



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLVII

Број
10-12

2010

Главни и одговорни уредник

Мирко Васиљевић

Заменици главног и одговорног уредника

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

Уредник

Вук Радовић

Редакција

Зоран Арсић, Јованка Бодирога Јанковић, Михајло Велимировић, Радован Вукадиновић, Милена Ђорђевић, Љубинка Ковачевић, Светислав Костић, Бранко Лубарда, Мирјана Радовић, Боса Ненадић, Наташа Петровић Томић, Дејан Поповић, Душан Поповић, Драгиша Слијепчевић, Александар Ћирић

Међународни издавачки савет

Шиме Ивањко (Словенија), Tom Jersild (САД), Christa Jessel-Holst (Немачка), Горан Коевски (Македонија), Rainer Kulms (Немачка), Mike Falke (Немачка), Витомир Поповић (БиХ – Република Српска), Драган Радоњић (Црна Гора), Марко Рајчевић (БиХ – Република Српска)

Секретар

Мирјана Радовић

Технички секретар

Радица Милић

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензента које одређује Редакција.

Радови који су објављени у земљи или иностранству, укључујући и њихове преводе, прихватају се за објављивање само ако у конкретном случају Редакција тако одлучи.

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

e-mail: udruzpip@eunet.rs

www.pravniciuprivredi.org.rs

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Графичка припрема

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Излази ПЕРИОДИЧНО

Штампа

„Досије студио“, Београд

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLVII

Број
10-12
2010

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ

Фискална одговорност предузећа у еколошкој заштити у
Републици Србији..... 7

Небојша ЈОВАНОВИЋ

Оспорљивост „извршних“ потраживања у стечају 21

Миле ВРАЊЕШ

Реформа пензијског и инвалидског осигурања у Србији..... 41

Радоивоје ПЕТРИКИЋ, Рашко РАДОВАНОВИЋ

Спровођење увиђаја према новим прописима о заштити
конкуренције..... 54

Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ

Могућност компензације у току стечаја 75

Тајјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ

Утицај праксе суда ЕУ на заштиту поверилаца у
компанијском праву 87

Катјарина ЂУЛИЋ, Лидија ШЕШКАР

Scorecard корпоративног управљања у Србији 103

Ненад ТЕШИЋ	
Српски законодавац на потезу – један „чисто правни“ приступ лобирању.....	133

Јелена АДАМОВИЋ	
Иступање из друштва с ограниченом одговорношћу.....	156

Марко МАРЈАНОВИЋ	
Услови за продају стечајног дужника као правног лица према новим стечајним прописима.....	173

ПРИЛОЗИ

Мирослав ПАУНОВИЋ	
Међународно пословно право.....	193

Душан ПОПОВИЋ	
Право конкуренције.....	204

Љубинка КОВАЧЕВИЋ	
Радно и социјално право.....	210

Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ	
Право осигурања.....	219

ПРАВНА ПРАКСА

Милица ЂОСОВИЋ-КИТИЋ	
Извод из праксе Суда части при Привредној комори Београда.....	230

Бојан ЈОВАНОВИЋ	
Нека питања накнаде штете из обавезног осигурања у саобраћају.....	239

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Ивана РАКИЋ	
Контрола концентрација у Републици Хрватској.....	254

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	267
---------------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Gordana ILIĆ-POPOV

- Fiscal Responsibility of Companies in Ecological Protection in Republic of Serbia 7

Nebojša JOVANOVIĆ

- Deniability of Executive Claims in Insolvency 21

Mile VRANJEŠ

- Reform of the Social Security System for Pensions and Disability Allowances in Serbia 41

Radivoje PETRIKIĆ, Raško RADOVANOVIĆ

- Investigation Proceedings According to New Regulations on Protection of Competition 54

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ

- Possibility of Compensation During Bankruptcy 75

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ

- The Influence of ECJ Cases on Creditors' Protection in Company Law 87

Katarina ĐULIĆ, Lidija ŠEŠKAR

- Corporate Governance Scorecard in Serbia 103

<i>Nenad TEŠIĆ</i>	
Serbian Lawmaker on the Move – “Pure Legal” Approach to Lobbying	133
<i>Jelena ADAMOVIĆ</i>	
Withdrawal from Membership in Limited Liability Company ...	156
<i>Marko MARJANOVIĆ</i>	
Conditions for Sale of Bankruptcy Debtor as a Legal Entity under New Bankruptcy Regulations.....	173

NOTES

<i>Miroslav PAUNOVIĆ</i>	
International Business Law	193
<i>Dušan POPOVIĆ</i>	
Competition Law.....	204
<i>Ljubinka KOVAČEVIĆ</i>	
Labour and Social Law	210
<i>Nataša PETROVIĆ TOMIĆ</i>	
Insurance Law	219

LEGAL PRACTICE

<i>Milica ĆOSOVIĆ-KITIĆ</i>	
Practice of the Court of Honour of the Belgrade Chamber of Commerce.....	230
<i>Bojan JOVANOVIĆ</i>	
Some Issues Regarding Compensation of Damages in Mandatory Transport Insurance	239

STUDENT CONTRIBUTIONS

<i>Ivana RAKIĆ</i>	
Control of Concentrations in the Republic of Croatia	254

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	267
---------------------------------------	------------

ЧЛАНЦИ

УДК 336.226.4:504.05/.06

др *Гордана* ИЛИЋ-ПОПОВ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ФИСКАЛНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕДУЗЕЋА У ЕКОЛОШКОЈ ЗАШТИТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Резиме

Принцип „зајављивач плаћа“ подразумева проширену одговорност предузећа-зајављивача. То је концепт, према којем произвођачи и увозници производа треба да понесу највећи део финансијске одговорности за еколошке утицаје производа (које производе, односно увозе), укључујући утицаје везане за избор материјала од којих је производ сачињен, утицаје које ствара сам производни процес, као и утицаје настале при употреби и одлагању производа. Еколошки порези и накнаде се заснивају на овом принципу. Најзначајнији тржишно-оријентисани инструменти у Републици Србији су: порези који треба да обесхрабре употребу еколошки штетних производа, порези и накнаде који имају за циљ да контролишу зајављивање и отпад, као и порези на експлоатацију природних ресурса. У овом раду налажено је да еколошки порези треба да имају преодсуштајни неки казни карактер, пошто приморавају зајављивача да начини избор да ли да избегне трошкове плаћања овог пореза, инвестирајући у мере којима ће смањити зајављивање, или се одлучује на додатни трошак, у виду обавезе да плати овај порез.

