање координиране политике и програма професионалне оријентације и стручног оспособљавања у сарадњи са послодавцима и радницима, као и другим заинтересованим организацијама, проширивање система професионалне оријентације и стално информисање о могућностима запошљавања како би се обезбедила доступност деци, омладини и одраслима, а одговарајући програми свим особама са инвалидитетом. Утврђује се обавеза давања информација и упустава о избору занимања, стручном оспособљавању и могућностима образовања, о могућностима запошљавања и напредовања, условима рада, заштити на раду и другим

2 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 3/1987.

3 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори,* бр. 14/1982.

аспектима радног живота на свим нивоима привредних, друштвених и културних активности.

5. Друга релевантна међународна документа

Друга релевантна документа која је потребно поменути јесу: Ревидирана Европска социјална повеља,[4] усвојена 1996. године, у ЕУ ступила на снагу 1999. године, у Републици Србији потврђена 2009. године; Уредба о ратификацији Конвенције МОР-а бр. 111 која се односи на забрану дискриминације у погледу запошљавања и занимања;[5] Препорука Савета Европе о акционом плану за особе са инвалидитетом за период 2006–2015. године; Директива о стварању оквира за једнако поступање у запошљавању и радним односима 2000/78/ЕС и др.

III Стратешка документа у Републици Србији

1. Стратегија за смањење сиромаштва у Србији[6]

Овом стратегијом је наглашено да особе са инвалидитетом спадају у изразито угрожену групу становништва, са високим уделом сиромашних. Преко 70% особа са инвалидитетом у Србији живи испод линије сиромаштва. Разлози су многобројни: само 13% особа са инвалидитетом ради, што значи да је у радном односу само око 21.000 лица, а од тог броја највише трећина има прилагођене услове рада.

2. Стратегија развоја социјалне заштите[7]

Наводи као један од циљева изградњу нове политике и законодавне активности којом се обезбеђује правовремена и делотворна заштита особа са инвалидитетом изградњом политике социјалне заштите која врши активну превенцију социјалних проблема.

3. Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији[8]

Као један од задатака дефинише развијање политика мера и програма у областима образовања, запошљавања и рада који особама са

4 *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/2009.

5 *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 3/1962.

6 Усвојена Закључком Владе РС октобра 2003. године.

7 *Службени гласник РС*, бр. 108/2005.

8 *Службени гласник РС*, бр. 55/2005 и 71/2005-исправка.

инвалидитетом пружају једнаке могућности и подстичу самосталност, лични развој и активан живот у овим областима. Стратегијом је наглашено да ни једна институција у Републици Србији не располаже базама података о особама са инвалидитетом. На основу извршених истраживања[9] сматра се да у Србији живи око 700.000 особа са инвалидитетом од којих је око 300.000 радног узраста (15–65 година). Један од посебних циљева Стратегије јесте обезбеђивање једнаких могућности за рад и запошљавање особа са инвалидитетом уз развој и примену системских решења базираних на потребама и способностима.

4. Национална стратегија запошљавања за период 2005–2010. године[10]

Усмерава мере политике запошљавања ка социјалној кохезији на тржишту рада и борбу против дискриминације у запошљавању и раду посебно угрожених група на тржишту рада, кроз социјални дијалог и успостављање сарадње свих актера тржишта рада. Овом стратегијом наглашена је потреба доношења прописа којим ће се обезбедити запошљавање особа са инвалидитетом на равноправној основи.

IV Законски оквир

Читав низ прописа регулише положај особа са инвалидитетом у Републици Србији, и то: Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 33/2006), Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009), Закон о пензијском и инвалидском осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 5/2009 и 107/2009), Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009), Закон о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана (*Службени гласник РС*, бр. 36/1991, 33/1993, 53/1993, 67/1993, 46/1994, 48/1994, 52/1996, 29/2001, 84/2004, 101/2005 –др. закон и 115/2005), прописи из области образовања, али професионалном рехабилитацијом у Републици Србији првенствено се бави Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009, у даљем тексту: Закон). Овим Законом уређују се мере и активности професионалне рехабилитације и различите врсте мера активне политике запошљавања ради подстицања

9 Студија изводљивости за унапређење запошљавања особа са инвалидитетом у Републици Србији, Европска агенција за реконструкцију – 2006. година.

10 Усвојена Закључком Владе РС маја 2005. године.

запошљавања и стварања услова за равноправно укључивање особа са инвалидитетом на тржиште рада.

Под појмом особе са инвалидитетом, у складу са чл. 3 Закона сматра се лице са трајним последицама телесног, сензорног, менталног или душевног оштећења или болести које се не могу отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом, које се суочава са социјалним и другим ограничењима од утицаја на радну способност и могућност запослења или одржања запослења и које нема могућности или има смањене могућности да се, под равноправним условима, укључи на тржиште рада и да конкурише за запошљавање са другим лицима.

Под професионалном рехабилитацијом особа са инвалидитетом, у складу са чл. 12 Закона подразумева се организовање и спровођење програма мера и активности у циљу оспособљавања за одговарајући посао, запошљавања, одржања запослења, напредовања или промене професионалне каријере. Сама реч рехабилитација потиче од латинске речи „*re*“ што значи поново, изнова и речи „*habilis*“ што значи прикладан, погодан, згодан. Професионална рехабилитација омогућава особама са инвалидитетом управо успостављање радних способности ради укључивања на тржиште рада усклађено са знањима, способностима и могућностима особе са инвалидитетом, са једне стране и са друге стране са потребама конкретног послодавца, послова или радног места, дакле потребама тржишта рада.

Професионална рехабилитација је фаза у поступку укупне рехабилитације особа са инвалидитетом а ради њене успешне реализације потребно је претходно извршити процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења и процену професионалних могућности особе са инвалидитетом ради опредељивања конкретних мера и активности, њиховог спровођења, укључивања на тржиште рада, праћења ефеката предузетих мера и, по потреби, поновног укључивања у конкретне мере и активности професионалне рехабилитације.

Процена радне способности и могућности запослења или одржања запослења, у складу са Законом, обухвата процену медицинских, социјалних и других критеријума којима се утврђују могућности и способности особе са инвалидитетом неопходне за укључивање на тржиште рада и обављање конкретних послова самостално или уз службу подршке, употребу техничких помагала, односно могућности запошљавања под општим или под посебним условима

Услови за успешно спровођење професионалне рехабилитације и постизање предвиђених циљева су: што раније укључивање на основу ваљаних дијагностичких података и њихове правилне интерпретације,

јасан и прегледан план рада, успостављен висок ниво комуникације стручњака и особе са инвалидитетом, остваривање свих потребних мера и активности у потпуности, укљученост шире друштвене заједнице што подразумева и висок ниво свести о капацитетинма и потенцијалима особа са инвалидитетом. Ради реализације предвиђених циљева, Законом је уређено ко су носиоци ових послова, и то: Национална служба за запошљавање (у даљем тексту: Национална служба), предузећа за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом, образовне установе и други облици организовања који испуњавају услове, критеријуме и стандарде за спровођење мера и активности професионалне рехабилитације, и који су у обавези да перманентно сарађују са послодавцима, организацијама и удружењима особа са инвалидитетом и широм друштвеном заједницом.

Ближе одређивање услова за спровођење професионалне рехабилитације дато је Правилником о ближим условима, критеријумима и стандардима за спровођење мера и активности професионалне рехабилитације (*Службени ɪласник РС*, бр. 114/2009, у даљем тексту: Правилник), као и Правилником о критеријумима и начину спровођења мера активне политике запошљавања (*Службени ɪласник РС*, бр. 7/2010), као општим актом Националне службе којим се ближе уређују мере активне политике запошљавања. Професионалном рехабилитацијом се особама са инвалидитетом понаже да обнове своје физичке, менталне, професионалне и социјалне способности до највишег могућег нивоа, да се запосле, одрже запослење и напредују у каријери, кроз:

1) каријерно вођење, професионално информисање, саветовање и индивидуални план запошљавања;
2) радно оспособљавање, доквалификацију, преквалификацију и програме за стицање, одржавање и унапређивање радних и радно-социјалних вештина и способности;
3) појединачне и групне, опште и прилагођене програме за унапређење радно-социјалне интеграције;
4) развој мотивације, техничку помоћ, стручну подршку, праћење и процену резултата професионалне рехабилитације;
5) индивидуални саветодавни рад, који укључује помоћ у прихватању сопствене инвалидности са становишта могућности укључивања у рад и поједине мере професионалне рехабилитације;
6) едукацију и тренинг семинаре за послодавце, стручна лица за радно оспособљавање и професионалну рехабилитацију особа са инвалидитетом и друга лица;

7) предлоге и обуку за примену адекватних техничких и технолошких решења у циљу подизања ефикасности особе са инвалидитетом у учењу и раду, службе подршке; као и друге активности.

Правилником се ближе уређују и услови за укључивање особе са инвалидитетом у професионалну рехабилитацију. Уколико се ради о незапосленом лицу, потребно је да је особа са инвалидитетом на евиденцији незапослених лица Националне службе, да је извршена процена професионалних могућности и да постоји потреба за услугама професионалне рехабилитације као делу целокупне рехабилитације појединца.

Уколико се ради о запосленом лицу, односно лицу које има смањену радну способност због повреде на раду или професионалне болести настале након ступања на снагу Закона, могуће је спроводити одговарајуће мере и активности професионалне рехабилитације, али за разлику од незапослених лица којима трошкове сноси Национална служба, ове трошкове сноси послодавац код кога је та особа у радном односу у време настанка повреде на раду или професионалне болести.

Мере и активности професионалне рехабилитације које је потребно спровести као део целокупне рехабилитације појединца, као и мере активне политике запошљавања у циљу оспособљавања за одговарајући посао, запошљавања или промене професионалне каријере особе са инвалидитетом утврђују се индивидуалним планом запошљавања између Националне службе и особе са инвалидитетом, у циљу постизања максималних физичких, друштвених, емоционалних, образовних и радних могућности у границама постојећих ограничења. Када се говори о рехабилитацији нагласак се увек ставља на развој постојећих способности појединца.

Процена професионалних могућности особе са инвалидитетом представља процену запошљивости, односно процену утицаја објективних фактора и стања и кретања на тржишту рада који утичу на запошљавање или одржање запослења појединца. Процена пружа увид у психофизичке способности, интересовања, спретност, издржљивост, као и на ограничења, делимично очуване или потпуно очуване способности од значаја за будућу професионалну активност у односу на стање и кретање на тржишту рада.

У зависности од радне способности и процене професионалних могућности, особе са инвалидитетом могу бити укључене у мере и активности професионалне рехабилитације под општим условима и/или по прилагођеним програмима.

Професионална рехабилитација под општим условима подразумева спровођење мера и активности под условима прописаним за сва незапослена лица, у сваком случају кад је то могуће. Професионална рехабилитација по прилагођеним програмима подразумева спровођење мера и активности прилагођених потребама особа са инвалидитетом, у зависности од врсте и степена инвалидитета и радне способности, као и потреба на тржишту рада.

Мере и активности професионалне рехабилитације подразумевају:

1) успостављање контаката са послодавцима и сагледавање потреба за лицима која поседују одређена знања и способности, односно могућности запошљавања (испитивање потреба за запошљавањем, информисање о могућностима задовољења тих потреба, обилазак и непосредни контакт са послодавцем; организовање тематских састанака и групних разговора, промоција способности особа са инвалидитетом и сл.);
2) групно и индивидуално информисање о стању и потребама на тржишту рада, као и о правима, обавезама и одговорностима (информисање о прописима – правима, обавезама и одговорностима незапослених, запослених и послодаваца; услугама професионалне рехабилитације, могућностима прилагођавања послова и радног места, примени техничких и технолошких решења и/или служби подршке потребних за ефикасно учење и рад, о занимањима, пословима и захтевима тржишта рада);
3) саветодавни рад и мотивациони тренинзи (утврђивање индивидуалних потреба, знања и способности, планирање мера и активности које треба спровести у циљу запошљавања, пружање сваке врсте стручне помоћи у погледу избора занимања и професионалне каријере, обуке за активно тражење посла; клуб за тражења посла; тренинг самоефиксаности; праћење и процена резултата; правилно одређивање професионалног циља, знања, вештина, способности и потенцијала, мотивација за професионални развој и самообразовање, јачање самопоуздања и компететности, упућивање на изворе информација о слободним пословима и потенцијалним послодавцима, услугама професионалне рехабилитације, припрема радне биографије и разговора са послодавцем и др.);
4) сајмове запошљавања и сајмове професионалне оријентације и планирања каријере (директно сусретање понуде и тражње у циљу промоције запошљавања незапослених лица и задовољења потреба послодаваца; информисање о мрежи шко-

ла, подручјима рада, образовним профилима и занимањима; развијање способности за самопроцену личних потенцијала и др.);

5) селекцију и класификацију (избор одређеног броја особа са инвалидитетом у складу са захтевима и потребама послодаваца);
6) предлоге и обуку за примену адекватних техничких и технолошких решења или службе подршке на основу чега се могу одобрити и средства за прилагођавање послова и/или радног места или самозапошљавање као мере активне политике запошљавања (подизање ефикасности особе са инвалидитетом у учењу и раду, сарадња са организацијама и удружењима особа са инвалидитетом одређене врсте инвалидности, прилагођавање послова и/или радног места, уклањање архитектонских, информационо-комуникационих или других баријера, примена савремених техничких решења и/или служби подршке неопходних за несметан рад особе са инвалидитетом; оснивање сопственог привредног субјекта од стране особе са инвалидитетом);
7) праћење и процену резултата особе са инвалидитетом (сагледавање професионалне каријере, функционисања у раду и учењу, даља мотивација за образовање и запошљавање, радно искуство, вештине, специфична знања и оспособљеност, ставове и очекивања у вези професионалне каријере, утицај социјалних фактора и др.);
8) едукацију и стручну помоћ послодавцима, стручним лицима у предузећу за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом и код послодавца, као и другим заинтересованим лицима, органима или организацијама (доприноси једнообразном и инклузивном поступању са особама са инвалидитетом на принципима забране дискриминације, подстицања запослености и афирмације једнаких могућности, поштовања људских права у свим аспектима друштвеног живота, разбијање предрасуда, прихваћеност на радном месту, постизање пуног радног учинка и др.).

Мере и активности професионалне рехабилитације које се односе на стицање и унапређење радних и радно социјалних знања, вештина и способности, општи или прилагођени програми радног оспособљавања, као и унапређење радне и радно социјалне интеграције особа са инвалидитетом заслужују посебну пажњу а спроводе се са првенственим циљем стицања знања и вештина за обављање конкретног посла. Ове мере и активности – обуке, спроводе предузећа за професионалну

рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом, образовне установе и други облици организовања, уколико су испуњени услови који се односе на грађевинско техничку опрему; стручна лица и опрему за спровођење обука; и програм обуке.

Грађевинско технички услови се односе на 1) локацију – објекат мора да се налази у насељеном месту где су развијене саобраћајнице и друге везе комуникације и где је обезбеђен несметан прилаз превозним средствима, у складу са станардима приступачности; 2) инфраструктуру – објекат мора да има обезбеђену електичну мрежу и телефонски прикључак, прикључак и инсталације за довод воде за пиће и одвод отпадних вода; 3) сам објакат мора да одговара потребама особа са инвалидитетом – да има обезбеђену доступност особама са инвалидитетом у инвалидским колицима, са обезбеђеним грејањем, проветравањем и осветљењем, са подовима израђеним од материјала који није клизав, не упија влагу и лако се одржава, са санитарним просторијама које су опремљене одговарајућом опремом, са обезбеђеним радним просторијама и просторијама за одржавање теоријске наставе величине довољне за кретање и манипулацију особа са инвалидитетом; 4) урбанистичке, грађевинске, техничке, санитарне, пожарне и прописе о заштити животне средине и безбедности и здравља на раду.

Услови у погледу стручних лица подразумевају да стручне послове при спровођењу обука обављају инструктори за обављање практичне наставе, одговарајуће струке и нивоа образовања, са искуством у раду са особама са инвалидитетом и стручна лица за послове пружања професионалне асистенције и интеграцију на радном месту – специјални едукатори – дефектолози, андрагози, педагози, психолози, социјални радници или стручна лица других занимања из области друштвених и хуманитарних наука, високог нивоа образовања и са искуством у раду са особама са инвалидитетом.

Услови у погледу опреме подразумевају да просторије за спровођење обуке, у зависности од намене и радне способности имају опрему која одговара врсти обуке која се спроводи и да се лако одржава, одговарајући намештај, машине и алате, компјутере, средства и материјале за практичну обуку, у складу са бројем полазника.

Услов у вези програма обуке, односи се на сам програм који, између осталог, садржи: основне податке о извођачу и самој обуци – назив; подручје рада у ком се спроводи програм обуке; трајање; радне компетенције, односно опис послова и/или радних задатака, компетенција и вештина које ће полазник обуке стећи по завршетку обуке; садржај програма учења – теоретског и практичног дела, исходе, методе наставног рада, динамику реализације; потребне услове за реализацију обуке

уџбеници, приручници или брошуре, материјални и други ресурси; опис циљне групе и оптималан број полазника; простор, опрема, средства, цена; начин провере савладаности програма обуке; услови за добијање уверења; и друге елементе.

Однос практичног и теоретског дела програма обуке утврђује се у зависности од врсте и специфичности послова за која се особе са инвалидитетом квалификују. Практични део обуке се по правилу изводи код послодавца, а само изузетно у образовној установи или другом облику организовања.

Трајање појединог програма обуке зависи од радних способности и могућности особе са инвалидитетом као и од сложености њеног организовања и извођења како би послодавци били у могућности да запошљавају особе са инвалидитетом које су прошле обуку и укључивањем у процес рада одмах добију радника који има пун, односно максималан учинак на радном месту.

Програм обуке ревидира се у складу са потребама тржишта рада и на основу провере успешности реализације програма.

Оцена функционисања појединца укљученог у обуку обухвата: радну ефикасност, понашање на раду и прилагођавање послу и радном окружењу, радне особине, усмереност, мотивација и интереси, радна издржљивост, оптерећење, вештине, флексибилност, самосталност, способност опажања властитих грешака, обезбеђивање одговарајућег квалитета у раду, разумевање различитих упутстава и њихово поштовање, физичке способности и спретности руку, достигнути ниво знања и способности за ново учење, могућности савладавања информационо–комуникационе технологије, коришћење техничких и технолошких решења и служби подршке, лично прилагођавање радном окружењу, укљученост и положај у групи, комуникација и сарадња са надређенима и др. На основу оцене функционисања врши се опредељивање потребне дужине трајања мере и активности као и провера стечених знања и вештина. У том циљу уколико особа са инвалидитетом не покаже довољна знања и способности, односно не положи обуку, омогућава јој се поново полагање након проведених најмање 50 до 100 додатних часова. Особа са инвалидитетом која ни после додатних часова обуке не покаже довољна знања и способности добија уверење само о похађању обуке након чега се поново врши оцена функционисања и дају препоруке за нову процену радне способности, професионалних могућности, другу меру професионалне рехабилитације или другу активност коју је потребно предузети у циљу подизања нивоа запошљивости. Лица која положе обуку стичу уверење које садржи опис знања и вештина, односно опис послова радног места које особа са инвалидитетом може да обавља на равноправној основи.

***Tatjana* PRIJIĆ**
Ministry of Economics and Regional Development

VOCATIONAL REHABILITATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN SERBIAN LEGISLATION

Summary

The entitlement to work for all citizens of the Republic of Serbia, as one of the basic human rights, is guaranteed both in the international law and national regulations of the Republic of Serbia. Exercise of this right for certain population groups, whose access to labour market has been made difficult, requires complex involvement and effort of the entire community. This particularly refers to people with disabilities who come across a series of obstacles and difficulties in their everyday life (architectural, educational, cultural and alike). The issue of integration of people with disabilities into the labour market has a great significance as the precondition of their inclusion into all spheres of social life and cannot be posed as a social policy problem, but as the issue of respecting human rights. In that sense, the Republic of Serbia adopted a series of regulations for governing antidiscrimination, stimulating inclusion and regulating policies for employment of people with disabilities, whereby an individual is enabled to have an independent life, economic independence and to be involved in social trends, the community uses the effects of their work and potential, and employers satisfy their needs for people with certain knowledge and competences.

This paper attempts at analysing the relevant legal documents that provide for the legal framework for vocational rehabilitation and thus for employment of people with disabilities in the Republic of Serbia: international conventions and recommendations, different strategic documents and regulations in this area, with special emphasis on the Law on Vocational Rehabilitation and Employment of People with Disabilities (Official Gazette of RS, no. 36/09) and bylaws passed on the basis of this law whereby particular issues of vocational rehabilitation are precisely regulated.

Governance of the area of vocational rehabilitation achieves: increase of the level of employability of people with disabilities (through motivation and raising self-consciousness, further education and training, active labour market programmes and so on), inclusion on the labour market (on the basis of, and in line with employers' needs), breaking the prejudices on the capacities of people with disabilities (by consideration of their capacities and abilities), inclusion in

wider social trends (by exercising their right to work as one of the preconditions), reduction of poverty of this socially disadvantaged population group (increasing their employment rate and economic independence) and so on.

Key words: *people with disabilities, vocational rehabilitation, prohibition of discrimination, inclusion, labour market, training.*

Драгољуб **СИМОНОВИЋ**
адвокат у Београду

КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ У ОБЛАСТИ РАДНИХ ОДНОСА

Резиме

У оквиру сусрета правника у привреди Србије ретко је опсервирана проблематика дисциплинске и материјалне одговорности, као традиционалних инсти-тута радног права, а о кривичној одговорности у сфери радних односа није било прилога. Овим чланком аутор жели бар делимично да попуни наведену празнину. У следовању проблематике кривичне одговорности и кривичних дела против радних односа аутор је указао на решења из ранијег кривичног законодавства Србије, поредећи их са решењима важећег Кривичног законика и заузимајући критичке ставове код одређених кривичних дела.

Кључне речи: *кривична одговорност, кривица, кривично дело, казна, радни односи.*

I Увод

Општа тема за XIX сусрет правника у привреди Србије „Привреда и правна одговорност“ у првом реду наводи на закључак о личној (субјективној) одговорности руководећих и осталих радника у привреди. Тек из другог плана избија помисао о објективној одговорности предузећа по основу опасне ствари или опасне делат ности (објективна одговорност).

Правну одговорност у привреди аутор схвата у свим облицима субјективне одговорности: дисциплинска, прекршајна, привредно-преступна, деликтна и кривична. С друге стране, постоје политичка и морална одговорност, али оне нису инкорпорисане у појам правне одговорности, те су изван опште теме овог сусрета правника у привреди и овог чланка.

Од 1996. године (од када аутор пише чланке за сусрете правника у привреди) у секцији „радни односи" представљено је 89 реферата, од којих се само у називима три[1] реферата појављује реч „одговорност". Премало, с обзиром на постојање класичних радноправних института дисциплинске одговорности и материјалне одговорности запослених.

О кривичној одговорности у области радних односа у 89 конгресних реферата ни једне реченице. То је навело аутора да овим чланком, први пут у оквиру традиционалних сусрета правника у привреди, скрене пажњу на проблематику кривичне одговорности у области радних односа.

II Појам и основна обележја кривичне одговорности

Без обзира на теоријска схватања о појму кривичног дела (објективно или објективно-субјективно) и кривичне одговорности (субјективно или субјективно-објективно), закон недвосмислено стоји на становишту да нема кажњивости ако не постоје две међусобно повезане компоненте: кривично дело и кривична одговорност.[2]

Одређујући појам кривичног дела као друштвено опасног дела чија су обележја утврђена законом и везујући постојање кривичне одговорности за урачунљивост и виност као субјективне услове, са гледишта услова кажњивости, закон ове појмове увек сматра корелативним.[3]

Наш Кривични законик[4] (у даљем тексту: КЗ) кривичну одговорност (кривицу) инкорпорише у појам кривичног дела.

Кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је *скривљено* (подвукао аутор).

---

1 Бранко Лубарда, „Дисциплинска одговорност и хармонизација", *Право и привреда*, бр. 5–8/2001, Драгољуб Симоновић, „Овлашћења и одговорност директора", *Право и привреда*, бр. 5–8/2000, „Материјална одговорност у нашој радној легислативи", *Право и привреда*, бр. 5–8/2004.

2 Никола Срзентић (ур.), *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 33.

3 *Ibidem*.

4 *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 72/2009 и 111/2009.

Нема кривичног дела уколико је искључена кривица (или противправност), иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом.[5]

Није кривично дело: 1) које представља дело малог значаја; 2) које је учињено у нужној одбрани; 3) које је учињено у крајњој нужди; 4) које је учињено под дејством неодољиве силе; 5) које је учињено у стању неурачунљивости; 6) које је учињено у неотклоњивој стварној заблуди; 7) које је учињено у неотклоњивој правној заблуди.[6]

Наш КЗ не помиње кривичну опдговорност, него кривицу као субјективну компоненту кривичног дела. Кривица се дефинише као скуп субјективних елемената који треба да постоје на страни учиниоца кривичног дела да би се учињено дело могло сматрати кривичним делом. Тако схваћена кривица појављује се као субјективна компонента која улази у састав појма кривичног дела.[7]

Кривица има три своја елемента: 1) урачунљивост, 2) виност и 3) свест, односно дужност и могућност свести о забрањености учињеног дела. За постојање кривице нужно је да постоје сва три наведена елемента.[8]

Кривично дело је учињено са кривицом ако је учинилац поступао с умишљајем или из нехата, уколико закон изричито предвиђа кажњивост за нехат. Кривично дело је учињено с умишљајем кад је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење (директан умишљај) или кад је учинилац био свестан да може учинити дело, па је на то пристао (евентуални умишљај).[9]

Кривично дело је учињено из нехата кад је учинилац био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи спречити (свесни нехат) или кад није био свестан да својом радњом може учинити дело, иако је према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности (несвесни нехат).[10]

Овакво схватање појма кривице у теорији се од неких аутора назива и појмом кривичне одговорности (уже схватање појма одговорности).

Међутим, постоји и шире схватање појма кривичне одговорности према коме је она скуп свих елемената који треба да постоје код учиниоца да би дошло до његовог кажњавања, а то је постојање учињеног

5 Чл. 14 КЗ.

6 Чл. 18–21, 23, 28 и 29 КЗ.

7 Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, *Кривично ūраво,* Пројурис, Београд, 2008, стр. 48.

8 *Ibidem.*

9 Чл. 25 КЗ.

10 Чл. 26 КЗ.

противправног дела предвиђеног у закону и кривице његовог учиниоца, тако да се према овом схватању у појам кривичне одговорности уноси и појам кривичног дела схваћеног у објективном смислу. Ово схватање није усвојено у нашем Кривичном законику.[11]

III Кривична дела у области радних односа

Ова кривична дела су преко пола века у кривичној легислативи егзистирала под називом „Кривична дела против радних односа", од Кривичног законика из 1951. до важећег КЗ донетог 2005. године, који је дотично поглавље преименовао у „Кривична дела против права по основу рада".

1. Генеза

У Кривичном законику из 1951. године[12] у групацији кривичних дела против радних односа постојала су четири кривична дела: 1) повреда прописа о правима лица у радном односу; 2) повреда права из социјалног осигурања; 3) непредузимање хигијенских и техничко-заштитних мера при раду и 4) необезбеђење смештаја и снабдевања лица у радном односу.

Кривични закон СР Србије из 1977. године[13] садржао је шест кривичних дела против радних односа: 1) повреда права из радног односа; 2) повреда права из социјалног осигурања; 3) злоупотреба права из социјалног осигурања; 4) повреда права за време привремене незапослености; 5) непредузимање мера заштите на раду и 6) неизвршење одлуке о враћању радника на рад.

Изменама и допунама Кривичног закона Србије из 1994. године[14] уведено је пет нових кривичних дела против радних односа: 1) повреда управљања; 2) повреда права на управљање; 3) злоупотреба положаја у органу управљања; 4) повреда права на штрајк и 5) злоупотреба права на штрајк.

---

11 М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *нав. дело,* стр. 49.

12 Овај законик је представљао нашу прву послератну кодификацију кривичног материјалног права. У питању је савезни (федерални) закон. Савезни Устав из 1963. године задржао је концепт кривичног законодавства као потпуног законодавства федерације. До разграничења законодавне надлежности у материји кривичног права дошло је усвајањем уставних амандмана 1971. и нарочито после Устава из 1974. године, када су донети савезни кривични закон (1976) републички и покрајински кривични закони (1977).

13 *Сл. ɩласник СРС*, бр. 26/77... 42/89, *Сл. ɩласник РС*, бр. 21/90... 67/2003.

14 *Сл. ɩласник РС*, бр. 47/94.

Судећи према броју кривичних дела против радних односа (укупно 11) период од 1994. до 2005. године може се означити као „златно доба“ кривичног законодавства у области радноправне заштите.

У последњих неколико година, обележених процесима транзиције и приватизације, у Србији кулминирају штрајкови и други облици испољавања незадовољства радника (штрајкови глађу, самоповређивања итд.), а важећи КЗ је смањио број кривичних дела у сфери радних односа (са 11 на 7).

2. Кривична дела против радних односа у важећем КЗ

Важећи КЗ није преузео сва кривична дела против радних односа од свог претходника. Он садржи седам кривичних дела: 1) повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања; 2) повреда права при запошљавању и за време незапослености; 3) повреда права на управљање; 4) повреда права на штрајк; 5) злоупотреба права на штрајк; 6) злоупотреба права из социјалног осигурања; 7) непредузимање мера заштите на раду.

3. Карактеристике

Обједињавање кривичних дела против радних односа у оквиру једне главе у систему Кривичног законика треба да подвуче важност објекта кривичноправне заштите и истакне њихов значај у кривичном законодавству.[15] Кривичноправна заштита код ових кривичних дела односи се на сва права стечена по основу рада, али су овим делима обухваћене само оне повреде при чијем је извршењу испољен несавестан и неодговоран однос овлашћених лица у органима који одлучују о правима из радног односа, услед чега је дошло до ускраћивања или ограничавања ових права.[16]

У већини, ово су кривична дела са бланкетном диспозицијом. Она се врше повредом закона, других прописа или општих аката којима је регулисано неко право радника, тако да се њихова садржина мора увек одређивати с обзиром на прописе који их одређују.[17]

Последица кривичних дела из ове групе је ускраћивање или ограничавање неког права које раднику припада. За постојање дела није довољно само кршење прописа о правима радника, већ је неопходно и наступање повреде тих права.[18]

---

15 Јанко Таховић, *Кривично право (посебан део),* Научна књига, Београд, 1953, стр. 135.

16 Никола Срзентић (ур.), *Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине,* Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 256.

17 *Ibidem.*

18 *Ibidem.*

За кривична дела против радних односа одговара се само кад су извршена с умишљајем. Нехатне повреде прописа о правима из радних односа, односно о правима из социјалног осигурања услед којих је раднику ускраћено или ограничено неко право, најчешће представљају прекршаје или за њих службена, односно одговорна лица, дисциплински одговарају.[19]

Код већине кривичних дела из ове групације радња извршења се састоји у повреди права (код пет кривичних дела назив почиње управо речима „повреда права“) или злоупотреби права (код два кривична дела), док је радња извршења код једног кривичног дела пасивног карактера и састоји се у непредузимању мера заштите на раду. Уз синтагму „повреда права“, код неколико кривичних дела у њиховом бићу надовезује се начин повреде, клаузулама: „свесно непридржавање закона“ или „свесно кршење прописа“.

У погледу утврђивања учиниоца ових кривичних дела, биће код шест дела започиње речју „ко“, а та реч се у посебном делу кривичног материјалног права своди на реч „свако“ (на пример, код кривичних дела крађе и убиства учинилац може да буде свако физичко лице). Међутим, код кривичних дела против радних односа реч „ко“ може да завара, с обзиром да у реалности не може свако да буде њихов учинилац. То су овлашћена, односно одговорна лица која код послодаваца у предузећу или другим институцијама (заједница запошљавања, заједница социјалног осигурања итд.) одлучују о правима појединаца (радника и корисника одређених права, на пример, права на накнаду за време привремене незапослености). Само код једног кривичног дела из ове групације (непредузимање мера заштите на раду) активни субјект (учинилац) појмовно је сужен на одговорно лице (лице одговорно за предузимање мера заштите на раду).

Заштитни објекат код ових кривичних дела су права по основу рада и права из социјалног осигурања. Одредбама Устава Србије[20] зајемчена су бројна права из области рада и социјалног осигурања, чије је ускраћивање или ограничавање санкционисано кривичним делима против радних односа.

Најстарије и, може се рећи, основно кривично дело из ове групације односи се на повреду права по основу рада и права из социјалног осигурања. Између осталих категорија, овим кривичним делом повређују се права омладине, жена и инвалида на посебну заштиту на раду и посебна права из социјалног осигурања. Као посебно осетљивим категоријама, Устав јемчи женама, омладини и инвалидима посебну радноправну и социјалну заштиту, као и посебне услове рада.

19 *Ibidem.*

20 Чл. 60 и 61 Устава Републике Србије.

Према запређеним казнама, кривична дела против радних односа спадају у лакша кривична дела. Код њих доминира новчана казна или казна затвора до једне године, а најтежа прописана казна износи три године затвора (код кривичног дела злоупотребе права на штрајк).

Код свих кривичних дела против радних односа кривично гоњење се предузима по службеној дужности.

4. Појединачна кривична дела из важећег КЗ

а) Повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања

Ко се свесно не придржава закона или других прописа, колективних уговора и других општих аката о правима по основу рада и о посебној заштити на раду омладине, жена и инвалида или о правима из социјалног осигурања и тиме другом ускрати или ограничи право које му припада, казниће се новчаном казном или затвором до две године.[21]

На ово кривично дело аутор нема посебан коментар, осим две напомене. Прво, у ранијем кривичном законодавству ово кривично дело је било раздвојено у два дела (повреда права из радног односа и повреда права из социјалног осигурања), а важећи КЗ је извршио њихово спајање у јединствено кривично дело. Друго, посебан максимум казне затвора за ово дело КЗ се са једне повећао на две године.

б) Повреда права при запошљавању и за време незапослености

Ко свесним кршењем прописа или на други противправан начин ускрати или ограничи право грађана на слободно запошљавање на територији Србије под једнаким условима, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.[22] Истом казном казниће се и ко се свесно не придржава закона или других прописа или општих аката о правима грађана за време незапослености и тиме незапосленом лицу ускрати или ограничи право које му припада.[23]

Важећим КЗ биће овог кривичног дела је проширено тако да оно сада има два основна облика. Други облик (из става 2 члана 164 КЗ) преузет је из претходног закона, док први облик (став 1), којим је инкриминисано ускраћење или ограничење права на запошљавање на територији Србије под једнаким условима, представља законску новину.

21 Чл. 163 КЗ.

22 Чл. 164 ст. 1 КЗ.

23 Чл. 164 ст. 2 КЗ.

в) Повреда права на управљање

Ко силом, претњом, свесним кршењем прописа или на други противправан начин спречи или омета одлучивање органа управљања или члана органа управљања да учествује у раду и одлучивању у том органу, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.[24] Ако је наведено дело учинило службено или одговорно лице злоупотребом положаја или овлашћења, оно ће се казнити новчаном казном или затвором до две године.[25]

Ово кривично дело има основни и тежи (квалификовани) облик. Оба облика су преузета из претходног закона. Преузети су сви елементи бића кривичног дела, осим запрећене казне.

За важећи КЗ може се рећи да је за већину кривичних дела (укупно садржи око 320 дела) прописао теже казне од свог претходника, чиме се стварају услови за заоштравање казнене политике и адекватније остваривање специјалне и генералне превенције.

Из тешко објашњивих разлога, иако привреда делује у отежаним условима транзиције који захтевају појачану одговорност управљачких структура, законодавац је знатно смањио казне код основног и квалификованог облика овог кривичног дела. Наиме, за основни облик дела у претходном закону била је прописана казна затвора до три године, а КЗ је смањио на новчану или затвор до једне године, док је за квалификовани облик дела била запрећена казна затвора од шест месеци до пет година, а сада је смањена на новчану казну или затвор до две године.

Овде је присутан очигледан раскорак законодавчеве казнене политике и реалне потребе за појачаном одговорношћу у сфери права на управљање, ометањем одлучивања органа управљања.

ї) Повреда права на штрајк

Ко силом, претњом или на други противправан начин спречи или омета запослене да, у складу са законом, организују штрајк, учествују у њему или на други начин остварују право на штрајк, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.[26] Истом казном казниће се послодавац или одговорно лице који отпусти једног или више запослених са посла због њиховог учешћа у штрајку који је организован у складу са законом или према њима примени друге мере којима се повређују

24 Чл. 165 ст. 1 КЗ.

25 Чл. 165 ст. 2 КЗ.

26 Чл. 166 ст. 1 КЗ.

њихова права из рада.[27] Ово кривично дело важећи КЗ је у потпуности преузео од свог претходника, рачунајући и запрећену казну.

По схватању аутора, запрећена казна до једне године није примерена тежини и друштвеној опасности овог кривичног дела. Право на штрајк, уз поштовање законом прописаних правила, Уставом је зајемчено. Ова казна нарочито је блага за други облик кривичног дела (став 2), за случај отпуштања више запослених са посла због њиховог учешћа у штрајку који је организован у складу са законом.

д) Злоупотреба права на штрајк

Ко организује или води штрајк супротно закону или другим прописима и тиме доведе у опасност живот или здравље људи или имовину већег обима или ако су услед тога наступиле друге тешке последице, уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела, казниће се затвором до три године.[28]

Важећи КЗ је утростручио казну за ово кривично дело. За њега је претходни закон прописивао новчану казну или затвор до једне године (дакле, раније је била прописана иста казна за злоупотребу штрајка као за повреду права на штрајк).