Кључне речи: еколошки порез, „зајављивач плаћа“, зајављивање, накнаде, одговорност, одрживи развој.

I Уводне напомене

Свака активност коју човек предузима је, у већој или мањој мери, повезана са захтевом за обезбеђење квалитетне животне средине (нпр. технолошки развој, привредни развој, безбедност и др.). Трагање за новим изворима енергије, новим сировинама, употреба модернијих и ефикаснијих технологија и технолошких поступака и др. доводе, с једне стране, до општег цивилизацијског напретка, али, с друге стране, носе са собом опасност од угрожавања стања животне средине, те морају да буду праћени одговарајућим мерама ка превенцији потенцијалних штетних последица или, пак, адекватном санкционисању, ако штетни ефекти наступе. Илустрације ради, не сме се приступити подизању атомске централе уколико се претходно не разреши читав низ питања, а, између осталих и као посебно значајно, решавање проблема евентуалних хаварија, безбедног одлагања радиоактивног и опасног отпада и сл.

Право на здраву животну средину је једно од основних људских права које је, најчешће, и уставом загарантовано. У том смислу, и српски Устав наводи да: „Свако има право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању.“¹ Упркос свим погодностима и предностима које је савремени начин живота донео људима, остаје ипак неприкосновен захтев *Naturae convenienter vivere*, тј. Живети у складу са природом. И, због тога, Уставом је предвиђено да је „свако дужан да чува и побољшава животну средину“.²

Да би се обезбедила реализација овог права, потребно је да сва како физичка, тако и правна лица, штите и унапређују животну средину, а задатак државе је да својим мерама, било административним или економским, ограничи сва она људска деловања која могу да доведу до трајног осиромашења биолошке и геолошке разноврсности, као и да континуираним праћењем стања у природи обезбеди одрживо коришћење и управљање природним ресурсима и добрима.³

II Принцип „загађивач плаћа“

Још 1972. године је Организација за економску сарадњу и развој усвојила резолуцију у којој је, између осталог, установљен принцип „загађивач плаћа“ (енг. *polluter-pays principle*), као једна од заједничких

1 Чл. 74, ст. 1 Устава Републике Србије – Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

2 Чл. 74, ст. 3 Устава РС.

3 Закон о заштити природе, *Службени гласник РС*, бр. 36/09.

вредности међу земљама-чланицама ОЕЦД.⁴ У слично време, овај принцип је нашао своје место и на широј листи принципа датих у првом Акционом Програму о животној средини, који су презентовала одговарајући органи и тела Европске заједнице.⁵

Тумачење принципа „загађивач плаћа“ се током времена, а почев од седамдесетих година 20. века, па надаље, мењало.⁶ Изворно, овај принцип је подразумевао плаћање само трошкова насталих у предузимању мера које ће спречити настанак загађења, а у складу са законом. Међутим, убрзо је његово значење проширено, тако да загађивачи постају одговорни и за трошкове административних мера, које надлежни органи морају да предузимају као реакцију на загађивање животне средине.

У савременим условима принцип „загађивач плаћа“ се тумачи тако да је загађивач у обавези да сноси трошкове предузимања превентивних и других мера заштите животне средине, али и да сноси одговорност за загађивање и штету коју је својим радњама нанео другим члановима друштвене заједнице.⁷ Он, према томе, сноси укупне трошкове мера за спречавање и смањивање загађивања, који укључују трошкове ризика по животну средину и трошкове уклањања штете нанете животној средини.⁸

Приликом обављања својих производних и сличних делатности, предузећа, не ретко, испуштањем у атмосферу загађујућих материја у количинама и концентрацијама које прелазе допуштене границе и прописане стандарде, мењају природни састав животне средине и, на тај начин, ремете биолошке процесе који се одигравају у природи. Такво загађивање животне средине намеће значајне издатке трећим лицима, која уопште нису ни укључена у тржишне односе. У литератури се оваква појава назива екстерналијом, под чиме се подразумевају учинци који за један субјекат произлазе из активности и радњи другог субјекта, а нису резултат деловања ценовног механизма.⁹ Екстерни ефекти су, заправо, „трошкови или користи који настају за трећа лица у тржишним трансакцијама између купаца и продаваца, који нису обухваћени

4 „Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies“, OECD Doc. C(72)128, 26 May 1972.

5 OJ C 112, 20 December 1973.

6 A. Bakker, „Policy Frameworks and International Organizations“, *Tax and the Environment: A world of possibilities* (eds. A. Bakker), International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2009, стр. 8.

7 D. W. Williams, *Trends in International Taxation*, International Fiscal Association, Amsterdam, 1991, стр. 50.

8 Чл. 9, тач. 6 Закона о заштити животне средине – ЗЗЖС, *Службени гласник РС*, бр. 135/04, 36/09 и 72/09.

9 Б. Јелчић, *Јавне финансије*, Информатор, Загреб, 1977, стр. 294.