Тешко је и замислити рационално оправдање за овакав потез законодавца. У нормативној ситуацији *de lege lata*, ово значи да три пута тежом казном може бити осуђен радник који злоупотреби право на штрајк од одговорног лица послодавца који отпусти више запослених због њиховог учешћа у штрајку који је организован у складу са законом. Неоправдано, недоследно и неправично решење законодавца.

ђ) Злоупотреба права из социјалног осигурања

Ко симулирањем или проузроковањем болести или неспособности за рад или на други противправан начин постигне да му се призна неко право из социјалног осигурања које му по закону или другим прописима или општим актима не припада, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.[29]

Према садржини бића и запрећеној казни, ово кривично дело КЗ је у потпуности преузео од свог претходника.

---

27 Чл. 166 ст. 2 КЗ.

28 Чл. 167 КЗ.

29 Чл. 168 ст. 1 КЗ.

е) Непредузимање мера заштите на раду

Лице одговорно за предузимање мера заштите на раду које се свесно не придржава закона или других прописа или општих аката о мерама заштите на раду, услед чега може наступити опасност за живот или здравље запослених, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.[30]

И ово кривично дело је идентично са истоименим делом из претходног закона по садржини и запрећеној казни.

Оно је специфично у овој групацији кривичних дела по томе што закон прописује могућност изрицања условне осуде од стране суда, уз обавезу да учинилац у утврђеном року поступи по прописима о мерама заштите на раду.

5. Непреузета кривична дела против радних односа

Од свог претходника КЗ није преузео три кривична дела против радних односа: 1) повреда управљања, 2) злоупотреба положаја у органу управљања и 3) неизвршење одлуке о враћању радника на рад.

За кривично дело повреде управљања,[31] које је у претходном закону егзистирало поред кривичног дела повреде права на управљање, била је запрећена казна затвора до три године за основни облик, односно затвор од шест месеци до пет година за квалификовани облик. Ко злоупотребом положаја или овлашћења у органу управљања утиче да орган управљања чији је члан донесе одлуку којом се крши Устав, закон, други пропис или општи акт, па услед тога таква одлука буде донесена, казниће се затвором од шест месеци до пет година.[32] Ово је најтежа казна која је икада била прописана за основни облик неког кривичног дела против радних односа.

Непреузимањем овог кривичног дела српски законодавац је непримерено ублажио казнену политику и заузео благонаклон став према члановима органа управљања који злоупотребом положаја или овлашћења утичу да орган чији су чланови донесу неуставну и/или незакониту одлуку. Оваква, по схватању аутора неоправдана, екскулпација кривичне одговорности чланова органа управљања није у корелацији са њиховом појачаном грађанскоправном одговорношћу.[33]

30 Чл. 169 КЗ.

31 Чл. 86а претходног Кривичног закона.

32 Чл. 86в претходног Кривичног закона.

33 Грађанскоправна одговорност чланова органа управљања (управног одбора и извршног одбора) код акционарског друштва, у виду посебне имовинске одговор-

Службено или одговорно лице у предузећу, радњи, установи или другој организацији које не поступи по правноснажној одлуци којом је одлучено о враћању радника на рад, казниће се затвором од три месеца до три године.[34]

Зашто ово кривично дело важећи КЗ није преузео од претходника? Аутор ће понудити хипотетичке одговоре.

Прво, судећи по објављеној судској пракси, ово кривично дело није заживело (аутору није познат ни један случај одласка директора у затвор због неизвршења правноснажне одлуке о враћању радника на рад, иако је појава неврађања била присутна у пракси).

Друго, законодавац је вероватно заузео став да ово кривично дело треба укинути због тога што је консумирано новим кривичним делом из члана 340 КЗ – неизвршење судске одлуке, из групације кривичних дела против правосуђа. Ако је тако, треба напоменути да је за кривично дело из члана 340 КЗ запрећена блажа казна (до две године затвора) него за раније кривично дело неизвршења одлуке о враћању радника на рад (до три године затвора).

Трећи разлог можемо пронаћи у корелацији са радним законодавством. Законом о раду из 2001. године (претходником важећег закона, донетог 2005) укинута је обавезна реинтрграција (враћање на рад) радника у радни процес, те је по претпостављеној вољи законодавца отпао разлог за посебну инкриминацију у вези неврађања на рад радника по правноснажној судској одлуци.

IV Закључак

У нашој послератној легислативи кривична дела против радних односа нису била предмет споредног кривичног законодавства, него су била садржана у матичним кривичним законима, укључујући и важећи КЗ, са седам кривичних дела у овој области.

Аутор је у чланку изнео осцилације у нашој кривичној легислативи у погледу броја ових кривичних дела, обима и садржине регулативе, као и висине запрећених казни, са посебно израженим критичким осврtом на блаже казне за поједина кривична дела у времену садашњем, које захтева појачану свеукупну (па и кривичну) одговорност у условима својинског и привредног престројавања (транзиције).

ности, односно одговорности за штету, прописана је одредбама члана 328 Закона о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 125/2004, донетог годину дана пре важећег КЗ).

34 Чл. 91 ранијег Кривичног закона.

Кривичноправну одговорност носилаца пословодне и управљачке функције (директора, чланова управног одбора и др.) у области радних односа треба заоштрити, бар у мери која је постојала у нашем ранијем кривичном законодавству.

***Dragoljub* SIMONOVIĆ**
Attorney at Law, Belgrade

CRIMINAL LIABILITY WITHIN SCOPE OF LABOR RELATIONS

Summary

On the occasion of the meetings of business lawyers of Serbia, the problems and key issues of disciplinary and financial responsibilities, as traditional institutes of labor law, are rarely observed, not to mention criminal liability within the scope of labor relations, the subject of which has not been sustained by a single addendum. The author presents this article in order to fill, at least partially, the aforementioned gap. In considering the problems of criminal liability and labor relations crimes, the author has indicated the decisions taken from the previous Serbian criminal legislation, comparing them with the conclusions taken from the existing Criminal Code and taking critical views of certain crimes.

Key words: *criminal liability, guilt, crime, punishment, labor relations.*

***Филип* БОЈИЋ**
дипл. правник

ПРАВО НА ШТРАЈК У ЕВРОПСКОМ И ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Резиме

Предмет овог рада је анализа права на штрајк као једног од најважнијих права запослених у области радног законодавства. Будући да је ово право данас признато у највећем броју европских држава, аутор се опредељује да укаже на настанак, развој и утицај овог права у историјском и упоредном контексту. Анализирајући најважније међународне документе који се односе на право на штрајк и уставе европских држава, аутор настоји да укаже да је ово право предоминантно уређено националним законодавствима и да Европској унији и даље недостаје свеобухватни документ који ће на јединствен начин уредити ово питање.

Посебна пажња посвећена је анализи права на штрајк у земљама бивше СФРЈ и Србији. Аутор покушава да истакне недостатке у домаћем законодавству које уређује ово питање. Оценом да се у нашем праву не предвиђа законом право на штрајк солидарности, нити право на штрајкачке straже (пикетинг), која се признају у великом броју европских закондавстава о штрајку, предлажу се конкретни начини којима би наш законодавац могао уредити ову материју и хармонизовати је са важећим документима Европске уније.

Кључне речи: *право на штрајк, запослени, конвенција, устав, закон, послодавац.*

Право на штрајк спада у корпус модерних фундаменталних социјалних права. Социјална права добијају на свом значају последњих педесет година, када се почињу признавати у међународним и европ-

ским оквирима посредством конвенција, устава и закона од којих свакако посебно место заузимају Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. и Европска социјална повеља из 1961. године. Данас се сматра да ова права имају подједнак значај, као и грађанска и политичка права.[1] Право на штрајк се сматра неизбежним социјалним правом, које чини саставни део сваког модерног и демократског устава данашњице, са тим што постоји разлика у односу на начин имплементације овог права. Оно може бити признато експлицитно или имплицитно као саставни део неког другог уставом признатог социјалног права.

Историјски гледано, право на штрајк се развијало у три фазе. Прва фаза започиње са индустријским, тачније грађанским револуцијама које трају до друге половине деветнаестог века.[2] У овом периоду државе су средствима кривичног права спречавале сваки вид синдикалног организовања, а посебно деловања. Штрајк се у почетку квалификавао као кривично дело завере, да би потом овај облик био замењен кривичним делом – деликтом против слободе рада.[3] У другој фази која траје од краја деветнаестог века, у великом броју земаља долази до признавања слободе штрајка. Слобода се огледала у забрани државне кривичноправне интервенције, али штрајк се и даље квалификује као грађанскоправни деликт, тако да послодавци имају право да отпусте радника ако ступи у штрајк, јер самим поступком учествовања у штрајку, запослени чини повреду уговора о раду. Овим је право на штрајк било доста ограничено, јер су послодавци претили радницима да ће, ако штрајкују изгубити посао.[4] Трећа фаза је карактеристична за период у којем се право на штрајк почиње признавати посредством устава, закона и колективних уговора. Овим се губи сваки основ да послодавац може применити било који облик дисциплинских или имовинских санкција због учешћа запосленог у законитом штрајку. У социјалистичким земљама Европе, све до осамдесетих година двадесетог века по правилу није било признато право на штрајк, јер се штрајк идеолошко-догматски карактерисао као сувишан у условима власти радничке класе, услед одсуства синдикалног плурализма и аутономије синдиката у односу на владајућу политичку странку и државу.[5]

На међународном плану, право на штрајк се први пут експлицитно признаје посредством Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966. године. Члан осам пакта, којим се између

1 Бранко Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, Београд, 1999, стр. 158.

2 Жељко Поточњак, *Право на штрајк*, Загреб, 1992, стр. 34.

3 Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 154.

4 Ж. Поточњак, *нав. дело*, стр. 39.

5 Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 155.

осталог и предвиђа право сваког лица да са другима образује синдикате и да у исте и ступа, под ставком четири обавезује државе потписнице овога пакта да осигурају примену права на штрајк које би се остваривало према законима сваке земље. Законским ограничењима се једино могу подвргнути припадници војске, полиције или државне управе.[6]

Ревидирана европска социјана повеља[7] у члану шест, који се односи на право на колективно преговарање, експлицитно предвиђа под ставком четири право радника и послодаваца на колективну акцију у случају сукоба интереса, укључујући право на штрајк, у складу са обавезама које могу да проистекну из колективних уговора којима су претходно приступили.[8] Пошто је реч о правима која проистичу из колективних уговора, ова ставка се непосредно односи на решавање интересних колективних радних спорова, што води до закључка да се не може примењивати при решавању правних колективних радних спорова. Европски комитет за социјална права при Савету Европе, донео је одређена тумачења на основу овога члана, па у свом извештају каже да се чланом шест не признаје штрајк у виталним службама, као ни политички штрајк.[9] Поставља се питање да ли из чињенице да се према Повељи право на штрајк може вршити само услед интересних колективних спорова, то право припада само синдикатима као страни која представља запослене при закључивању колективних уговора тј. да штајк не може повести група запослених која не припада репрезентативном синдикату.

Повеља Заједнице о основним социјалним правима радника, која је донета од стране шефова држава и влада држава чланица европске заједнице 1989. године, садржи дванаест основних социјалних права радника, у оквиру којих се експлицитно признаје и право на штрајк. Повеља у делу посвећеном слободи удруживања и колективног преговарања, предвиђа и право на организовану колективну акцију у случају сукоба интереса где се укључује и право на штрајк, које је предмет националне регулативе и колективних уговора.[10] И ова одредба се може посматрати као једна врста доказа да у комунитарном праву Ев-

6 Међународни пакт о економским,социјалним и културним правима из 1966. године (*UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), чл. 8.

7 Усвојена у Стразбуру 1996. године тридесет и пет година након Европске социјалне повеље, а коју је наша држава потврдила 2009. године.

8 Ревидирана европска социјална повеља из 1996. године (*Revised European Social Charter*), чл. 6.

9 Lania Samuel, *Fundamental social rights, Case law of the European social charter*, 2nd edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002, стр. 152–153.

10 Повеља Заједнице о основним социјалним правима радника из 1989. године (*Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers*), чл. 13.

ропске уније још увек нису у довољној мери развијена колективна права запослених, већ се она и даље регулишу у оквирима националних законодавстава држава чланица заједнице.

Повеља о основним правима у Европској унији усвојена у Ници 2000. године експлицитно признаје право на штрајк. У члану двадесет осам, који регулише право на колективно преговарање и акцију, проклamована су права запослених и послодаваца, или њихових организација, која се остварују у складу са законима Заједнице и националним законима и прописима, а у оквиру којих се предвиђа и право на колективну акцију у циљу заштите својих интереса, укључујући и право на штрајк.[11]

Посебну занимљивост представља чињеница да право на штрајк никада није експлицитно регулисано у оквиру неке конвенције или препоруке Међународне организације рада. О овом питању се расправљало у неколико наврата на Општој конференцији рада у току поступка на припреми инструмената којима ће се приступити сродним темама, али из неког разлога никада није дошло до успостављања међународних стандарда (конвенција или препорука) који би се директно односили на право на штрајк.[12] Поједини аутори сматрају да се ово право имплицитно признаје посредством конвенција које носе заједнички назив „Конвенције о слободи удруживања“:[13] Конвенција о синдикалним слободама и заштити синдикалних права (Конвенција бр. 87 из 1948), Конвенција о правима радника на организовање и колективно преговарање (Конвенција бр. 98 из 1949),[14] Конвенција о слободи удруживања и поступцима утврђивања услова рада у јавном сектору (Конвенција бр. 151 из 1978), Конвенција о колективном преговарању (Конвенција бр. 154 из 1981).[15] Члан три Конвенције бр. 87 предвиђа права радничких организација на доношење својих статута и административних правила, слободан избор својих представника, организовање свога управљања и делатности, као и формулисање акционих програма.[16] Анализом овога члана, долази се

11 Повеља о основним правима у Европској унији из 2000. године (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), чл. 28.

12 Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Gvido, *Принципи Међународне орīанизације рада (ILO) у вези са ūравом на шīрајк*, International Labour Organization, стр. 1.

13 Бранко Лубарда, *нав. дело*, стр. 160.

14 Ове две конвенције уврштене су у осам фундаменталних конвенција МОР-а „Декларацијом о основним принципима и начелима МОР-а“ из 1998. године.

15 Србија је ратификовала конвенције 87 и 98, док конвенције 151 и 154 још увек нису ратификоване од стране наше земље.

16 Конвеција бр. 87 Међународне организације рада о синдикалним слободама и заштити синдикалних права из 1948. године (*C87 Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention*), чл. 3.

до закључка да се у оквиру делатности на које имају право синдикати, убраја и право на штрајк. Веома је значајна улога Комитета за слободу удруживања, као и Комитета експерата за примену конвенција и препорука који су у оквиру својих извештаја наводили да штрајк представља фундаментално право радника и њихових организација, одредивши и границе у оквиру којих се ово право може остваривати, као и скуп принципа у вези са овим правом.[17] Оба Комитета су усвојила закључке, према којима штрајк представља легитимно средство за одбрану професионалних интереса.[18]

Европска конвенција о људским правима не предвиђа у члану једанаест којим се признаје право на слободу окупљања и удруживања право на штрајк. Ипак, сматра се да се ово право имплицитно признаје, што се и види из одлуке Европског суда за људска права где је широким тумачењем начела слободе удруживања у случају Синдиката машиновођа Шведске из 1976. године утврђено да је право на колективну акцију, укључујући и право на штрајк, имплицитно садржано у члану једанаест Европске конвенције.[19]

Право на штрајк загарантовано је у великом броју устава земаља-чланица Европске уније. Као експлицитно уставом признато право предвиђено је у уставима Шведске, Данске, Француске, Бугарске, Кипра, Естоније, Грчке, Мађарске, Италије, Литваније, Летоније, Пољске, Португала, Румуније, Шпаније, Словачке и Словеније. Као имплицитно уставом признато право, право на штрајк се посматра као део експлицитно признатог права на синдикално удруживање и почива на идеји о тесној повезаности и узајамној условљености права на удруживање, колективно преговарање и колективну акцију.[20] На овај начин, право на штрајк се регулише у оквиру устава Немачке, Финске и Луксембурга. Занимљивост је да право на штрајк уопште није кодификовано у Аустрији, тако да се нити уставом нити законом не регулише да ли ће се и под којим условима ово право остварити,[21] као ни које правне последице могу сносити запослени због учешћа у штрајку.[22] У системима Белгије и Холандије, такође није законски регулисано право

17 Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Gvido, *нав. дело*, стр. 2.

18 Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 161.

19 Бранко Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2004, стр. 69.

20 Бранко Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, стр. 162.

21 Wiebke Warneck, *Strike rules in the EU27 and beyond, A comparative overview*, Brussels, 2007, стр. 14.

22 Не постоје ни одлуке Врховног суда Аустрије на ову тему, али и поред изнетих чињеница, право на штрајк се толерише у Аустрији од 1870. године. W. Warneck, *нав. дело*, стр 14.

на штрајк, али се оно развијало посредством прецедентног права.[23] У Чешкој се право на штрајк признаје у оквиру Повеље о основним правима и слободама, као и Колективним уговором о раду из 1991. године.[24] Право на штрајк на Малти помиње се у оквиру Закона о измени Уредбе о синдикатима и радним споровима од 1945. године и Закона о поравњању и арбитражи са новим одредбама о струковним односима и окончању међусобних спорова из 1976. године.[25] Овај закон садржи само једну одредбу којом се уређује допуштеност штрајка и то у случају када дође до спора између послодавца и радника у току рада.[26] Специфична ситуација по питању права на штрајк јавља се у Великој Британији и Ирској. У правним системима ових држава није признато право на штрајк, већ постоји слобода штрајка, или, још прецизније, серија имунитета од грађанскоправне и кривичноправне одговорности за организовање и учешће у штрајку.[27]

Право на штрајк у земљама бивше Југославије, признаје се на скоро идентичан начин. Уставима се експлицитно ово право признаје у Хрватској, Македонији, Црној Гори и Србији. Устав Црне Горе[28] предвиђа да сви запослени имају право на штрајк, са тим да се ово право може ограничити запосленима у војсци, полицији, државним органима и јавној служби у циљу заштите јавног интереса. Устав Македоније[29] гарантује право на штрајк и исто ограничава у војсци, полицији и државним органима, као и Устав Хрватске.[30] Устав Републике Српске такође експлицитно признаје право на штрајк запосленима,[31] за разлику од Устава Федерације Босне и Херцеговине, где се ово право не спомиње у оквиру устава, већ је уређено посебним законом о штрајку. Све ове земље, поред устава, регулишу право на штрајк и путем посебних закона у којима су садржана решења за основна питања везана за одржавање штрајкова.

Закон о штрајку Црне Горе[32] дефинише штрајк као прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и еко-

23 W. Warneck, *нав. дело*, стр. 16.

24 W. Warneck, *нав. дело*, стр. 22.

25 Марија Тороман, „Законско регулисање права на штрајк", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4/1993, стр. 245.

26 М. Тороман, *нав. чланак*, стр. 245.

27 Бранко Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, стр. 171.

28 Устав Републике Црне Горе (*Службени лист РЦГ*, бр. 1/2007), чл. 66.

29 Устав Републике Македоније из 1991. године (*Устав на Република Македонија*), чл. 38.

30 Устав Републике Хрватске (Народне новине, бр. 56/1990 и 41/2001), чл. 60.

31 Устав Републике Српске из 1992. године, чл. 42.

32 Закон о штрајку Црне Горе (*Службени лист РЦГ*, бр. 61/2004), чл. 1.

нономских интереса. Закон садржи двадесет седам чланова у којима се обрађују најбитнија питања везана за концепт права на штрајк. Законодавац у оквиру текста закона поред основних питања, неизбежних у овој материји, као што су: појам права на штрајк, елементи штрајка, општи услови остваривања права на штрајк, посебни услови штрајка за одређене делатности, права радника учесника у штрајку, обавезе послодавца, престанак штрајка и санкције, предвиђа за разлику од српског закона о штрајку и посебну врсту колективне акције запослених – штрајкачке straже (пикетинг). Законом је уређено право запослених који су ступили у штрајк да одлуком надлежног органа синдиката или већине запослених, образују штрајкачке straже на местима пред улазом или у кругу пословних просторија послодавца ради обавештавања запослених и јавности о спору који је настао и о оправданости њихових захтева. Штрајкачка стража не може током свог деловања примењивати физичку принуду, постављати физичке препреке или блокаде прилаза послу запосленима који желе да обављају своју делатност код послодавца, нити смеју претити или вређати запослене, као ни спречавати послодавца у вршењу своје делатности.[33]

Право на штрајк се у законодавству Хрватске обрађује у оквиру главе двадесет три хрватског Закона о раду, тако да је Хрватска једина земља у региону где се ово право не регулише у оквиру посебног закона, већ представља део општег Закона о раду. Поред права на штрајк, хрватско законодавство признаје и право послодавца на локаут. Законодавац даје могућност послодавцу да искључи раднике са рада као одговор на већ започети штрајк, са тим што искључење не сме започети пре истека осам дана од дана почетка штрајка.[34] Поставља се и услов да број радника искључених са рада не сме бити већи од половине радника који се налазе у штрајку. У теорији је овај облик колективне акције послодавца познат као одбрамбени локаут, уједно је и једина врста која се признаје у упоредном праву [35] и то само за случај интересних колективних радних спорова.[36]

Право на штрајк регулисано је посебним законима у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине. Закон о штрајку Републике Српске наводи да се законом уређује поступак у коме запослени ради

33 Пикетинг је дозвољен као вид колективне акције запослених и у законодавствима Белгије, Бугарске, Чешке, Данске, Немачке, Мађарске, Италије, Луксембурга, Малте, Норвешке, Португала, Словачке и Велике Британије.

34 Закон о раду Хрватске (*Народне новине*, бр. 38/1995), чл. 211.

35 Одбрамбени локаут признат је и у законодавствима Немачке, САД-а, Канаде, Јапана, Велике Британије. Опширније, Бранко Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, стр. 277.

36 *Idem*., стр. 275.

заштите својих економских и социјалних права, остварују уставно право на штрајк.[37] Увиђа се да закон има доста сличности са српским Законом о штрајку и да је вероватно српски закон имао великог утицаја на законодавца приликом израде текста закона.

Закон о штрајку Федерације Босне и Херцеговине уређује право запослених на штрајк, право синдиката на штрајк, као и право послодавца да искључи запослене са рада.[38] Закон предвиђа могућност да на предлог послодавца синдикат и послодавац споразумну утврде послове који се не могу прекидати за време штрајка, а да то не буду само послови од виталног интереса за живот и здравље становништва. У случају да се не могу споразумети о минимуму процеса рада, решавање насталог спора поверава се арбитражи. Арбитража се састоји од једног представника синдиката и послодавца и независног председника кога споразумно одређују синдикат и послодавац.[39] Арбитража доноси одлуку у року од пет дана од дана покретања арбитражног поступка. Најкасније на дан најаве штрајка, синдикат је у обавези да објави споразум о пословима на којима се рад не може прекидати за време штрајка.[40]

Право на штрајк у Србији признаје се Уставом Републике Србије као право запослених које се остварује у складу са законом и колективним уговором, а које може бити ограничено само на основу закона, сходно природи или врсти делатности. Приметно је да је решење у српском уставу у складу са решењима која се проналазе у уставима других европских земаља, као и у горе наведеним конвенцијама. Ово право дуго није било регулисано у некадашњој Југославији, као ни у осталим социјалистичким земљама у том периоду. Признато је тек 1988. године, Амандманом 28. на Устав СФРЈ из 1974. године после многобројних и вишестраних расправа.[41] У амандману се наводи да радници имају право на штрајк под условима утврђеним у закону.

Ово право се ближе уређује Законом о штрајку, који је на снази последњих четрнаест година и који је усвојен у периоду Савезне Републике Југославије. Србија као сукцесор Државне Заједнице Србије

37 Закон о штрајку Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 10/1998), чл. 1.

38 Закон о штрајку Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине ФБиХ*, бр. 14/2000), чл. 1.

39 Ако се синдикат и послодавац не могу споразумети о именовању председника, а та питања нису уређена колективним уговором или споразумом синдиката и послодавца, њега ће на предлог синдиката или послодавца именовати надлежни општински суд у року од пет дана. Закон о штрајку Федерације Босне и Херцеговине, чл. 5.

40 Закон о штрајку Федерације Босне и Херцеговине, чл. 5.

41 Драгољуб Симоновић, *Радноправна читанка – друга књига*, Београд, 2009, стр. 343.

и Црне Горе наставила је да примењује овај закон, иако се ситуација у земљи доста изменила у последњих неколико година.[42]

Законом се штрајк дефинише као прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада. Оваква дефиниција ослања се на дефиниције штрајка које сусрећемо у упоредном праву.[43] Право на штрајк, увек претпоставља удруживање, илити повезано деловање више запослених лица.[44] Наш закон предвиђа да одлука о ступању у штрајк може бити донета или од органа синдиката или од већине запослених, с тим што законодавац није прописао која је већина потребна за доношење ове одлуке и на који начин се одлука доноси.[45] Право већине запослених да донесе одлуку о ступању у штрајк признаје се само на нивоу послодавца, одлуку о ступању у штрајк у грани или делатности или у генерални штрајк доноси надлежни орган синдиката у грани или делатности, односно републици.[46]

Када се говори о врстама штрајка, наш законодавац признаје запосленима само право на организовање штрајка код послодавца, затим штрајк у грани или делатности, генерални штрајк, као и штрајк упозорења.[47] Не предвиђа се законом право на штрајк солидарности, које се признаје у великом броју европских закондавстава о штрајку.[48] Штрајк солидарности или штрајк симпатије организује се ради заштите професионалних интереса радника у неком другом предузећу или грани са циљем да се на тај начин пружи подршка запосленима који су ступили у штрајк.[49]

Законодавац не предвиђа ни право на штрајкачке страже (пикетинг). Међутим, поједини аутори сматрају да се право на пикетинг у нашем законодавству чак и не допушта, тачније да је у нашем правном систему ограничена слобода пикетинга, јер је чланом пет закона о штрајку предвиђено да се штрајк испољава окупљањем запослених, а

42 Велики број државних фирми променио је својинску структуру процесом приватизације, а на тржишту је и све више страног капитала.

43 Влајко Брајић, *Радно право*, Београд, 2001, стр. 539.

44 Боривоје Шундерић, *Коментар закона о штрајку*, Београд, 2005, стр. 13.

45 Б. Шундерић, *нав. дело*, стр. 21.

46 Закон о штрајку (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр 101/2005), чл. 3.

47 Може трајати најдуже један сат. Закон о штрајку (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр 101/2005), чл. 5.

48 Штрајк солидарности предвиђен је у законодавствима Белгије, Бугарске, Хрватске, Кипра, Чешке, Данске, Естоније, Финске, Француске, Немачке, Грчке, Мађарске, Малте, Ирске, Пољске, Португала, Румуније, Словачке и Шведске.

49 Бранко Лубарда, *Решавање колективних радних спорова*, стр. 210.

да место окупљања учесника у штрајку не може бити ван пословних-радних просторија, тачније ван круга пословних просторија запослених који ступају у штрајк.[50] Овај став законодавца, доводи до закључка да се право на штрајк може вршити само унутар просторија послодаваца и да запослени не могу о својој акцији обавестити јавност, нити јавно истицати своје захтеве окупљањем испред просторија послодавца, или на улицама, трговима, пругама, путевима. Облици акције запослених у којима се они окупљају на јавним местима и истичу своје захтеве, не представљају штрајк, већ протест, који се уређује посебним законом о окупљању грађана.[51]

Право на штрајк може бити ограничено у складу са уставом и законом у потпуности или делимично. Закон о штрајку Србије је предвидео да се право на штрајк, у делатностима од виталног интереса или у делатностима чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот или здравље људи, може остварити само ако се испуне и посебни услови. Делатности од виталног интереса, према Закону о штрајку су оне делатности које обавља послодавац у области електропривреде, водопривреде, саобраћаја, информисања (радио и телевизија), ПТТ услуга, комуналних делатности, производње основних прехрамбених производа, здравствене и ветеринарске заштите, просвете, друштвене бриге о деци и социјане заштите, као и делатности од посебног значаја за одбрану и безбедност републике. У делатности чији би прекид рада по природи посла могао угрозити живот и здравље људи спадају хемијска индустрија, индустрија челика и црна и обојена металургија. Постоје ставови који стоје при становишту да је законодавац у нашем закону прешироко одредио делатности од виталног интереса. Комитет за слободу удруживања Међународне организације рада сматра да су делатности од виталног интереса само болнице, електродистрибуције, водоводи, телефонске компаније и контроле летова и да се само у овим делатностима може ограничити право на штрајк, са резервом да делатност која није од виталног интереса може постати делатност од виталног интереса у случају да штрајк потраје дуже од одређеног времена или се прошири изван одређеног обухвата.[52]

Запослени који обављају делатности у делатностима од виталног интереса, могу остваривати право на штрајк, само под условом да се обезбеди минимум процеса рада, којим се обезбеђује сигурност људи

50 Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 210.

51 Закон је објављен у *Службеном гласнику Републике Србије*, бр. 51/92 и 48/94 и *Службеном гласнику Републике Србије*, бр. 29/01 и 101/05.

52 Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Gvido, *нав. дело*, стр. 12.

и имовине.[53] Минимум процеса рада према важећем Закону о штрајку утврђује за јавне службе и јавна предузећа оснивач, а за другог послодавца утврђује директор, са тим да се при утврђивању предвиђа обавеза консултовања синдиката. Међутим, чести су случајеви да се минимуми процеса рада доста високо постављају и да се самим тим право на штрајк у тим делатностима и превише ограничава. Уредбом о штрајку полицијских службеника налаже се рад минимум 90% запослених полицијских службеника у организационој јединици у којој се организује прекид рада.[54]

Законодавац је у обавези да у што скорије време донесе нови закон о штрајку, којим би се у Србији признао нови концепт права на штрајк. Закон, који ће бити хармонизован са законодавством Европске уније и којим би се предвиделе неке нове врсте штрајка, право запослених на штрајкачке страже, као и право послодавца на одбрамбени локаут. Штрајк би требало да буде све више крајње средство при решавању колективних радних спорова, а већу улогу при решавању спорова, требала би да има Републичка агенција за мирно решавање радних спорова, која је установљена Законом о мирном решавању радних спорова из 2004. године, а чије постојање није било предвиђено законом о штрајку из 1996. године. Такође, врло је битно направити нову систематизацију при одређивању делатности од виталног интереса, а у складу са ставовима комитета Међународне организације рада.

***Filip* BOJIĆ**
Graduate Lawyer

RIGHT ON STRIKE IN EUROPEAN AND DOMESTIC LAW

Summary

The subject of this study is to analyze the right to strike as one of the most important rights of employees in the field of labor legislation. Since this right is now recognized in most European countries, the author chooses to emphasize the creation, development and impact of this right in the historical and

53 Закон о штрајку (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр 101/2005), чл. 10.

54 Уредба о штрајку полицијских службеника (*Службени гласник РС*, бр. 71/2007), чл. 2.

comparative context. By analyzing the most important international documents related to the right to strike, and constitutions of European states, the author tries to show that this is the right predominantly regulated by national legislation and the EU still lacks a comprehensive document that will edit this issue in a unique way.

Special attention is devoted to the analysis of the right to strike in the former Yugoslavia and Serbia. Author tries to highlight shortcomings in national legislation which governs this issue. By assessment that our law neither provides by law the right to solidarity strike, nor the right to strike guards (picketing), which is recognized in many European legislations on strike, concrete ways are suggested by which our legislator could regulate this matter and harmonize it with relevant documents of the European Union.

Key words: *right on strike, employee, convention, constitution, law, employer.*

ПОРЕСКО ПРАВО

др *Зоран* ИСАИЛОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Приштини

МОДЕЛИ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК ГРАЂАНА

Резиме

Доскорашње готово једнодушно становиште о примени синтетичког модела опорезивања дохотка грађана дошло је код пореских власти Србије под великом сумњом. Прецизније, све више израста мишљење да се уместо синтетичког модела треба определити за дуални или пропорционални модел.

Намера даљег пребацивања пореског оптерећења у Републици са непосредне на посредне порезе, не би довело до праведног опорезивања. По мишљењу аутора, наведене тенденције би у српским условима довеле до формирања деформисаног пореског система, којем је готово искључив циљ привлачење финансијског и другог мобилног капитала. Због тога, у условима дубоке економске кризе, треба се определити за најједноставнију форму синтетичког модела опорезивања дохотка грађана, с могућношћу одређених одступања, одвојеним и пропорционалним опорезивањем дивиденди и камата и тако утицати на економску оптималност пореског система.

Кључне речи: *порески систем, порез на доходак, синтетичко опорезивање, дуално опорезивање, пропорционално опорезивање.*

I Уводна разматрања

Социјалну државу или државу благостања (*welfare state*, *social state*, *service state*), можемо дефинисати као посебан вид државе која има ле-

гитимитет да регулише процесе производње и расподеле и тим путем утиче на стварање повољних шанси индивидуа и друштвених група. Њена улога долази посебно до изражаја у условима оштрих економских и политичких криза. У контексту изложеног у многим државама, значај филозофије државе благостања неједнак је у зависности од привредних кретања. С тим у вези, посебан печат дају учења Кејнза (1886–1948) која се појављују у вези са Великом економском кризом тридесетих година прошлог века. У својој књизи Општа теорија запослености, камата и новца (1936), он излази са новим концептом управљања економије за превазилажење кризе али и за управљање економијом и у временима стабилности и просперитета. Конкретно, Кејнз истиче улогу државе која једино може да спречи привредни крах и усмери економију ка просперитету. У том погледу он даје посебну пажњу и улози фискалне политике. Ради сламања кризе потребно је радикално повећање јавне потрошње ради повећања запослености. Поред тога, неопходно је смањивање пореза да би остајало грађанима више дохотка за трошење да би се поправила ликвидност привреде. Међутим, поред тога неопходно је применом прогресивних стопа повећати порез економски снажнијим обвезницима. Наведени концепт је свесно правио буџетски дефицит и јавне дугове. Овим путем, држава је повећавала тражњу и подстицала излазак из кризе успостављајући нове циклусе просперитета. Дуго времена Кејнзова теорија се показала успешним у борби са економском кризом али и управљању успешним развојем привреда савремених држава након Другог светског рата. Дакле, хваљена је држава благостања која је поред осталог подизала и животни стандард, пензије, социјалне трансфере итд.

Међутим, каснијим развојем кејнзијанска теорија на западу постала је предмет оштре критике. Бројни теоретичари и практичари окупљени на десном крилу америчке Републиканске партије и британске Конзервативне странке покрећу правац који је добио име *Suply-Side economics* – економија окренута ка страни понуде.

Суштина *Suply-Side economics* састојала се у томе што се узроци кризе капитализма налазе у недовољности производње, а не како Кејнзијанска теорија тврди у недовољности потражње. Због наведеног пореску политику треба тако конципирати да би могла да одговори потребама стимулације понуде робе и услуга. Тим путем, тврде присталице *Suply-Side economics*, могуће је остварити здрави привредан раст. Стимулација привреде би се по њиховом мишљењу могла остварити тако што би се одлучно приступило смањивању пореског терета привредних субјеката. Истовремено давале би се значајне пореске олакшице великом бизнису. На овај начин омогућиће се оживљавање привреде. Дошло би

до раста штедње, инвестиција и прекинуо би се процес стагнације и неповољног раста.

У контексту изложеног, осамдесетих година прошлог века Реганова администрација у САД залажући се за смањење граничних пореских стопа за богате није то аргументовала правичношћу плаћања, односно да су богаташи претерано опорезовани. Њихово образложење било је везано с потребом остварења ефикасности. Конкретно, по наведеној администрацији високо оптерећење богатих производи велике дисторзије у привреди и да због тога земља трпи у целини смањењем понуде радне снаге и штедње. Због тога смањење пореског оптерећења богатих условиће снажно повећање тражње, и у комбинацији са редуцирањем подстицаја за избегавање плаћања пореза довешће до повећања наплате пореских прихода. Постоји општи консензус да је смањење пореских стопа из 1981. учинило оно што је већина економиста изван Реганове администрације предвиђала да ће учинити – смањење пореских прихода, а смањење граничних пореских стопа у 1986. години имало је готово занемарљиви ефекат на штедњу (која је остала на изузетно ниском нивоу), као и на понуду радне снаге.[1]

Дакле, све у свему, након снажног уплива државе на привредне токове, настао је период инсистирања на алокативној неутралности пореске политике, тако што се не би дирало у односе цена који су настали деловањем тржишта. Избегавала се интерсекторска селективност фискалне политике (диференцирани третман појединих грана и групација привреде). Тежило се ка изградњи пореског система који би био недисторзиван. Према томе, улога капиталистичке државе, везана за Кејнзијанска учења касније су се код бројних аутора поштовалаца тзв. „таласа либерализма“ доводила у питање. По њима, држава треба да радикално смањи своју улогу у функционисању привредног живота. То би се одвијало тако, што би дошло до смањења пореза, свођења улоге државе на улогу оквирног регулатора, који би подстицао предузетничку активност приватних предузећа итд.

Међутим, садашњим улажењем савремених држава у високу нестабилност, поново се отвара питање значаја поред економске интервенције и улоге социјалне државе у правцу остварења социјалне праведности и социјалне сигурности. Актуелизују се истраживања бројних прописа социјалне државе који морају бити усмерени на ублажавање социјалних неједнакости и на осигурање људског достојанства, тј. минималног социјалног стандарда. На подручју пореске теорије и праксе начела и циљеви социјалне државе се остварују кроз испитивање: порезних

1 Видети: Joseph E. Stiglitz, *Економија јавног сектора*, прво издање, 2004, Београд, Економски факултет у Београду, стр. 715–716.

ослобођења минимума за егзистенцију; вођењем рачуна о интересима економско слабијих слојева становништва и применом начела порезне способности, тј. прогресивним опорезивањем дохотка итд.[2] С тим у вези, дубоко раслојавање пореских обвезника отвара и у пуној мери актуелизује потребу конципирања пореског система који ће бити правичнији и вршити значајнију прерасподелу дохотка која ће отклањати негативне ефекте тржишног начина привређивања. Значај пореза на доходак у теорији се потенцира због тога што је прикладан (да се примењује као инструмент фискалне политике ради остваривања циљеве политике дистрибуције и стабилизације. Осим тога, изузетно се често упозорава и упућује на чињеницу да се порез на доходак може боље прилагодити личним околностима опорезованих него остали порези, да допушта опорезивање према економској снази и да погађа највећи број грађана.[3] Због тога, у овом раду детаљно ће се испитати модели савремених пореза на доходак грађана у свету и Србији који својом применом изазивају бројне и сложене утицаје на економску ефикасност, тржиште рада, међународну конкурентност, прерасподелу дохотка итд. Тежина проблема је у томе, што за разлику од неких других важних пореских облика који се одликују релативно високом униформношћу правних решења, при опорезивању дохотка грађана у свету, укључујући и Европску унију, постоји изражена разноликост.

II Путеви развоја система пореза на доходак грађана у савременим државама

Најважнији разлози за неминовну променљивост пореских прописа јесте перманентно преиспитивање правичности распореда пореског терета, утицај који ови остављају на привредни живот, међународна конкуренција, нужност приступања држава међународним економским интеграцијама и фискална издашност. С тим у вези у теорији постоји широка лепеза критеријума којим се вреднује одређени модел опорезивања дохотка грађана. То су: хоризонтална и вертикална правичност, економска ефикасност; трошкови примене итд. Потреба реализације наведених критеријума снажно детерминишу активности државе приликом конципирање нових правних прописа у пореској материји. Међутим, „важна последица значајног броја критеријума на основу којих се вреднује порез на доходак грађана јесте то што не

2 Детаљније видети: Оливера Лончарић-Хорват, „Социјална држава и посредни порези“, Загреб, 1995, *Рев. соц. йолиш.*, год. II, бр. 2, стр. 115.

3 Детаљније видети: Dieter Brummerhoff, *Јавне финанције*, седмо издање, R. Oldenbourg Verlag, Munchen Wien, превод, Мате, 2000, Загреб, стр. 287.

постоји један облик пореза који је „супериоран“ у односу на остале према свим критеријумима (тј. не постоји облик који је оптималан, у смислу Парета – да је бољи по бар једном критеријуму од свих осталих, а да није гори ни по једном критеријуу). Непостојање „супериорног“ облика опорезивања дохотка грађана има за последицу релативно високу разноликост начина опорезивања дохотка грађана, посматрана по земљама.“[4] Дакле, у оквиру потребе остваривању изложених контрадикторних циљева, постоји одређени маневарски простор пореских власти приликом правног конципирања пореског система (опредељења за поједине врсте пореских прихода, дефинисања њихових основних елемената – обвезника, предмет, основица, стопе, ослобођења и олакшице итд.). Међутим, неки од пореских стубова савременог света: порез на додату вредност и акцизе су неминовно прихваћене и у највећем броју земаља света њихова регулација је највећим делом хармонизована на међународном плану (посебно у оквиру ЕУ путем доношења директива и других прописа). Дакле, код тзв. индиректних пореза, као и у другим савременим државама и Србија је битно ограничена у регулативи у циљу хармонизовања пореских прописа и стварања услова за приступање ЕУ.

Према томе, за разлику од наведених пореских облика који се одликују релативно високом правном униформношћу решења, при опорезивању дохотка грађана у свету, укључујући и Европску унију, као што је речено, постоји изражена разноликост. Због тога, у овом сегменту пореског система постоји већи маневарски простор државе да води одређену екстра фискалну политику, посебно везану за вођење економске и социјалне политике државе. Конкретније говорећи, најважнији директни порез у савременим државама, порез на доходак грађана у правној регулативи по правилу није међународно ограничен у погледу опредељења за модел и регулисање есенцијалних елемената опорезивања.

У складу са изложеним, у савременим државама код пореза на доходак грађана, постоји битна разноликост правних решења, која остављају значајан уплив на привредни и друштвени живот. То нимало није безначајно имајући у виду сложену структуру овог пореза, коме се даје изузетан значај као снажном инструменту за остваривање праведности опорезивања, подстицају привредног развоја, издашности плаћања итд. Наведени разлози код бројних теоретичара и практичара изазива недоумице, и у пракси прихватање неједнаких решења од

4 Милојко Арсић, Саша Ранђеловић, Никола Алтипармаков, „Могући правци реформе пореза на доходак грађана у Србији“, *Квартални монитор*, бр. 17, април – јун 2009., Београд, стр. 99.

земље до земље, с настојањем да она одговарају актуелним перформансама и развојним приоритетима привреде и перформансама пореске администрације конкретне државе. Сложена ванфискална дејства које изазива савремени порез на доходак грађана, по правилу је онемогућио државама да примене одређени чисти теоријски модел. Због тога, у пракси се појављују одређени основни модели који су модификовани потребама остварења бројних често супротних циљева.

У контексту изложеног, теоретски уопштавајући, имајући у виду досадашња достигнућа науке и праксе појављују се три основна савремена могућа модела (система) опорезивања дохотка грађана: синтетички (глобални), дуални и пропорционални. С тим у вези, до пре десет – петнаест година у науци је владало јединствено мишљење, да је синтетички модел опорезивања најоптималније решење за остваривање праведности опорезивања. Ради се о глобалном порезу, код кога се збрајају сви приходи обвезника и формира збирна основица. Након одбијања од бруто основице одређених одбитака мотивисани из социјалних, економских и других разлога добија се нето основица – опорезиви доходак на који се примењују прогресивне стопе. Овим путем се најдоследније остварује принцип плаћања пореза према економској снази. То је био најважнији разлог да су бројне државе, најпре развијене, касније и друге, у своје пореске системе уградиле овај порески облик. Међутим, у пракси бројних држава, дејством овог пореза су се појавили јаки негативни ефекти који су се изражавали кроз: хипертрофирано оптерећење обвезника; значајно избегавање пореза; негативни економски ефекти; високи трошкови администрације и обвезника везани за наплату пореза итд. Поред изложеног, истицала се и сложеност, компликованост и неправедност примене овог пореза чак и у високо развијеним земљама чији значај је и данас неприкосновен. Примера ради, Бил Арчер (*Bill Archer*) председник Одбора за финансије Представничког дома америчког Конгреса, изјавио је пре неколико година како жели да из корена ишчупа постојећи закон о порезу на доходак грађана и да га баци како више никада не би поново израстао. Синтетички порез на доходак грађана је иначе ослонац система федералних прихода САД. Конкретно, 2005. године у Америци је поднето близу 174 милиона пореских пријава, на основу којих су прикупљене 972 милијарде долара, то јест, око 45% федералних прихода.[5] Потребно је истаћи који су то најбитнији разлози, који и у САД оспоравају ваљаност примене дефиниција синтетичког модела опорезивања дохотка грађана? Наиме, у овој земљи традиционално референтно мерило дохотка представља тзв. Хејг-Сајмонсова дефиниција:

5 Детаљније о проблемима везаним за дефинисање система пореза на доходак грађана као и ефикасност и правичност америчког система видети: Harvey S. Rosen, Ted Gayer, *Јавне финансије*, Економски факултет у Београду, 2009, стр. 412–451.

доходак остварен током одређеног периода једнак је нето промени потрошачке снаге појединца. Међутим, примена наведеног критеријума ради утврђивања пореске основице, у пракси скопчана је са одређеним проблемима: при утврђивању дохотка потребно је извршити његово умањење за трошкове повезане за стицање тог дохотка; тешкоћама у обухватању нереализованих капиталних добитака и импутираног дохотка; проблемима мерења вредности примања у натури итд.

Сложеност примене, подстакли су неке државе да напусте синтетички порез и акцептирају друге моделе опорезивања дохотка грађана у циљу смањења или отклањања негативних ефеката.

Најпре су скандинавске земље, имајући проблеме са високим стопама синтетичког пореза, које су посебно негативно утицале на међународну конкурентност ових земаља у односу на друге земље са нижим пореским оптерећењем, који су се ефектуирали кроз одлив капитала у друге земље са нижим непосредним порезима, напустиле синтетичко опорезивање и у своје пореске системе увели тзв. дуални модел опорезивања грађана. Филозофија овог модела опорезивања је прихватање поделе и посебно опорезивање прихода од рада и прихода од капитала. Наиме, приходи од рада се опорезују применом прогресивних стопа на збирну основицу али само на приходе од рада. Поред тога, за разлику од синтетичког опорезивања код овог модела број ослобођења и олакшисе се редуцирају на много мању меру. Са друге стране, приходи од капитала се посебно опорезују и то јединственом пропорционалном стопом, која је једнака најнижој пореској стопи по којој се опорезује доходак од рада. Овим путем се порески повољније третирају приходи од капитала, који су се код синтетичког опорезивања на бројне начине, омогућеним од пореске власти избегавали плаћати. Поред тога високо пореско оптерећење свих прихода негативно је утицало на међународну конкурентност држава које су примењивале синтетички порез. Често пута у теорији пореза се дуални порез на доходак грађана разврстава у једну од варијација пореза на доходак, између чисто глобалног и чисто цедуларног модела. Прецизније, ради се о настојању да се у оквиру глобалног модела опорезивања дохотка појединим врстама прихода даје посебни третман. Примера ради, дивиденде се не укључују у основицу синтетичког (глобалног) пореза на доходак грађана, већ се опорезују коначним порезом по одбитку применом ниже пореске стопе у односу на глобално опорезивање. Овим путем се ублажава економско двоструко опорезивање и стимулише улагање капитала у земљи.

Код земаља у транзицији (Русији, Румунији, Македонији, Црној Гори, Албанији, Бугарској и др.), суочавајући се са сложеношћу и компликованошћу примене синтетичког пореза пропраћене негативним ефектима на привредни живот у пореске системе се уводи једноставнији

модел опорезивања назван пропорционалним моделом. То је модел, код кога се приликом опорезивања прихода од рада примењује јединствена пропорционална стопа. У циљу остваривања начела плаћања пореза према економској снази, евентуално је могуће утврђивање неопорезивог износ дела зараде и минималних ослобођења по другим основама и тако остваривање тзв. индиректног прогресивног опорезивања. Што се тиче прихода од капитала, у чистом теоријском облику ови приходи се не опорезују. Међутим, у пракси поменутих држава они се опорезују али значајно нижим стопама него што је то случај код прихода од рада.

Због изложене сложености примене синтетичког пореза у САД, подстакла је бројне теоретичаре да се заложе за његову замену са знатно једноставнијим пропорционалним моделом опорезивања дохотка грађана. У поменутој земљи, путем овог пореза сматрало се да је могуће оборити стопу опорезивања, избећи чист губитак пореског система и подстицај на превару. Прогресивност опорезивања по овом моделу би се постигао путем прописивања одмереног личног изузећа од пореске основице, којима би се помогло онима на дну доходне скале. Међутим, критичари овог модела у САД су истицали да би веће лично изузеће од опорезивања утицало на потребу примене више граничне пореске стопе. Поред тога, већи део пореског терета би се пребацио са богатих на средњу класу. Такође, критичари пропорционалног модела опорезивања сматрају да читав низ концептуалних и административних проблема повезаних с дефинисањем дохотка неће нестати једноставно тиме што ће се прописати да трошкови пословања треба да буду „строго дефинисани". Најзад, оцењују да једноставан порески закон никада неће постојати.

Дакле, изворно гледано, размишљања о пропорционалном (линеарном) порезу на доходак (*flat tax*), су настала у САД, заговарали су га *Milton Friedman*, *R. Hall* и *A. Rabushka*. Популарност овог пореза се везује за осамдесете године прошлог века, када се у оквиру синтетичког пореза врше значајне промене, које су се огледале у следећем: Законом о пореској реформи из 1986. године, законска максимална стопа је смањена са 50 на 28 одсто, а пореска основица је проширена укидањем неких одбитака итд. Ипак, последњих година у САД поново долази до повећања пореских стопа, док капитални добици поново уживају преференцијални порески третман а нове олакшице крње пореску основицу. Овим путем САД се практично удаљавају од идеје за напуштање синтетичког и прихватање пропорционалног модела опорезивања дохотка грађана.

III Путеви развоја пореза на доходак грађана у Србији

Важећи мешовити систем опорезивања дохотка грађана у Србији (данас је у реткој примени у другим државама, примењују га Чиле и Мозамбик), испољио је у пракси више недостатака, због којих је неопходно да се напусти и замени новим моделом опорезивања. Изложићу основне слабости овог пореза.

Најпре, може се истаћи да је овај порез неправедан. Конкретно, манифестује се његова хоризонтална и вертикална неправедност. Хоризонтална неправедност произлази због фигурирања различитих пореских стопа (номиналних – законских и ефективних), које нарушавају принцип: да сви обвезници плаћају исти износ пореза, када остварују исти ниво дохотка у току године, без обзира на изворе одакле приходи потичу. Наиме, у систему опорезивања грађана егзистирају три диференциране законске стопе: 12% на зараде, 10% на приходе од самосталне делатности, приходе од капитала и капиталне добитке и 20% на друге приходе (приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустриске својине, приходе од непокретности, итд.). Поред тога, због Законом о порезу на доходак грађана утврђених различитих нормираних трошкова за поједине приходе, имамо значајно разликовање законских стопа од тзв. ефективних или стварних стопа. Конкретно, важећим правом нормирани трошкови утврђени су у следећем износу:

- 6.554 динара (од 1. фебруара 2010.), за зараде;
- 20% за дивиденде;
- 0% за камате;
- 20% за закупнину;
- 34%, 43% и 50% за приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине;
- 50% за приходе спортиста;
- 20% за накнаде по основу уговора о делу, приходи по основу допунског и волонтерског рада, примања чланова управног и надзорног одбора правног лица, накнада посланицима и одборницима и др.;
- првих 19.467 динара за добитке од игара на срећу;
- износ капиталног добитка, оствареног продајом непокретности, који је инвестиран у куповину стана којим порески обвезник решава стамбено питање.

Због изложених различитости, порески обвезници приближно једнаке економске снаге се неједнако порески оптертећују, у зависности од структуре својих прихода.

Нажалост, важећи систем опорезивања не омогућава ни остваривање суштинске вертикалне правичности. Разлог овоме је тај, што су у примени пропорционалне стопе код цедуларних пореза који представљају окосницу нашег мешовитог (комбинованог) модела опорезивања. Те недостатке требало је да отклони допунски годишњи порез на доходак грађана. Међутим, у пракси ефекат овог пореза је симболичан. Плаћа га мање од 1% укупног броја пореских обвезника. Поред тога, негативно утиче и високо постављен лимит изнад кога се примењује виша пореска стопа од 15%.

Неједнаке ефективне пореске стопе опорезивања у зависности од врсте прихода, у нашем систему условљавају формирање нових цена и тако економски неефикасно утичу на алокацију ресурса. Поред изложеног, важећи систем опорезивања грађана негативно утиче на тражњу за радном снагом. Овакво дејство настаје, не због претераног оптерећења зарада путем пореза, већ због укупног фискалног оптерећења рада насталог истовременом применом пореза на зараде и доприноса за социјално осигурање, који се плаћаји из истог извора – плата (зарада). Конкретно говорећи, за порезе и доприносе сваког запосленог у Србији се издваја 68,25 одсто зараде. То је најважнији разлог, што се послодавци одлучују за рад у сивој зони.

Дакле, учешће прикупљене масе пореза на зараде у укупној маси пореза на рад у Србији углавном је значајно мање, док је учешће масе доприноса значајно веће, него у другим европским земљама. Због тога је оправдано смањити збирну стопу доприноса за социјално осигурање. То не би имало било какве последице по висину пензија нити по обухват осигураника и квалитет здравствених услуга. Као што је познато, и данас се скоро половина укупне масе пензија обезбеђује из буџета. Слично, у многим европским земљама здравство се финансира доминантно или у значајној мери из општих пореза. Претходне мере смањиле би имплицитну ефективну стопу пореза на рад на нивоу нешто испод европског просека, што би повећало међународну конкурентност и агрегатну тражњу за радном снагом.[6]

У контексту изложеног, ни примарни разлог за увођење пореза на доходак – прибављање издашних фискалних јавних прихода није задовољавајући. Наиме, фискални ефекат овог прихода углавном је нижи у односу на ефекат развијених савремених држава света. Примера ради, у 2007. години учешће пореза на доходак грађана у БДП – у Србије било је 4,8%. С друге стране, у другим земљама у односној години наведено учешће је износило: у Данској 25,2%, Шведској 14,6%, Немачкој

6 Видети: Михаил Арандаренко, *Кварталнu монитор*, 18, јул – септембар 2009., Београд, стр. 67 и 68.

9,2%, Мађарској 7,1%, Аустрији 10,0%, Словенији 5,7%. Међутим, у односу на мање развијене земље чланице ЕУ, учешће пореза на доходак грађана у БДП – у Србији је нешто веће (у Бугарској је 3,2%, у Румунији 3,3% итд.).[7]

Најзад, анализирајући битна обележја нашег пореза на доходак грађана, не можемо занемарити и његову техничку релативну сложеност. Ово се пре свега односи на примену тзв. годишњег пореза на доходак грађана, који се појављује као коректив основном цедуларном опорезивању у циљу остварења начела плаћања пореза према економској снази.

Из свега изложеног, може се истаћи, да реформисани порески систем Србије пролази кроз велико искушење у наредном периоду, везаним за потребу изградње оптималног модела опорезивања дохотка грађана. Досадашње решење које се изражава кроз примену тзв. мешовитог модела опорезивања, показало се да је анахроно и не испуњава бројне услове које захтева модеран систем непосредног опорезивања.

У садашњим условима сигурно је да би био илузоран посао, ако би наш законодавац кренуо у правцу изналажења потпуно оригиналног решења, које не познаје савремени свет. Према томе, реално је решење да се испитају савремена светска искуства и у складу са нашим конкретним привредним и друштвеним условима прихвати опција, која би била најприкладнија за остваривање утврђених приоритетних циљева. Ти циљеви су остваривање: праведности плаћања пореза; економске ефикасности; издашности; стимулисање извоза, штедње, инвестиција и запошљавања.

Имајући у виду досадашња размишљања релевантних фактора у нашој држави, изгледа да је дилема код нас определити се за дуални или пропорционални модел. Због своје наводне сложености примене, доследни модел синтетичког опорезивања изгледа да није у првом плану. С тим у вези, интересантна су размишљања министра финансија Диане Драгутиновић која истиче „да је суштина реформе у повећању пореског оптерећења потрошње и смањење фискалног оптерећење рада. Порез на зараде је низак и има мало простора за смањење, али је неопходна реформа пореза на доходак грађана којом би се остварило прогресивно опорезивање зарада, повећањем неопорезивог цензуса са 6.000 динара на 16.500. Прогресивнија расподела пореског терета би по њеном мишљењу помогла да се смањи незапосленост која је у Србији сконцентрисана међу слабије квалификованом радном снагом са нижим примањима. Изолована реформа пореза на доходак, која би га

7 Извор података: Taxation Trends in the EU, 2009 Edition, Eurropean Commission, Luxembourg, 2009.

учинила прогресивнијим, смањила би пореско оптерећење испод просечних зарада, док би се пореско оптерећење релативно виших зарада повећало.“[8]

Дакле, аргументација за веће ослањање државе на опорезивања потрошње (посредне порезе), заснива се на томе да ови порези подстицајно делују на повећање штедње што се природно, позитивно реперкутује на повећање инвестиција. Поред тога, незаобилазан је и фискални значај потрошних пореза. Међутим, поред својих позитивних особина, посредни порези су показали и снажно регресивно дејство, због чега се изражава њихова неправедност. Разлог овоме је тај што релативни удео потрошње у дохотку пада са растом дохотка обвезника.

Због тога, давање све већег значаја порезима на потрошњу, ипак, није довело у питање опстанак главних непосредних пореза у савременим државама: пореза на доходак и пореза на добит корпорација, иако је њихово учешће неједнако у укупним пореским приходима различитих држава. Илустрације ради у 2002. години у укупним пореским приходима учешће пореза на доходак је износило: у Великој Британији 29,8%, Белгији 31,7%, Италији 25,5%, Шведској 30.4%, Швајцарској 34,4%, Аустралији 38,5%, Новом Зеланду 42,3%, Данској 53,2%, Немачкој 25,1%, Канади 35,0% итд.[9]

Није спорно да када инвеститори одлучују о месту где ће уложити капитал упоређују трошкове опорезивања капитала и трошкове зарада бирају ону локацију где су трошкови њихове пословне активности најмањи, односно где могу остварити највећу могућу добит.[10] Наведени токови приморавају посебно недовољно развијене земље да потискују улогу и значај непосредних пореза. Ипак, имајући у виду већ велику заступљеност посредних пореза код нас, мишљења сам да даље пребацивање пореског терета у Србији са непосредних на посредне порезе не би имало позитивне ефекте.[11] Такви процеси би снажно ометали реализовање пореског система који би био правичан и који би

8 Видети: Диана Драгутиновић, „Пореска реформа и политичка власт“, *НИН*, бр. 3093, 8. април 2010. године, стр. 17.

9 Извор података: Statistiques des recettes publiques 1965–2003., OECD, Paris, 2004.

10 Видети: A. Steichen, „Tax Competition in Europe or the Timing of Leviathan“, у: Wolfgang Schon (editor), *Tax Competition in Europe*, IBFD, Amsterdam, 2003, стр. 57–58.

11 Упоређујући износе пореских прихода Србије са земљама OECD-а, показују на да је наша Република оптерећена просечним пореским захватањима. Међутим, истовремено то је земља са највећом пореском неправдом, јер је највише захватања пореза од најсиромашнијих. У односу на земље OECD-а, у Србији је изузетно мало учешће пореских прихода од профита, зарада и имовине, док је високо учешће прихода од пореза на потрошњу и доприноса за социјално осигурање. Учешће пореза на добра и услуге (ПДВ, акциза и царина) у укупним пореским приходима Србије је 47,6 одсто, доприноса за социјално осигурање 31,3 одсто и у тој области

вршио значајнију прерасподелу дохотка која ће отклањати негативне ефекте тржишног начина привређивања.

Поред тога дискутабилно је и залагање само за прогресивно опорезивање зарада. Јер, опредељење за оштрије опорезивање зарада применом прогресивних стопа, довео би у неједнаки и неправедан положај обвезника који у односу на друге пореске обвезнике има исту економску снагу, али у односу на њих не остварује приходе из других извора. Дакле, опорезовати обвезника вишом пореском стопом, зато што остварује високу плату али не остварује друге приходе, било би неправедно у односу на обвезника који плаћа нижи порез на зараду али остварује приходе и из других извора (нпр. самосталне делатности, приходе од непокретности, од ауторских права, права сличном ауторском праву и правима индустријске својине итд.).

Разумевајући жељу министра финансија да изгради порески систем у функцији остваривања важних економских циљева, ипак сам мишљења да се то не може постићи даљим преносом пореског оптерећења са непосредних на посредне порезе и прогресивним опорезивањем само зарада. Тим путем долазимо у опасност израдње деформисаног пореског система. Не треба преувеличавати значај посредних пореза и снижавање пореза на зараде на привлачење инвеститора.Ту свакако важну улогу има и ваљаност пореског система у целини, од којих свакако заслужују пажњу: његова сталност, једноставност, транспарентност, компатибилност са другим савременим државама тржишне привреде итд. Такође, треба имати у виду, да на опредељење инвевеститора за улагање не утичу само порески фактори. Поред њих, као врло важни а често одлучујући појављују се: начин и квалитет обезбеђења јавних добара; повољни услови за остварење профита, нарочито његова висина; могућност репатријације добити; непостојање опасности од могућности национализације; организованост и функционисање правосудног система; непостојање политичких немира; величина тржишта; стопа инфлације земље увознице капитала итд.

На основу изложеног, мишљења сам, да би неприхватање синтетичког модела опорезивања било у супротности са савременим тенденцијама реафирмисања улоге социјалне државе или државе благостања. Ипак, потребно је бити реалан и признати да у пракси објективно долази до сукоба истовременог остваривања начела праведности, економског начела и начела једноставности. Према томе, изгледа да је у савременим условима потребно прихватити систем опорезивања дохотка, који ће помирити захтеве који се међусобно супростављају, с једне стране, захтев за уважавање индивидуалне економске снаге, а с

су само Мексико и Турска испред Србије. Удео пореза на личне приходе у укупним приходима износи 13,6 одсто а пореза на добит предузећа 4,2%.

друге стране захтев за економско ефикасним, једноставним и прегледним пореским системом с ниским трошковима убирања пореза.

Изложене нужности, по свему судећи, неће моћи да задовоље неки од поменутих чистих модела опорезивања дохотка грађана. Због тога је потребно да се примени, један од наведених модела као основни, с истовременом корективном применом у одређеним случајевима и других модела. По моме мишљењу, у Србији би требало прихватити најједноставнији модел синтетичког опорезивања (са што мање пореских стопа и пореских олакшица и ослобођења), и његове тешкоће примене отклањати увођењем елемената дуалности, умереној прогресивности, поједностављењем процедура итд. С тим у вези, неопходно је направити изузетак, за дивиденде и камате, које би требало опорезовати ван система опорезивања дохотка применом одмерених пропоционалних стопа које ће позитивно утицати на остваривање жељеног економског циља. Конкретно, приходе од дивиденди треба опорезовати посебним порезом по одбитку, путем примене ниже стопе за половину него што је стопа глобалног (синтетичког) пореза. Овим путем ће се елиминирати двоструко економско опорезивање. На исти начин треба приступити и приликом опорезивања камата. Јер, потребе привреде за капиталом се могу најрационалније задовољити коришћењем девизних средстава становништва уложених у штедњу.

IV Закључак

Након релативно дуже паузе у суштинским променама важећих пореских прописа, очекује се брза радикална реформа пореског система Републике Србије, у циљу подржавања производње, конкурентности, економског раста и смањења сиве економије. Према најави, промене треба суштински да измене постојећу пореску структуру која би се састојала у томе, да се даље смањи учешће непосредних пореза (кроз смањење за трећину пореза и доприноса на зараде) и повећаним учешћем прихода од посредних пореза (преко повећања стопа пореза на додату вредност).

Мишљења сам да наведени процеси неће довести до побољшања функционисања нашег пореског система. Изложене промене онемогућиће изградњу оптималног модела опорезивања дохотка грађана, који би се од већине пореских обвезника оценио толерантним и праведним. По мом мишљењу, не треба минимизирати улогу најважнијег непосредног пореза – пореза на доходак грађана, иако треба испитати доприносе за финансирање обавезног социјалног осигурања и у одређеној мери извршити њихово редуцирање.

***Zoran* ISAILOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Priština

MODELS OF PERSONAL INCOME TAX

Summary

Recent, almost unanimous viewpoint of the application of synthetic model of income taxation of the citizens was under great suspicion by the tax authorities of Serbia. Specifically, is more and more growing opinion that, instead of synthetic models it dual or proportional model should be chosen. In the opinion of the author, these trends, in Serbian conditions, would lead to deformed establishment of the tax system, which is almost exclusively aimed at attracting financial and other mobile capital. This would largely shift the tax burden to consumption taxation, progressive taxation would be reduced to a minimum, and it would make the tax system rather unfair.

Therefore, in the opinion of the author, in conditions of deep economic crisis, we should opt for simpler synthetic models of taxation, with the possibility of certain exceptions, separate and proportionate taxation of dividends and interest, and thus affect the competitiveness of the tax system.

Key words: *tax system, income tax, synthetic tax, dual tax, flat tax.*

др *Милева* АНЂЕЛКОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПОРЕСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА*

Резиме

У раду се износе нека размишљања о правној одговорности за неприхватљиву закониту пореску евазију којој често прибегавају корпоративни порески обвезници. Акционари очекују од фирми да не плате више пореза него што је то потребно. Држава очекује одговорно пореско понашање. Основна дилема за корпоративну управу јесте докле може да иде у пореско планирање а да не дође у сукоб са законом. Где је граница између прихватљивог и неприхватљивог избегавања пореза? Шта је најповољнија фискална позиција за једну фирму? Зашто развијене државе све већу пажњу посвећују тзв. агресивном пореском планирању и настоје да га спрече? Каква је улога пореских саветника у формулисању пореске стратегије и докле сеже њихова одговорност за непоштовање пореских прописа? То су нека од питања која су предмет пореско-теоријских размишљања али и интересовања развијених држава и међународних организација. Општа карактеристика свих тих напора указује на очигледну спремност пореских власти да више не толеришу понашања корпоративних пореских обвезника која формално правно легална, у суштини, нису у духу пореског законодавства.

Кључне речи: *порескоправна одговорност, пореска стратегија, агресивно пореско планирање, управљање пореским ризицима.*

---

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

I Уводне напомене

Пореskоправна одговорност у савременим економијама све више се сагледава као важан сегмент укупне одговорности, односно корпоративног управљања привредним субјектима (компанијама). У земљама ОЕЦД једно од актуелних питања на које су усмерене активности влада јесте усвајање мера за спречавање неприхватљивог законитог избегавања пореских обавеза. Вешто коришћење недостатака домаћег пореског законодавства и разлика у националним пореским режимима, води ерозији националних пореских основица. Забринуте оваквим процесима, развијене државе су почеле да се интензивније баве функционисањем и последицама различитих шема срачунатих на умањење или избегавање плаћања пореза. Њихова основна карактеристика је да формално-правно остају унутар граница пореских прописа али су у супротности са сврхом донетих закона.

У пореској пракси постоји латентни сукоб између мултинационалних компанија и пореских администрација резидентних држава у погледу процењивања пореског понашања и његове квалификације као неприхватљивог или прихватљивог пореског планирања у оквиру закона. Управљање пореским ризицима све више се сматра важним делом пословне стратегије о чему треба информисати сва лица заинтересована за успешно пословање једне компаније. Профитабилност компаније у крајњој линији може зависити од веште или неефикасне употребе артифицијелних правних конструкција смишљених са циљем неоснованог добијања пореских погодности.

II Неприхватљива понашања пореских обвезника и став законодавства и судске праксе

У демократским правним системима прихваћено је опште правило да порески обвезници могу слободно планирати своје пословање и да немају обавезу да плаћају порез у највећем могућем износу. У том смислу, могао би се извући закључак да директори компанија, користећи пореско планирање, имају обавезу највећег могућег умањења пореза на добит у корист својих акционара. Међутим, постоји граница у понашању пореских обвезника чијим преласком прихватљиво умањење пореске обавезе прераста у неприхватљиво законито избегавање пореза. Задатак је законодавца, судских органа и самих пореских администрација да препознају такве артифицијелне правне конструкције усмерене искључиво на неосновано задобијање пореских погодности. Реакција власти на различита неодговарајућа пореска понашања обично касни

јер је стварни порески живот испуњен маштовитим покушајима пореских обвезника да, сами или уз помоћ пореских саветника, пореске обавезе сведу на ниво који законодавац није имао у виду.

Разграничење између законите (*tax avoidance*) и незаконите (*tax evasion*) пореске евазије не изазива дилеме у пореској теорији и пракси. Линија раздвајања је легално, односно нелегално понашање пореских обвезника. Међутим, проблем повлачења границе између пореског планирања и законитог избегавања пореза, или како се понекад означава „прихватљиво и неприхватљиво" (или „агресивно") понашање обвезника, мучи све пореске јурисдикције. Тиме се покрећу бројна питања о природи пореског законодавства и односима између пореских обвезника, пореских саветника, пореске администрације, судова и владе.

Појам „агресивно" пореско планирање однедавно је формално уведен у међународни порески речник од стране ОЕЦД. То је планирање које укључује пореску позицију која је одржива али има нежељене и неочекиване пореске последице. Порески органи су увек суочени са ризиком да порески закон може бити злоупотребљен како би се постигли резултати супротно предвиђањима законодавца. Такво стање је погоршано често дугим временским периодима између креирања и примене абузивних шема и времена њиховог откривања од стране пореских органа и предузимања адекватних мера за њихово спречавање. Ове абузивне шеме подразумевају одабирање пореске позиције повољне за обвезника, без отвореног откривања од стране пореских саветника да постоји неизвесност у погледу чињенице да ли је знатан садржај исказан у пореској пријави у складу са законом. Јасно је да порески обвезници немају интерес да открију пореским органима оваква понашања која се налазе у сивој зони непримењивања пореског законодавства.[1]

У савременој пореској литератури још увек се расправља о обухватности концепта агресивног пореског планирања. Реч је о тумачењима пореских закона из перспективе обвезника на најповољнији начин. Сигурно да има оних који би могли да тврде да то што пореске последице трансакције нису у сагласности са оним што су очекивали порески органи, не мора да значи да нису у сагласности с очекивањима законодавца. Осим тога, тест о прихватљивости пореског планирања требало би да буде у складу са тумачењем суда о вољи законодавца а не оно што пореска администрација претпоставља да је законодавац намеравао да каже.[2]

---

1 *Study into the Role of Tax Intermediaries*, OECD, 2008, стр. 10–11.

2 Judith Freedman, G. T. Loomer, John Vella, „Corporate Tax Risk and Tax Avoidance: New Approaches", Legal Research Paper Series, Paper No 13/2009, стр. 75–76.

У пракси појединих држава, неодговарајући приступ овом проблему произлази из недовољно јасног дефинисања шта значи *tax shelter*, односно коришћење артифицијелних пореских олакшица. Таква неодређеност у САД ствара дилему и неизвесност код пореских ревизора и њихових клијената да одреде да ли поједина пореска стратегија представља дозвољену пореску услугу или забрањени производ коришћења злоупотребе пореских погодности.[3]

ОЕЦД, у политици коју води, нарочито се ангажује на истраживању везе између корпоративног управљања и вођења пореских послова. Сматра се да начин на који управљају пореским ризиком може имати значајно дејство на финансијску успешност и углед крупних компанија (великих пореских обвезника). Порески ризик се генерално доводи у везу са неизвесношћу тумачења пореских закона у погледу посебних трансакција и очекивања пословних кругова о томе да ли би пореска администрација могла прихватити другачије схватање или мишљење њихових пореских саветника.[4] Управе великих компанија све више постају заинтересоване за управљање пореским ризицима којима су изложене. Томе је допринео и успех појединих пореских администрација у спречавању агресивних пореских шема и другачије гледање на целокупну проблематику пореског планирања, кроз примену анти-абузивног законодавства. У пореској пракси развијених држава потврђује се да достигнути стандард корпоративног управљања има непосредну везу са тим да ли корпорација има висок, умерен или низак ниво пореског ризика.[5]

Законодавства развијених земаља и њихови судови развили су одређене механизме који су усмерени на спречавање абузивних трансакција или агресивног пореског планирања. Њихови противници би могли тврдити да су такве мере у супротности са принципом правне сигурности. Јачина овог аргумента слаби пред пред њиховим оправдањем као гаранта поштовања принципа законитости и правичности опорезивања. Агресивни порески обвезници и њихови порески саветници управо користе формалност и недореченост пореских прописа како би вешто и лукаво осујетили намеру законадавца. Функционисање савремених пореских система има за циљ, бар декларативно, правичну расподелу пореског терета а управо ће то бити осујећено артифицијелним трансакцијама. Неусаглашеност абузивних

3 William D. Terando, James M. Kurtenbach, „The impact of the law uncertainty on the development of the Sarbanes-Oxley auditor independence rules with regard to tax shelters", *Research in Accounting Regulation*, бр. 21/2009, стр. 118.

4 *Tax guidance series, Corporate governance and tax risk management*, July 2009, Centre for tax policy and administration, OECD, стр. 6.

5 *Ibid*., стр. 9.

понашања са намером пореског законодавца не може се правдати са моралног становишта. Зато се заузимање агресивне пореске позиције не третира као криминално понашање него као неприхватљива законита пореска евазија.

III Пореskоправна одговорност компанија

У савременим економским односима веома су разгранате могућности одвијања пословних трансакција на светском тржишту. Такве прилике су најдоступније мултинационалним компанијама. Пословање, у значајном степену глобализованој економији, пружа широке могућности овој категорији обвезника да у највећој мери слободно формулишу пословну стратегију, управљање ризицима пословања, максимизирање пословног резултата. У тој трци за што већим профитима порези су неретко значајан трошак који може да модификује циљеве корпоративног управљања. Ниво пореских обавеза често подстиче компаније не само да инвестирају у јурисдикције са повољнијим пореским режимима него и да прибегавају коришћењу вештачких шема са јединим или основним циљем избегавања пореских обавеза. Овакву пословну стратегију порески обвезници могу сматрати оправданом уколико се изричито не крши слово пореских закона. Са становишта државе (пореске администрације) поступање унутар граница пореског закона а супротно његовој сврси, формално-правно посматрано, не представља порески деликт али, у суштини, ради се о пореским понашањима која су на граници закона. Полазећи од остварења различитих интереса, порески обвезници и порески органи могу имати супротстављене ставове о томе шта представља прихватљив а шта неприхватљив порески ризик.

Савремена пореска пракса показује да се агресивно пореско планирање све више појављује као ризик у пословним стратегијама компанија, уколико буду откривене и санкционисане такве абузивне трансакције. Оне, с друге стране, представљају потенцијалну опасност за ефикасно управљање пореским пословима. Реч је о активностима које нису у очигледној супротности са пореским законима тако да порески органи често немају довољно информација о уговореним шемама агресивног пореског планирања и њиховој успешности.