тржишном ценом“.¹⁰ С обзиром на то да екстерни ефекти, у производњи, и у потрошњи, увек падају на трећа лица, а не на непосредне учеснике у тржишној размени, они нису укључени у тржишну цену робе.

Намеће се питање шта се дешава у ситуацији када је екстерни ефекат негативан, примера ради, у случају када једна фабрика перманентно испушта отпадне воде. Пошто таква радња, у овом случају произвођача, производи вишеструке штетне последице које се, у крајњем исходу, показују кроз одређене (екстерне) трошкове којима су изложена трећа лица, економски гледано, неопходно је да се такви трошкови укључе у трошкове производње. Све док сваки појединачни субјекат, а то значи и потенцијални, и стварни загађивач, одлуке о методама производње доноси искључиво на основу сопствених користи и трошкова, он неће имати економски интерес да било шта промени у својој (штетној) активности.¹¹ Са друге стране посматрано, јасно је да, све докле загађивачи не буду и у правном смислу сносили део своје одговорности за лоше стање животне средине, не можемо очекивати да ће еколошка свест сачувати оскудне природне ресурсе, нити одржати еко-систем у његовој природној равнотежи.

III Реализација принципа „загађивач плаћа“ кроз еколошки порез/накнаду

Принцип „загађивач плаћа“, као што смо напред указали, недвосмислено упућује на то да загађивач треба да плати за последице својих штетних радњи. Имајући у виду и економске, и правне аспекте, још давне 1912. године се родила идеја о увођењу посебног економског инструмента који би био у функцији очувања животне средине. Та замисао је потекла од британског економисте Артура Пигуа (*Pigou*).¹² Након једног пуног столећа, током којег је дошло до убрзаног развоја саобраћаја, изградње великих градова и индустријских центара, употребе различитих технолошких поступака, нагомилавања и складиштења опасног и радиоактивног отпада итд., такви инструменти постају неопходни саставни део стратегија заштите животне средине. Сведоци смо да еколошка питања добијају све значајније место у државним политикама, па посебно и у земљама које у протеклим деценијама, притиснуте економским, политичким, социјалним и другим друштвеним проблемима, овим питањима нису придавала важност. Као да се раније

10 М. Лабус, *Основи економије*, Југословенска књига, Београд, 1995, стр. 362.

11 Р. Hesseldahl, „Environmental Tax Reform“, *Ecological Tax Reform*, Danish Board of Technology, Copenhagen, 1996, стр. 4.

12 А.С. Pigou, *The Economics of Welfare*, MacMillan, London, 1920.

сматрало да је покретање питања из области заштите животне средине „резервисано“ само за оне државе које су све друге значајне проблеме, и унутрашње и међународне, решиле, па су, у недостаку других питања, почеле да се баве и еколошким. Стварност је, међутим, временом све више демантовала такве заблуде, те када су високо развијене земље почеле да се ослобађају свог опасног отпада, извозећи га у сиромашније и економски неразвијене државе, и ове друге су постепено почеле да на прави и одговоран начин бивају свесне свог значаја потребе да се заштити животна средина и очувају природни ресурси.

У економском смислу слободна, односно бесплатна употреба, иначе оскудних, природних ресурса, као што су вода и земљиште, могла би да буде један од главних узрока којом би се објаснило одсуство бриге за стање у којем се животна средина налази. У условима разбуктале економије, „игре“ економских интереса, изражене комерцијализације и др., плаћање економске цене у циљу очувања стања и квалитета животне средине пре би донело ефекте, него искључиво ослањање на обезбеђивање и јачање свести појединаца и одговорних лица у предузећима о значају заштите животне средине. Загађивач би, због тога, требало да плати пуни износ трошкова превенције да до еколошке штете уопште ни не дође, а ако до ње ипак дође, као последица његовог неадекватног поступања и обављања штетних активности, и све настале трошкове (трошкови хитних интервенција предузетих у време настанка штете, а који су били неопходни за ограничавање и спречавање ефеката штете по животну средину и здравље становништва, директни и индиректни трошкови санације, односно обнављања претходног стања животне средине, трошкови спречавања настанка исте или сличне штете по животну средину, трошкови накнаде лицима која су директно угрожена штетом по животну средину¹³). Ефикасан систем економских инструмената треба да обезбеди подстицање смањења загађења.¹⁴

Из претходног је очигледно да у улози обвезника овакве еколошке фискалне дажбине може да се нађе свако правно и физичко лице које својим понашањем (незаконитим или неправилним активностима)¹⁵ угрожава животну средину (од емитовања појачане буке и испуштања непријатних мириса, преко загађивања ваздуха, воде и земљишта, па до стварања или непрописног одлагања отпада).

Еколошки порески инструменти, који претпостављају фискалну и финансијску одговорност загађивача, могу да се јаве у форми еколошких пореза и еколошких накнада. У „класичне“ еколошке порезе убрајају

13 Чл. 105 ЗЗЖС.

14 Вид.: Одлука о утврђивању Националног програма заштите животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 12/10.

15 Чл. 103, ст. 2 ЗЗЖС.

се порези на емисије, који се непосредно заснивају на мерењу штетне емисије (тј. испуштању загађујућих материја у животну средину из извора загађивања), односно на процени квантитета и квалитета испуштене загађујуће материје,¹⁶ и порези на производе који стварају загађење, било у моменту њихове производње, било у моменту потрошње¹⁷ (на пример, уместо да се непосредно „на извору“ опорезују штетне емисије сумпор-диоксида, уводи се порез на производе који изазивају такве емисије – уље за ложење, дизел гориво и др.). Еколошке накнаде, с друге стране, обухватају накнаде за загађивања, накнаде за унапређење животне средине, накнаде за коришћење добара од општег интереса (којима се у овом раду нећемо бавити) и накнаде на производе.