Реакције пореских власти на агресивно пореско планирање јављају се у оквиру константних законодавних промена када се уоче неке специфичне артифицијелне трансакције или се у превентивном смислу усваја анти-абузивно законодавство. Мада су порески обвезници и даље слободни да уређују своје послове уз пореско минимизирање у оквиру граница пореског закона, данас се све више афирмише идеја да је плаћање

пореза друштвена одговорност и да је планирање да се неоправдано смањи пореска обавеза у несагласности са добрим грађанством. Имајући у виду околност да код оваквих абузивних понашања формално-правно није прекршен порески закон и да се њихови актери не могу кривично гонити, неке државе почињу да сагледавају овај проблем са моралног становишта у оквиру корпоративне друштвене одговорности. Овим механизмом би се, бар посредно, ограничавало неприхватљиво понашање корпоративних пореских обвезника у оквирима постављеним општим анти-абузивним законодавством.[6]

Неке државе покушавају да се ухвате у коштац са агресивним пореским планирањем као једним од питања корпоративног управљања. У Великој Британији, старији рачуноводствени чиновници у великим компанијама морају годишње потврдити да су њихове провере пореских обавеза адекватне. САД захтевају од компанија да пријаве „неизвесне пореске позиције" које би се одразиле на билансе стања и у будућности на пореске обавезе. Аустралија је недавно припремила детаљни оквир управљања пореским ризиком који би друштвено одговорне компаније требало да прихвате.

Посебан аспект пореске правне одговорности привредних друштава проистиче из коришћења пореског консалтинга и поверења у оправданост и квалитет пружених услуга. У већини правних система, обвезник који је добио мишљење од пореског саветника да оно одговара одређеним захтевима и да предложена трансакција није у супротности са важећим пореским прописима, не може бити оптужен да је поступао немарно ако се касније покаже да је мишљење било погрешно. То су користили промотери абузивних пореских шема достављањем уз пореске шеме готових мишљења која потврђују њихову исправност, како би заштитили клијенте од казни у случају да замишљена конструкција не буде прихваћена од стране пореских органа. Међутим, таквим мишљењима су се обично врло слободно тумачили порески закони. Она су била намењена за продају великом броју клијената и нису одражавала посебне околности појединачних пореских обвезника. Очигледно, оваково опште мишљење не може да узме у обзир да ли предложена пореска конструкција има ваљану пословну сврху за пословање конкретног пореског обвезника. Порески професионалци који обезбеђују оваква мишљења обично зарађују накнаде зависно од успешности трговања смишљеним пореским структурама за умањење пореских обавеза.

У том смислу, може се поставити питање да ли оваква пореска мишљења могу заиста ослободити обвезника од одговорности да гарантује легалност свог пореског стања и да га заштите од кажњавања

6 Judith Freedman, „Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle", University of Oxford, Faculty of Law, Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 1472006, стр. 339.

ако се открије нелегалност препоручене пореске позиције. Законодавци покушавају да ограниче коришћење општих мишљења која су комбинована са општим пореским структурама. Један од начина јесте да се учине неефикасним прописивањем санкција и постављањем минимума стандарда у погледу садржине пореских мишљења. Тако у САД Федерална пореска управа наводи да мишљења која једноставно претпостављају оправдану пословну сврху без анализирања специфичне ситуације конкретног пореског обвезника, неће пружити заштиту од санкционисања. Други приступ усмерен је на повишење професионалних стандарда за пореске саветнике који прибављају пореска мишљења.[7]

У америчком пореском систему, корпорације и њихови порески стручњаци обављају анализу ризика, наиме, они процењују ризик као што је могућност да их ухвате у „агресивном" ставу са свим последицама. Докле год постоји разуман основ за став пореског обвезника, обично се не изриче никаква казна, чак и у случају да Федерална пореска управа закључи да он није био у праву. Користи од умањења прихода могу подстаћи фирме да заузму агресиван став покушавајући да надмудре пореске органе. С друге стране, Федерална пореска управа може да изрекне санкције за акције које сматра неразумним, што и чини. Порески саветници често морају да успостављају осетљиву равнотежу приликом покушаја да утврде колико далеко могу да иду да би смањили пореску обавезу својих клијената. Како наводи проф. Стиглиц, разлика између разумног и неразумног овде је често замагљена.[8]

У САД организатори артифицијелних пореских шема имају обавезу да пријаве ове трансакције пореским органима а њено непоштовање подлеже санкционисању. У приступу *tax shelters* коришћене су доста и понуде поравнања, где се обвезник саглашава да плати одређени део пореза повезаног с овим шемама, а за узврат избегава спор и санкционисање.

Правила о разоткривању (*disclosure rules*) могу помоћи пореској администрацији у откривању пореских обвезника и њихових саветника који су умешани у агресивно пореско планирање. Рано откривање абузивних пореских шема омогућиће законодавцу да усвоји специфична анти-абузивна правила како би одстранио дату абузивну шему као и да се сазна за друге обвезнике који су је примењивали. [9]

---

7 Arne Friese, Simon Link, Stefan Mayer, „Taxation and Corporate Governance", Working Paper, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, Germany, 19.1.2006., стр. 59–60.

8 Joseph E. Stiglitz, *Економија јавног сектора*, Економски факултет, Београд, 2004, стр. 700–701.

9 Gilles N. Larin, Robert Duong, Marie Jacques, „Policy Forum: Responses to Aggressive Tax Planning – a Study Framework", *Canadian Tax Journal*, Vol. 56, No 1, 2008, стр. 158.

У Новом Зеланду, ако је доминантна сврха трансакције неоправдано избегавање пореза, казна је 100% од изгубљеног пореза. У Француској, у случају злоупотребе пореских права, порез који се мора платити увећава се за казну која износи 80% његове висине. Поједине државе користе *advance rulings* (унапред издата правила) на која се порески обвезници могу ослонити приликом улажења у специфичне пословне трансакције.

IV Одговорност пореских саветника

Најчешћи промотери артифицијелних пореских шема, посебно у међународним економским односима, јесу разне консултантске фирме које се баве пореским саветовањем и пружањем рачуноводствених и других професионалних услуга. Порески саветници, као помагачи пореским обвезницима, истовремено су и посредници између ових лица и пореских органа. Они су стављени у специфичну позицију да треба да помире у основи противречне интересе. Од њих се очекује да допринесу правилнијој примени пореских прописа као и да омогуће оптимално умањење пореских обавеза својих клијената, у складу са законском регулативом.

Понекад су порески саветници изложени искушењима уколико су њихови клијенти склонији кршењу граница између легалног и нелегалног пословања. С једне стране, они им дугују лојалност а с друге стране, морају се придржавати законских прописа и правила струке. С обзиром да порески саветници раде за друга лица јављају се моралне дилеме: колико истине о пословању обвезника пријавити, колико прећутати и колико далеко ићи у креирању привидне стварности. Порески саветници своје моралне дилеме могу разрешити поступајући у духу консеквентуализма или деонтологије (науке о моралу).[10] Овај други приступ има неке предности у погледу решавања њихове моралне дилеме. Тако ће они открити било коју чињеницу сматрајући је важном за пословање одређеног пореског обвезника, независно од тога какве ће то ефекте имати. Због тога ће порески саветници покушати да буду неутрални колико је то могуће у процесу саветовања, обављајући дужност на најбољи могући начин. Што се тиче првог приступа наведеној моралној дилеми, деловање пореских саветника процењује се са становишта последица предузетих активности пореског саветовања. Ради се о идеји да „циљ оправдава средство". Због тога је овај приступ сложенији и у оквиру њега могу се сагледавати ефекти рада пореских саветника, не само непосредно везани за њихову позицију у процесу пружања по-

10 Jane Frecknall Hughes, Peter Moizer, „Taxation and Ethics", у: Margaret Lamb, Andrew Lymer, Judith Freedman, Simon James (уредници), *Taxation: Aan Interdisciplinary Approach to Research*, Oxford University Press, 2005, стр. 128–133.

реских услуга, него и на пореске клијенте и друштвену заједницу. Намерне грешке, промишљено учињене ради смањења пореских обавеза клијената, спадају у домен кривично-правне одговорности и не могу бити морално оправдане са становишта пореских саветника јер би то разумљиво било у супротности са професионалном етиком.

У домену легалног избегавања, ситуација је много сложенија због тога што је појам квалитетног савета у вези избегавања пореза у границама закона, сам по себи нејасан. Ако порески саветник пропусти да саветује клијента да модификује своје пословање како би порез био легално смањен, вероватно је да ће га сматрати небрижљивим. Ако порески саветник пропусти да предложи шему избегавања пореза коју би већина професионалаца саветовала, по свој прилици, за њега би се рекло да није поштовао професионалне стандарде. Међутим, уколико порески саветник предлаже сувише атифицијелну пореску шему, коју пореска администрација касније успешно оспори, то би се већ квалификовало као неодговорно понашање. Можемо закључити да су за понашање пореских саветника јако важни морални обзири. У таквим околностима, могло би се очекивати да клијенти изаберу пореске саветнике на основу сопствених моралних убеђења и става према ризику.

Упуштање неких пореских саветника у агресивно пореско планирање, уколико буде успешно, може донети знатне уштеде пореским клијентима. Међутим, уколико порески органи открију овакве евазивне шеме, последице сносе обе странке које су закључиле уговор о пореском саветовању. Дужност је пореских саветника да упозоре клијенте на постојање законских мера против неприхватљиве законите пореске евазије, односно да себе не излажу ризику и губитку пословног угледа. Нека истраживања су показала да се перцепција пореских саветника о томе шта клијенти очекују од квалитетне пореске услуге разликује од клијентових очекивања, посебно у области стратегије пореских уштеда.[11]

V Уместо закључка

Покушаји развијених држава да спрече абузивна понашања пореских обвезника јављају се као актуелан тренд у савременим пореским системима. Разлог је разумљив имајући у виду идентичност економских последица успешних артифицијелних конструкција са последицама незаконите пореске евазије. Истовремено, агресивно пореско планирање, у случају неприхватања од стране пореске администрације, може да створи значајне финансијске ризике и да доведе у питање углед компаније.

11 John Hasseldine, „Behavioural Studies of Tax Practice", у: M. Lamb, A. Lymer, J. Freedman, S. James, *нав. дело*, стр. 145.

Често се користе услуге пореских саветника који се специјализују за предлагање абузивних шема ради минимизирања пореских обавеза. Њихова одговорност за неприхватљиво пореско планирање утврђиваће се упоредо са одговорношћу компанија као пореских клијената. Правни основ одговорности ових субјеката заснива се на утврђивању постојања изигравања смисла пореских закона. Неморалност као последица оваквих пореских понашања подводи се данас под концепт корпоративне друштвене одговорности. Ради јединственог поступања пореских органа, контрола абузивних понашања пореских обвезника могла би се ефективно спроводити у оквирима постављеним општим анти-абузивним законодавством.

***Mileva* ANDJELKOVIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Niš

TAX LIABILITY OF CORPORATE ENTITIES

Summary

In this paper, the author presents some opinions on the liability for unacceptable legal tax avoidance which corporate taxpayers frequently resort to. On the one hand, shareholders expect their companies not to pay more taxes than it is necessary. On the other hand, the state expects taxpayers to exercise conscientious and responsible tax conduct. The basic dilemma facing the corporate management is how far it can go in tax planning without entering into a conflict with the law. Where is the boundary between the acceptable and unacceptable tax avoidance? What is the most favourable fiscal position of a company? Why are developed countries increasingly focusing on the so-called aggressive tax planning in an attempt to prevent it? What is the role of tax advisors in formulating the tax strategy and how far-reaching is their liability for inobservance of tax regulations? These are some of the questions which are the subject matter of consideration and interest of developed countries and international organizations alike. The common characteristic of all these efforts is that the tax authorities are reluctant to tolerate any longer the conduct of corporate taxpayers which may be formally permissible but which, essentially, does not reflect the spirit of tax legislation.

Key words: *tax liability, tax strategy, aggressive tax planning, tax risk management.*

др *Хасиба* ХРУСТИЋ
Институт за међународну политику и привреду, Београд

ПОРЕСКО ОПТЕРЕЋЕЊЕ РАДА У ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА ЕУ И У СРБИЈИ

Резиме

Пореско оптерећење рада директно утиче на висину трошкова предузећа, а тиме и на резултате пословања. Што је пореско оптерећење веће нижи је износ остварене добити. Из тог разлога, овај рад се на основу компаративне анализе бави оценом пореског оптерећења рада у државама чланицама ЕУ и у Србији. У разматрању ове проблематике у раду се посебно истиче разлика између пореског оптерећења рада и имплицитне пореске стопе на рад.

Кључне речи: *пореско оптерећење рада, доприноси за социјално осигурање, трошкови рада, имплицитна пореска стопа, стопа незапослености.*

I Увод

Имајући у виду да је пореско оптерећење рада значајан трошак предузећа који утиче на висину остварене добити, упоредна анализа овог показатеља у државама чланицама ЕУ и у Србији има нарочит значај, *inter alia,* и за сагледавање пореске конкуренције међу земљама и фактора који доприносе привлачењу страних директних инвестиција. Самим тим у предности су земље у којима је ово оптерећење рада ниже, јер су тиме и трошкови нижи, а могућности за остварење већег профита шире.

Укупно пореско оптерећење рада састоји се од свих давања држави по основу опорезивања рада – пореза на зараде (порез на доходак грађана, порез на платне листе) и доприноса за социјално осигурање (послодаваца и запосленог). Основицу ових пореских давања чини бруто зарада. Послодавац запосленом обрачунава бруто зараду и доприносе на терет послодавца. Дакле, трошак рада је бруто зарада која се састоји се од нето исплате зараде, доприноса за социјално осигурање (послодаваца и запосленог). и пореза на зараде (порез на доходак грађана, порез на платне листе).

Основица пореских давања, као и висина пореског оптерећења рада значајно се разликује међу земљама чланицама ЕУ, а један од узрока овог раликовања је свакако и то што у овој сфери опорезивања у ЕУ не постоји хармонизација законодавстава земаља чланица.

II Тенденција пореског оптерећења рада

Пореско оптерећење рада израчунава се применом пореских стопа на зараде (порез на доходак грађана, порез на платне листе) и доприноса за социјално осигурање на бруто зараду као основицу опорезивања. Пореске стопе и основица опорезивања су за сваку државу различите. Према томе и пореско оптерећење рада различито је у зависности је од система опорезивања зарада који се примењује у свакој држави, врсти и висини одбитака од пореске основице и пореским стопама, о чему ће посебно бити речи у наредном поглављу.

За упоредну анализу пореског оптерећења рада уобичајено се узима просечна буто зарада појединца (AW, енгл. *average worker*). Дакле, ради се о самцу, тј. појединцу без издржаваних чланова породице, и о претпоставци да је та зарада, односно доходак од рада тог појединца његов једини извор примања, и да није обвезник додатних видова осигурања. Али, лични одбитак или неопорезовани износ, износ на име доприноса, као врста одбитка, остаје као разлика међу земљама у пореској основици.

У табели бр. 1 приказана је тенденција пореског оптерећења рада или учешћа пореза и доприноса у укупним трошковима рада од 2000. године до 2007. Пореско оптерећења рада је различито по појединим земљама *in corpore* и одраз је пореске политике сваке земље и циљева социјалне политике, нивоа ефикасности рада пореских органа и политике запошљавања. Затим, на ове разлике утичу и висина просечне бруто зараде, просечан износ одбитака од бруто зараде као пореске основице и ниво привредног развоја. Највеће пореско оптерећење рада је у Белгији (49,6%), Немачкој (47,4%) и Мађарској (45,9%), затим следе

Француска (44,4%), Аустрија (44,1%) и Шведска (43,3%), док је просек свих земаља чланица ЕУ 37,1% и за 1,8 процената је ниже у 2007. години у односу на 2000. У 21-ој од укупно 27 држава дошло је до смањења пореског оптерећења. Само три државе чланице ЕУ имају укупно пореско оптерећење ниже од 30% (Ирска, Кипар, Малта).

Табела бр. 1.

Учешће пореза на зараде и доприноса за социјално осигурање у трошковима рада и стопа незапослености у ЕУ и у Србији (у %)

Држава чланица	2000	2007	Стопа незапослености, дец. 2009.
Аустрија	43,2	44,1	5,4
Белгија	51,3	49,6	8,2
Бугарска	40,0	32,3	7,9
Чешка	41,4	40,5	8,0
Данска	41,2	39,3	7,4
Немачка	48,6	47,4	7,5
Естонија	38,2	38,7	15,2
Ирска	18,1	15,0	13,3
Грчка	35,5	36,7	9,7
Шпанија	34,7	35,6	19,5
Француска	47,4	44,4	10,0
Италија	43,1	42,0	8,5
Кипар	16,7	11,9	6,1
Летонија	42,2	41,2	22,8
Литванија	42,9	41,3	14,6
Луксембург	32,8	31,4	6,2
Мађарска	51,4	45,9	10,7
Малта	16,6	18,6	7,2
Холандија	42,0	40,2	4,0
Пољска	42,2	41,6	8,9
Португалија	33,2	32,6	10,4
Румунија	44,7	41,8	7,2
Словенија	41,0	40,9	6,8
Словачка	40,6	35,6	13,6
Финска	43,0	38,2	8,8
Шведска	48,6	43,3	8,9
В. Британија	28,5	30,8	7,8
Просек ЕУ-27	38,9	37,1	9,6
Србија	–	45,3	17,4

Извор: Developments in the Member States, Taxation Trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 85; OECD: Labour: Labour force statistics, Main Economic Indicators (database), February 2010; Билтен јавних финансија, Министарство финансија Србије, Београд, 2010; Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 84/04, 61/05, 62/06 и 5/09; Закон о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 10/10.

У табели је приказана и стопа незапослености да би сагледали да ли постоји корелација између нивоа пореског оптерећења рада и стопе незапослености. Стопе незапослености у земљама чланицама ЕУ доста су различите, а у 2009. години су се кретале од 5,4% у Аустрији до 22,8% у Летонији. Када се упореде подаци о пореском оптерећењу рада и стопе незапослености уочљиво је да ова два показатеља нису у корелацији. Управо у земљама у којима је високо пореско оптерећење рада ниже су стопе незапослености у односу на просек ЕУ (9,6%), попут Белгије (8,2 %), Немачке (7,5 %), Аустрије (5,4%) и Шведске (8,9%). То значи да на запошљавање ипак утичу други фактори. Дакле, пореско оптерећење и стопа незапослености нису узајамно повезани. Међутим, високо пореско оптерећење свакако може да утиче на непријављивање запослених или на пријављивање нижих зарада од стварних, што је резултат ефикасности рада пореских органа.

Пореско оптерећење рада у Србији са учешћем од 45,3% је далеко веће од просека ЕУ (37,1%), уз високу стопу незапослености од 17,4%, која такође увелико превазилази просек ЕУ (9,6%) . С тим у вези, ситуација у Србији доста је забрињавајућа, тако да ће дугорочни привредни развој *de facto* зависити и од смањења пореског оптерећења рада и спровођења нужних структурних реформи које би требало да допринесу повећању запослености.

III Имлицитна пореска стопа на доходак од рада

У вези са разматрањем пореског оптерећења рада битно је указати на разлике између пореског оптерећења рада и имлицитне или укупне пореске стопе на рад (*Implicite Tax Rate – ITR*), која представља збир стопе пореза на зараде (порез на доходак грађана, порез на платне листе) и стопа доприноса за социјално осигурање послодавца и запосленог. Компарација између два показатеља, пореског оптерећења рада и имплицитне пореске стопе, показује извесне разлике услед тога што се у готово свим земљама пореска основица на коју се примењују пореске стопе, било да се ради о порезу на зараде или о доприносима за социјално осигурање, разликује од износа бруто зараде, односно пореска основи-

ца је нижа. Од бруто зараде као пореске основице, у већини држава које примењују синтетички систем опорезивања дохотка грађана, одбија се износ личног одбитка или неопорезиви износ зараде, што у крањем исходу умањује основицу опорезивања. Зато се у израчунавању пореског оптерећења рада уобичајено узима просечна бруто зарада појединца, тј. самца без издржаваних чланова породице, како на овај показатељ не би у већем обиму утицали одбици по том основу који се увелико разликују од државе до државе.

На нивоу појединих држава чланица разултати компарације два показатеља – пореског оптерећења рада и имплицитне пореске стопе на рад – су мешовити, за једну трећину држава чланица разлике су незнатне. Три државе чланице имају пореско оптерећење које је за више од три процента ниже од имплицитне стопе на рад, што је и разумљиво ако се узме у обзир прогресивна структура пореза на доходак грађана.

Већина држава чланица ЕУ примењују синтетички порез на доходак грађана са прогресивним стопама, будући да је овај порез погоднији за остваривање, поред фискалних, и социјалних и развојних циљева. Један број држава комбинује опорезивање дохотка грађана применом прогресивног опорезивања за једну врсту дохотка, док се пропорционалном стопом опорезују друге врсте дохотка (доходак од капитала). Стопе међу државама се разликују с тим да је основна структура синтетичког пореза слична. Опорезив доходак из свих извора прихода који подлежу опорезивању подељен је према висини у распонима у доходне групе за које су прописане прогресивне стопе.

У табели бр. 2 приказан је број доходних група у државама чланицама ЕУ, минимална позитивна стопа, и максимална, која се примењује на последњу доходну групу. Један број држава чланица за прву доходну групу примењује нулту стопу, попут Аустрије, Немачке, Грчке, Шпаније, Луксембурга и Малте.

Табела бр. 2

Стопе пореза на доходак грађана у државама чланицама ЕУ (у %), 2009.

Држава	**Број доходних група[1]**	**Минимална позитивна стопа**	**Максимална стопа**
Аустрија	4	36,5	50
Белгија	5	25	53,7
Бугарска[2]	–	5; 10; 15	...
Чешка[2]	–	15	...
Данска[3]	3	8	59

Држава	Број доходних група[1]	Минимална позитивна стопа	Максимална стопа
Естонија[2]	–	21	...
Финска[4]	4	7	30,5
Француска	4	10,5	40
Немачка	3	14	50,5
Грчка	3	5	40
Ирска[5]	2	20	41
Италија[6]	5	23	43
Кипар	3	20	30
Летонија[2]	–	10; 15; 23	...
Литванија	–	24	...
Луксембург[7]	–	6	38
Мађарска	2	18	36
Малта	4	15	35
Холандија[8]	3	33	52
Пољска	2	18	32
Португалија	7	10,5	42
Румунија[2]	–	16	...
Словенија	3	16	41
Словачка[2]	–	19	...
Шпанија	4	24	43
Шведска[9]	2	20	25
В. Британија[10]	3	20	40
Просек ЕУ–27	3	16,4	37,8

Извор: DEVELOPMENTS IN THE MEMBER STATES, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 126–244.

[1] Укључујући и нулту групу у државама које је имају.

[2] Државе које примењују цедуларни систем опорезивања са пропорционалним стопама.

[3] У Данској су приказане стопе прогресивног пореза на доходак грађана. Овим стопама треба додати и локалне (пропорционалне) стопе пореза на доходак

грађана, које се разликују од општине до општине. Просечна локална стопа је у 2009. години била 25,5% (укључујући и црквени порез).

[4] Од 1993. године примење се двојни систем опорезивања дохотка грађана: доходак од рада се опорезује прогресивним стопама, а доходак од капитала пропорционалним. У 2009. години годишњи доходак испод 13.100 евра се није опорезивао.

Поред стопа централне државне власти постоје и општинске пропорционалне стопе на зараде, које варирају од 16,5 до 21%, а просечна стопа је 18,59%. Црквене пореска стопа од општине до општине варира од 1 до 2%.

[5] Од 2009. године постоји и додатна стопа од 2% на годишњи бруто доходак до 75.036 евра. Доприноси за социјално осигурање се искључују из опорезиве основице.

[6] Приказаним стопама треба додати стопе региона које су различите а крећу се од 0,9 до 1,4%, и стопе општина у висини до 0,5%.

[7] Приказаним стопама треба додати стопу пореза за Фонд за запошљавање од 2,5%.

[8] У систему постоје три врсте опорезивања: доходак од рада опорезује се прогресивним стопама од 33,6 до 52%; дивиденде и капитални добици опорезују се по пропорционалној стопи од 25%; а камате и доходак од непокретности опорезују се по пропорционалној стопи од 30%.

[9] Од 1991. године примење се двојни систем опорезивања дохотка грађана: доходак од рада се опорезује прогресивним стопама, а доходак од капитала пропорционалном стопом од 30%. Приказаним стопама треба додати и локалне стопе које варирају од 28,89 до 34,9%.

[10] Годишњи износ дохотка који се изузима од опорезивања је GBP 9.600.

Као што се види у табели бр. 2 на нивоу ЕУ ова стопа је у просеку 37,8%.[1] Као правило, неке нове државе чланице имају ниже стопе. Иначе, у погледу пореза на доходак грађана у протеклој деценији очигледна је тенденција смањења свих стопа. У протекле две деценије 22 државе чланице ЕУ смањиле су стопе пореза на доходак грађана, тако да је просечна стопа на ниво ЕУ смањена за 10,6 процената од 1995. године и за 7,3 процента од 2000. до 2007. године.[2] Међутим, ниже стопе аутоматски не значе и драстично ниже буџетске приходе од ове врсте пореза, јер у системима са неколико пореских доходних група, број обвезника опорезованих по највишој стопи је знатно мањи.

Управо из разлога што не постоји хармонизација законодавства у вези са порезом на доходак грађана у државама чланицама ЕУ, у табели

1 Taxation trends in the European Union, Main results, European Commission and Eurostat, Luxembourg, 2008, стр. 7.

2 Overview of the main tax related measures taken in response to the economic and financial crisis, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and *Eurostat*, Brussels, 2009, стр. 13–19.

бр. 3, као и у табели бр. 4 ближе су приказане нека битне карактеристике различитих система опорезивања – синтетичког и цедуларног – у одабраним државама чланицама. У државама чланицама које примењују синтетички порез на доходак грађана висина и број стопа се разликују, као и остали елементи овог пореза, а изузетно важно обележје чине различите висине износа годишњег неопорезивог износа. Висина овог износа свакако зависи од циљева социјалне политике поједине државе, а уједно је и одраз нивоа привредног развоја и животног стандарда. Тако на пример, док је годишњи неопорезиви износ дохотка у Мађарској 350 евра, у Аустрији је 11.000, у Немачкој 7.834 евра, а на Малти 8.500 евра за појединце а 11.900 евра за брачне парове који се опорезују заједно.

Табела бр. 3
Нека обележја система синтетичког пореза на доходак од рада у одабраним државама чланицама ЕУ, 2009

Држава	**Број пореских стопа у %**	**Годишњи неопорезиви износ дохотка**
Аустрија	0; 36,5; 43 и 50	€ 11.000
Мађарска	18 и 36	€ 350
Пољска	18 и 32	€ 690
Немачка	14; 42 и 45	€ 7.834
Грчка	5, 30 и 40	–
Италија[1]	23, 33; 39 и 43	–
Малта[2]	0; 15; 25 и 35	€ 8.500/€ 11.900
Словенија[3]	16; 27 и 41	€ 5.118

Извор: DEVELOPMENTS IN THE MEMBER STATES, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, pp. 126–244.

[1] Приказаним стопама треба додати и стопе региона које су различите а крећу се од 0,9 до 1,4%, и стопе општина до 0,5%.

[2] Нулта стопа се примењује на доходак од 8.500 евра за појединце и 11.900 евра за брачне парове; док се стопа од 35 % примењује на доходак изнад 19.500 евра за појединце и 28.700 евра за брачне парове.

[3] Доходак од рада опорезује се по прогресивним стопама, а доходак од капитала по пропорционалној стопи од 15%. Опорезив доходак умањује се за основни лични одбитак од 5.118 евра (за доходак до 8.557 евра), 4.082 евра (за доходак од 8.557 до 9.897 евра) и 3.051 евра (за доходак изнад 9.897 евра).

Неколико нових држава чланица ЕУ са подручја Централне и Источне Европе – Бугарска, Чешка, Естонија, Литванија, Летонија, Румунија

и Словачка – су након усвајања и примене синтетичког пореза на доходак грађана са неколико доходних група и прогресивним стопама, последњих година замениле овај систем увођењем цедуларног опорезивања са пропорционалним стопама (табела бр. 4). Стопе опорезивања у овим земљама су доста ниже у односу на друге државе чланице ЕУ, али и износи неопорезивог дохотка што говори о нижем животном стандарду грађана ових држава. Повратак на пропорционално опорезивање указује, *inter alia,* и на то колико су јаке политичке елите у очувању нижег опорезивања високих износа дохотка.

Табела бр. 4
Стопе цедуларног пореза на доходак од рада (у %)
у одабраним државама чланицама ЕУ, 2009

Држава	**Пореске стопе**
Бугарска	10
Чешка[1]	15
Естонија[2]	21
Литванија	23
Летонија	15
Румунија	16
Словачка[3]	19

Извор: DEVELOPMENTS IN THE MEMBER STATES, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 126–244.

[1] Опорезив доходак укључује доприносе за социјално осигурање плаћене од стране послодавца. Иначе, основица опорезивања умањује се за прописани лични одбитак, одбитак за незапосленог брачног супружника и за издржавану децу.

[2] Опорезује се доходак изнад годишњег износа од ЕЕК 27.000 (1.730 евра). Основица опорезивања умањује се за прописани одбитак на име издржаваног детета. Постоје одбици од пореске основице и на име плаћене хипотекарне камате, трошкова образовања и др., с тим да је укупан износ одбитака ограничен до 3.195 евра по обвезнику годишње, или до 50% од опорезивог дохотка обвезника.

[3] Од опорезиве основице умањује се износ доприноса за социјално осигурање и месечни одбитак за издржавано дете (19,32 евра).

У последње две деценије све државе чланице ЕУ спровеле су реформе пореза на доходак. Неке држава чланица су се одлучиле за смањење или пореза на зараде или доприноса за социјално осигурање, док су се друге фокусирале искључиво на редукцију доприноса соци-

јалног осигурања за ниже остварене дохотке. Реформе пореза на доходак грађана су варирале, укључујући ниже опорезивање, повећање минималног нивоа неопорезивог износа зараде или увођењем нових одбитака или повећањем постојећих за ниже зараде. Постепено опадање стопа пореза на зараде, односно пореза на доходак грађана почело је од 1995 године (табела бр. 5). Међу земљама које су повећале имплицитне пореске стопе у овом периоду су Велика Британија и Малта, мада је опорезивање зарада у обе земље међу најнижим у ЕУ. У просеку, опорезивање зарада у ЕУ опало је за 1,5 процент у 2007. години у односу на 2000.

Разлике у привредном развоју између држава чланица ЕУ одражавају се и на систем и ниво опорезивања рада. Међу државама ниво иплицитних пореских стопа на рад је изузетно различит. Малта (20.1 %) и Кипар (24%) имају најнижу стопу у Унији. Ово може да буде резултат њихове историјске повезаности са Великом Британијом, пошто су Велика Британија и Ирска једине две земље у којима је имплицитна пореска стопа на рад за више од осам процената испод просека ЕУ. Бугарска, Румунија и Португалија такође имају стопу нижу од 30%, док је у осталим државама ова стопа изнад просека у Унији.

Од 2000. године нарочито је запажено смањење имплицитне пореске стопе на рад у новим државама чланица, а највеће смањење је у Бугарској, Литванији, Словенији, Словачкој, Летонији и Естонији. Такође, две нордијске државе, Финска и Шведска, и Ирска су значајно смањиле ову стопу . С друге стране, имплицитна пореска стопа на рад значајно је повећана у Португалији и Шпанији. У осталим држава чланица промене су мање од 2,5 процента.

Табела бр. 5

Имплицитна пореска стопа на рад у државама чланицама ЕУ и у Србији (у %)

Држава чланица	**1995**	**2000**	**2007**	**Учешће пореских прихода у БДП**
Аустрија	38,5	40,1	41,0	41,2
Белгија	43,8	43,9	42,3	44,6
Бугарска	–	38,7	29,9	33,9
Чешка	40,5	40,7	41,4	36,5
Данска	40,2	41,0	41,0	47,6
Немачка	39,4	40,4	39,0	38,8
Естонија	38,6	37,8	33,8	31,3

Држава чланица	1995	2000	2007	Учешће пореских прихода у БДП
Ирска	29,7	28,5	25,7	32,3
Грчка	–	34,5	35,5	33,1
Шпанија	29,0	28,7	31,6	36,3
Француска	41,2	42,1	41,3	43,2
Италија	38,0	43,7	44,0	43,1
Кипар	22,1	21,5	24,0	40,6
Летонија	39,2	36,7	31,0	30,0
Литванија	34,5	41,2	32,3	30,4
Луксембург	29,3	29,9	31,2	37,8
Мађарска	42,6	41,4	41,2	39,6
Малта	19,0	20,6	20,1	35,5
Холандија	34,6	34,5	34,3	40,0
Пољска	36,8	33,6	35,0	33,3
Португалија	26,5	27,0	30,0	36,8
Румунија	–	32,2	30,1	31,4
Словенија	38,5	37,7	36,9	37,3
Словачка	38,5	36,3	30,9	28,8
Финска	44,3	44,1	41,4	42,4
Шведска	46,8	47,2	43,1	47,4
В. Британија	25,7	25,3	26,1	37,8
Просек ЕУ–27	–	35,9	34,4	38,8
Србија	–	52,2	47,8	45,2

Извор: Developments in the Member States, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 79; Public finances in EMU – 2008, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Economy X/2008, Brussels. стр. 208–327.

Када се упореди имплицитна пореска стопа на рад са учешћем пореских прихода у односу на БДП, запажа се да оне државе чланице са високом стопом истовремено имају и високо учешће пореских прихода у односу на БДП, и обрнуто. Овај показатељ је резултат пореске структуре у овим државама и високог учешћа прихода од пореза на рад у укупним пореским приходима.

У Србији је, такође, као резултат спроведене пореске реформе почетком 2000-тих година смањена имплицитна пореска стопа на рад са 52,2% на 47,8.[3] Стопе по којима се обрачунавају и плаћају доприноси за социјално осигурање на зараде на терет запослених и послодаваца су:

– за обавезно пензијско и инвалидско осигурање 11%;

– за обавезно здравствено осигурање 6,15%;

– за осигурање за случај незапослености 0,75%.

Збирно, стопе доприноса које се обрачунавају и плаћају у име запослених су 17,9%, и исте су и за доприносе које плаћа послодавац. Укупна стопа доприноса износи 35,8%. Основица пореза на зараде умањује се за износ од 6.554 динара из члана 15а став 2. Закона о порезу на доходак грађана, док се основица за тај износ не умањује за доприноса за запослене и за послодавце. Стопа пореза на зараде (порез на доходак грађана) је 12%. Када се саберу стопе доприноса и пореза на зараде, укупна пореска стопа на рад је 47,8% (35,8 +12 = 47,8).

IV Закључак

Имајући у виду да на нивоу Уније не постоји хармонизација у погледу пореског оптерећења рада као битног фактора који утиче не само на трошкове рада и висину остварене добити, већ и на пореску конкуренцију и привлачење страних директних инвестиција, међу државама чланицама постоје значајне разлике када се ради о пореском оптерећењу рада и имплицитној пореској стопи на рад.

Сагледавањем висине пореског оптерећења рада и стопе незапослености у појединим државама чланицама не постоји узајамна повезаност између ова два важна показатеља. Очигледно је да на ниво запослености у већем степену тичу други фактори.

На основу компаративне анализе о пореском оптерећењу рада у државама чланицама ЕУ и у Србији, може се закључити да је ово оптерећење изузетно високо у Србији, са свим негативним последицама на ликвидност и резултате пословања предузећа. Проблем у Србији није порез на зараде, који је релативно низак у односу на државе чланице ЕУ, већ су то доприноси, тако да је пореско оптерећење рада у Србији једно од највећих у Европи. *Summa summarum,* смањење доприноса уско је повезано с реформом здравственог осигурања и реформом пензијског осигурања, али и предузимањем реформи које би за резултат имале повећање запослености, привредног развоја и животног стандарда грађана.

3 На основу одредби Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09.

Литература

1. Билтен јавних финансија, Министарство финансија Србије, Београд, 2010.
2. Developments in the Member States, Taxation Trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009.
3. Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09.
4. Закон о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 10/10.
5. OECD: Labour: Labour force statistics, Main Economic Indicators (database), February 2010.
6. European Commission, 2008. *Taxation trends in the European Union – Main Results* [online], European Commission [*www.ec.europa.eu/index_en.htm*].
7. KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Servey 2009, KPMG LLP, Delaware, 2010.
8. Economic Forecast, Autumn 2008, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Economy 6/2008.
9. Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009.
10. Taxation trends in the European Union, Main results, European Commission and Eurostat, Luxembourg, 2008.

***Hasiba* HRUSTIĆ, PhD**
Institute for International Politics and Commerce, Belgrade

THE TAX WEDGE IN THE EU MEMBER COUNTRIES IN COMPARISON WITH SERBIA

Summary

The aim of this paper is identification of tax wedge influence on companies labour costs and thus indirectly influences the business results. The basis of the analysis relates to the tax wedge in the EU in comparison with Serbia.

This article deals with evaluation of the tax wedge by the comparative analysis between the EU Member States and Serbia. In the consideration of tax matter this article underlines the difference between tax wedge and implicite tax rate.

Key words: *tax wedge, social insurance contribution, labour costs, implicite tax rates, unemployment rate.*

др *Братислав* СТАНКОВИЋ
доцент Државног универзитета у Новом Пазару

др *Драган* ДЕМИРОВИЋ
виши порески саветник, Deloitte д.о.о., Београд

ПРЕДСТАВНИШТВО И ОГРАНАК СТРАНОГ ПРАВНОГ ЛИЦА – СТАТУС И ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН

Резиме

Аутори се баве представништвима и огранцима страних правних лица као зависним облицима организовања пословања. Са порескоправне тачке гледишта, констатује се да активности представништва никада не могу проузроковати настанак пореске обавезе и да, у складу са тим, представништво једино може имати порески значај као пуномоћник нерезидентног оснивача или неког другог лица. С друге стране, аутори закључују да овакав третман представништва није у складу са објективним значајем активности које представништво обавља. Наиме, без обзира на то што су активности представништва по свом карактеру припремне и помоћне оне имају своју стварну економску вредност која се може новчано изразити. Оваква ситуација резултат је притиска држава извозница капитала да се коришћењем концепта сталне пословне јединице ограничи право држава увозница капитала на опорезивање добити по основу обављања делатности. Такође, указује се на постојање недоследности и пропуста у српским прописима којима се уређује порески третман представништава и огранака страних лица. Коначно, извршена је и упоредна анализа на основу које аутори указују на потребу усклађивања српских пореских прописа са међународним искуствима.