Јасну и строгу линију разграничења између ове две групе фискалних инструмената је врло тешко повући, с обзиром на то да обе врсте дажбина представљају „цену“ која се плаћа за нарушавање квалитета појединих сегмената животне средине, као и имајући у виду чињенице да и еколошки порез, и еколошку накнаду обележава принудност и одсуство непосредне противуслуге од стране државе, те је њихово плаћање *in commune bonum*.

У прилог ове наше тврдње навешћемо пример накнаде за стављање амбалаже у промет, која је у законском тексту¹⁸ именована као накнада, иако није јасно који је *ratio legis* определио законодавца да овај економски инструмент сврста у накнаде, а не у порезе. Главни разлози због којих је ова дажбина уведена у фискални систем Србије су спречавање, односно смањење стварања амбалаже и амбалажног отпада, као и њихове штетности по животну средину, као и подстицај за рециклажу и друге облике поновног искоришћавања и употребе амбалаже. Такође, посебним подзаконским актом¹⁹ прописани су и критеријуми за одређивање и обрачун ове накнаде, као што су: врста (папир/картон, пластика, стакло, метал и дрво) и количина амбалаже стављене у промет; састав амбалаже; намена амбалаже (једнократна и виšekратна). Сама природа наведене дажбине, према којој се она плаћа за „стављање у промет“ амбалаже од стране испоручиоца, више нас упућује на неку врсту посредног пореза, мада не искључујемо могућност да еколошки порез на производе може да буде уведен и у форми посебне накнаде

16 Вид.: „Taxation and the Environment (Complementary Policies)“, OECD, Paris, 1988, стр. 105–108.

17 Вид.: X. Oberson, „Environmental Taxes on Products“, *Environmental Taxes and Charges*, Kluwer Law International, The Hague – London, 1995, стр. 73–74.

18 Чл. 103 Закона о амбалажи и амбалажном отпаду – Закон о амбалажи, *Службени гласник РС*, бр. 36/09.

19 Уредба о критеријумима за обрачун накнаде за амбалажу или упакован производ и ослобађање од плаћања накнаде, обвезницима плаћања, висини накнаде, као и о начину обрачунавања и плаћања накнаде, *Службени гласник РС*, бр. 8/10.

(нпр. накнада за пластичне кесе или стаклене флаше), која је у пракси, не ретко, праћена и повраћајем депозита (када дати производ буде упућен на рециклажу).

Сходно законом уведеним принципима „загађивач плаћа“, о којем је напред било доста говора, и „корисник плаћа“²⁰ (енг. *user pays principle*), према којем свако ко користи природне вредности има обавезу да плати реалну цену за њихово коришћење и рекултивацију деградираних животне средине, у виду посебне накнаде за коришћење природних вредности,²¹ у Србији су загађивачи обвезници још две врсте еколошких накнада. Свако лице које својим радњама узрокује загађење животне средине емисијама, односно отпадом или које производи, користи или ставља у промет сировине, полупроизоде или производе који садрже материје штетне по животну средину дужно је да плаћа накнаду за загађивање животне средине.²² Ова дажбина, превасходно, погађа индустријске произвођаче и друге сличне велике загађиваче. Уколико, пак, загађивач спроводи мере којима доприноси смањењу загађивања, он има право на смањење накнаде за емисије сумпор-диоксида, азот-диоксида и прашкастих материја сразмерно процентуалном смањењу загађивања животне средине испод прописане граничне вредности.²³

И на овом примеру, наше мишљење је да се, гледано са аспекта суштине поменуте дажбине, накнада за загађивање животне средине пре може сврстати у порезе на употребу добара и на дозволу да се добра употребљавају или делатности обављају, а не у оне јавне приходе који се традиционално сматрају накнадама. Наиме, она је заснована на идеји да треба да се наметне принцип да „загађивач треба да плати“, увођењем, заправо, пореза на емисију штетних материја из различитих извора загађивања.²⁴ емисије појединачних извора загађивања (сумпор-диоксида, азот-диоксида²⁵ и прашкастих материја), произведени или одложени отпад, супстанце које оштећују озонски омотач, возила на моторни погон и пластичне полиетиленске кесе (осим биораз-

20 Чл. 9, тач. 7 ЗЗЖС.

21 Чл. 84 ЗЗЖС. Упор.: М. Schofield, N. McChesney, „United Kingdom: Indirect Taxation“, *Tax and the Environment: A world of possibilities*, стр. 430–431.

22 Чл. 85 ЗЗЖС.

23 Чл. 4 Уредбе о мерилима и условима за повраћај, ослобађање или смањење плаћања накнаде за загађивање животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 113/05.

24 Чл. 3 и 4 Уредбе о врстама загађивања, критеријумима за обрачун накнаде за загађивање животне средине и обвезницима, висини и начину обрачунавања и плаћања накнаде – Уредба о загађивању, *Службени гласник РС*, бр. 113/05, 6/07 и 8/10.

25 У Шпанији, у појединим областима (нпр. у Андалузији) постоје накнаде на емисију сумпор-диоксида, азот-диоксида и сл. Вид.: R. Mullerat, „Spain: Indirect Taxation“, *Tax and the Environment: A world of possibilities*, стр. 371.