Кључне речи: *представништво, огранак, стална пословна јединица, порез на добит, порез на додату вредност, порески уговор.*

I Појам и пореско-правни субјективитет представништва

1. Појам

Представништво је несамосталан организациони део нерезидентног лица преко кога нерезидентно лице обавља претходне, помоћне и припремне радње.[1] Под претходним, помоћним и припремним радњама подразумевају се: (1) коришћење објеката и опреме искључиво у сврхе ускладиштења, излагања или испоруке добара или робе која припада привредном друштву; (2) одржавање залиха добара или робе која припада привредном друштву искључиво у сврху ускладиштења, излагања или испоруке; (3) одржавање залиха добара или робе која припада привредном друштву искључиво са сврхом да је друго привредно друштво преради; (4) одржавање сталног места пословања искључиво у сврху рекламирања, пружања обавештења, обављања научно-истраживачког рада или сличних делатности које имају припремни или помоћни карактер за привредно друштво; и (5) одржавање сталног места пословања искључиво у сврху обављања послова наведених од (1) до (4) у било којој комбинацији, под условом да је укупна делатност сталног места пословања која настаје из ове комбинације припремног или помоћног карактера. Представништво може закључивати уговоре само у циљу организовања рада и одржавања сâмог представништва.

Изузетно, наведена правила нису обавезујућа за представништва страних авио-компанија с обзиром на то да она могу продавати авионске карте. У складу са наведеним, представништва страних авио-компанија третирају се као сталне пословне јединице.[2] Међутим, требало би имати у виду да се пореским уговорима право на опорезивање добити од коришћења бродова у међународном поморском саобраћају, ваздухоплова у међународном ваздушном саобраћају, односно речних бродова на унутрашњим пловним путевима искључиво додељује држави уговор-

1 Закон о спољнотрговинском пословању (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009), дефинише да је представништво издвојен, правно зависан организациони део оснивача, који обавља претходне и припремне радње у вези са закључењем уговора и који не може да закључује уговоре, осим за сопствене потребе.

2 Дејан Поповић, Светислав Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања – Правни оквир и тумачење*, Београд 2009, стр. 78.

ници у којој се налази седиште стварне управе предузећа, тј. земљи резидентства привредног друштва које обавља овакав саобраћај.[3] Сходно томе, у случају постојања пореског уговора, право на опорезивање добити представништва стране авио-компаније припадало би искључиво држави резидентства стране авио-компаније.

Упоредноправно посматрано, постоји широка сагласност око обима делатности које представљају припремне и помоћне делатности. Међутим, поставља се питање у којој мери се могу комбиновати радње које свака за себе имају карактер припремних и помоћних послова, а да таква комбинација радњи, као целина, задржи карактер помоћних и припремних послова. Примера ради, комбинација послова куповине, складиштења и испоруке добара, не би могла задржати карактер припремних и помоћних послова само због тога што је закључивање купопродајних уговора формално одвојено од обављања наведених послова.[4]

Сматрамо да је дефинисање одређених радњи као припремних и помоћних послова ствар конвенције, односно споразума између држава извозница и држава увозница капитала у вези с ограничавањем концепта сталне пословне јединице. Наиме, у суштини, свака радња „припремног и помоћног карактера" појединачно има своју економску вредност која утиче на стицање укупне добити привредног друштва. Економска вредност припремних и помоћних радњи може се независно изразити. С тим у вези, требало би имати у виду да припремне и помоћне радње стичу карактер радњи којима се непосредно остварује добит када се обављају на тржишту. Да закључимо, концепт припремних и помоћних послова није заснован на непостојању њихове независне економске вредности, него на споразуму држава извозница и држава увозница капитала којим се олакшава међународно пословање, тако што се ограничава опорезивање добити по основу обављања делатности у државама увозницама капитала.

2. Пореско правни субјективитет

По основу обављања активности представништва које је организовано у иностранству, нерезидентно правно лице не подвргава се опорезивању добити. Наведено је резултат тога што се сматра да пред-

3 Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, „Одређивање извора у пореском праву", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2008, стр. 112.

4 Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Tax Conventions – A Commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital With Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd edition, London, 1997, стр. 322–323.

ставништво представља место трошка за нерезидентно правно лице. Сходно томе, опорезива добит нерезидентног правног лица умањује се за износ расхода насталих у вези са обављањем активности представништва организованог у иностранству. [5]

У складу са преовлађујућим стандардима према којима се не бави пословањем у циљу стицања добити, представништво не може вршити опорезиве испоруке у смислу прописа којима се уређује порез на додату вредност, односно не може бити обвезник пореза на додату вредност. С друге стране, за добра и услуге испоручене у јурисдикцији у којој је основано, страни обвезник – оснивач представништва може тражити периодичну рефакцију плаћеног пореза на додату вредност под условом узајамности. Наиме, чланом 53. ЗПДВ предвиђено је да право на рефакцију пореза на додату вредност има *страни обвезник који излаже на сајмовима* у Србији: (1) ако у Србији не врши промет добара и услуга; и (2) уколико је платио рачун. Међутим, у пракси се наведена одредба шире тумачи тако да се право на рефакцију пореза на додату вредност признаје страном обвезнику који на територији Републике Србије не обавља промет добара и услуга већ само услуге ослобођене пореза, укључујући и *право на рефакцију пореза на додату вредност плаћеног по основу набавке добара и услуга за потребе представништва, по основу које би домаћи обвезник могао да оствари право на одбитак претходног пореза*.[6] У Србији захтев за рефакцију пореза на додату вредност страни обвезник подноси једном годишње, а најкасније до 30. јуна текуће године за добра и услуге набављене у Републици у претходној календарској години.[7]

У циљу сагледавања целине пореско-правног статуса представништва страног правног лица, сматрамо да је неопходно размотрити и одредбу[8] која предвиђа да је *порески обвезник-нерезидент који нема сталну пословну јединицу на територији Србије*, *односно који остварује приходе или стиче имовину на територији Србије ван пословања своје сталне пословне јединице*, дужан да у року од 10 дана од дана почетка остваривања прихода, односно стицања имовине подложне опорезивању на територији Србије, обавести Пореску управу у седишту о лицу које је његов порески пуномоћник. Према томе, може се закључити да, као и

5 Наравно, наведено у овом одељку не односи се на представништва страних авиокомпанија.

6 Мишљење Министарства финансија бр. 413-00-2691/2005-04 од 29.11.2005. године.

7 Правилника о поступку остваривања права на повраћај ПДВ и о начину и поступку рефакције ПДВ, (*Службени гласник РС*, бр. 107/04 и 65/05) чл 4. ст. 2.

8 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009 и 72/2009, даље у фуснотама: ЗППА) чл. 14 ст. 2.

у случају пореза на добит и пореза на додату вредност, представништво страног правног лица не може имати статус пореског обвезника у Србији ни по основу стицања имовине неопходне за обављање активности због којих је основано. С друге стране, поставља се питање да ли представништво страног правног лица може бити порески пуномоћник нерезидентног обвезника. Наиме, према члану 14 став 1 ЗПППА порески пуномоћник је *лице* које у границама добијеног пуномоћја у име и за рачун пореског обвезника извршава послове у вези са пореским обавезама обвезника. Министарство финансија је прецизирало да порески пуномоћник може бити и физичко и правно лице.[9] С друге стране, представништво нема својство лица, ни правног ни физичког, него представља несамосталан организациони део страног правног лица. У пракси, порески органи пређутно дозвољавају да представништва страног правног лица буду порески пуномоћници.[10] Сматрамо да је оваква пракса у складу са основном сврхом организовања представништва страних правних лица, односно да представништва у оквиру обављања претходних, припремних и помоћних радњи могу обављати и активности пореског пуномоћника оснивача.

II Огранак као облик сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва

1. Појам огранка и сталне пословне јединице

У Србији појам огранка одређен је законом којим се уређују привредна друштва[11] као организациони део привредног друштва који нема својство правног лица, с тим да има место пословања и заступнике, а послове обавља у име и за рачун привредног друштва. Такође, ова дефиниција се даље прецизира Законом о спољнотрговинском пословању, чл. 4 ст. 1 којим се прецизира да огранак обавља послове из делатности за коју је оснивач регистрован и да као такав не може имати ширу пословну способност од оснивача. Поред наведеног, Закон о привредним друштвима, чл. 3 ст. 1 прецизира да огранке могу имати и домаћа и страна привредна друштва. С друге стране, пореско-правно посматрано, огранак представља облик сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва. У наставку излагања обрадићемо пореско-правни појам и третман сталне пословне јединице, с тим да ћемо посебно указати на специфичности појединих решења која се односе

9 Мишљење Министарства финансија бр. 413-00-02384/2005-04 од 3.11.2005. године.

10 Мишљење Министарства финансија бр. 413-00-086/2006-04 од 12.5.2005. године.

11 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004, даље у фуснотама: ЗПД) чл. 3 ст. 2.

искључиво на огранке привредних друштава као посебан облик сталне пословне јединице.

Појам сталне пословне јединице, за потребе опорезивања добити, утврђује се домаћим пореским прописима или уговорима о избегавању двоструког опорезивања.[12] Сматра се да предузеће послује преко сталне пословне јединице у држави у којој није резидент, када у тој држави има:

- стално место пословања, а нарочито: (1) седиште управе; (2) огранак; (3) пословницу; (4) фабрику; (5) радионицу; или (6) рудник, извор нафте или гаса, каменолом или друго место искоришћавања природних богатстава; или
- градилиште, као и када обавља грађевинске или монтажне радове који трају дуже од прописаног времена13; или
- сталног заступника који у име нерезидентног предузећа редовно закључује уговоре.

Такође, домаћим правом детаљно се прецизира за које активности се не сматра да представљају сталну пословну јединицу, односно дефинишу се припремне и помоћне активности.

Сматрамо да је дефинисање активности које се подвргавају пореском третману сталне пословне јединице у ЗПДПЛ задовољавајуће и да је усклађено са међународним стандардима. Међутим, у погледу дефинисања нерезидентних лица која могу имати сталну пословну јединицу у Републици постоје одређене недоумице. Модел конвенције не дефинишу термин „предузеће" који користе у члану 5 и ближе одређивање овог појма оставља се домаћем праву држава уговорница.[14]

---

12 У српском пореском праву стална пословна јединица дефинисана је Законом о порезу на добит правних лица (*Службени гласник*, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004 и 18/2010), чл. 4. У Модел конвенцији УН између равијених земаља и земаља у развоју, 2001 (*United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed end Developing Countries*, даље: УН МК) и Модел пореској конвенцији о дохотку и имовини, 2008 (*Model Tax Convention on Income and on Capital*, даље ОЕЦД МК) појам сталне пословне јединице дефинише се у чл. 5.

13 Према Закону о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, даље у фуснотама: ЗПДПЛ) чл. 4 ст. 2 прописан је период од 6 месеци, што је усклађено са УН МК. ОЕЦД МК прописује рок од 12 месеци.

14 У теорији се сматра да се под „предузећем" подразумевају лица која сносе предузетнички ризик, као и лица која доносе суштинске одлуке, односно постављају и дају смернице за рад управе. Суштински проблем у одређивању термина „предузеће" је то што се уговори о избегавању двоструког опорезивања не односе на фискално транспарентна привредна друштва. K. Vogel: *нав. дело*, стр. 184–185.

За разлику од дефиниција из Модел конвенција, ЗПДПЛ не користи термин „предузеће", него термин „нерезидентни обвезник". Нерезидентни обвезник је: „...*правно лице* које је основано и има седиште стварне управе и контроле ван Републике".[15] Закон о порезу на доходак грађана не утврђује када нерезидентно физичко лице има сталну пословну јединицу у Републици.[16] Сматрамо да овакво решење није задовољавајуће и да би, у циљу усаглашавања са међународним стандардима, требало: (1) термин нерезидентни обвезник дефинисати тако да обухвата нерезидентна привредна друштва чија се добит подвргава посебном опорезивању у државама у којима су та привредна друштва резиденти, односно фискално нетранспарентна привредна друштва; (2) третман предузетника који непосредно послују у Републици ускладити са третманом фискално нетранспарентних привредних друштава; и (3) власнике нерезидентних фискално транспарентних привредних друштава подврћи третману предвиђеном за предузетнике.[17] У сваком случају, сматрамо да би термин „правно лице" у дефиницији нерезидентног обвезника требало заменити термином „привредно друштво" и на тај начин отклонити недоумице у погледу тога да ли се својство правног лица одређује према домаћем или страном праву.[18]

2. Пореско-правни третман сталне пословне јединице

ЗПППА, чл. 25 ст. 3 у погледу дефинисања појма сталне пословне јединице упућује на закон којим се уређује опорезивање добити правних лица, а у ст. 4 истог члана прецизира да се на сталне пословне јединице примењују одредбе ЗПППА које се примењују на правна лица. Када се има у виду да су сталне пословне јединице, у складу са ЗПППА, чл. 25 ст. 2 т. 5, дужне да имају ПИБ (порески идентификациони број) очигледно је да је интенција српског законодавца да се сталне послов-

15 ЗПДПЛ чл. 3 ст. 2.

16 Наиме, у делу Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, даље у фуснотама: ЗПДГ) којим се уређује опорезивање прихода од самосталне делатности не уређује се посебно опорезивање нерезидентних предузетника. Према томе, на стране предузетнике би требало применити члан 8 ЗПДГ којим је утврђено да је нерезидентно физичко лице обвезниик пореза на доходак грађана за доходак остварен на територији Републике.

17 Наравно, иако такво решење не би било у потпуности доследно, могуће је, у циљу поједностављивања поступка наплате пореза на добит, подврћи јединственом третману све сталне пословне јединице нерезидентних привредних друштава.

18 Упоредноправно посматрано, компанијскоправни статус не мора бити одлучујући за пореско-правни статус привредног друштва. Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право,* Београд, 1997, стр. 517–524.

не јединице, у пореском правном смислу, третирају као посебна правна лица.[19] Вероватно је наведени принцип у највећој мери испоштован у погледу пореза на додату вредност где, практично, не постоје разлике између пореских правног резидентних обвезника и сталних пословних јединица нерезидената.

Највише специфичности у односу на резидентне обвезнике постоји у погледу опорезивања добити коју нерезидент оствари пословањем преко сталне пословне јединице. За опорезивање добити сталне пословне јединице у држави у којој се налази стална пословна јединица најзначајнији су: а) начин утврђивања висине опорезиве добити; б) избегавање двоструког опорезивања прихода сталне пословне јединице који потичу из иностранства; и в) постојање посебног пореза на добит огранка.

а) Утврђивање опорезиве добити сталне пословне јединице

Сталне пословне јединице нерезидентних привредних друштава и резидентна привредна друштва не налезе се у истом положају због тога што: (1) сталне пословне јединице представљају део нерезидентног привредног друштва, односно нису самостална привредна друштва; и (2) сталне пословне јединице нису резидент државе у којој се налазе. Наведене разлике намећу потребу успостављања посебних правила за: (1) алокацију добити на сталну пословну јединицу као део нерезидентног привредног друштва; и (2) опорезивање добити која је алоцирана на сталну пословну јединицу.

1) Алокација добити сталне пословне јединице

Начелно, модел конвенције захтевају да се добит централе и сталне пословне јединице утврђује као да се ради о два посебна независна предузећа.[20] Међутим, у остатку члана 7 модел конвенција даје се значајна слобода државама уговорницама у прописивању начина утврђивања опорезиве добити сталне пословне јединице.[21] Према томе, начин одређивања висине добити сталне пословне јединице, у највећој мери, зависи од правила домаћег права јурисдикције у којој се стална пословна јединица налази. За алокацију добити на сталну пословну јединицу користе се два основна метода: (1) директан; и (2) индиректан.

19 Најзначајнији изузетак од овог правила представља третман пословних односа који настају између сталне пословне јединице и њене нерезидентне централе.

20 ОЕЦД МК чл. 7 ст 2 и УН МК чл. 7 ст 2.

21 Као што се и могло очекивати већу слободу домаћем праву оставља УН МК у односу на ОЕЦД МК.

(1) *Директан метод утврђивања добити сталне пословне јединице*. Овај метод заснива се на фикцији да правно зависна стална пословна јединица (енг. *legally dependent permanent establishment*) представља пословно независно предузеће (енг. *commercially independent enterprise*). Применом наведене фикције, на централу и сталну пословну јединицу приходи и расходи алоцирају се зависно од тога да ли су стечени пословањем централе или сталне пословне јединице. Упоредноправно посматрано, у односу на централу стална пословна јединица може се сматрати: (1) потпуно независним предузећем; и (2) ограничено независним предузећем. Када се сматра потпуно независним предузећем, стална пословна јединица утврђује своју добит по основу вођења посебног рачуноводства, а пословање са централом уподобљује се пословању са трећим лицем, односно сви послови са централом се исказују у складу са „принципом ван дохвата руке". Међутим, овакав начин утврђивања добити сталне пословне јединице може довести до опорезивања добити коју привредно друштво, као целина, није стекло или до умањења добити сталне пословне јединице по основу трошкова који немају економско оправдање када настају у оквиру једног привредног друштва. Због наведених недостатака ова варијанта директног метода за утврђивање добити сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва веома ретко се примењује.[22]

Имајући у виду наведене разлоге, највећи број пореских јурисдикција прихвата фикцију ограничено независног предузећа и, сходно томе, примењује варијанту директног метода за утврђивање опорезиве добити сталне пословне јединице, која се назива ограничени директни метод (енг. *limited direct metod*).[23] Специфичност ове варијанте директног метода је да се прописују разна ограничења за одбијање одређених врста расхода које стална пословна јединица има по основу пословања са централом, као и условљавање одбитка доказивањем економске користи коју по основу учињеног расхода остварује стална пословна јединица. Наравно, расходи чије ограничење

22 На пример, овај метод користи се у Аустралији за потребе опорезивања добити огранака страних банака. Hugh Ault, Brian Arnold, *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International 2004, стр. 401–403.

23 За упоредни приказ примене овог метода у САД, Канади, Јапану, Шведској, УК, Немачкој, Холандији и Аустралији, H. Ault, *нав. дело*, стр. 401–403. Такође, као што ћемо у наставку објаснити, и у Србији се примењује овај метод.

није предвиђено исказују се у складу са принципом „ван дохвата руке". Међутим, одбијање наведених расхода за потребе сталне пословне јединице често се може обезбедити тако што ће привредно друштво повезано са централом, уместо câме централе, за потребе сталне пословне јединице обезбеђивати одговарајуће услуге.[24] У погледу алокације средстава између централе и сталне пословне јединице примењују се исти принципи као и за алокацију добити. Средства се алоцирају сталној пословној јединици у мери у којој служе за пословање сталне пословне јединице. Према томе, средства се, за пореско-правне сврхе, алоцирају у складу са њиховом употребом, без обзира на то где се физички налазе, односно како се воде за рачуноводствене сврхе. Правило о алокацији средства у складу са употребом примењује се увек када је то могуће. Међутим, када није могућа примена наведног правила, алокација средстава на сталну пословну јединицу може се извршити и на други погодан начин.[25]

(2) *Индиректан метод утврђивања добити сталне пословне јединице.* Према овом методу, укупна добит централе, на основу прописаних критеријума, алоцира се на сталну пословну јединицу применом одговарајуће формуле. Критеријум за алокацију зависи од делатности којом се бави привредно друштво, односно предузетник.[26] Предност овог метода је у томе што се избегава опорезивање добити коју привредно друштво није стекло као целина. Међутим, индиректни метод може бити погодан као средство за алокацију само када централа и стална пословна јединица имају упоредиву унутрашњу структуру и функције. Додатно ограничење представља и то што се укупна добит централе мора претходно обрачунати према пореским правилима државе у којој се налази стална пословна јединица. Због наведених недостатака индиректан метод примењује се у мањој мери од директног метода и често има само допунску улогу у односу на директан метод.[27] Интересантно је да Швајцарска користи индиректан метод за утврђивање добити сталне пословне јединице коју резидентна привредна друштва

24 Allan Cinnamon, Richard Citron, *International Tax Planning for Inward Investment,* London, 2003, стр. 83.

25 За немачко право, Robert Amman (editor), *German Tax Guide*, Neuwied, Kriftel, The Hague, 2001, стр. 270–274.

26 R. Amman, *нав. дело,* стр. 269.

27 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 666.

имају у иностранству, а у обрнутом случају, швајцарске пореске власти примењују директан метод за утврђивање добити домаће сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва.[28]

У Србији се, како смо већ истакли, примењује ограничени директни метод. Наиме, домаће сталне пословне јединице: (1) морају исказивати своје послове са нерезидентном централом по принципу „ван дохвата руке“;[29] и (2) добит сталних пословних јединица не може се умањивати по основу камата и ауторских накнада које се исплаћују нерезидентној централи.[30]

2) Опорезивање добити алоциране сталној пословној јединици – дискриминација сталне пословне јединице

Осим правила којима се уређује алокација добити на сталну пословну јединицу, постоје и друга специфична правила која утичу на висину опорезиве добити, односно дугованог пореза на добит домаће сталне пословне јединице. Заправо, поставља се питање у којој мери држава у којој нерезидентна централа послује преко сталне пословне јединице има обавезу да пореско правни третман домаћих сталних пословних јединица нерезидентних привредних друштава уподоби пореско правном третману резидентних привредних друштава. По правилу, домаћим прописима не ограничава се право да се на различит начин опорезују сталне пословне јединице нерезидентних привредних друштава у односу на резидентна привредна друштва.

Међутим, држава може имати међународне обавезе да уједначи пореско правни третман нерезидентних привредних друштава која послују преко сталне пословне јединице и резидентних привредних друштава, од којих бисмо као најзначајније издвојили: (1) уговоре о избегавању двоструког опорезивања; и (2) чланство у ЕУ.[31] Модел конвенције уговора о избегавању двоструког опорезивања садрже одредбу којом се

28 Oberson Xavier, Howard Hull, *Switzerland in International Tax Law,* Amsterdam, 2006, стр. 103–111.

29 ЗПДПЛ, чл. 60 ст. 4.

30 ЗПДПЛ, чл. 20.

31 Кроз праксу Европског суда правде утврђено је да различит третман сталних пословних јединица нерезидентних привредних друштава у односу на резидентна привредна друштва представља повреду слободе оснивања (енг. *freedom of establishment*). Наиме, Европски суд правде одбацио је претпоставку да су резиденти и нерезиденти *ipso facto* у различитом положају и да се, у складу са тим, могу различито третирати. Luc Hinnekens, Philippe Hinnekens (editors), *Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation*, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol 93a, IFA 2008, стр. 61–62.

забрањује дискриминација сталних пословних јединица нерезидентних привредних друштава у односу на резидентна привредна друштва.[32] Наведеном одредбом се захтева да опорезивање сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва не може бити неповољније од опорезивања резидентног привредног друштва. У суштини, наведени захтев је задовољен и у случају када постоје разлике у пореском третману, уколико такве разлике не доводе до већег пореског терета за домаћу сталну пословну јединицу нерезидентног привредног друштва у поређењу са пореским теретом резидентног привредног друштва.[33] Међутим, требало би имати у виду да разлике у правном статусу сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва и резидентног привредног друштва проузрокују да се правила која се примењују на резидентна привредна друштва не могу увек применити на сталне пословне јединице нерезидентних привредних друштава. Размотрићемо нека од тих питања у светлу Коментара МК ОЕЦД:

– *Групно опорезивање*. Принцип недискриминације односе се само на опорезивање сопствених активности сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва. Према томе, не постоји обавеза да се сталној пословној јединици нерезидентног привредног друштва омогући коришћење погодности које се пружају резидентним привредним друштвима која су чланови групе привредних друштва у складу са дефинисаним принципима;

– *Опорезивање дивиденди примљених од резидентних привредних друштава*. Не постоји јединствен став по питању пружања права на афилијациону привилегију, односно права на индиректни порески кредит сталној пословној јединици нерезидентних привредних друштава за дивиденде које су примиле од резидентних привредних друштава по основу поседовања њиховог капитала. Суштина спора је у томе која држава би требало да сноси трошак отклањања двоструког економског опорезивања типа III. С једне стране, имамо аргумент да би држава у којој стална пословна јединица обавља пословање требало да омогући отклањање двоструког опорезивања због тога што уколико држава резидентства централе: (1) примењује метод изузимања, двоструко опорезивање које је настало у држави извора неће бити отклоњено; и (2) примењује метод кредита, постоји велика вероватноћа да ће резидентна централа доћи у ситуацију да има вишак кредита за страни порез који

32 ОЕЦД МК чл. 24 ст. 3, УН МК чл. 24 ст. 4.

33 Д. Поповић, С. Костић, *нав. дело,* стр. 276–277.

неће моћи искористити. С друге стране, имамо аргумент против пружања погодности за исплаћене међукомпанијске дивиденде. Наиме, дивиденде које се исплаћују домаћим сталним пословним јединицама нерезидентних привредних друштава биће повољније опорезоване у односу на дивиденде које се исплаћују директно нерезидентним централама тих сталних пословних јединица, када се има у виду да се порез по одбитку не наплаћује приликом исплате дивиденди домаћим сталним пословним јединицама. У том смислу, у Коментару МК ОЕЦД предвиђена је и алтернативна могућност да се приликом исплате дивиденде домаћим сталним пословним јединицама наплаћује порез по одбитку као да је дивиденда исплаћена директно нерезидентној централи, уз обавезу државе извора да отклони двоструко економско опорезивање типа III на нивоу домаће сталне пословне јединице. Поред наведеног, Коментар МК ОЕЦД-а даје предлог да се приликом закључивања уговора обавезно утврди однос држава уговорница према овом питању.

У Србији се домаћим прописима предвиђају значајне разлике у пореској правном третману сталних пословних јединица нерезидентних привредних друштава у односу пореској правни третман резидентних привредних друштава. Ове разлике можемо поделити на оне које су за сталну пословну јединицу нерезидентног привредног друштва:

– *Повољне*. Подзаконским актом[34] утврђено је да се за потребе утврђивања опорезиве добити признају сви расходи, осим расхода који су чланом 20 ЗПДПЛ ускраћени сталним пословним јединицама нерезидентних привредних друштава. Такође, укупан износ расхода сталне пословне јединице који настају по основу пословања са повезаним лицима умањује се у висини негативне разлике између расхода исказаних по принципу „ван дохвата руке“ и износ расхода по трансферним ценама. Према томе, на сталне пословне јединице не односи се обавеза ограничавања осталих расхода коју ЗПДПЛ предвиђа за резидентне обвезнике;[35] и
– *Нейовољне*. Одређена права резервисана су само за резидентне обвезнике: (1) пренос губитака; (2) коришћење пореских подстицаја; (3) директни и индиректни порески кредит за дивиденде примљене од нерезидентне филијале; и (4) пореска

34 Правилник о начину исказивања прихода и расхода ради утврђивања добити коју стална пословна јединица нерезидентног обвезника оствари на територији Републике Србије (*Службени їласник РС,* бр. 38/2001 и 19/2007).

35 ЗПДПЛ чл. 7–22в.

консолидација. Такође, стална пословна јединица нерезидентног обвезника не може остварити право на афилијациону привилегију по основу дивиденди примљених од привредног друштва које је резидент Србије.[36]

У наведеном контексту, практично, није могуће дати генералну оцену о постојању дискриминације сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва према српским пореским прописима. Наиме, поставља се питање да ли се о постојању дискриминације може судити по основу анализе појединачних одредби или на основу анализе целине одредби којима се уређује опорезивање добити. Практично, било би веома тешко дати суд о постојању дискриминације уколико би се прихватио други приступ.[37] Међутим, није спорно да се резидентни обвезници (који се опорезују на целокупан доходак) не налазе у истом положају као нерезидетни обвезници (који се опорезују само на добит и приходе остварене из извора у Републици Србији) и да имајући у виду целину домаћег законодавства није забрањен повољнији третман резидентних обвезника у односу на нерезидентне обвезнике. Наравно, наведено се не односи на обавезе које су у погледу једнаког третмана преузете уговорима о избегавању двоструког опорезивања.

б) Избегавање двоструког опорезивања прихода сталне пословне јединице који потичу из иностранства

Добит коју остварује стална пословна јединица извор може имати у: (1) јурисдикцији у којој се стална пословна јединица налази – домаћи извор; и (2) изван јурисдикције у којој се стална пословна јединица налази – страни извор. По правилу, стална пословна јединица опорезује се само на добит из домаћих извора – ограничена пореска обавеза. Мањи број јурисдикција, као што су Бугарска, Гана, Мађарска, Мексико, Шри Ланка, Тајланд, Тајван, Тунис и Украјина, опорезује светски доходак домаћих регистрованих огранака страних привредних друштава.[38] Сматрамо, да би се и Србија могла уврстити у ову групу. Наиме, у Правилнику о начину исказивања прихода и расхода ради утврђивања добити коју стална пословна јединица нерезидентног обвезника оствари на територији Републике Србије, чл. 4а ст. 1 предвиђено је да се у укупне приходе огранка нерезидентног привредног друштва укључују сви приходи пословне године који се исказују у билансу успеха. С друге стра-

36 ЗПДПЛ чл. 25 ст. 1.

37 На 62. Конгресу IFA одржаном у Бриселу 2008. године, закључено је да ово питање захтева даљу анализу. L. Hinnekens, *нав. дело*, стр. 27.

38 Roy Rohatgy, *Basic International Taxation*, London, The Hague, Boston, 2002, стр. 133.

не, за разлику од описаног решења, остале сталне пословне јединице, у складу са чланом 4 став 1 тачка 1 наведеног Правилника имају обавезу да у укупне приходе укључе само приходе остварене пословањем сталне пословне јединице на територији Републике.

Међутим, чак и у случају када се прихвати правило да се сталне пословне јединице опорезују само на приходе из домаћих извора, правила по којима се одређује шта се сматра домаћим извором добити сталне пословне јединице често се постављају тако широко да обухватају значајан број прихода који се опорезују у иностранству. Тако, према америчком пореском праву, нерезиденти се подвргавају опорезивању дохотка који је „ефективно повезан" са вршењем трговине или пословања у САД.[39] Према немачком праву, приходима сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва из домаћих извора сматрају се, поред осталог, и све дивиденде без обзира на резидентство исплатиоца.[40] Поред наведеног, уговори о избегавању двоструког опорезивања, по правилу, предвиђају забрану дискриминације домаћих сталних пословних јединица привредних друштава која су резиденти друге државе уговорнице и, у том контексту, потребно је обезбедити да такве сталне пословне јединице могу отклањати двоструко опорезивање у складу са одредбама домаћих пореских прописа према којима резидентна привредна друштва отклањају двоструко опорезивање.[41]

в) Порез на добит остранка

За разлику од случаја када домаће привредно друштво исплаћује дивиденду нерезидентном акционару, пренос добити нерезидентној централи из домаће сталне пословне јединице не подвргава се плаћању пореза по одбитку. Такође, држава извора није у могућности да опорезује исплату дивиденди коју нерезидентна централа врши нерезидентним акционарима из добити коју је остварила домаћа стална пословна јединица.[42]

---

39 Концепт ефективно повезаног дохотка са вршењем трговине или пословања у САД, широко је постављен у циљу спречавања избегавања америчког опорезивања и укључује разне облике прихода који потичу из иностранства. Ричард Дорнберг, *Међународно опорезивање у сажетом облику,* Београд, 2000, стр. 24–26.

40 Детаљно о приходима сталне пословне јединице нерезидентног привредног друштва према немачком праву. R. Amman, *нав. дело*, стр. 138–142.

41 Требало би имати у виду да према ЗПДПЛ право на отклањање двоструког опорезивања директних дивиденди имају само резидентна привредна друштва.

42 Према америчком праву, задржана је могућност наплате пореза по одбитку на дивиденде (тзв. секундарни порез по одбитку на дивиденде) које исплаћује нерези-

Овако неуједначен порески третман може представљати подстицај за страног инвеститора да уместо оснивања зависног друштва у држави извора послује преко сталне пословне јединице. Да би се избегла дискриминација исплата дивиденди нерезидентним акционарима у односу на исплату добити сталне пословне јединице нерезидентној централи, један број пореских јурисдикција опорезује добит огранка нерезидентних привредних друштава посебним порезом који би по економском дејству требало да буде еквивалентан порезу по одбитку на дивиденде. Када се има у виду да зависна друштва, у највећем броју случајева, не исплаћују матичном друштву у облику дивиденде целокупну добит коју остваре, економска еквивалентност пореза на добит огранка са порезом по одбитку на дивиденде постиже се: (1) одређивањем основице за наплату пореза на добит огранка у висини која је „еквивалентна дивиденди", што проузрокује одређене административно-техничке проблеме; и (2) умањењем стопе пореза на добит огранка у односу на стопу пореза по одбитку на дивиденде.

Приликом разматрања оправданости увођења пореза на добит огранка требало би имати у виду да домаће привредно друштво и домаћа стална пословна јединица нерезидентног привредног друштва нису еквиваленти у компанијскоправном, као ни у пореском правном смислу. Наиме, домаћа стална пословна јединица правно је несамосталан део нерезидентног привредног друштва, за чије обавезе нерезидентно привредно друштво одговара целокупном имовином, док је зависно привредно друштво правно самостално и нерезидентно матично друштво одговара за обавезе домаћег зависног друштва само у мери у којој се обавеже одредбама посебног уговора. У пореском правном смислу, требало би имати у виду да страни инвеститор често добит из државе извора реализује отуђењем акција у зависном друштву, односно продајом имовине сталне пословне јединице. За разлику од добитака који се остварују продајом имовине домаће сталне пословне јединице, држава извора често није у могућности да опорезује капиталне добитке које нерезидент оствари продајом акција резидентног друштва.

Упоредноправно посматрано, не постоји јединствен став о томе да ли је увођење посебног пореза на добит огранка оправдано. Међутим, већина држава, уз значајне изузетке као што су САД, Канада или Шпанија, није у своје пореске системе увела и порез на добит огранка. У Србији није предвиђено посебно опорезивање добити огранка нерезидентног привредног друштва, што смањује порески терет нерезидентних инвеститора и самим тим увећава пореску конкурентност наше земље.

дентно привредно друштво када према пореском уговору није могућа наплата пореза на добит огранка. Р. Дорнберг, *нав. дело*, стр. 35–36.

Bratislav **STANKOVIĆ, PhD**
Assistant Professor of the State University of Novi Pazar

Dragan **DEMIROVIĆ, PhD**
Tax Advisor, Deloitte d.o.o.., Belgrade

REPRESENTATIVE OFFICE AND BRANCH OF NON-RESIDENT COMPANIES – TAX TREATMENT

Summary

The authors analyze the dependent forms of direct commercial presence of non-resident companies in the country they operate and specifically deal with two basic forms: a representative office and a branch. It is pointed out that activities of the representative office can never lead to the creation of tax liability and that from the tax point of view the representative office may have significance only as the tax proxy of a non-resident founder or any other person. On the other hand, this treatment is not in line with the objective importance of the activities performed by the representative office. Specifically, these activities, regardless of considering them preparatory and auxiliary, have a fair economic value that can be expressed in money. The authors argue that this tax treatment is the result of pressure from capital exporting countries that intend to limit the right of capital importing countries to tax business profits through the concept of permanent establishment. Based on performed analysis the authors conclude that there are some inconsistencies and omissions in the Serbian regulations governing the tax treatment of representative offices and branches of foreign legal entities. Also, on the basis of comparative analysis conducted, the authors suggest that there is a need for harmonization of Serbian legislation with the international tax practice.

Key words: *representative office, branch, permanent establishment, income tax, value-added tax, tax treaty.*

мр *Момо* КИЈАНОВИЋ
консултант за порезе, ALTIS Capital д.о.о., Београд

ПРИМЕНА ИНСТИТУТА ЗАСТАРЕЛОСТИ У ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ

Резиме

У правној теорији застарелост се дефинише као „губитак неког права услед његовог невршења у законом прописаном периоду". Престанак пореске обавезе услед застарелости примењује се на све врсте јавних прихода, као и на споредна пореска давања (новчане казне, камате по основу доспеле а неплаћене пореске обавезе, трошкови поступка принудне наплате и трошкови пореско-прекршајног поступка), осим на допринос за пензијско и инвалидско осигурање. Примена института застарелости у пореском поступку уређена је члановима 114 до 114ж ЗПППА. Решење о пореском прекршају којим је изречена новчана казна извршава се тек по правоснажности тог решења. Од 27.3.2009. године уведен је институт апсолутне застарелости, који је уређен чланом 114ж ЗПППА. Пореска управа не пази на застарелост по службеној дужности, већ само и искључиво ако се порески обвезник на застарелост писмено позове. Отпис пореза и споредних пореских давања су уређени чланом 115 ЗПППА. Правни институт застарелости из ЗПППА примењује се и на изворне приходе буџета јединица локалне самоуправе које наплаћују пореске управе тих јединица локалне самоуправе.

Кључне речи: *Закон о пореском поступку и пореској администрацији, застарелост пореза, апсолутна застарелост пореза, писмено позивање на застарелост, порески прекршаји.*

У члану 23 Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/02,... 20/09; у даљем тексту: ЗППА), дати су модалитети престанка пореске обавезе, и то:

1) наплатом пореза (плаћањем, компензацијом или давањем уместо плаћања, у складу са законом);
2) застарелошћу пореза;
3) отписом пореза;
4) на други законом прописан начин.

У правној теорији застарелост се дефинише као „губитак неког права услед његовог невршења у законом прописаном периоду".

Са аспекта ЗППА, престанак пореске обавезе услед застарелости примењује се на све врсте јавних прихода, као и на споредна пореска давања (новчане казне, камате по основу доспеле а неплаћене пореске обавезе, трошкови поступка принудне наплате и трошкови пореско-прекршајног поступка), осим на допринос за пензијско и инвалидско осигурање (прописано чланом 114е ЗППА).

Престанак пореске обавезе „на други законом прописан начин" примењује се на све врсте јавних прихода, укључујући и допринос за пензијско и инвалидско осигурање (што је суштинска разлика у односу на престанак пореске обавезе услед застарелости), као и на споредна пореска давања (новчане казне, камате по основу доспеле а неплаћене пореске обавезе, трошкови поступка принудне наплате и трошкови пореско-прекршајног поступка).

Престанак пореске обавезе по основу застарелости пореза и на законом прописани други начин, за правну последицу има отпис пореске обавезе, која се након законски спроведене процедуре окончава отписом пореза и споредних пореских давања у пореском рачуноводству Пореске управе. Престанак пореске обавезе „отписом пореза" уређен је чланом 115 ЗППА.

Одредбом члана 23 тачка 2) ЗППА као један од модалитета престанка пореске обавезе/дуга прописана је застарелост пореза, која је прецизније операционализована чланом 114 ЗППА, који је важио до 8.7.2007. године, као дана када је ступио на снагу Закон о изменама и допунама ЗППА. Ступањем на снагу наведених измена и допуна, питање застарелости је уређено потпуно новим чланом 114, као и новододатим члановима 114а до 114е.

У Закону о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Сл гласник РС*, бр. 20/09), који је у примени од 27.3.2009. године, додат је нови члан 114ж и наслов изнад њега

Апсолутна застарелост, као нови правни институт који се примењује у пореском поступку.

Питања која се тичу примене правног института застарелости у пореском поступку уређена су следећим члановима ЗПППА, и то:

- застарелост права Пореске управе на утврђивање пореза и споредних пореских давања (члан 114);
- застарелост права пореског обвезника на повраћај и рефакцију пореза и повраћај споредних пореских давања (члан 114а);
- застарелост права Пореске управе на наплату пореза и споредних пореских давања (члан 114б);
- застарелост права Пореске управе на покретање и вођење пореско-прекршајног поступка (члан 114в и 114г);
- прекид рока застарелости (члан 114д);
- урачунавање времена претходника (члан 114ђ);
- остале одредбе о застарелости (члан 114е) и
- апсолутна застарелост (члан 114ж).

I Застарелост права Пореске управе на наплату пореза

Право надлежне организационе јединица Пореске управе на наплату пореза и споредних пореских давања застарева за пет година од дана када је застарелост почела да тече, а што је прописано чланом 114б став 1 ЗПППА.

Дан када је застарелост почела да тече прописан је чланом 114б став 2 ЗПППА, а то је од првог дана наредне године од године у којој је обавеза пореског обвезника/дужника доспела за плаћање.

Да би се наведена правна норма из члана 114б ЗПППА најлакше разумела и схватила, исту ћемо илустровати следећим примером.

Коначна пореска обавеза по основу прихода од обављања самосталне делатности за 2003. годину утврђена је решењем надлежне организационе јединице Пореске управе (филијала/експозитура), које је донето 15. маја 2004. године. Застарелост права на наплату разлике између коначно утврђене пореске обавезе и плаћених аконтација почиње да тече од 1. јануара 2005. године, као првог дана наредне године од године у којој је порез доспео за плаћање (2004. године). Застарелост права Пореске управе на наплату ове пореске обавезе наступа 1.1.2010. године, као првог наредног дана по истеку рока од пет година од када је застарелост почела да тече.

Када је у питању застарелост права на наплату изречене новчане казне за пореске прекршаје, који се сврставају у споредна пореска давања, указујемо на чињеницу да се, у овом случају, не примењују одредбе Закона о прекршајима, већ се примењују одредбе ЗПППА.

Застарелост извршења казни, уређена је чланом 70 Закона о прекршајима (*Сл. ɪласник СРС*, бр.44/89, *Сл. ɪласник РС*, бр. 21/90... 55/04 – стари закон) и чланом 77 Закона о прекршајима (*Сл. ɪласник РС*, бр. 101/05 – нови закон), и износи једну годину, а рачуна се од дана правоснажности решења о прекршају.

Према члану 114б ЗПППА право надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату новчане казне за пореске прекршаје застарева за пет година од дана када је застарелост почела да тече, а то је од првог дана наредне године од године у којој је решење о прекршају којим је изречена новчана казна постало правоснажно. Решење о пореском прекршају којим је изречена новчана казна извршава се тек по правоснажности, тј. ако кажњено лице не плати изречену новчану казну у року од 15 дана од дана правоснажности решења којим је та новчана казна изречена (члан 65 став 2 ЗПППА).

II Застарелост права Пореске управе на утврђивање пореза и споредних пореских давања

Право надлежне организационе јединица Пореске управе на утврђивање пореза и споредних пореских давања, застарева за три године од дана када је застарелост почела да тече, а што је прописано чланом 114 став 1 ЗПППА. Застарелост почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је требало утврдити порез, односно споредно пореско давање, а што је прописано чланом 114 став 3 ЗПППА.

Ако порески обвезник не поднесе пореску пријаву у складу са ЗПППА или у складу са другим пореским законом (на прописаном обрасцу и у прописаном року), којим је прописано подношење пореске пријаве, као и у случају избегавања плаћања пореске обавезе, право на утврђивање пореза и споредних пореских давања застарева за пет година од дана када је застарелост почела да тече, а што је прописано чланом 114 став 2 ЗПППА. И у овом случају, застарелост почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је требало утврдити порез, односно споредно пореско давање.

Да би се наведена правна норма из члана 114 ЗПППА најлакше разумела и схватила, то ћемо је илустровати следећим примерима:

Порески обвезник-физичко лице у законом прописаном року до 15. марта 2005. године поднео је пореску пријаву за утврђивање годишњег

пореза на доходак грађана за 2004. годину. Поднета пореска пријава се у надлежној организационој јединици Пореске управе била загубила и пореском обвезнику све до 15. октобра 2008. године није била утврђена пореска обавеза за 2005. годину. Пошто је пореска пријава пронађена, то је пореском обвезнику наведеног дана (15. октобра 2008. године) уручено решење о утврђеном годишњем порезу за 2005. годину.

Поступајући на овај начин надлежна организациона јединица Пореске управе је избегла могућност настанка застарелости права на утврђивање пореске обавезе, с обзиром да у конкретном случају застарелост тог права наступа од 1.1.2009. године, тј. за три године од дана када је застарелост почела да тече, а обзиром да је застарелост почела да тече од 1.1.2006. године, као првог дана наредне године у којој је требало утврдити порез (а то је 2005. година).

У септембру 2008. године инспектор теренске контроле вршио је контролу правилности обрачуна јавних прихода код пореског обвезника за временски период од 1.1.2003. године до дана контроле. Инспектор је у поступку контроле установио, да је порески обвезник у току 2005. године за месеце април, мај и јун, вршио исплату зарада запосленима а да није обрачунао и уплатио припадајуће јавне приходе. О извршеној контроли и утврђеним неправилностима инспектор је сачинио записник и донео решење, којим је пореском обвезнику наложио да уплати неплаћене јавне приходе на исплаћене зараде. Имајући у виду изнето, произлази да порески инспектор није извршио контролу пореског обвезника у септембру 2008. године, то би почев од 1.1.2009. године Пореској управи наступила застарелост права на утврђивање пореске обавезе, тј. протекао би рок од пет година од дана када је застарелост почела да тече, а то је 1.1.2004. године, као првог дана наредне године у којој је требало утврдити порез (а то је 2003. година).

III Застарелост права пореског обвезника на повраћај и рефакцију пореза и повраћај споредних пореских давања

Право пореског обвезника на повраћај и рефакцију, као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза и повраћај споредних пореских давања застарева за три године од дана када је застарелост почела да тече, а што је прописано чланом 114а став 1 ЗПППА.

Застарелост права на повраћај и рефакцију, као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза и повраћај споредних пореских давања почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је порески обвезник стекао право на повраћај и

рефакцију, као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза и повраћај споредних пореских давања, а што је прописано чланом 114а став 2 ЗПППА.

Наглашавамо, да су Законом о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Сл. гласник РС*, бр. 20/09), који је у примени од 27.3.2009. године, у члану 114а, у оба става додате речи „као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања". Овом допуном су редукована права пореског обвезника, с обзиром да се и за намирење доспеле пореске обавезе по другом основу путем прекњижавања примењује правни институт застарелости у односу на право пореског обвезника.

Подсећам да је чланом 10 став 2 и 3 ЗПППА конституисано право пореског обвезника на повраћај више или погрешно наплаћеног пореза, односно споредних пореских давања, као и на повраћај пореза када је то другим пореским законом предвиђено, као и право на пореску рефакцију. Законом о порезу на додату вредност, у члану 52 прописано је право пореског обвезника на повраћај ПДВ, а у Закону о акцизама у члановима 39, 39а, 39б и 40 прописано је право на рефакцију акцизе.

Да би се правна норма из члана 114а ЗПППА најлакше разумела и схватила, то ћемо је илустровати следећим примером.

Порески обвезник је у мају 2004. године престао да обавља самосталну делатност и на његовој аналитичкој картици која се води у пореском књиговодству, након утврђивања коначне пореске обавезе појавила се преплата у износу од 20.000 динара. Порески обвезник у том тренутку није био заинтересован за повраћај овог износа, те није ни подносио захтев за повраћај. У јуну 2008. године порески обвезник се обратио захтевом за повраћај више плаћеног пореза, али је добио одговор да је наступила застарелост права на повраћај више плаћеног пореза дана 1.1.2008. године, обзиром да је протекло три године од првог дана наредне године (од 1.1.2005. године) од године када је порески обвезник стекао право на повраћај, а то је у 2004. години.

Скрећем пажњу пореским обвезницима, да о напред наведеним роковима стриктно воде рачуна, јер је то у њиховом интересу, а у циљу остваривања права пред пореским органом, с обзиром да порески орган о овим роковима не води рачуна по службеној дужности.

IV Застарелост права Пореске управе на покретање и вођење пореско-прекршајног поступка

Право Пореске управе на покретање и вођење пореско-прекршајног поступка застарева за три године од дана када је застарелост почела да тече, а што је прописано чланом 114в став 2 ЗПППА, а уколико порески

обвезник не поднесе пореску пријаву, у складу са законом, као и у случају избегавања плаћања пореза, право Пореске управе на покретање пореско-прекршајног поступка застарева за пет година од дана када је застарелост почела да тече, а што је прописано чланом 114в став 3 ЗПППА.

Застарелост права Пореске управе на покретање и вођење пореско-прекршајног поступка почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је прекршај учињен, а што је прописано чланом 114в став 4 ЗПППА. Изузетно од овог става, у случају када порески обвезник не поднесе пореску пријаву, у складу са законом, као и у случају избегавања плаћања пореза, застарелост права Пореске управе на покретање и вођење пореско-прекршајног поступка почиње да тече од дана када је прекршај учињен.

На прекид и застој рока застарелости, као и на рок затарелости који није прописан ЗПППА, сходно се примењују одредбе закона којим се уређује прекршајни поступак. Тако је према Закону о прекршајима (*Сл. ґласник СРС*, бр.44/89, *Сл. ґласник РС*, бр. 21/90... 55/04), који је важио до 31.12.2006. године, питање застарелости било уређено члановима 69 и 70, док је у Закону о прекршајима (*Сл. ґласник РС*, бр. 101/05), који је у примени од 1.1.2007. године, питање застарелости урђено члановима 76 и 77.

Према члану 114б ЗПППА право надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату новчане казне за пореске прекршаје застарева за пет година од дана када је застарелост почела да тече, а то је од првог дана наредне године од године у којој је решење о прекршају којим је изречена новчана казна постало правоснажно.

Решење о пореском прекршају којим је изречена новчана казна извршава се тек по правоснажности, тј. ако кажњено лице не плати изречену новчану казну у року од 15 дана од дана правоснажности решења којим ја та новчана казна изречена (члан 65 став 2 ЗПППА).

V Прекид рока застарелости

У Закону о изменама и допунама ЗПППА, који је у примени од 8.7.2007. године, суштински најрадикалнија измена је извршена са додавањем потпуно новог члана 114д и наслова изнад тог члана који гласе:

Прекид рока застарелости
Члан 114д

Застарелост се прекида сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника у циљу утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања.

После прекида застарелост почиње тећи изнова, а време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом одређени рок за застарелост.

Норма у овом члану је потпуно ново правно решење, које у старом члану 114 није било присутно, што значи да се правни институт „прекид рока застарелости" уводи у одредбе ЗПППА и у примени је од 8.7.2007. године.

У старом члану 114 ЗПППА, који је важио до 8.7.2007. године, постављени рокови застарелости су имали карактер апсолутних рокова застарелости, што значи, да било каква радња Пореске управе у пореском, односно пореско-прекршајном поступку није прекидала ток рока застарелости, већ застарелост наступа у року од три односно пет година од дана када је застарелост почела да тече.

У новом члану 114д, који је у примени од 8.7.2007. године, постављени рокови застарелости имају карактер релативних рокова затарелости, што значи, да се сваком радњом Пореске управе предузетом против пореског дужника у циљу утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања застарелост прекида.

Према ставу 2 новог члана 114д ЗПППА, после прекида рока застарелости (који настаје предузимањем сваке радње Пореске управе против пореског дужника у циљу утврђивања и наплате пореза и споредних пореских давања), застарелост почиње тећи изнова, а време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом одређени рок за застарелост.

Из наведених нормативно правних решења новог члана 114д ЗПППА, произлази да наведени релативни рокови застарелости од три односно пет година, у зависности од тога на шта се застарелост односи, максимално могу да износе шест односно десет година, односно да ти рокови застарелости могу да се крећу у распону од три до шест година, односно у распону од пет до десет година, а што зависи пре свега од тога када је прекинут рок застарелости. Наведени закључак се изводи из општег правног правила, које важи за дужничко-поверилачке односе, да се једном прекинути рок застарелости не може поново прекидати било којом радњом повериоца (у конкретном случају, то је Пореска управа).

Дужина релативног рока застарелости права Пореске управе на наплату пореза, који је члану 114б ЗПППА прописан на пет година од дана када је застарелост почела да тече, најбоље ће се схватити из следећег примера:

Пореском обвезнику је утврђена пореска обавеза коју је требао да плати 15.5.2002. године. Застарелост права Пореске управе да спрово-

ди наплату ове пореске обавезе почиње да тече од 1.1.2003. године, као првог дана наредне године од године у којој је обавеза пореског обвезника доспела за плаћање. Застарелост права Пореске управе да оконча поступак наплате ове пореске обавезе настаје 31.12.2007. године, јер тог дана истиче пет година, од дана када је застарелост почела да тече. Пореска управа је уочила да ова пореска обавеза није плаћена и да постоји могућност настанка застарелости права Пореске управе на наплату, па је пореском обвезнику, дана 31.12.2007. године уручила опомену за неплаћени износ пореза, чиме је прекинула рок застарелости, што значи, да од 31.12.2007. године почиње да тече нови рок застарелости од пет година, тј. да Пореска управа ову пореску обавезу може наплатити најкасније до 31.12.2012. године. У овом примеру се види да рок застарелости износи максимално десет година.

Нормативно правно решење из новог члана 114д ЗПППА, не иде у прилог пореским обвезницима, јер је то правно решење знатно неповољније по њих у односу на нормативно правна решења која су важила у старом члану 114 ЗПППА, који је важио до 8.7.2007. године.

Подсећам да је институт „прекида рока застарелости“ био дефинисан у Закону о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода који је био у примени од 1.1.1992. до 31.12.2002. године. Од почетка примене ЗПППА (од 1.1.2003. године) па до 7.7.2007. године, правни институт „прекид рока застарелости“ није се примењивао у пореском поступку, да би са почетком примене Закона о изменама и допунама ЗПППА (од 8.7.2007. године), поново био у примени.

Такође указујемо и на чињеницу, да је до почетка примене ЗПППА (до 1.1.2003. године), Законом о порезу на доходак грађана – члановима 164 и 165, била прописана и релативна и апсолутна застарелост.

Упоређујући нормативно правна решења из старог члана 114 ЗПППА (који више не важи), из новог члана 114д ЗПППА (који важи од 8.7.2007. године) и из чланова 164 и 165 Закона о порезу на доходак грађана (који више не важе), уочава се да су решења из старог члана 114 ЗПППА која су важила од 1.1.2003. до 8.7.2007. године, била најповољнија за пореске обвезнике, тј. да због пропуштања радњи, у одређеном временском периоду, од стране надлежне организационе јединице Пореске управе, порески обвезник је могао знатно брже да оствари право на отпис пореске обавезе због застарелости.

Још једном наглашавам да нормативно правно решење из новог члана 114д ЗПППА, не иде у прилог пореским обвезницима, јер је знатно неповољније по њих у односу на нормативно правна решења која су важила у старом члану 114 ЗПППА, који је важио до 8.7.2007. године.

VI Апсолутна застарелост

Као што смо већ нагласили, у Закону о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији, који је у примени од 27.3.2009. године, додат је нови члан 114ж и наслов изнад њега Апсолутна застарелост, као нови правни институт који се примењује у пореском поступку, који се до ових измена и допуна није примењивао.

Према одредбама ЗПППА које су важиле до 27.3.2009. године, рокови застарелости имали су карактер релативних рокова застарелости, и стога је било неопходно, ради правне сигурности и природе пореско-правног односа, као јавноправног односа, утврдити апсолутне рокове застарелости (10 година од истека године у којој је порез требало утврдити или наплатити, односно у којој је извршена преплата), који теку независно од прекида или застоја рока застарелости.

Новододати члан 114ж ЗПППА гласи:

„Право на утврђивање, наплату, повраћај, рефакцију као и намирење досељих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза, увек застарева у року од десет година од истека године у којој је порез требало утврдити или наплатити, односно у којој је извршена преплата."

Из наведених одредби члана 114ж ЗПППА произлази да уколико Пореска управа у току 2010. године започне поступак утврђивања или наплате пореске обавезе која је била доспела за плаћање или је требало да се утврди у 1999. години, порески обвезник треба у писаној форми да се позове на настанак апсолутне застарелости, обзиром да је рок застарелости почео да тече од 1.1.2000. године, а да је апсолутна застарелост наступила 1.1.2010. године, као првог наредног дана по истеку рока од 10 година, од када је застарелост почела да тече. Наглашавам, да порески обвезници у овом случају треба да се позову на апсолутну засатрелост, без обзира на све радње и поступке које је Пореска управа предузимала у наведеном периоду од 1.1.2000. до 1.1.2010. године.

Подсећам и на одредбе члана 79 ЗПППА, којим је уређен прекид поступка принудне наплате (време у коме се извесна права пореског органа не могу користити), а које искључују/потиру правне последице које производи застарелост. У време док траје прекид поступка принудне наплате, надлежна организациона јединица Пореске управе не може да предузима мере принудне наплате према пореском обвезнику, што значи да је одредбом члана 79 ЗПППА практично продужен рок застарелости права надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату пореза и споредних пореских давања, а да то продужење није на штету пореског обвезника нити у корист пореског органа.

На основу презентираног у претходном ставу, произлази да рок застарелости права надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату пореза и споредних пореских давања продужен је у случају прекида поступка принудне наплате, и то:

- из разлога покретања стечајног поступка на основу члана 112 ЗПППА, у смислу одредбе члана 79 став 1 тачка 1) ЗПППА – за период од дана доношења закључка о прекиду поступка принудне наплате до дана доношења решења надлежне организационе јединице Пореске управе којим се ставља ван снаге решење о проглашењу пореског обвезника несолвентним;
- због одлагања плаћања пореске обавезе на начин из члана 73 и 74 ЗПППА, у смислу одредбе члана 79 став 1 тачка 2) ЗПППА – за период од дана доношења закључка о прекиду поступка принудне наплате до дана доношења решења надлежне организационе јединице Пореске управе којим се поништава споразум, односно укида решење о одлагању плаћања пореске обавезе у смислу члана 74 став 5 ЗПППА;
- због постојања грешке код обрачуна пореске обавезе која има за резултат знатно нижу пореску обавезу, у смислу одредбе члана 79 став 1 тачка 3) ЗПППА – за период од дана доношења закључка о прекиду поступка принудне наплате до дана доношења решења надлежне организационе јединице Пореске управе којим се исправља грешка у вези обрачуна пореске обавезе;
- због примене члана 147 став 2 ЗПППА, у смислу одредбе члана 79 став 1 тачка 4) ЗПППА – за период од дана доношења закључка другостепеног органа о одлагању извршења ожалбеног решења до дана коначности побијаног акта надлежне организационе јединице Пореске управе;
- због примене члана 147 став 6 ЗПППА, у смислу одредбе члана 79 став 1 тачка 4) ЗПППА – за период од дана доношења закључка о прекиду поступка принудне наплате, до дана достављања пореском обвезнику решења по жалби, односно док првостепени орган не поступи по налогу другодстепеног органа (ова одредба о прекиду поступка принудне наплате важи од 8.7.2007. године).

VII Урачунавање времена претходника у време застарелости

Новододатим чланом 114ђ ЗПППА, уређено је питање урачунавања времена претходника у време застарелости, тако да наведени члан гласи:

Члан 114ђ

У време застарелости рачуна се и време које је протекло у корист претходника пореског обвезника и другог пореског дужника.

Ово правно решење се примењује, између осталог и у случају који је прописан у члану 162 Закона о порезу на доходак грађана, којим је прописано, да ако порески дужник умре пре него се изврши наплата утврђене обавезе, наплата ће се извршити од наследника, и то највише до висине наслеђене имовине. То у конкретном случају значи, да време које је протекло од момента доспећа пореске обавезе за плаћање до момента смрти пореског дужника (рецимо да је то време од две године), рачуна се у време од пет година, колико траје рок застарелости права Пореске управе на наплату пореске обавезе. То значи, да наследнику остаје период од још три године у којем Порески орган може да спроведе принудну наплату од њега. Ако се принудна наплата не спроведе у овом року од три године, који је још преосатао, наследник може да се позове на застарелост права Пореске управе на наплату пореске обавезе.

Још једном наглашавамо, да је у новододатом члану 114е ЗПППА прописано, да право надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату доприноса за пензијско и инвалидско осигурање не застарева, јер се на основу плаћања овог доприноса остварују лична права пореског обвезника, тј. пре свега право на пензију. Наплата пореског дуга по основу доприноса за здравствено осигурање и доприноса за осигурање за случај незапослености застаревају у року у којем застаревају и остали јавни приходи(порези и друга споредна пореска давања). Подсећам, да су ове одредбе биле прописане и у старом члану 114 став 8 ЗПППА.

Почетком примене ЗПППА, од 1.1.2003. године, сходно одредби члана 192 ЗПППА престале су да важе одредбе других пореских закона којима је била регулисана област принудне наплате и застарелости наплате тих пореза. Из ове правне формулације произлази, да застарелост права надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату и утврђивање пореза и споредних пореских давања рачуна се искључиво применом нових чланова 114 и 114б ЗПППА, без обзира да ли је рок застарелости почео да тече пре или после ступања на снагу ЗПППА.

VIII Писмено позивање пореског обвезника на застарелост

Надлежна организациона јединица Пореске управе не пази на застарелост по службеној дужности, већ само и искључиво ако се порески обвезник на застарелост писмено позове, тј. ако се у некој од фаза

пореског поступка (контрола, утврђивање и наплата) писмено истакне наступање застарелости. Овакав став није експлицитно наведен у ЗПППА, али он произлази из аналогне примене општег правног правила из дужничко-поверилачких односа, према којем се на застарелост не обазире уколико се дужник на њу не позове.

Ако порески обвезник добровољно плати застарелу пореску обавезу, он нема право да захтева да му се врати износ уплаћене застареле пореске обавезе, чак и ако није знао да је обавеза застарела. Овакав став проистиче из примене члана 10 став 2 тачка 1 ЗПППА, по коме порески обвезник има право да тражи повраћај више или погрешно наплаћеног пореза, односно споредних пореских давања.

Међутим, пошто плаћање застареле пореске обавезе не представља више или погрешно плаћен порез, већ представља плаћање пореза и споредних пореских давања која порески обвезник стварно дугује из порескоправног односа, то порески обвезник нема право да захтева повраћај плаћеног износа застарелог пореза, односно споредних пореских давања. Ако порески обвезник поднесе овакав захтев, надлежна организациона јединица Пореске управе захтев одбија као неоснован. О наведеним околностима порески обвезници морају да воде рачуна, тј. да увек пре него ли приступе плаћању пореске обавезе провере да ли је та пореска обавеза застарела или није.

Скрећем пажњу пореским обвезницима, да уколико надлежна организациона јединица Пореске управе, током 2010. године, спроводи поступак редовне и принудне наплате пореске обавезе која је утврђена и доспела за плаћање у 2002. години, могу се писменим путем позвати на застарелост пореске обавезе која је предмет наплате и захтевати отпис те пореске обавезе због застарелости. Ово право пореског обвезника проистиче из следеће рачунице: рок од пет година када наступа застарелост почиње да се рачуна од 1.1.2003. године, јер је то први дан наредне године од године у којој је пореска обавеза доспела за плаћање (а то је 2002. година), и истиче 31.12.2007. године, када истиче пет година. О овој чињеници порески обвезници морају да воде рачуна, јер је то начин на основу којег могу да остваре своја права пред надлежном организационом јединицом Пореске управе.

Од 1.1.2008. године порески обвезници се, у конкретно наведеној пореској ситуацији, могу писмено позвати на затарелост пореске обавезе и захтевати отпис пореске обвезе за коју се спроводи наплата, ако је иста доспела за плаћање у 2002. години, а није наплаћена до 31.12.2007. године.

Када се порески обвезник у поступку редовне и принудне наплате писмено позове на застарелост конкретне пореске обавезе и захтева

отпис те пореске обавезе услед застарелости, надлежна организациона јединица Пореске управе поступа на следећи начин:

– проверава се формална исправност поднетог захтева за отпис пореске обавезе због застарелости, а пре свега да ли је потписан од стране пореског обвезника или његовог законског заступника, овлашћеног представника или пуномоћника (у прилогу захтева треба да се налазе одговарајућа пуномоћја);
– проверава се да ли је уз захтев за отпис пореске обавезе због застарелости достављен доказ о плаћеној републичкој административној такси у висини прописаној Тарифом републичких административних такси, за захтев (150,00 динара по Тарифном броју 1) и решење о отпису пореске обавезе (300,00 динара по Тарифном броју 3);
– након спроведених наведених радњи, приступа се провери аналитичких картица пореског обвезника које се воде у пореском књиговодству Пореске управе у погледу исправности књижења свих уплата и задужења, а из захтева за отпис се искључују, тј. не могу бити предмет отписа:
  а) допринос за пензијско и инвалидско осигурање;
  б) пореске обавезе које је Пореска управа на основу јавног позива за пријаву потраживања објављеног од стране Агенције за приватизацију, за пореског обвезника који је у поступку приватизације, поднела пријаву потраживања;
  в) пореске обавезе за које је решењем надлежне организационе јединице Пореске управе или споразумом потписаним са министром финансија, одобрено одлагање плаћања пореске обавезе на рате у складу са чланом 73 и 74 ЗПППА.

Након спроведених напред наведених радњи и поступака у којима је неспорно утврђено који јавни приходи, на којим уплатним рачунима, за које године и у ком износу (посебно главни дуг а посебно камата) је наступила застарелост, надлежна организациона јединица Пореске управе, у поступку канцеларијске контроле, приступа састављању записника о наведеним чињеницама, који се доставља пореском обвезнику, а може и његовом законском заступнику, овлашћеном представнику или пуномоћнику. Ако је потребно порески обвезник, или лице које је у име пореског обвезника поднело захтев, позива се и укључује у поступак канцеларијске контроле којим се доноси записник о отпису пореске обавезе.

На чињенично стање утврђено записником, порески обвезник може у року од три дана од дана пријема записника да уложи писмене

примедбе. Ако порески обвезник благовремено поднесе основане и аргументоване писмене примедбе на записник, надлежна организациона јединица Пореске управе је дужна да састави допуну записника и исту достави пореском обвезнику. Након доставе допуне записника пореском обвезнику, стичу се услови за доношење решења о отпису пореске обавезе услед застарелости права надлежне организационе јединице Пореске управе да врши наплату пореске обавезе, које се уручује пореском обвезнику.

Отпис пореске обавезе је окончан, када се решење о отпису прокњижи, на дуговној страни аналитичких картица, у пореском књиговодству Пореске управе.

У претходна четири става указали смо на поступање надлежне организационе јединице Пореске управе када је порески обвезник поднео писани захтев у којем се позвао на застарелост права надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату пореске обавезе.

У случају застарелости права надлежне организационе јединице Пореске управе на утврђивање пореске обавезе, њено поступање је идентично напред наведеном поступању као у случају застарелости права надлежне организационе јединице Пореске управе на наплату пореске обавезе.

IX Отпис пореза и споредних пореских давања

Законом о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији, који је у примени од 27.3.2009. године, извршене су и допуне става 2 члана 115 ЗПППА, тако да иновирани члан 115 ЗПППА сада гласи:

Отпис пореза и споредних пореских давања
Члан 115

Влада може, на предлог министра, а поводом иницијативе министра надлежног за послове економије и регионалног развоја, донети одлуку о делимичном или потпуном отпису пореза и споредних пореских давања пореског обвезника који се продаје у поступку приватизације, односно који је у поступку реструктурирања.

Пореска управа решењем ће отписати дуг по основу пореза и споредних пореских давања када се стекну услови из члана 22 ст. 2 и 4 овог закона, као и у другим ситуацијама прописаним законом.

Из иновираног става 2 члана 115 ЗПППА произлази да је дато право Пореској управи да решењем отпише дуг по основу пореза и споредних пореских давања, у следећим случајевима, и то:

– ако оставилац нема наследника или или се ниједан од наследника не прихвати наследства (прописано чланом 22 став 2 ЗПППА);
– ако имовина пословно неспособног лица или одсутног физичког лица коме се не зна пребивалиште, није довољна да се намири дуг по основу пореза (прописано чланом 22 став 4 ЗПППА);
– као и у другим случајевима прописаним законом (ово право Пореске управе је на снази од 27.3.2009. године).

X Примена института застарелости и на јавне приходе које наплаћује јединица локалне самоуправе

У вези са применом правног института застарелости у пореском поступку, што се у пракси често дешава, неопходно је указати и на одредбе члана 2а ЗПППА, које су у примени од 1.1.2007. године, којим је прописано да се одредбе ЗПППА примењују и на порез и споредна пореска давања које на основу закона наплаћује јединица локалне самоуправе.

Подсећамо да је чланом 5 Закона о финансирању локалне самоуправе (*Сл. ɪласник РС*, бр. 62/06) који је у примени од 1.1.2007. године, прописано да се средства буџета јединица локалне самоуправе обезбеђују и из изворних прихода, а врсте изворних прихода прописане су чланом 6 истог закона.

Изворни приходи буџета јединице локалне самоуправе су приходи чију стопу, односно начин и мерила за утврђивање висине износа, утврђује јединица локалне самоуправе, при чему се законом може ограничити висина пореске стопе, односно утврдити највиши и најнижи износ накнаде, односно таксе, а што је прописано чланом 2 тачка 1) Закона о финансирању локалне самоуправе.

Из напред презентираног произлази да се правни институт застарелости из ЗПППА примењује на напред наведене изворне приходе буџета јединица локалне самоуправе које наплаћују пореске управе тих јединица локалне самоуправе.

***Momo* KIJANOVIĆ**
Tax Consultant, ALTIS Capital d.o.o., Belgrade

APPLICATION OF STATUTE OF LIMITATION IN TAX PROCEDURE

Summary

In legal theory obsolescence is defined as "loss of a right due to its non-performance in the legally prescribed period". Termination of tax liability due to the statute of limitations applies to all types of public revenues, and the secondary tax benefits (monetary penalty, interest on the outstanding and unpaid tax liability, legal expenses and costs of enforced collection and costs of tax infringement proceedings), except for contributions to pension and disability insurance. Application of the Institute of limitation in the tax process is regulated by 114 to 114ž of the ZPPPA. The decision on the tax offense imposing a fine shall be executed only after its validity. Since 27.3.2009 an absolute limitation has been introduced, which is regulated by article 114ž ZPPPA. The tax administration does not heed to the statute of limitations on official duty, but only if the taxpayer in writing asks for the statute of limitations. Outdated tax and secondary tax benefits are regulated by article 115 ZPPPA. Legal Institute of the statute of limitations also applies on budget revenues of local governments to collect the tax administration of local government units.

Key words: *law on tax administration and tax procedure, expiration of tax, absolute outdated, written reference to the statute of limitations, tax violation.*

ПРАВО ПОТРОШАЧА

др *Милена* ЈОВАНОВИЋ-ZATTILA
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ОГЛАШАВАЊЕ И КОНКУРЕНЦИЈА – ЕФЕКТИ ПРИМЕНЕ*

Резиме

У овом раду пажња аутора усмерена је на две форме конкурентског оглашавања – обмањујуће и компаративно. Њихов заједнички именитељ садржан је у великом броју различитих активности којима компаније комуницирају са појединцима, групама или јавношћу, у облику личних или безличних порука, ради усклађивања међусобних интереса и потреба. И док је обмањујуће рекламирање забрањени вид који се санкционише, компаративно оглашавање начелно је допуштено, мада не увек и морално оправдано. Нова конкуренција не заснива се на оном шта компанија производи, већ на оном шта додаје својим производима у облику амбалаже, оглашавања, услуга, саветовања купаца и др. Премда је рекламирање важан елемент у успешном презентовању роба и услуга, постоји велики број недопуштених тржишних активности којима се продавци могу служити. Национална правила усвојена да заштите економске интересе потрошача могу ограничити тржишну уколико се разликују од државе до државе. Ово може утицати на различите технике националних мера заштите права потрошача, укључујући сузбијање обмањујућих описа производа, укидање нелојалне конкуренције и забрану обмањујућег рекламирања.

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу: „*Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*“ (2010).

Поред сумирања резултата обележених Директивом 84/450/ЕС, али и бројних контроверзи које су пратиле њену имплементацију у националну регулативу појединих држава чланица, учињен је покушај да се да одговор на нека спорна питања, међу којима је и стварна надлежност Европске уније и потреба за наднационалном применом права у сфери потрошачких уговора, посебно у домену оглашавања.

Кључне речи: *обмањујуће и компаративно оглашавање, директива, acquis communautaire, конкуренција, потрошачи, етика.*

I Уводне напомене

У модерним условима маркетинга, успешна пословна стратегија укључује много више од нуђења на продају роба или услуга. Уско повезана са производом и услугом је и рекламна кампања која их подржава. Тешко је замислити да би значајан број потрошача био наведен да купи непознати производ или услугу, у одсуству инвестиције у стратегију креирану да привуче пажњу потрошача на квалитете „новајлије“ на тржишту. Традиционални француски производ тешко да би могао да направи пробој на немачком тржишту, где је непознат, уколико није праћен рекламном кампањом и подржан ефикасном мрежом дистрибуције. Маркетинг је главна компонента модерне тржишне економије и незаменљив је у осигурању промена у постојећим тржишним оквирима.

Рекламирање има доста облика, али сви они не заслужују да буду позитивно оцењени. Реклама може бити обмањујућа, може бити увредљива. По некима, рекламирање ремети потрошачево право избора.[1] Национални закони ограничавају рекламирање из много разлога, а технике се разликују од државе до државе. Ово је навело Европски суд на процену допуштености националне контроле рекламирања која представља препреку прекограничној трговини. Радило се о заштити потрошача од техника рекламирања које су биле у складу са стандардима ЕУ, упркос њиховом рестриктивном ефекту на прекограничну трговину.

Ограничена могућност рекламирања утицала је на прекограничног продавца да продре на ново тржиште и на тај начин сузила из-

1 Бројна истраживања на тему односа маркетинга и друштвене одговорности компанија показала су да компаније не желе да клијенти (без обзира да ли је реч о индивидуалним потрошачима или другим компанијама) имају на располагању више могућности приликом одлучивања о куповини. Оглашавање треба да буде тако позиционирано да потенцијалним купцима понуди оно што им треба, где и како им треба, не бирајући средства како би постигло тај свој циљ.

бор потрошача. Случајеви који су се тицали ограничења рекламирања појавили су се као најтежи за решавање, у светлу пресуде Европског суда у случају *Keck und Mithouard*,[2] која је преокренула раније одлуке и поставила оквире примене члана 28 Уговора о оснивању. Уколико ограничење рекламирања утиче на све продавце подједнако, национална мера неће одговорити на захтеве садржане у члану 28. Али, уколико ове мере спречавају продавца изван државе да креира стратегију која ће омогућити реализацију његових економских планова на заједничком тржишту, оне захтевају оправдање у вези са стандардима признатим комунитарним правом.[3] То указује на сиву област између регулисаних аспеката рекламирања и оних који то нису.