градивих кеса). Поврх тога, из накнаде за загађивање животне средине издвојићемо годишњу накнаду за супстанце које оштећују озонски омотач²⁶, која у свему подсећа на својеврсну специфичну акцизу одређену у апсолутном износу за један килограм увезених штетних супстанци.²⁷ Слично важи и за накнаду за пластичне кесе.²⁸

Предузећа су, такође, обвезници и накнаде за заштиту и унапређивање животне средине,²⁹ уколико обављају одређене активности које, по мишљењу скупштине јединице локалне самоуправе, могу да угрозе животну средину (нпр. индустријска постројења, постројења за прераду хране, хемијска и друга постројења, индустрија минерала, као и пољопривреда и шумарство, производња и прерада метала, индустрија текстила, коже, дрвета и папира и др.),³⁰ као и ако врше транспорт нафте и нафтних деривата, сировина, производа и полупроизвода хемијских и других опасних материја из индустрије или за индустрију на територији одређене јединице локалне самоуправе.³¹ Критеријуми за утврђивање ове еколошке накнаде су: површина за коришћење стамбених и пословних зграда, остварени приход од обављања активности које утичу на животну средину и др.³²

Поменућемо, најзад, још једну фискалну дажбину која, у искључивој функцији остваривања циљева заштите животне средине, постоји у Републици Србији и чије је законско извориште, као и у случају напред наведених дажбина, у непореском закону. У овом случају, законски основ за увођење поменуте дажбине лежи у Закону о управљању отпадом.³³ Реч је, наиме, о накнади коју плаћају произвођачи и увозници одређених производа, који после употребе постају отпад („посебни токови отпада“), а то су: гуме од моторних возила, пољопривредних и грађевинских машина, приколица и сл., производи од азбеста, батерије или акумулатори, минерална и синтетичка уља и мазива (коришћена

26 Чл. 13 Уредбе о загађивању.

27 Мишљење Министарства финансија РС бр. 413-00-0136/2006-04 од 27.12.2006. године (Порески третман промета супстанци које оштећују озонски омотач). На пример, у САД постоје акцизе на одређене хемијске супстанце, као и на супстанце које оштећују озонски омотач. Вид.: J. Koch, P. Merrill, B. Oliver, „United States: Indirect Taxation“, *Tax and the Environment: A world of possibilities*, стр. 483.

28 Чл. 16а Уредбе о загађивању.

29 Чл. 87 ЗЗЖС.

30 Уредба о одређивању активности чије обављање утиче на животну средину, *Службени гласник РС*, бр. 109/09 и 8/10.

31 Чл. 87, ст. 3, тач. 3 ЗЗЖС.

32 Уредба о критеријумима за утврђивање накнаде за заштиту и унапређивање животне средине и највишег износа накнаде, *Службени гласник РС*, бр. 111/09.

33 Чл. 79, ст. 7 Закона о управљању отпадом, *Службени гласник РС*, бр. 36/09.

моторна уља и уља за мењаче, минерална уља за подмазивање, уља која настају обављањем угоститељске и туристичке делатности, у индустрији, трговини и сл., отпадни муљ из производње јестивог уља и др.), електрични и електронски производи.³⁴ Главни циљ због којег је уведен овај фискални инструмент, по угледу на неке друге земље Средње и Источне Европе (нпр. Естонија, Мађарска, Летонија, Пољска и др.), је превасходно подстицајни, тј. потреба да се стимулише, кад год је то могуће, рециклажа одређених материјала.³⁵ Ова еколошка накнада је специфична, с обзиром на то да се одређује у апсолутним износима, према одговарајућој мерној јединици произведених или увезених производа, уз обавезу годишњег усклађивања са стопом раста цена на мало, док обавеза по основу ове дажбине настаје приликом првог стављања на тржиште производа захваћених овом накнадом.³⁶ И у случају овог економског инструмента, са сличном аргументацијом коју смо навели код накнаде за загађивање животне средине, изражавамо наше мишљење да би накнаду која се обрачунава и плаћа на аутомобилске и сл. гуме, производе који садрже азбест, батерије, акумулаторе, минерална уља, електричне и електронске производе требало сврстати међу порезе на употребу добара, односно порезе на производе.

IV Одређивање одговорности загађивача

Примена принципа „загађивач плаћа“ подразумева ефикасно спровођење правила одговорности за животну средину.³⁷ У стварном животу није увек једноставно утврдити која су све лица учествовала, и у којој мери, у стварању штетних последица (било радњама чињења – нпр. употреба биолошки неразградивих материја, било радњама нечињења, у смислу нпр. непостављања заштитних филтера), што је битно за одређивање, а потом и одмеравање њихове одговорности. Загађивач који проузрокује загађење животне средине одговара за насталу штету по начелу објективне одговорности.³⁸

Ситуација је посебно сложена када еколошка штета наступи радњама већег броја загађивача, при чему не може да се утврди, нити изме-

34 Слична накнада постоји, примера ради, и у Шведској. Вид.: P. Tylestam *et al.*, „Sweden: Indirect Taxation“, *Tax and the Environment: A world of possibilities*, стр. 410.

35 „Sofia Initiative: Economic Instruments. Report on the Use of Economic Instruments for Environmental Policy in Central and Eastern Europe“, Fourth Ministerial Conference „Environment for the Europe“, The Czech Republic and Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, Arhus, Denmark, June 1998, стр. 39 и даље.

36 Чл. 9 Закона о управљању отпадом.

37 Вид.: A. Bakker, *нав. чланак*, стр. 9.

38 Чл. 103, ст. 1 ЗЗЖС.

ри појединачни удео сваког од њих у насталом загађењу.³⁹ Тада настаје проблем одређивања обима одговорности сваког појединог загађивача. Требало би спровести поделу одговорности свих привредних субјеката у складу са принципом „загађивач плаћа“.⁴⁰ Опште начело правичности би налагало да сваки од загађивача сноси сразмерни део одговорности у укупној еколошкој штети, који се приписује његовој штетној активности. Међутим, није ни мало једноставно утврдити колика је појединачна цена еколошке штете коју је проузроковао одређени загађивач. Разлог томе је, између осталог, и околност да ризици штетних емисија, не ретко, делују истовремено, као и у релативно дужем временском периоду, па се еколошка штета не манифестује одмах, него се њени појавни облици испољавају постепено. Због тога, преовлађује став да је у случају већег броја загађивача, који су допринели настанку исте еколошке штете, њихова одговорност солидарна.⁴¹ Мишљења смо да загађивачи треба да имају солидарну обавезу у накнади настале еколошке штете, док трошкове у вези са њеним спречавањем треба да сноси сваки појединачни загађивач (нпр. трошкове набавке и уградње заштитних филтера и сл.).