Тешко је направити разликовање овог типа у доба модерног маркетинга. Ограничења рекламирања производа могу умањити обим продаје, што може негативно утицати на увозну робу, а држава која усваја прописе биће позвана да их оправда, само уколико се одредбе не примењују једнако према свим продавцима који послују на домаћој територији или не утичу на све производе на исти начин. Ово се може догодити ако се потпуна забрана рекламирања производа примењује једнако на све производе „на папиру". У пракси се показало да забрана теже погађа увозне производе од домаћих, јер ови последњи већ стичу предност из разлога познатости, коју би само рекламна кампања могла да учини за непознату увозну робу.[4]

У раној фази развоја Европске уније регулатива рекламирања била је усмерена на очување националних ауторитета. Вођено процесом

2 *Keck und Mithouard*, cases C-267 & 268/91 (1993) ECR 1-6097. Суд, имајући у виду члан 28 (ex 30) и тумачећи га у циљу елиминације мера које воде подели тржишта, изјаснио се да не постоје стварне или потенцијалне, директне или индиректне баријере прекограничној трговини, уколико национални закони ограничавају или забрањују одређене уговоре о продаји и пружају једнак третман свим продавцима који послују на територији појединe државе, уколико су услови рекламирања подједнаки како за домаће, тако и за произвођаче из других држава чланица. Ово укратко значи, да није довољно позвати се на члан 28 да би се показало да национална правила ограничавају обим продаје. Мора се доказати да она ограничавају увозне производе више него домаће. У складу са овим приступом, забрана или ограничење рекламирања производа у основи може бити обухваћена чланом 28 у случају кад утиче на трговину унутар ЕУ. Још прецизније, правила која регулишу дистрибуцију производа такође могу бити обухваћена поменутим чланом, у случају када онемогућавају приступ тржишту битно другачијим прописима. Такође је могуће да се трговинска баријера нађе у опсегу члана 28, када држава њоме забрањује рекламирање одређеног производа, чак и када сви остали производи трпе исто ограничење.

3 H.-W. Micklitz, R. Norbert, P. Rott, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, стр. 66.

4 Види случај *Konsumentombudsmannen* protiv *Gourmet International Products*, case C-405/98 (2001) ECR I-1795.

интеграције тржишта, комунитарно право требало је да дефинише свој однос према праву рекламирања.

Паралелно са улогом Европског суда у обликовању „негативног права“[5] ЕУ је почела да усваја образац „позитивног права“, регулишући рекламирање на нивоу Уније. Оправдање за ове мере Европске уније на пољу рекламирања била је тежња за стварањем заједничког тржишта. Пажња је била усмерена на чланове 100 и 100а, као основа за интеграцију и дерегулацију тржишта у складу са стандардима ЕУ.

II Оглашавање и етика

Оглашавање представља један од најзаступљенијих облика промотивне активности који има за циљ да пренесе информацију, развије склоност и подстакне на акцију у корист производа и услуга компаније.[6] Погрешно информисање потрошача штети ефикасном пословању у конкурентном тржишном систему и представља позив за интервенцију. Проблем настаје онда када потенијални купац захтева информације како би одабрао производ, док потенцијални продавац покушава да га наведе на куповину истог.

Бројна морално спорна питања појављују се у готово свим видовима маркетинга, али се највише пажње последњих година усмерава на рекламирање потрошачких добара. Посебна пажња усмерена је на четири аспекта оглашавања и њихово подвргавање етичкој контроли. Први аспект односи се на деловање оглашавања као манипулативног система преко свих средстава јавног комуницирања,[7] други се тиче истинитости приликом оглашавања, трећи говори о пропагирању и употреби оних производа који су штетни или опасни по здравље, док се последњи приговор тиче моралног деловања економске пропаганде на тржишту, према потрошачима и купцима подстичући њихове скривене мотиве.[8] Морални конфликти оглашавања готово увек проистичу из двостру-

5 Ради се о приступу који регулише дозвољеност националне контроле рекламирања.

6 J. DesJardins, *An Introduction to Business Ethics*, McGraw-Hill, New York, 2006, стр. 203.

7 Реклама као комерцијална порука обликована је да делује на понашање потрошача. У свом извештају Европски комитет за заштиту околине, јавно здравство и заштиту потрошача дефинисао је рекламу, односно оглашавање као процес наговарања, користећи плаћене медије, у коме су купци роба, идеја и услуга „купљени“. Маркетиншко одређење појма оглашавања говори о науци заробљавања човекове интелигенције на довољно дуго времена да од ње успе да добије новац. Види: B. Isaac, *Brand Protection Matters*, Sweet & Maxwell, London, 2000, стр. 173.

8 Р. Марић, „Етички проблеми оглашавања“, *Acta economica*, бр. 9, Бања Лука, 2008, стр. 37.

ке природе овог процеса: с једне стране оно је неопходна компонента конкурентског тржишног система и пословања, а с друге стране то је комуникација са прикривеним интересом, са коначним исходом продаје производа или услуга.[9] Ове околности водиле су ка томе да обмањујуће рекламирање буде садржај прве хармонизационе директиве у овој области.

III Обмањујуће рекламирање

Директива 84/450[10] хармонизује националне прописе који регулишу обмањујуће рекламирање. Усвојена је пре ступања на снагу Јединственог европског акта (CEA), а основ јој је члан 100 Уговора о оснивању. Разлике између националних закона у овој области директно утичу на креирање заједничког тржишта, па је и слободан проток роба и услуга ограничен законодавном дисхармонијом. Познати двоструки циљ мера Европске уније који утиче на заштиту права потрошача предочен је у одредбама Директиве.

Обмањивање зависи од околности случаја,[11] те може бити различито интерпретирано од стране Европског суда. Обмањујућом рекламом се сматра било који оглас код кога постоји вероватноћа погрешне интерпретације, код кога су изостављене битне ставке или се примењује нека друга пракса за коју постоји вероватноћа да доводи у заблуду потрошача или може да доведе до последица које не иду у прилог потрошачу.[12] Ово је илустровано пресудом у случају *Procureur de la Republique* против *X*.[13] Случај је доспео пред Европски суд, где се решавало о тужби за обмањујуће рекламирање против продавца који је увозио Ниссан возила из Белгије ради препродаје у Француској. Возила су рекламирана као нови аутомобили доступни по нижој цени у односу на *Nissan* возила продавана код ексклузивног француског дистрибуте-

9 J. DesJardins, *нав. дело*, стр. 204.

10 Directive 84/450/EEC of September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of Member States concerning misleading advertising, *OJ 1984 L250/17*.

11 Оглас може бити обмањив на више начина: може садржати лажни исказ или чињеницу, што може да се докаже или побије; могу бити изостављене битне чињенице; може бити укључено или имплицирано обећање да ће нешто да се уради, али да не постоји стварна намера испуњења; може бити створен погрешан утисак, иако све што је наведено може бити тачно, итд. Видети: Office of Fair Trading, *Misleading advertisements*, *www.oft.gov.uk*.

12 C. Bovee, J. Thill, G. Dovel, W. Burk, *Advertising excellence*, 1995, USA, McGraw-Hill Inc., стр. 70.

13 *Procureur de la Republique v. X*, case C-373/90 (1992) ECR I-131.

ра. У понуди она су била регистрована само за потребе увоза. Никада нису била вожена и била су јефтинија од француских модела, из разлога што су поседовала мање додатне опреме. Да ли је продајна тактика осигурала пожељно проширење избора потрошача или је креирала неприхватљив ризик да потрошач буде наведен да купи модел различит од оног који жели да има? Ексклузивни француски дистрибутер поднео је тужбу француском суду у вези стратегије увозника. Било је неопходно утврдити да ли се ради о случају рекламирања предвиђеним Директивом. Европски суд је изнео став да „аутомобил губи карактер новог у тренутку када је први пут вожен на јавном путу, а не онда када је регистрован".

На основу оваквог образложења увезене аутомобиле требало би сматрати новим, а национални суд може утврдити да је рекламирање обмањујуће када тежи да сакрије чињеницу да су аутомобили, који су рекламирани као нови, били регистровани пре увоза и када би сазнање о тој чињеници одвратило од куповине значајан број потрошача. У закључку се наводи да рекламирање аутомобила као јефтинијих, такође, може бити обмањујуће, уколико значајан број потрошача није упознат са чињеницом да је нижа цена постигнута умањеном додатном опремом. Суштина пресуде је да маркетинг аутомобила не може бити ограничен од стране француских власти, на основу тога што је у супротности са контролом која је Директивом препоручена државама чланицама, као и да се овде не ради о обмањујућем рекламирању.

Заблуда појединог потрошача, у смислу одредаба Директиве, није довољна да би се рекламна пракса третирала као обмањујућа. Претпоставка је да постоји значајан број довољно информисаних купаца који могу да направе избор између различитих типова аутомобила. Ово може бити узето као даља илустрација информисаног купца. Потрошач коме је пружена обећана информација не може се сматрати обманутим.

IV Компаративно рекламирање

Оглас се сматра компаративним уколико експлицитно или имплицитно идентификује конкурента или производ, односно услугу коју нуди конкурент.[14] Поменута Директива 84/450 о обмањујућем рекламирању, нешто касније измењена је Директивом 97/55 којом се регулише компаративно рекламирање. У својој преамбули она подржава компаративно рекламирање, што треба да стимулише конкуренцију између добављача роба и услуга у корист потрошача, стварајући објективну

14 Види: Office of Fair Trading, *op. cit.*, *www.oft.gov.uk*; С. Старчевић, *Могућности и ефекти примене компаративног оглашавања*, DOI:10.2298/EKA07710905, стр. 91.

основу за одабир доступних производа.[15] Либерализација компаративног рекламирања везује се искључиво за важност пружања квалитетне информације потрошачу. То је најпре препознато у Резолуцији о прелиминарном програму потрошачке политике, изражену кроз уплив првог „меког" права ЕУ на пољу заштите потрошача 1975. године.

Стална тема европске политике која регулише заштиту потрошача је пружање информације. Међутим и информација може бити обмањујућа. Тврдња да ће компаративно рекламирање побољшати објективну процену потрошача није нарочито основана, имајући у виду да је субјект информације трговац који не треба да се понаша као незаинтересовани посматрач на тржишту.[16] Ипак, важно је нагласити да компаративно рекламирање трпи одређена ограничења.

Имајући у виду овај фундаментални услов, компаративно рекламирање је дозвољено уколико омогућава да се роба и услуге, које се користе у исту сврху, могу упоредити.[17] На тај начин објективно се упоређују један или више релевантних материјала и репрезентативних карактеристика те врсте роба и услуга.[18] Ово упоређивање може укључивати и цену. Тиме би се онемогућило стварање конфузије на тржишту између оглашивача и конкуренције или између рекламираних жигова заштичених имена или других означавајућих обележја, роба, услуга, односно активности међусобних конкурената.

Што се тиче производа, код њих је битно утврдити елемент који истиче њихову различитост, с тим да се оваквим оглашавањем не стек-

15 Директива 97/55/ЕС представља комбинацију B2B (*business to business*) и B2C (*business to consumer*) принципа.

16 Распрострањено коришћење овог облика оглашавања инспирисано је веровањем да се на тај начин охрабрује перцепција релативне супериорности у односу на конкуренцију, што чини подлогу при изградњи повољног имица марке. С. Старчевић, *op. cit*., стр. 91.

17 Компаративна реклама може се појавити у две подваријанте, као критикујућа и наслањајућа. Критикујућа се огледа у упоређивању, које чине сами трговци, између сопственог и конкурентског привредног друштва или између сопствених роба/услуга и конкурентских на штету ових других. У упоредном праву овај облик рекламирања сматра се недопуштеним, без обзира на тачност наведених података у рекламној поруци и без обзира на то да ли сама та порука наводи и на одговарајући закључак или се он препушта потрошачима. С друге стране, наслањајућа (паразитска) реклама упоређује сопствену компанију или робу са конкурентском, у циљу убеђивања да је сопствена компанија или роба једнако добра као и реномирана конкурентска, како би потрошачи извели закључак да се ради о изузетно повољној понуди.

18 Могуће је вршити директно или индиректно поређење између производа или компанија, показујући сопствени производ/компанију у много бољем светлу. Поређење може бити учињено и много суптилније, тако да се односи на „остале водеће марке", с тим да се циљној групи остави да процени о којим водећим маркама је реч.

не непоштена предност која се тиче репутације заштитног знака, имена или осталих карактеристичних обележја робе конкурентских производа (то се не односи на производе или услуге који су имитација, односно реплика роба или услуга које су заштичене правом заштиченог знака или имена). У вези са наведеним, поставља се питање који стандард треба применити приликом одређивања да ли су предуслови испуњени или не? Колико конфузије на тржишту је потребно пре него што је могуће затражити заштиту од коришћених метода компаративног рекламирања? У случају *Piping Augenoptik* против *Hartlauer*,[19] Хартлауер је рекламирао своје наочаре на основу њихове предности у релативно нижој цени у односу на ону у *Piping Augenoptik-y*. Пипинг је захтевао да се компаративно рекламирање прогласи обмањујућим. Суд је, најпре, разматрао претходни ефекат Директиве. Затим је настојао да пружи интерпретативни савет на основу околности у којима се компаративно рекламирање, према Директиви, може сматрати недозвољеним. У ту сврху му је послужио практични тест о томе да ли би претпостављена очекивања просечног купца тиме била изневерена. При усвајању ове формуле експлицитно се указало на везу која је произлазила из члана 28 Уговора, где референца просечног потрошача игра централну улогу у пресуђивању о томе да ли су национална ограничења трговине допуштена. Члан 3(2) Директиве уређује одвојени режим регулисања посебних понуда. У њима, на јасан и недвосмислен начин, мора бити истакнут датум до ког понуда важи, а уколико је могуће треба истаћи које се услуге у оквиру ње пружају. Уколико посебна понуда још увек није дата, у обзир се узима период током кога ће важити посебна цена или други посебни услови понуде.

Мало је вероватно, да ће тип рекламирања у питању нашкодити паралелном увознику. Суд је потврдио овај став, упућујући на привилеговану позицију паралелних увозника у праву ЕУ, из разлога „што они охрабрују трговину и помажу јачање конкуренције".[20] Тако, заблуда појединог потрошача није довољна да би се рекламна пракса третирала као обмањујућа у смислу одредаба Директиве. Претпоставка је да постоји значајан проценат потрошача који је довољно информисан да направи избор између различитих типова истоврсне робе.

V Природа хармонизационог режима

Директива 84/450 примењује правило минимума хармонизације на обмањујуће рекламирање. За разлику од ње, Директивом 97/55

19 *Piping Augenoptik* v. *Hartlauer*, case C-44/01(2003) ECR I-3095.

20 S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2005, Elgar European Law, Cheltenham,UK& Northampton, MA, USA, стр. 179.

другачије се објашњава феномен компаративног рекламирања, према коме државе чланице не могу применити строжа правила. Другим речима, компаративно рекламирање може се примењивати на читавој територији тржишта ЕУ, а државе чланице не могу инсистирати на ригорознијој регулативи од оне предвиђене Директивом. Овим се појачава допринос Директиве стварању заједничког тржишта. Једини изузеци наведени у Директиви тичу се могућности да државе чланице могу забранити компаративно рекламирање које се тиче роба или услуга у вези са комерцијалном, индустријском, занатском или професионалном активношћу.[21]

Ограничење минималног приступа, у регулисању компаративног рекламирања у праву ЕУ, посебно је наглашено у пресуди суда у случају *Piping Augenoptik* против *Hartlauer*-а. Хартлауер је рекламирао своје наочаре узимајући за основу рекламе то да су јефтиније од Пипингових. Пипинг је поднео тужбу како би спречио компаративно рекламирање сматрајући га обмањујућим. Прелиминарно питање за Суд било је да ли строже националне одредбе о заштити од компаративног рекламирања могу бити примењене да би се спречило рекламирање овог типа, како је наглашено у Директиви, или оно не би требало да буде проглашено обмањујућим? Европски суд је започео своју анализу посматрајући садржај Директива 84/450 и 97/55, у смислу њихових одредаба, и питања да ли се установљавање критеријума за компаративно рекламирање може сматрати законитим у контексту јединственог тржишта. Директива 84/450 у чл. 7(1) допушта државама чланицама да усвоје строжа национална правила у овој области како би се обезбедила боља заштита потрошача. Циљ Директиве 97/55 је да успостави основне критеријуме према којима би компаративно рекламирање било дозвољено широм ЕУ, те би законитост овог вида рекламирања требало процењивати једино у светлу критеријума постављених легислативом Европске уније.

VI Ефекти примене Директиве 84/450

Практични ефекат Директиве, у оквиру националних правних система, природно је зависан од матрице њене примене. Директива једноставно не препушта националним властима да изаберу како да спроведу меру која је усмерена против обмањујућег рекламирања. Она само упућује на специфичан институционални оквир који мора бити усвојен. Релевантне одредбе Директиве измењене су Директивом 97/55 како би се изашло на крај са последицама либерализације режима компаративног рекламирања, обзиром да су претходне одредбе регулиса-

21 Чл. 7 ст. 4 Директиве.

ле само ограничавање обмањујућег рекламирања. Члан 4(1) обавезује државе чланице „да осигурају постојање адекватних и ефикасних средстава којима би се борило против обмањујућег рекламирања, а све то у интересу потрошача, конкуренције и јавности уопште". То могу учинити на начин што ће овластити лица или организације које, у складу са националним законом, имају легитимни интерес да предузму активности у циљу забране обмањујућег и регулисања компаративног рекламирања (најпре, подизањем тужбе у случају таквог рекламирања, а у другом случају упућивањем на надлежни административни орган). Суд и административни орган биће овлашћени да предузму посебне мере, укључујући и доношење обавезујућих одлука ради престанка даље активности, у случају увредљивог рекламирања. Уколико се случај решава посредством административних органа, одлуке морају бити образложене и могу бити предмет судске ревизије у случају њихове незаконитости.

Када дође до повреде правила предвиђених Директивом и када је колективни интерес потрошача угрожен, правила Директиве 98/27,[22] која регулише мере забране наметнуте од стране националних судова, долазе до изражаја. Уколико забрана потиче од неке државе чланице, било који квалификовани ентитет из друге државе чланице, коме су заштићени интереси угрожени таквом забраном, овлашћен је да предмет изнесе пред суд или административни орган. У ту сврху, од држава чланица се захтева да обавесте Комисију о називу, односно имену и сврси ентитета квалификованог њиховим националним правом. То се чини из разлога што трговци могу доћи у искушење да искористе слабости законске примене на тржишту без граница, постављајући седиште своје пословне активности у једној држави, а усмеравајући своју незакониту праксу према потрошачима држављанима друге државе чланице.

VII Рекламирање дуванских производа

Европска унија има своју улогу у постављању стандарда који морају бити испуњени од стране компанија укључених у делатност рекламирања дуванских производа. Стандарди имају значај и за потрошаче и за комерцијалне операторе. Интервенција у овом сектору политички је врло осетљива. У последње три деценије, рекламирање дуванских производа постало је предмет појачане и интезивиране контроле у већини држава чланица, што је одговор на појачану свест о здравственим ризицима у вези са конзумирањем дувана.[23] Диверзитет регулаторних

22 *OJ 1998 L166/51.*

23 F. Duina, P. Kurzer, „Smoke in your eyes: the struggle over tobacco control in the European Union", *Journal of European Public Policy*, бр. 11/2004, стр. 57.

оквира држава чланица оправдава законодавну интервенцију ЕУ у овој области.[24] Ова интервенција утицала је једнако и на рекламну поруку истакнуту на паковању дуванских производа, као и рекламирање које је физички одвојено од самих производа. Пажња је усмерена на фундаментални принцип садржан у члану 5 Уговора, који гласи да „Европска унија има право да делује само у оквиру поверених компетенција".

Први корак ЕУ на овом пољу била је Директива 89/622,[25] која се тицала означавања дуванских производа, а правни основ налазила је у члану 100а Уговора о оснивању. Директива је усвојена новембра 1989. године квалификованом већином гласова.[26] Мера је омогућавала да производи носе генерално упозорење типа „дуван озбиљно нарушава ваше здравље". Даље, од произвођача се захтевало да направе листу додатних упозорења која ће бити штампана на паклицама цигарета. Директива је обавезивала да упозорења покривају најмање четири процента релевантне површине паковања. Директива 89/622 измењена је Директивом 92/41,[27] што је омогућило да се додатна упозорења истакну на све дуванске производе, а не само на цигарете. Накнадне измене извршене су Директивом 2001/37[28] која је хармонизовала законе у области производње, рекламирања и продаје дуванских производа. Заштита здравља такође је апострофирана као један од циљева. У овој анализи, правила Европске уније о рекламирању, која обухватају упозорења и означавања нивоа катрана, имају приоритетан значај.[29]

Законодавне и судске активности обликују улогу европског законодавства у креирању репер-маркера до којих се може ићи у рекламирању и обележавању паковања дуванских производа. У Комисији је дуго преовладавало мишљење да опсег активности ЕУ у овој области треба проширити. Амбициознији предлог Директиве изнет је 1991. године. Он је садржао апсолутну забрану рекламирања на територији ЕУ, осим у про-

24 Основ за интервенцију налази се у члану 100а, пошто је ступањем на снагу споразума из Амстердама члан 100а заменио члан 95.

25 *OJ 1989 L359/1*.

26 Велика Британија, која је у прошлости преферирала волунтаристички приступ у овом сектору, гласала је против ове мере.

27 *OJ 1992 L158*.

28 *OJ 2001 L194/26*.

29 Проценат катрана, никотина и угљен моноксида који се стварају уживањем цигарета, биће назначени на боку паклице на званичном језику или језицима држава чланица где се цигарете рекламирају, на начин да најмање десет процената површине паковања буде обухваћено. Паковања дуванских производа морају на себи имати специфично генерално упозорење одштампано на највидљивијем делу, као и додатно упозорење које је садржано на листи у Анексу 1 Директиве, које ће такође бити одштампано на другим видљивим површинама паковања.

давницама које продају дуванске производе. Иако је Комисија желела да овом мером унапреди заштиту јавног здравља, она је била у супротности са Уговором из Мастрихта. Предлог из 1991. године, као и предлози пре њега, тицали су се упозорења на паковању. Комисија је инсистирала на доприносу Директиве у елиминацији негативног ефекта који стварају различити национални закони у тој области и достизању високог нивоа заштите здравља.[30]

Питање да ли је Европска унија компетентна да ограничавајуће утиче на рекламирање попримило је велики практичан значај. Немачка, која била надгласана у Савету, изнела је ово питање пред Европски суд који је убрзо Директиву и укинуо.[31] Као разлог, између осталог, наведено је да Директива представља ограничавајући фактор за слободну трговину, а тиме и за конкуренцију.[32]

VIII Телевизијско емитовање као вид оглашавања

Закони држава чланица нису међусобно усаглашени, због чега представљају препреку слободној трговини. У том смислу Директива 89/552[33] има за циљ да хармонизује националне прописе који се тичу регулисања телевизијског емитовања. Основна сврха јој је уклањање препрека слободном пружању услуга телевизијског емитовања на територији ЕУ. Названа је Директивом о „телевизији без граница" и поставља минимум правила којима би се гарантовала слобода емитовања.[34]

30 Такође се упутило и на релевантно „меко" право – Резолуцију Савета о програму ЕУ за борбу против рака. Одобрење Парламента уследило је фебруара 1992. године, иако је Парламент сугерисао усвајање строжих мера контроле. Комисија је затим изменила предлог да би се прилагодила неким од ових амандмана и изнела нови предлог у априлу 1992. године. Ипак, показало се немогућим да се обезбеди адекватна већина у Савету, како би се осигурало усвајање предлога забране рекламирања дувана ширих размера. Сумње да је ова мера превасходно изречена услед бриге за јавно здравље, а не као мера за креирање заједничког тржишта, остале су на нивоу спекулација без практичног значаја, услед недостатка адекватне политичке подршке. Види: S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 185.

31 Као разлог наведен је и тај што Директива није била ваљано заснована на члановима 100а, 57/2 и 66 (сада 95, 47/2 и 55). У случају рекламирања дуванских производа Суд није био убеђен да хармонизујућа правила, која регулишу рекламирање дуванских производа, на тендама које се користе у баштама кафића и билбордима, пружају значајан допринос функционисању заједничког тржишта.

32 Лекција коју је ЕУ научила из рекламирања дуванских производа била је да мора постојати стратегија о регулативи која се тиче рекламирања, тим пре ако се има у виду одсуство генералне законодавне надлежности.

33 *ОЈ 1989 L298/23.*

34 Директива 89/552 замењена је Директивом 97/36, између осталог, из разлога да би се прецизирала поједина питања која су се тицала надлежности.

Из перспективе потрошача, најважније одредбе Директиве су оне усмерене на контролу рекламирања дувана, медицинских производа и алкохолних пића. У складу са чланом 17(2) Директиве, телевизијски програми не смеју бити спонзорисани од стране компанија чија је приоритетна активност производња цигарета или других дуванских производа, што је у сагласности и са Директивом 2003/33.[35]

Члан 14(1) забрањује „телевизијско рекламирање медицинских производа и третмана, доступних само на основу рецепта на територији државе чланице, у оквиру чије надлежности се емитовање врши". Он је допуњен чланом 14(2), који утврђује да ће продаја путем телешопа за медицинске производе, који су предмет ауторизације од стране ЕУ, бити забрањена. Спонзорство телевизијских програма, од стране компанија које производе или продају медицинске производе, допуштено је у смислу могућности промовисања своје компаније, али без права да рекламирају специфичне медицинске производе или медицинске третмане доступне само на основу рецепта у држави чланици, у оквиру чије јурисдикције се емитује програм. Када је у питању рекламирање алкохолних производа Директива усваја другачији принцип.[36] Не препоручује се строга забрана, али постоји контрола на основу листе са одговарајућим критеријума које реклама мора да испуни.

Једно од поглавља Директиве регулише питање емитовања уопште. Овим одредбама изражава се јасна брига законодавства ЕУ за посебно „рањиве" групе потрошача. Члан 16 усмерен је на заштиту малолетника од рекламирања. Европски концепт подразумева и промовише активног, свесног потрошача. С тим у вези, члан 22 забрањује емитовање које у себи садржи „било какво поспешивање мржње на основу расе, пола, религије или националности". Али могућност да се укине емитовање допуштена је само уколико дође до тешког и намерног кршења одредби, односно да је у периоду од протеклих 12 месеци два пута дошло до повреде, као и да је држава поводом тога одржала састанак са емитером, Комисијом и државом из које емитовање потиче. Уобичајено је да домаћа држава преузима на себе одговорност да примени правила према „свом" емитеру. Овај модел претпоставља да домаћа држава може, а често и мора, да предузме мере у случају повреде договорених страндарда заштите. Елиминација вишеструке регулативе, у корист контроле од стране домаће државе, централна је стратегија за достизање циља формирања заједничког тржишта, у сектору у коме је кроз развој технологије могућ брз прекогранични развој.

Креирање прецизног оквира Директиве остаје приоритет. Европски суд је направио разлику између тужбе према емитеру, која се

35 *OJ 2003 L152/16.*

36 Члан 15 Директиве.

подноси према одредбама Директиве, и тужбе према оглашивачу.[37] По одлуци Суда, Директива не спречава државе чланице да се ослоне на национално законодавство које регулише обмањујуће рекламирање, као и да изричу финансијске казне оглашивачу. Једино ограничење садржано је у захтеву да предузете мере не спречавају реемитовање телевизијског сигнала, укључујући и рекламирање које потиче из друге државе чланице. Ова интерпретација је гарант да ће се очувати контрола од стране домаће државе. Остали аспекти слободе домаће државе да регулише ово питање, приказани су у у случају *Bacardi* против *TF1*.[38] Случај се тицао Лои Евина и његовог захтева упућеног француским властима да телевизијски пренос спортских догађаја у Француској, од стране француских оператера за друге државе чланице, не садржи рекламирање алкохолних производа. То је изазвало потешкоће, обзиром да је за време одржавања спортских манифестација било допуштено да се на дресовима играча истакну рекламе за алкохолна пића. Француско право ограничавало је на тај начин слободан промет услуга, у смислу члана 49 Уговора. Од Европског суда се захтевало да примени Директиву 89/552 на случај Лои Евина, што он није учинио из разлога што се радило о индиректном рекламирању које није било обухваћено дефиницијом телевизијског рекламирања садржаном у Директиви. Стога се поставило питање да ли ограничења усмерена према рекламирању могу бити оправдана? Суд је стао на становиште да ове мере могу бити оправдане само уколико доприносе заштити јавног здравља.

IX Рекламирање и фундаментална права

Било која форма регулисања тржишта је подложна изазову мешања са правима комерцијалних оператера.[39] Регулатива која одређује рекламирање изузетно је погодно поље за такву појаву. Пресуда у случају рекламирања дуванских производа, о којој је било речи, одредила је опсег компетенције ЕУ у домену хармонизације закона. Ова компетенција је ограничена и може бити оспоравана из разлога кршења општих принципа комунитарног права. С тим у вези намеће се питање да ли законска забрана рекламирања може бити нападнута са становишта забране слободе изражавања? Израз „слободни комерцијални говор“ који продавци користе као своје уставно право да оспоре законску забрану, остаје предмет расправа у Европи, мада се као аргумент дуже

37 То је учињено у случају *Konsummentombudsmannen* v. *De Agostini Forlag,* cases C-34/95, c-35/95 & C-36/95 (1997) ECR I-3843.

38 *Bacardi* v. *TF1*, case C-429/02, пресуда од 13. јула 2004.

39 S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 195.

користи у Северној Америци. Тако је у случају *ERT* против *Dimotiki*[40] Европски суд интерпретирао опсег слободе пружања услуга у светлу генералног принципа слободе изражавања, регулисаног чланом 10 Европске конвенције о људским правима.

Слична матрица може се запазити и у области која регулише слободан проток робе. У случају *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und vertriebs GmbH* против *Heinrich Bauer Verlag,*[41] покушај да се оправдају национална ограничења трговине новинских издања остао је безуспешан, у светлу њиховог утицаја на фундаментално право слободе изражавања које уживају издавачи. Европски суд је препустио релевантном националном суду да утврди да ли је циљ одржања слободе штампе у Аустрији био довољан да превагне над штетним утицајем који је имао за продавца. Општи принципи комунитарног права примењују се ако подједнако делују и према националним властима и према институцијама Европске уније. То је предвиђено у члану 10 Директиве, на начин да су национална тела овлашћена да, до одређеног степена, спроводе контролу у складу са схватањем о њеном вршењу у демократским друштвима. Иако је право слободе изражавања пренесено из Конвенције у право ЕУ, оно је још увек ограниченог обима и дејства. Ово је видљиво у поменутој пресуди *Familiapress* која се тиче националних ограничења, имајући у виду свест да ограничење комерцијалних слобода захтева оправдање са аспекта правила ЕУ која контролишу технике рекламирања. Европско законодавство суочено је са чињеницом да ограничење слободе изражавања захтева оправдање такве регулаторне интервенције.[42]

Споразум из Мастрихта, који је ступио на снагу 1993. године, донео је са собом експлицитније признање заштите основних права из Уговора. Одредба која је, након амандмана, носила назив члан 6 Уговора, истиче да је ЕУ створена на основу усаглашених принципа, укључујући и принцип заштите људских права и основних слобода. Такође се наглашава да ће Унија поштовати фундаментална права гарантована Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода, која је потписана у Риму 1950. године, те да су она резултат уставне традиције, познате у државама чланицама као генерални принципи комунитарног права.

Регулисање рекламирања у ЕУ приметно се одвија у сенци два правна документа – Уговора о оснивању и Европске конвенције, допу-

40 *ERT* v. *Dimotiki*, case C-260/89 (1991) ECR I-2925.

41 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags und vertriebs GmbH* v. *Heinrich Bauer Verlag,* case C-368/95 (1997) ECR I-3689.

42 Види: W. Skouris (ed.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, Baden-Baden: Nomos, 1994, стр. 34; H.-W. Micklitz, J. Kessler, *Marketing Practices Regulation and Consumer Protection in the EC Member States and the US*, Baden-Baden, Nomos, 2002, стр. 67.

њене Повељом о фундаменталним правима. Законодавни напори овог типа, не могу навести на закључак да ограничења рекламирања предвиђена директивама не утичу на право слободе изражавања.[43] У случају оглашавања дуванских производа Немачка је довела у питање смисао директиве, сматрајући да она угрожава принцип слободе изражавања. То је умало узроковало потпуну забрану рекламирања дуванских производа на територији ЕУ.[44]

X Уместо закључка

Нова конкуренција не заснива се на оном што компанија производи, већ на оном што додаје својим производима у облику амбалаже, оглашавања, услуга, саветовања купаца и др. Трансформација националних тржишта релативно мале величине у велико јединствено тржиште Европске уније стимулисаће конкуренцију и подстаћи произвођаче да достигну максималну ефикасност у области заштите права потрошача, као и да повећају свој удео на тржишту. Посматрано кроз призму економске теорије, интензивирање конкуренције иде на руку потрошачима, јер повећава избор доступних роба и услуга утичући на тај начин на побољшање њиховог квалитета и смањење цена.

Рекламирање је важан елемент у успешном презентовању роба и услуга. Али постоји широки опсег недопуштених комерцијалних активности којима се продавци могу служити. Национална правила усвојена да заштите економске интересе потрошача могу ограничити трговину уколико се разликују од државе до државе. Ово може утицати на различите технике националних мера заштите права потрошача, укључујући сузбијање обмањујућих описа производа, укидање нелојалне конкуренције и забрану обмањујућег рекламирања.

Различита правила уговорног права обавезујућег карактера, као што је случај код потрошачког права, могу довести до нарушавање услова конкуренције. Овај „негативни приступ“ су користиле институције ЕУ да би оправдале своје ангажовање у потрошачком уговорном праву. Позитивнији елемент је додат указивањем на циљеве потрошачке политике, како је то чланом 153 предвиђено – да се промовише информисаност потрошача и да се штите њихови економски интереси, нпр.

43 Види: A. M. Collins, *Commercial Speech and the Free Movement of Goods and Services at Community Law*, u *Human Rights and Constitutional Law*, Dublin, Butterworths, 1992, стр. 52; Cf. A. Hutchinson, „Money Talk: Against Constitutionalizing (Commercial) Speech“, *Canadian Bussunes Law Journal*, бр. 17/1990, стр. 2; R. Shiner, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford University Press, 2003.

44 H.-W. Micklitz, J. Kessler, *нав. дело*, стр. 68; S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 198.

стварањем минимума стандарда о предуговорној информисаности у директној и продаји на даљину, повећавањем слободе избора кроз право на повлачење, успостављањем правила о транспарентности и правичности унапред формулисаних услова и гаранција, као и осигуравањем стандарда квалитета кроз обавезујућа правила о надокнади и гаранцијама.

Овај приступ је доведен у питање када је Европски суд, у својој чувеној пресуди о оглашавању дувана од 5. октобра 2000. године, одлучио да ограничи прилично „сужену" моћ унутрашњег тржишта у законодавном домену заштите потрошача. Ова пресуда је проузроковала снажну расправу међу европским правним теоретичарима о томе да ли постоји стварна надлежност Европске уније у потрошачком уговорном праву, као и потреба за наднационалном применом права.

***Milena* JOVANOVIĆ-ZATTILA, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Niš

ADVERTISING AND COMPETITION – APPLICATION AND EFFECTS

Summary

In this paper, the author has focused on two forms of competitive advertising: misleading advertising and comparative advertising. Their common feature is a number of diverse activities that companies employ to communicate with individuals, groups or general public in the form of personal or general messages aimed at synchronizing their mutual needs and interests. However, while misleading advertising is an illegal activity and thus subject to relevant sanctions, comparative advertising is in principle a permissible activity which may not always be morally justifiable. The competition in the contemporary world does not necessarily depend on the kind of product a company manufactures but rather on what the company brings to the product in terms of packing, advertising, services, customer counseling, etc. Although advertising is an important element in the successful presentation of goods and services, there is a huge number of illicit commercial activities which traders may turn to. The national rules adopted to protect the consumers' economic interests may restrict trade among countries if these rules significantly differ from one state to another. This may have further negative impact on applying different techniques of implementing national measures for the protection of consumer rights, includ-

ing the prevention of misleading product descriptions, banning unfair competition and prohibiting misleading advertising.

After summarizing the effects of the Directive 84/450/EC and numerous controversies that accompanied its implementation in the national legislation of some Member States, the author has endeavoured to provide answers to some of the disputable questions in this area, among which is the issue of the subject matter jurisdiction of the European Union and the actual need for the application of supranational law in the field of consumer contracts and particularly in the field of advertising.

Key words: *misleading advertising and comparative advertising, Directive, acquis communautaire, competition, consumers, ethics.*

др *Слободан* НЕНАДОВИЋ
Висока школа струковних студија, Ваљево

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ПРАВУ САД

Резиме

Сједињене Америчке Државе (САД) имају, ван сваке сумње, један од најконзистентнијих система заштите потрошача у свету. У тој држави сви закони, агенцијска правила и судске одлуке које за предмет имају заштиту потрошача чине право потрошача. Традиционално, у свим споровима у које су укључени потрошачи била су примењивана општа правила која произлазе из начела слободе уговарања и обавеза из тако насталих уговора. Временом се међутим овакав став из основа променио. Данас мноштво федералних и закона држава чланица посебно штити потрошаче од непоштене трговачке праксе, небезбедних производа, дискриминационих или неразумних кредитних захтева и других проблема повезаних са потрошачким трансакцијама. Скоро свака агенција и уред у федералној влади имају посебно одељење за потрошачке послове, а многе државе такође један или више уреда чији је посао заштита потрошача. У овом раду испитаћемо неке од основних закона и правила у вези заштите потрошача у САД.

Кључне речи: *заштита потрошача, право потрошача, непоштена трговачка пракса.*

I Увод

Заштита потрошача развија се у Европској унији (ЕУ) већ последњих тридесетак година и једна је од њених службених политика. Ин-

тереси потрошача морају бити заштићени у сваком сегменту тржишта, у сваком привредном сектору у којем потрошачи партиципирају. Без обзира на то ко купује намирнице, узима зајам или се лечи, његови интереси и права морају бити заштићени на одговарајући начин. Отуда је заштита потрошача тзв. хоризонтална политика, што значи да се о њој води рачуна код формулисања и спровођења свих осталих службених политика ЕУ. У исто време то је област подељене надлежности између ЕУ и држава чланица. Али да би се свим држављанима земаља чланица ЕУ обезбедила приближно једнака права правилима ЕУ се предвиђа минимум правне заштите док се свакој држави чланици допушта да ниво заштите подигне на виши ниво. Из тог разлога се правила ЕУ о заштити потрошача не ретко називају и *правилима минималне хармонизације*.