У случају стечаја или ликвидације предузећа, одговорност загађивача за загађивање животне средине не престаје, као што и промене власништва предузећа обавезно, између осталог, укључују и одређивање одговорности за загађење животне средине, односно намирење дугова (терета) претходног власника за извршено загађивање и штету која је нанета животној средини.⁴²

Посебна ситуација у одређивању загађивача, а тиме и одговорности за насталу еколошку штету, настаје у случају када угрожено природно добро (нпр. река, подземне воде и др.) захвата територију две или, евентуално, више националних држава. Тада проблем одговорности не може да се решава само на нивоу загађивача, него се поставља и у односима између држава. Отклањање таквих спорних ситуација се најчешће постиже закључивањем или мултилатералних конвенција, или билатералних уговора између земаља у питању. Сходно начелу супсидијарне одговорности, државни органи у Србији, у оквиру својих финансијских могућности, отклањају последице загађивања животне средине и смањења штете у случајевима када је загађивач непознат, као и када штета потиче услед загађивања животне средине из извора који се налазе ван територије Републике Србије.⁴³

39 Ј. Салма, „Начела и систем еколошког права“, *Правни животић*, бр. 9/1995, стр. 277.

40 Чл. 4 Закона о амбалажи.

41 Ј. Салма, *нав. чланак*, стр. 275.

42 Чл. 9, тач. 5 ЗЗЖС.

43 Чл. 9, тач. 8 ЗЗЖС.

V Комбинована примена принципа „загађивач плаћа“ и принципа опште накнаде

Одговорност предузећа у еколошкој заштити базирана на искључивој примени принципа „загађивач плаћа“ могла би у пракси да отвори значајне социјалне, па и политичке, проблеме. Наиме, под притиском нових фискалних трошкова, али и истовременом неспремношћу да примени превентивне мере (које су, такође, скопчане са одређеним трошковима и издацима) и тиме легитимно избегне плаћање еколошких пореза и такси, загађивач би сам (или, пак, држава) могао да донесе одлуку да затвори производни или индустријски погон. То би довело до затварања огромног броја радних места и изазвало све пратеће негативне последице незапослености. Можда би се тиме, између осталих разлога, могла објаснити и „уздржаност“ власти када треба увести неку еколошку фискалну дажбину у земљама у којима је технологија застарела, где у саобраћају доминирају аутомобили високог просечног века старости, који не испуњавају одговарајуће техничке стандарде загађености и др., а у којима, с друге стране, већ постоји проблем незапослености и низак животни стандард.

У литератури се могу срести мишљења да би принцип „загађивач плаћа“ требало комбиновано примењивати са принципом опште накнаде.⁴⁴ Принцип опште накнаде подразумева да сваки грађанин треба да понесе сразмерни део терета, у очувању животне средине, чији је он саставни део. То значи да трошкове заштите и очувања квалитета и стања животне средине треба да носе не само загађивачи, тј. они који су својим радњама угрозили ову средину, већ сви чланови друштвене заједнице. Но, овде бисмо могли поставити питање да ли би принцип опште накнаде индиректно значио увођење неке врсте „наменске главарине“, коју би плаћала сва лица у истом износу, без обзира на разлике у погледу њихове економске снаге, а од које би приходи наменски били трошени за очување и унапређење животне средине. Међутим, у савременим пореским системима оваква врста пореза се не среће, јер су крајње неправични.⁴⁵

Наше је мишљење да у циљу еколошке заштите, терет еколошких дажбина треба да понесу искључиво загађивачи, управо због чињенице да су они одговорни за насталу еколошку штету. У случају примене принципа опште накнаде, порески терет би неоправдано носила и она

44 О. Лончарић-Хорват, „Подузеће и еколошка давања“, *Ойорезивање добити и предузећа* (ред. М. Ханжековић *et al.*), Институт за јавне финансије, Загреб, 1990, стр. 179.

45 Вид.: Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 69.

лица која ни на који начин нису учествовала у стварању еколошке штете, нити произвођењу сличних ризика. С обзиром на то да трпе штетне последице радњи других лица, они имају право не само да траже накнаду причињене штете, већ и да захтевају да лице-штетник (загађивач) предузме све потребне и неопходне мере како би узрок штете био трајно уклоњен. Латинска изрека каже: *Causa sublata tollitur effectus*, односно „Када се уклони узрок, престаје и последица“. То је уобличено и одговарајућом правном нормом у српском еколошком законодавству, где је прописано да је „загађивач или његов правни следбеник обавезан да отклони узрок загађења и последице директног или индиректног загађења животне средине“.⁴⁶

Принцип „загађивач плаћа“ могао би се тумачити и примењивати у модификованом облику. Наиме, предузећима која један део сопственог капитала улажу у куповину одговарајућих уређаја за спречавање или смањивање загађивања воде или ваздуха, или, пак, која користе секундарне сировине које рационализују потрошњу електричне струје, или које мање загађују животну средину могле би се одобрити одређене пореске олакшице (нпр. умањење пореске основице за износ еколошких инвестиција, режим убрзане амортизације сталних средстава која су еколошки оријентисана и др.).⁴⁷

VI Уместо закључка

Трошак еколошког пореза/накнаде пада на загађивача, односно интернализује се, што за последицу има не само санкционисање, већ и подстицај да се убудуће поведе више рачуна о природним добрима и животној средини.