Уједначавање права држава чланица ЕУ проводи се углавном путем директива, а у мањој мери уредбама и резолуцијама. Правним актима ЕУ уређују се углавном следеће области: заштита здравља и сигурности потрошача;[1] заштита економских интереса потрошача;[2] правна заштита потрошача.[3]

У настојању да хармонизује своје позитивне законске прописе са истоврснима у ЕУ, што је и обавеза која произлази из закљученог Спора-

1 Директива 2001/95/ЕЕЗ о општој сигурности производа (*Directive 2001/95/EC of European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety, OJ 2002 L 11*); Директива 85/374/ЕЕЗ о одговорности за неисправан производ (*Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products – 85/374/EEC – OJ 1985 L 210*).

2 Директива 98/6/ЕЗ о заштити потрошача у погледу истицања цена производа (*Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1988 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers – OJ 1988 L 80*); Директива 2005/29/ЕЗ о непоштеним пословним праксама (*Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business to consumer commercial practices in the internal market*); Директива 85/577/ЕЕЗ о заштити потрошача у погледу уговора склопљених изван пословних просторија (*Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated from business premises – OJ 1985 L 372*); Директива 90/314/ЕЕЗ о туристичким пакет аранжманима (*Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours – OJ 1990 L 158*); Директива 97/7/ЕЗ о заштити потрошача у погледу уговора склопљених на даљину (*Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts – OJ 1997 L 144*).

3 Уредба 2006/2004 о сарадњи у заштити потрошача (*Regulation EC 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for enforcement of consumer protection laws – OJ 2004 L 364)*; Директива 98/27/ЕЗ о судским и управним забранама за заштиту интереса потрошача (*Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers interests – OJ 1998 L 166*).

зума о стабилизацији и придруживању, у Републици Србији се најављује усвајање новог Закон о заштити потрошача[4] што ће несумњиво бити важан корак у процесу уређења основних права потрошача, начину њиховог остваривања и заштите. И мада је област заштите потрошача код нас сегментарно уређена и неким другим, посебним прописима, процес изградње целовитог правног, институционалног и на високим светским стандардима базираног система заштите потрошача остаје отворено питање. Отуда коришћење искустава оних држава које су у области заштите потрошача достигле највише светске стандарде, што је ван сваке сумње случај са САД, има за нашу државу и њен правни систем непроцењив значај.

II Кратак историјски осврт на систем заштите потрошача у САД

Заштита права потрошача у САД има веома дугу традицију. Још у колонијално доба, 1648. године, у садашњој савезној држави Масачусетс (*Massachusetts*) донет је акт под називом Права и слободе Масачусетса[5] који је, између осталог, регулисао цене хлеба и бутера, утврђивао сет стандарда за запремину и дужину али и установљавао посебан инспекцијски надзор за сва трговачка предузећа у смислу поштовања правила утврђених наведеним актом. У пољопривредним заједницама и руралним срединама тог времена купци су ефективно били заштићени од преварних поступања и непоштене трговачке праксе продаваца најчешће тако што је целокупно становништво бојкотовало производе таквих трговаца. Изузетно брз раст популације и с њим повезано стварање првих великих урбаних центара, индустријализација и рађање посебне класе радништва учинили су међутим неприменљивим и неефикасним обичајне и традиционалне санкције. То је током првих декада 19. века условило да бројне савезне државе и локалне власти усвоје прописе који су садржали одређене рестрикције у поступању трговаца према потрошачима. Усвојени закони контролисали су производњу и продају широке лепезе производа, почев од чоколаде, рибе, уља, обуће, дрва као и продају производа по лиценци. Такође су уређивали правила продаје робе на тржишту, продају са недозвољеним уговорним одредбама, монополе, преваре, зеленаштво, стандарде тежине и других мерних јединица.[6]

4 Усвајање новог Закона о заштити потрошача, чији је нацрт усаглашен са 16 важних директива ЕУ у овој области, очекује се до краја јуна месеца 2010. године.

5 *Laws and Liberties of Massachusetts*.

6 Robert D. Holsworht, *Public Interest Liberalism and the Crisis of Affluence: Reflections on Nader, Environmentalism, and the Politics of a Sustainable Society*, Boston G. K. Hall,

Једна од основних карактеристика раног режима заштите потрошача у САД била је широка распрострањеност заштите потрошача на локалном нивоу. При томе постојећи прописи нису установљавали посебна тела односно органе који су се овим послом бавили већ је то била одговорност већ постојећих локалних чиновника различитих нивоа – од градоначелника, преко инспектора до геометара. Динамичне социјалне и економске промене карактеристичне за америчко друштво у другој половини 19. и почетком 20. века условљавају међутим централизацију у многим областима као и нове механизме за заштиту интереса потрошача. Тако је 1906. године Конгрес усвојио Закон о инспекцији меса и Закон о чистој храни и лековима (*Meat Inspection Act and Pure Food and Drug Act*), а исте године је проширена надлежност Међудржавне трговачке комисије (*Interstate Commerce Commission*) и на питање уједначавања цена превоза возом на целој територији САД. Нешто касније, 1914. године, Конгрес оснива Федералну трговачку комисију (*Federal Trade Commission – FCT*) чији је посао на почетку мониторинг у погледу лажног и обмањивачког рекламирања.[7]

Важно је напоменути да многи од прописа из области заштите потрошача нису били ефективно примењиви. Разлог за то, формално правни могли би рећи, била је њихова широка интерпретација од стране судова. Међутим суштински разлози су били другачије природе. Наиме на креирање и садржину прописа о заштити потрошача одлучујући утицај имали су лобисти трговачко-пословне заједнице којима је извесна конфузија и површна декларативност у овом смислу и одговарала. Не треба при томе заборавити да је време о којем говоримо време економског либерализма, филозофије и економске доктрине чији је САД родоначелник и, у историјском контексту посматрано, најприврженији промотер. Кроз призму ове економске филозофије сви спорови у које су укључени потрошачи третирани су кроз начело слободе уговарања и испуњења обавеза из тако закључених уговора. Отуда су потрошачи правну заштиту ефективно могли користити тек ако докажу да друга уговорна страна, продавац неке робе, није поштовао своје уговорне обавезе што је у пракси за њих причињавало непремостиву тешкоћу.

Временом се оваква ситуација квалитативно променила пре свега услед организовања бројних потрошачких покрета и њиховог перманентног притиска на законодавну и извршну власт.[8] Тако је 1962.

1980; William J. Novak, *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth Century America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996.

7 Thomas K. McCraw, *Prophets of Regulation*, Cambridge, Mass, Belknap Press of Harvard University Press, 1984.

8 Robert N. Mayer, *The Consumer Movement Guardians of the Marketplace*, Boston Twayne Publishers, 1989; Norman Isaac Silber, *Test and Protest: The Influence of Consumers Union*, New York, Holmes & Meier, 1983.

године на предлог председника Кенедија (*John F. Kennedy*) амерички Конгрес усвојио Декларацију о основним правима потрошача.[9] Овом Декларацијом, за коју се сматра да је послужила као повод касније установљеном Светском дану потрошача,[10] дефинисана су четири основна права потрошача на тржишту роба и услуга: право на сигурност роба и услуга, право на целовиту, истиниту и правовремену информацију, право на избор роба и услуга и право потрошача да се чује њихов глас. Но њен суштински значај је ипак у томе што она означава есенцијални преокрет у праву заштите потрошача САД које у годинама које следе постаје по многим показатељима најцеловитији и најефективнији систем заштите права потрошача у читавом свету.

III Правна и институционална заштита права потрошача у позитивном праву САД

Сви закони, агенцијска правила и судске одлуке који непосредно или посредно служе заштити интереса потрошача убрајају се у САД у право потрошача. При томе ваља имати у виду да све три поменуте форме правне заштите потрошача имају два посебна нивоа: федерални и ниво држава чланица.

На федералном нивоу Конгрес САД, у оквиру својих надлежности, доноси законе који су у целини посвећени области заштите потрошача или уређују поједине аспекте заштите потрошача у оквиру материје коју регулишу. Мада се уобичајено наводи да су основни федерални органи који у надлежности имају спровођење и бригу о заштити потрошача Федерална трговачка комисија и Министарство правде САД (*U.S. Department of Justice*), рачунајући и канцеларију државног тужиоца, готово да нема агенције или департмана у федералној влади који у свом саставу нема посебно одељење које се бави проблемима потрошача.

На нивоу савезних држава постоје међутим приличне разлике обзиром да су оне саме надлежне да у одређеним областима доносе законе. И под њиховом јурисдикцијом постоје посебне агенције као и одељења у департманима који се баве заштитом права потрошача. Тако се сматра

9 Приликом предлагања текста Декларације председник Кенеди је, између осталог, рекао и следеће: „Потрошачи, по дефиницији, укључују све нас. И мене као председника САД. Потрошачи су највећа привредна група на коју утиче готово свака јавна или приватна привредна одлука. Они су најважнија привредна група чији се ставови врло често не чују. Глас потрошача мора се чути."

10 Светски дан потрошача је први пут обележен 15. марта 1983. године. Само две године касније у оквиру УН је усвојена Резолуција 39/249, а у оквиру ње и УН Водич за заштиту потрошача. На овај начин је област заштите потрошача уздигнута на ниво међународне препознатљивости.

да Калифорнија (*California*) има најобухватнији и најефикаснији систем заштите потрошача, не само због изузетно широких надлежности посебног Департмана те државе за потрошачке послове (*California Department of Consumer Affairs*) који у свом саставу има близу четрдесет одељења од којих је опет свако задужено за посебну област потрошачке проблематике већ, добрим делом, и због хиперактивних група и потрошачких лобиста као што су *Utility Consumers Action Network*, *Consumer Federation of California* или *Privacy Right Clearinghouse*. Међутим у неким посебним областима друге савезне државе су у степену заштите потрошача „лидери" у САД. Тако су рецимо Флорида (*Florida*), Минесота (*Minnesota*) и Делаваре (*Delaware*) највише постигле у материји заштите потрошача од неразумљивих одредаба уговора које потрошач у писменој форми закључује са трговцем или произвођачем.[11]

Имајући у виду пре свега подељену законодавну и институционалну надлежност на пољу заштите потрошача у САД определили смо се да у овом раду анализирамо одређене аспекте заштите потрошача који су у надлежности федералне државе и њених агенција. У том контексту биће речи о федералним законима и правилима агенција на федералном нивоу, као и судској пракси, у областима заштите корисника кредита односно заштите потрошача од обмањивачког рекламирања.

IV Заштита корисника кредита

Обзиром на изузетно распрострањено коришћење кредита од стране америчких потрошача заштита корисника кредита је веома важна област у оквиру укупне регулативе о заштити потрошача. Поред општих правила која важе у овој области нарочиту важност имају питања наплате дугова, кредитних извештаја, заштите корисника кредитних карти и корисника лизинга.

1. Општа правила у области заштите корисника кредита

Основни пропис у овој области је Закон о заштити корисника кредита из 1968. године[12] који се уобичајено назива Законом о истинитом позајмљивању (TILA).[13] Он је током времена више пута мењан, било тако што су непосредно иновиране неке одредбе самог Закона или су за поједине области или питања које Закон третира доношени посебни прописи.

11 Lewis D. Eigen, *A Solution to the Problem of Consumer Contracts That Cannot be Understood by Consumers Who Sign Them*, Scriptamus, 2009.

12 *Consumer Credit Protection Act of 1968.*

13 *Truth and Lending Act (TILA).*

TILA је у основи тзв. *disclosure law* на основу којег се утврђује обавеза предуговорног обавештавања корисника кредита или зајма о свим условима коришћења кредита (зајма) који морају бити јасно и изражајно откривени. Кредитор (зајмодавац) потенцијалног клијента нарочито мора упознати са укупним трошковима кредита (зајма), годишњом каматном стопом, бројем, износом и датумом доспећа рата, као и свим другим важним околностима које би клијенту омогућиле да на тржишту за себе изабере најповољније услове. У супротном може доћи до поништаја уговора. Закон о истинитом позајмљивању се односи само на лица (кредиторе, зајмодавце, продавце...) која у оквиру своје редовне делатности позајмљују средства, продају на кредит или посредују у овим областима. У исто време само физичка лица као дужници односно корисници кредита или зајма уживају правни заштиту сходно TILA. Дакле зајмови и кредити између два потрошача нису обухваћени овим актом.

Претходно поменута обавеза даваоца кредита или зајма о предуговорном обавештавању потрошача садржана је и у тзв. Правилима З (*Regulation Z*). Наведена Правила су донета од стране Бироа федералних резерви (*Federal Reserve Board*) који по основу TILA има широка овлашћења и надлежности у овој области. Ако се на однос даваоца кредита или зајма примењују одредбе TILA то значи и аутоматску примену Правила З на било коју продају где је плаћање уговорено на више од четири рате, зајам на рате, зајам за куповину аутомобила као и одређене зајмове за некретнине чији износ не прелази 25.000 USD.

Као посебну врсту додатка TILA амерички Конгрес је 1974. године усвојио Закон о једнаким кредитним могућностима.[14] Овај акт потпуно забрањује кредиторима да било коме одбију коришћење кредита по основу расне, религијске или националне припадности, боје коже, брачног статуса, посла који обавља или година живота. Забрањена је такође дискриминација у погледу околности да је лице које кредит тражи корисник одређене форме прихода, као што је рецимо социјална помоћ. Кредитор је међутим властан од апликанта захтевати сваку информацију која би могла бити значајна за утврђивање кредитног рејтинга потенцијалног корисника кредита, изузев оних информација које би могле бити коришћене као дискриминаторске у смислу претходно наведених одредаба Закона.

2. Заштита корисника кредитних карти

Изворна верзија TILA садржи такође одредбе у погледу кредитних карти. Једна од одредаба ограничава одговорност имаоца кредитне карте

14 *Equal Credit Opportunity Act of 1974.*

на износ од 50 USD за свако неауторизовано коришћење кредитне карте пре него што је кредитор обавештен да је кредитна карта изгубљена. Друга одредба забрањује компанији која издаје кредитну карту да наплаћује потрошачима за било какво неауторизовано коришћење кредитне карте ако је кредитна карта издата непрописно. Рецимо, ако потрошач прими нетражену кредитну карту и ако та карта касније буде украдена па се с њом обави куповина потрошач неће бити за то одговоран. Ако дужник сматра да се у наплати десила грешка или жели да поништи плаћање за грешком купљен производ акт садржи специфичне процедуре у погледу решавања на тај начин насталог спора.

Мада је TILA од 1968. године, када је Закон усвојен, више пута мењан у погледу правила која регулишу заштиту корисника кредитних карти кључне измене су учињене тек недавним усвајањем Закона о кредитним картама[15] који је на снагу ступио у фебруару 2010. године. На основу овог Закона Биро федералних резерви, као државни орган којем су у смислу надзора над применом предметног прописа поверена широка овлашћења, донео је и нова правила за компаније које се баве издавањем кредитних карти.

Основне новине које нови пропис доноси могу се у најкраћем свести на следеће: прво, забрана и рестрикција повећавања трошкова коришћења кредитне карте (камате и других трошкова) у првој години након издавања кредитне карте; друго, месечни рачун по основу којег потрошач (власник кредитне карте) има обавезу да плати своју обавезу мора му бити испоручен најкасније 21 дан (раније 14 дана) пре доспећа; треће, издавалац кредитне карте у обавези је да кориснику јасније и прецизније саопшти све услове отварања рачуна као и трошкове коришћења кредитне карте, што помаже потрошачу да изабере ону кредитну карту која му на тржишту највише одговара као и да избегне евентуалне грешке које би њеним коришћењем могао учинити.

Остале важне одредбе односе се на рестрикције у погледу трошкова за прекорачење кредитног лимита по основу коришћења кредитне карте као и посебну заштиту потрошача млађих од 21. годину.

3. Заштита корисника кредита од неауторизованих и нетачних кредитних извештаја

Веома често неауторизовано коришћење кредитних извештаја о клијентима (потрошачима) као и ауторизовано коришћење оваквих извештаја који садрже нетачне податке довели су 1970. године до усвајања

15 *Credit Card Act* или *Credit Card Accountability, Responsibility and Disclosure Act of 2009*.

Закона о поштеном кредитном извештавању (FCRA).[16] Према Закону могућност кредитне агенције, а то су најчешће сами кредитори, да саопштава податке о кориснику кредита или о условима коришћења кредита ограничена је само за одређене намене и за одређене сврхе. Рецимо, на захтев суда, захтев самог потрошача, код издавања полисе осигурања, проширења коришћења кредита. Акт даље наводи да, без обзира на то да ли је потрошачу одбијен захтев за кредит или осигурање на основу кредитног извештаја о њему или на основу прекомерног задужења, он мора бити обавештен о тим разлозима као и о подацима о кредитној агенцији која је такве податке о њему изнела. Потрошач даље може захтевати извор било које информације која је о њему дата од стране кредитне агенције, као и идентитет било кога ко је такав извештај примио. Потрошачима је такође дозвољено да имају приступ информацијама које садрже податке о њима у фајловима кредитне агенције. Изменама Закона из 1996. године[17] потрошач је овлашћен да један пут годишње од кредитне агенције захтева добијање бесплатног примерка кредитног извештаја. Он тај захтев може упутити поштом, телефоном или преко сајта владине ауторизоване агенције.

Ако потрошач има сазнања да фајлови кредитне агенције садрже нетачне информације о њему и његовом кредитном рејтингу агенција је обавезна да, на писмени захтев потрошача, уклони нетачне или грешком унете информације у разумном времену. Агенција која одбије да поступи сходно одредбама Закона одговараће за на тај начин причињену штету, плус додатну штету која не може прећи 1.000 USD и евентуалне трошкове адвоката (суда). Обавезник накнаде штете може такође бити било које лице које користи кредитни извештај у неодговарајуће сврхе, као што су рецимо банке, кредитне компаније и друге компаније које дају извештаје кредитним агенцијама и не дају адекватне одговоре по захтеву потрошача.

Једно од важних питања у вези кредитних извештаја је и питање колико дуго кредитне агенције могу чувати и саопштавати у својим кредитним извештајима негативне информације о потрошачу, као што су информације о кашњењу у плаћању, стечају или избегавању плаћања пореза. Према Закону овакве информације се у кредитним извештајима могу чувати најдуже 7 година од дана кашњења у плаћању односно 10 година од дана окончања стечајног поступка. Рок од 7 година важи и за информације о избегавању плаћања пореза али почиње тећи тек од дана када је пореска обавеза у целини измирена.

Мада се на област употребе и тачности кредитних извештаја поред претходно поменутих делом примењују и неки други прописи, мада

16 *Fair Credit Reporting Act of 1970.*

17 *Fair and Accurate Credit Transaction Act of 1996.*

у овом погледу велика овлашћења имају и одређена владине агенције, посебно Биро федералних резерви, ситуација у пракси је и даље далеко од задовољавајуће. Истраживања која су у оквирима ауторизованих владиних комитета вршена 2004. године показују да чак 79 % од укупног броја кредитних извештаја садржи неку врсту грешке. При томе је само 2 % од око 52 милиона кредитних извештаја, колико их је постојало у периоду 2006–2007. година, избрисано услед постојања неке грешке.

4. Заштита дужника у поступку наплате дугова од стране трећих лица

Пракса сакупљања односно наплате дугова у САД има дугу историју. Она је у добром делу повезана са злоупотребама поверилаца односно лица на која су њихова потраживања пренета као и са коришћењем многобројних насилних метода и поступака у односу на дужнике. У настојању да уреди област наплате дугова, заштити дужнике и обузда злоупотребе уочене у пословању агенција за наплату дугова Конгрес је 1977. године усвојио Закон о пракси поштене наплате дугова (FDCPA).[18]

Према Закону сакупљач дугова је било које лице које користи легалне трговачке инструменте, пошту и друга средства комуникације у било којем послу чији је циљ наплата било којих дугова, директно или индиректно. Акт се примењује само на трећа лица, по правилу специјализоване агенције које се баве наплатом дугова за рачун неког другог, уобичајено за проценат од износа дуга. Изузетно, уколико оригинални повериоци лажно се представљајући наведу дужника да верује да су они агенција за наплату дугова Закон ће се примењивати и на њих. Закон се примењује и на она лица која купују дугове, макар и сопствене. Дуго времена није било јасно да ли су адвокати који покушавају да наплате дугове за своје клијенте субјекти овог Закона или не. Врховни суд САД је 1995. године разматрајући ово питање нашао да адвокати који у оквиру своје делатности наплаћују дугове дужника својих клијената кроз легалне процедуре јесу „сакупљачи дугова“ у смислу овог Закона.[19]

Закон о пракси поштене наплате дугова забрањује агенцијама за наплату дугова: прво, контактирање дужника пре 8 часова пре подне и 21 час увече; друго, контактирање дужника на месту његовог запослења, ако је он запослен; треће, контактирање дужника у неуобичајено или неприкладно време или у било које време ако је дужник заступан од стране адвоката; четврто, контактирање трећег лица, изузимајући дуж-

18 *Fair Debt Collection Practices Act of 1977*.

19 *Heintz v. Jenkins*, 514 U.S. 291, 115 S.Ct. 1489, 131 L. Ed. 2d 395 (1995).

никове родитеље, супружника или финансијског саветника, осим ако суд дозволи такву врсту контактирања; пето, коришћење грубог речника, плашење или давање лажних информација о свом запослењу (представљајући се, рецимо као полицајац); шесто, комуникацију са дужником у било које време након пријема обавештења да дужник одбија да плати дуг, изузев ако је контакт остварен ради давања савета дужнику да се за све даље информације обрати агенцији за наплату дугова.

У исто време агенције за наплату дугова су у обавези да се представе већ приликом првог контакта, да дужника обавесте да је позив учињен у сврху наплате дуга као и да било која информација коју евентуално у том контакту од дужника добије може бити коришћена у сврху наплате дуга. Наплаћивач је такође дужан да саопшти име и адресу оригиналног повериоца као и да дужника обавести о његовим правима у погледу дуга. На захтев дужника, који је у писменој форми упућен у року од 30 дана од дана остваривања контакта, агенција за наплату је дужна да му достави писмену верификацију о свом овлашћењу за наплату дуга која мора садржати износ дуга као и име и адресу оригиналног повериоца.

Примена Закона о пракси поштене наплате дугова је примарно у надлежности Федералне трговачке комисије. Додуше у последње време постоје залагања да те надлежности буду додељене Агенцији за финансијску заштиту потрошача (*Consumer Financial Protection Agency*). У сваком случају према годишњем извештају Федералне трговачке комисије за 2009. годину она је примила чак 78.838 жалби потрошача (дужника) на одређене неправилности у поступку наплате дугова, што је у односу на остале жалбе потрошача из оквира надлежности Комисије убедљиво највећи број. Ипак ваља напоменути да наведен број жалби још увек представља веома мали проценат у односу на укупан број контаката које су агенције за наплату дугова остариле са дужницима.

Лица која се баве наплатом дугова обавезна су да, уколико не поштује одредбе Закона о пракси поштене наплате дугова, дужнику плате причињену штету, додатних 1.000 USD и адвокатске (судске) трошкове. Разуме се, потрошач се може у погледу злоупотреба у поступку наплате дугова обратити државном или федералном суду. Агенција за наплату дугова пак може се ослободити одговорности уколико докаже да је у процесу наплате дуга до незаконитог поступања дошло ненамерно, упркос поштовању законом утврђене процедуре.

Примедбе на Законом утврђену казнену политику имају и једна и друга страна: и потрошачи (дужници) и агенције за наплату дугова. Потрошачке групе најчешће истичу проблем ниских новчаних и других

казни које се почев од доношења Закона нису мењале. Са друге стране удружења агенција за наплату дугова наводе да се у пракси казнене одредбе Закона по правилу примењују за ситне техничке грешке настале у процедури наплате дуга. Тако се у примеру који се користи као потврда оваквог става наводи случај агенције за прикупљање дугова која је услед техничке грешке у поштовању дискреције дужника била обавезана да плати износ од 0,01 USD, при чему су судски и трошкови адвоката били далеко већи.[20]

5. Заштита корисника лизинга

Закон о потрошачком лизингу из 1976. године[21] такође је додатак TILA, а у смислу заштите потрошача – корисника лизинга. Закон се примењује на све уговоре између даваоца лизинга и корисника лизинга који су физичка лица, а да су при томе кумулативно испуњени следећи услови: прво, предмет лизинга мора бити ствар за личну, породичну или кућну употребу физичког лица; друго, плаћање лизинг накнаде мора бити уговорено на најмање 4 рате; треће, укупни трошкови лизинга не смеју прећи износ од 25.000 USD.

Закон се неће примењивати на уговоре о лизингу у којима су корисници лизинга привредни субјекти и друге организације (укључујући и владине организације), ако је предмет уговора непокретност као и све друге продаје на кредит које су регулисане другим прописима.

Закон о потрошачком лизингу је, баш као и TILA, у основи тзв. *disclosure law*. То практично значи предуговорну обавезу даваоца лизинга да, под претњом поништаја уговора, корисника лизинга обавести о свим материјалним условима лизинга и то у писменој форми. У смислу практичне имплементације и поштовања одредаба о заштити корисника лизинга Закон овлашћења поверава Бироу федералних резерви. Отуда су се упоредо са Законом на ову област најпре примењивала претходно помињана Правила З, а нешто касније, почев од 1981. године нова Правила М (*Regulation M*) која су такође донета од стране Биро федералних резерви. Правила М су касније у више наврата мењана, последњи пут 2007. године. Изменама из 1998. године посебно су регулисана питања плаћања лизинг накнаде, рекламирања и пореског третмана лизинга.

Осим тога што, као и Закон, садрже обавезу даваоца лизинга да у писменој форми, на јасан и разумљив начин примаоца лизинга обавести о свим материјалним условима лизинга Правила М посебно утвр-

20 Kenneth Rubinstein, Alexander Rheaume, *Courts, Congress send mixed messages to debt collectors*, New Hampshire Business Review, July 20, 2007.

21 *Consumer Leasing Act of 1976*.

ћују и елементе који морају бити садржани у уговору о лизингу. То су најпре одређење предмета лизинга, назначење броја рата и новчаног износа сваке рате као и датума доспећа, укупан износ дуга, обавештење о свим другим трошковимна лизинга који се разумно могу очекивати током трајања уговора као и навођење могућности куповине предмета лизинга.

Напомињемо на крају да је Национална конференција за уједначавање закона држава чланица (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) 2001. године усвојила посебан нацрт Јединственог закона о потрошачком лизингу (*Uniform Consumer Leases Act*) и препоручила га за усвајање свим федералним државама.

V Обманьивачко рекламирање и врсте обманьивачког рекламирања

Један од најраније донетих закона из области заштите потрошача и још увек један од најважнијих у тој области је Закон о Федералној трговачкој комисији из 1914. године.[22] Овај Закона, осим тога што је на основу њега основана Федерална трговачка комисија, за предмет има широко поље превенције у погледу непоштене и обманьивачке трговачке праксе, укључујући и обманьивачко рекламирање (*deceptive advertising*).

Према наведеном пропису рекламирање се сматра обманьивачким уколико је потрошач обманут тврдњама изнетим у реклами. Међутим, нејасне уопштености и очигледна претеривања, позната под називом *puffing* (надувавање), су допуштени.

Неке рекламе садрже полуистине, значења у којима се презентирају истините али некомплетне информације које потрошача могу навести на погрешне закључке. Рецимо, произвођач може рекламирати своју супу као супу са ниским нивоом масти и холестерола и као такву је препоручити потрошачима у превенцији против срчаних обољења. У својој реклами он ће прећутати да исти производ има висок ниво содијума чија употреба опет може повећати ризик од срчаних обољења. Овакву врсту рекламирања у једном случају[23] Федерална трговачка комисија је оценила као обманьивачку.

Рекламе које садрже одобрење или чак учешће познате личности у њима могу се такође сматрати обманьивачким, уколико те личности не користе производе које рекламирају.

22 *Federal Trade Commission Act of 1914.*

23 Campbell's soups case (Случај Кампбел супа).

1. *Bait and switch* рекламирање

Посебну врсту обмањивачког рекламирања чини тзв. *bait and switch* рекламирање. У превенцији против такве врсте рекламирања Федерална трговачка комисија је издала Водич против мамац рекламирања из 1968. године.[24] Суштина ове врсте обмањивачког рекламирања састоји се у томе што ће трговац рекламирати веома ниску цену за одређену ствар која вероватно неће као таква бити на располагању потрошачу па ће му, у исто време, од стране трговца бити сугерисано да купи много скупљу ствар. Ниска цена је заправо само мамац (*bait*) за привлачење потрошача у продавницу, а нуђење друге скупље ствари његова права намера. Продавац је дакле инструисан да интересовање потрошача замени односно преокрене (*switch*) у смислу куповине друге, много скупље ствари. Сходно Водичу Федералне трговачке комисије оваква врста рекламирања се дешава ако продавац одбија да потрошачу покаже рекламирану ствар, скрива да има одређен број таквих ствари у магацину, избегава да прихвати обавезу испоруке такве ствари у разумном времену или сугерише запосленима да не продају такве ствари.

2. *Online* обмањивачко рекламирање

Обмањивачко рекламирање се дешава и у *online* окружењу. Отуда је Федерална трговачка комисија дуги низ година пратила и анализирала *online* рекламирање и идентификовала стотине *Web* сајтова који користе лажне или обмањивачке рекламе. На основу резултата до којих је дошла Федерална трговачка комисија је 2000. године издала посебна Правила[25] као неопходну допуну за примену већ постојећих прописа у области обмањивачког рекламирања. Сходно предметним Правилима сваки оглас, *online* или *offline*, мора бити истинит и поштен односно не сме бити обмањивачки, а све тврдње изнете у њему морају бити стварне. Другим речима, информације изнете у огласу не смеју бити такве да би просечном потрошачу на основу њих могла бити узрокована штета.

Правила нарочито захтевају јасно и посебно изражено обелодањивање свих битних или ограничавајућих информација у вези рекламираних производа односно услуга. На овај начин се од емитера *online* реклама тражи да потрошаче упозоре на све околности које за њих могу бити битне у вези рекламираног производа (услуге) обзиром да се основано претпоставља да они не читају целу *Web* страницу односно сав садржај на њој.

24 *FCT Guides Against Bait Advertising of 1968.*

25 *Advertising and Marketing on the Internet: Rules of the Road, September 2000.*

За потребе *online* рекламера Федерална трговачка комисија је издала и посебан сет информација (*Dot Com Disclosures: Information About Online Advertising*) које их ближе упознају са значењем и правним домашајем свих правила и института о обмањивачком рекламирању уколико се за рекламирање користи електронска пошта (*e-mail*) или *Web* сајт (*Web site*). Сврха је разуме се предупређење кршења прописа о рекламирању у *online* окружењу.

3. Телефонско рекламирање (телемаркетинг)

Изузетно раширено коришћење телефона у служби рекламирања и нуђења производа и услуга на америчком тржишту условило је 1991. године доношење посебног Закона о заштити телефонских потрошача.[26] Овај пропис примарно забрањује коришћење аутоматског система бирања телефонских бројева и употребу наснимљеног гласа у поступку тражења односа избора потенцијалних потрошача којима се нека компанија обраћа путем телефона. Забрањено је такође позивање ван времена између 8 часова пре подне и 21 час после подне као и слање факс порука без претходног одобрења примаоца.

Закон је овлашћења за предузимање одређених мера у случају поступања супротног његовим одредбама поверио Федералној трговачкој комисији. Тако на захтев потрошача којем се нека компанија обраћала супротно одредбама Закона Комисија може наредити тој компанији да потрошачу накнади штету на тај начин причињену или да му плати износ од 500 USD за сваки акт узнемиравања путем телефона, а у зависности од тога шта је повољније за потрошача. Ако у случају спора суд нађе да је оптужена компанија злонамерно и свесно кршила Закон износ прописане новчане казне се може утростручити. Осим тога грађански поступак против компанија које не поштују законска правила могу, на основу захтева грађана, иницирати и надлежни државни тужилац односно Федерална комисија за комуникације (*Federal Communications Commission*).

Недовољност одредба претходно наведеног Закона да заштити потрошаче од других видова злоупотреба телемаркетинга довела је релативно брзо, 1994. године, до усвајања новог Закона о превенцији преваре и злоупотребе путем телемаркетинга.[27] Основни значај тог Закона је то што он даље овлашћује Федералну трговачку комисију да успостави правила за коришћење телемаркетинга односно да установи санкције за телемаркетинг преваре. Тако већ 1995. године Федерална

26 *Telephone Consumer Protection Act of 1991.*

27 *Consumer Fraud and Abuse Prevention Act of 1994.*

трговачка комисија доноси Правила телемаркетинг продаје[28] којима се од компанија захтева да, пре непосредне понуде за продају, потенцијалног потрошача информишу да је сврха позива управо нуђење неке робе (услуге), да га информишу о имену односно фирми продавца и о производу који се продаје. Правила, касније иновирана у више наврата (2002. и 2009. године), као незаконито третирају свако поступање понуђача којим се погрешно или непотпуно представљају информације о роби или услугама, природи награде, потенцијалне зараде или било које друге информације важне за производ или услугу која се нуди. Штавише, компанија која користи овај вид рекламирања односно нуђења мора информисати потрошача о укупном трошку за робу/услугу коју продаје, свим рестрикцијама у њеном коришћењу и да ли се евентуално купљена ствар може вратити и под којим условима. Ако потенцијални потрошач то захтева компанија је у обавези да избрише његово име са листе потенцијалних уговарача односно потрошача, што практично значи да се више путем телефона том потрошачу не може обраћати.

4. Овлашћења Федералне трговачке комисије у односу на обмањивачко рекламирање

Федерална трговачка комисија је свакако једна од најважнијих федералних агенција са изузетно широким овлашћењима у материји заштите права потрошача. Чини је пет чланова (комисионара) које непосредно поставља председник САД на период од седам година, с тим што највише три члана Комисије могу бити из исте странке. Надлежности Комисије су установљене не само у области обмањивачког рекламирања већ и у многим другим областима у којима непоштене трговачке праксе и нарушавање слободне конкуренције могу угрозити интересе потрошача.

Ако говоримо само о области обмањивачког рекламирања онда је важно истаћи да је на основу претходно поменутих али и многих других федералних закона Комисија овлашћена да доноси правила којима се штите интереси потрошача али и на предузимање мера против лица која емитује рекламе које се могу квалификовати као обмањивачке. У том контексту Комисија је адреса не само за жалбе потрошача и њихових удружења већ и за жалбе других владиних државних организација, уреда и организација држава чланица. Њој се у исто време могу обраћати и саме компаније које су, на било који начин, инволвиране у емитовање обмањивачких реклама.

Када прими жалбу у којој су изнете тврдње о обмањивачком карактеру неке рекламе и када закључи да су аргументи изнети у њој

28 *FCT Telemarketing Sales Rule of 1995*.

довољно убедљиви односно да све чињенице указују да је нека реклама непоштена и/или обмањујућа Федерална трговачка комисија садржину жалбе уобличава у службени нацрт који најпре шаље компанији против које је жалба поднета. Ако компанија прихвати наводе у жалби даљи поступак се обуставља. У супротном Комисија одређује саслушање у којем компанија може изнети своју одбрану односно доказе којима ће покушати да оповргне чињенице и наводе из жалбе. У зависности од резултата саслушања и доказа изведених том приликом Комисија може донети неку од три врсте санкција које јој стоје на располагању: прво, она може изрећи наредбу о престанку и даљем прекиду емитовања рекламе; друго, она може изрећи санкцију познату под називом *супротно рекламирање* (*counteradvertising*) којом ће компанију обавезати да у одређеном периоду и у одређеним медијима емитује информацију односно рекламу којом ће фактички признати непоштене односно обмањивачке информације изношене током емитовања инкримисане, непоштене или обмањивачке рекламе; треће, Комисија може наредити компанији не само престанак емитовања рекламе која је инкриминисана и у вези које се води спор већ и забрану рекламирања свих других производа те компаније. Овај је институт познат под називом *multiple product orders*. Уколико пак лице коме је изречена нека коначна мера Комисије ту наредбу не поштује може му бити изречена новчана казна до 10.000 USD, а одговорном лицу казна затвора до 6 месеци, или и једна и друга казна.

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

CONSUMER PROTECTION IN USA LAW

Summary

Without doubt USA has one of the strongest consumer protection laws in the world. In that country all statutes, agency rules and common law juridical decisions that serve to protect the interest of consumers are classified as consumer law. Traditionally, in disputes involving consumers, it was assumed that the freedom to contract carried with it the obligation to live by deal model. Over time, this attitude has changed considerably. Today, myriad federal and state laws protect consumers from unfair trade practices, unsafe products, discriminatory or unreasonable credit requirements, and other problems related

to consumer transactions. Nearly every agency and department of the federal government has an office of consumer affairs, and most states have one or more such offices to help consumer. In this article we examine some of the major laws and regulation protecting consumer in USA.

Key words: *consumer protection, consumer law, unfair trade practices.*

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 италик).

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, италик); 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

а) Терминолоīија у уīоредном īраву

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

а) 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, *Трīовинско īраво*, 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, *Коменīар Закона о сīечајном īосīуīку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e 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 друштва, 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 привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Ünternehmens– 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 привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Ţheory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Stucture“, *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: CA), 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.

СУСРЕТ ПОДРЖАВАЈУ

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

Правни факултет Универзитета у Београду

GTZ – Канцеларија за правну реформу

Intermex

АГРОБАНКА Пољопривредна банка а. д., Београд

„Енергопројект Холдинг“ а. д., Београд

Привредни саветник, Београд

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