Може се догодити да поједини порески обвезници, ипак, одлуче да не коригују своје понашање у еколошки жељеном правцу, учинивши избор да је за њих економски исплативије да плате еколошки порез/накнаду, уместо да промене дотадашњи начин производње или обављања сличне делатности, а која се негативно одражава на стање и квалитет животне средине. Отуда је пред законодавцем посебан изазов при одређивању пореске стопе еколошког пореза/накнаде. Еколошки порез, да би остварио задати циљ, мора у себи да сједини и казни и подстицајни карактер, а то се управо постиже кроз одмеравање одговарајуће висине његове стопе. Оптимално оптерећење еколошким порезом требало би да буде сразмерно маргиналним трошковима

46 Чл. 9, тач. 5 ЗЗЖС.

47 Упор.: М. Rodi, „Tax Expenditures for Environmental Purposes“, *Environmental Taxes and Charges*, Kluwer Law International, The Hague – London, 1995, стр. 94–95.

загађења, односно износу штете коју производи свака додатна јединица загађивања.⁴⁸ Треба бити врло обазрив приликом одмеравања висине стопе. Уколико би она била постављена на непримерено висок ниво, размере евазије овог пореза биле би значајно повећане, чиме не би био постигнут намеравани циљ, а то је понашање у складу са захтевима природе. Примера ради, пољопривредни произвођачи могу да почну да стварају неоправдане залихе пестицида пре него што порез почне да се примењује, како би, барем за одређено време, избегли плаћање високог еколошког пореза на овај производ. Поред тога, постоји оправдан ризик од премештања индустријских предузећа у оне земље у којима еколошки порез или друга слична економска мера не постоји, тако да би се извор загађивања само, заправо, „преселио“ на друго подручје, те би животна средина и надаље остала угрожена. С друге стране, ако би стопа еколошке дажбине била прописана у ниском износу, не само да таквом даждином не би били остварени практично никакви фискални ефекти, него, што је у конкретном случају примарнији циљ, таква дажбина не би била стимулативна за предузеће да промени своје понашање у еколошки прихватљивом правцу.

Ако држава жели да одреди ниво оптерећења еколошким порезом/накнадом који би, у економском смислу, могао да се оцени као најприхватљивији, неопходно је претходно да се утврди обим настале еколошке штете, као и износ трошкова предузимања мера за спречавање загађивање (трошкови превенције). Овај сложени задатак захтева емпиријски валидне информације о вези између пореског терета и понашања привредних субјеката који се јављају у улози загађивача. Мишљења сам да је у овом тренутку за Републику Србију значајно да развија еколошку свест код постојећих и потенцијалних обвезника ове врсте пореза, између осталог, и кроз доследну примену принципа да загађивач треба да плати, а током примене таквих дажбина почетно одмерена стопа, по правилу одређена у апсолутном износу, ће се кориговати и усклађивати како са економским, тако и са еколошким захтевима.

48 А. Bakker, *нав. чланак*, стр. 8.

Gordana ILIĆ-POPOV, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

FISCAL RESPONSIBILITY OF COMPANIES IN ECOLOGICAL PROTECTION IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The polluter-pays principle means extended polluter responsibility. It is a concept where manufacturers and importers of products should bear a significant degree of financial responsibility for the environmental impacts of their products, including impacts inherent in the selection of materials for the products, impacts from the manufacturers' production process itself, as well as impacts from the use and disposal of the products. Environmental taxes and charges are based on this principle. The most relevant market-based instruments in the Republic of Serbia are: taxes to discourage the use of environmentally damaging products, taxes and fees to control industrial pollution and waste, as well as taxes on the extraction of natural resources. In the paper it is stressed that ecological taxes should have incentive rather than punishment effect, because they force a polluter to make a choice of whether to avoid the costs imposed by such tax by investing in measures that are less polluting or to pay the costs.

Key words: *ecological tax, polluter pays, pollution, charges, responsibility, sustainable development.*

др *Небојша* ЈОВАНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОСПОРЉИВОСТ „ИЗВРШНИХ“ ПОТРАЖИВАЊА У СТЕЧАЈУ*

Резиме

Рад се бави појавом у којој стечајни управници у пословику утврђивања и израживања оспоравају повериоцима уредно пријављена потраживања садржана у извршним исправама, што стечајне судије често подржавају, упућујући повериоце на парницу. Основно питање које се у раду поставља јесте да ли је уопште примерено (одредано) законом дати право стечајном управнику да оспорава израживање које је утврђено извршном исправом. Осим тога, питање је да ли је садашња домаћа судска пракса у оспоравању ових израживања законита. У покушају давања одговора на ова питања писац размајра правила домаћих и страних закона. Рад се заснива на два текућа случаја из судске праксе од којих се на један примењује Закон о стечајном пословику, а на други Закон о стечају. Последице стечајних управника, па и суда, у оба случаја је истовешно, иако то не би смело, јер су правила наведених закона у овом питању битно различита. Закључак је да је крајње спорна законитост домаће судске праксе у тумачењу закона у овом питању, јер се стечајном управнику признаје право да произвољно оспорава несумњиве извршне изражбине. Таквом праксом се криши закон,

* Овај чланак је, у ствари, допуњени рад који је писац објавио под истим насловом у зборнику радова „Радни материјал II“ на 18. саветовању судија привредних судова Србије у организацији Привредног апелационог суда одржаног на Златибору 6.–8. септембра 2010. год., стр. 21–36.

Чланак 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.).

ошћењу повериоци и уноси правна несијурности у стечај, чиме суд изазива безаконје и обесмишљава своју главну функцију, а што је заштитна субјективних права у која свакако садају и израживања пријављена у стечају.

Кључне речи: стечај, израживање, оспоравање израживања, извршна исправа.

I Увод

Основни циљ стечаја је да омогући што повољније намирење поверилаца платежно неспособног дужника.¹ Ако се стечај не спроводи реорганизацијом него банкротством, главни задатак стечајног суда је да преко стечајног управника заплени и уновчни имовину стечајног дужника, те да је подели повериоцима како би им намирио тражбине. Како је могуће да у стечају неко лице пријави потраживање које нема (непостојеће или лажно потраживање) или да пријави веће потраживање него што га заиста има према стечајном дужнику (превисоко потраживање), нужно је да суд провери постојање и висину пријављених тражбина. Та провера се врши у поступку утврђивања потраживања, где стечајни управник у име дужника и повериоци пријављених потраживања имају могућност да се на посебном рочишту изјасне да ли признају или оспоравају свако пријављено потраживање. Ако се неком повериоцу оспори пријављено потраживање, онда се он и оспоритељ упућују да у посебном парничном поступку ван стечаја докажу своје тврдње, како се стечајни поступак не би оптерећивао и одуговлачио, јер је то по својој природи ванрасправни и извршни поступак. Поверилац коме је потраживање оспорено нема право да се намири у стечају, док суд у парничном поступку не утврди постојање и висину његовог потраживања. Кад га суд утврди, поверилац се „враћа“ у стечај, добијајући и право на намирење равноправно са осталим повериоцима истог исплатног реда. Ако је, међутим, оспоравање основано и то се докаже у парници, поверилац коначно губи право на намирење потраживања у стечају.

При утврђивању потраживања у стечају важно је питање *доказној средстви* којим пријавилац потраживања уверава суд и учеснике у

1 Закон о стечају Србије (Сл. ил. РС, бр. 104/09; даље у фуснотама: ЗС), чл. 2; вид. Велимировић Михаило, *Стечајно право*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 25; Good Roy, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, стр. 24; Јовановић Небојша, Предрасуде о стечајној реорганизацији у Србији, *Зборник радова са саветовања Агенције за лиценцирање стечајних управника*, Београд, 2007.

стечају да има пријављено потраживање. Он може да употреби сва доказна средства које познаје процесно право (нпр. исправе), али је њихова доказна снага („моћ убеђивања“) различита. Најјачу доказну снагу свакако имају јавне исправе, јер им се по закону претпоставља и аутентичност и истинитост садржине, док оспоритељ не докаже супротно.² За стечај је посебно значајна извршна исправа, као врста јавне исправе. Извршна исправа је врста јавне исправе (појединачан правни акт) којом надлежни орган (доносилац исправе, издавалац) утврђује да у њој означени поверилац има означено потраживање према означеном дужнику.³ Стога, учесници стечаја, укључујући и суд, јесу дужни да пријављено потраживање из извршне исправе прихвате као постојеће (као утврђено) у означеној висини, док се супротно не докаже. Закони правне логике (дедукција) налажу закључак да је суд *дужан* да учесника који оспорава потраживање из извршне исправе (даље у овом раду: извршно потраживање или извршна тражбина) упуту да у парници докаже своју тврдњу односно да докаже да поверилац нема пријављено потраживање или да га нема у пријављеној висини на коју гласи исправа. Није значајно да ли је оспоритељ стечајни управник (нпр. у име стечајног дужника) или други поверилац у стечају.

У Србији се, међутим, јавила пракса да стечајни управник оспорава извршна потраживања у стечају иако нема било каквих доказа о основаности своје тврдње (нпр. да потраживање не постоји или да је мање од пријављеног), а да га стечајни судија у томе подржи, те да упуту повериоца из извршне исправе на парницу. Тиме суд принуђава повериоца да поново докаже своје потраживање у парници, које је већ утврђено извршном исправом, иако му је оно раније већ утврђено и доказано у одговарајућем поступку пред судом или другим државним органом. Оваква пракса је противна здравом разуму сваког психички здравог човека, па се јавља питање да ли је могуће да су правници толико „разумнији“ од осталих људи да је само њима схватљиво оно што је свима безумно и несхватљиво.

II Пракса са гледишта повериоца

Неразумност изложене праксе најбоље се схвата са становишта повериоца коме је стечајни управник оспорио пријављено потраживање

- 2 Закон о парничном поступку Србије (*Сл. ил. РС*, бр. 125/04, 111/09; даље у фуснотама: ЗПП), чл. 230; вид. Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, Београд, Службени гласник, 2009, стр. 401–404; Познић Боривоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 254.
- 3 Закон о извршном поступку Србије (*Сл. ил. РС*, бр. 125/04; даље у фуснотама: ЗИП), чл. 29–34; вид. А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 807; Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 434.

утврђено, рецимо, извршном парничном пресудом, као главном врстом извршне исправе.⁴ Наиме, такав поверилац је пре стечаја водио парнични поступак против истог дужника, најчешће пред истим судом који је надлежан и за стечај (суд места туженика) поводом истог потраживања и истог спорног догађаја због којег му управник у стечају оспорава тражбину, невољан да му је добровољно намири, као што то ни дужник пре стечаја није био вољан. Тај поверилац је у ранијој парници „победио“ дужника и добио од суда правноснажну пресуду коју му дужник није добровољно извршио, након чега му је суд ту пресуду клаузулом извршности учинио извршном исправом. У стечају га тај исти суд преко стечајног судије упућује на парницу, не признајући своју пресуду (извршну исправу), само из разлога што је стечајни управник у име истог дужника, оспорио извршну тражбину. Задатак „упућеног“ повериоца је да у парници поново докаже све оно што је раније у парници до извршности већ доказао, и то обично пред истим судом. Оваквим судским поступањем, којим се поверилац враћа „на почетак суђења“ у спору са дужником, правни лаик остаје збуњен, а правник мора да буде згранут. Душевно здравом човеку овакво поступање мора да изгледа као да суд поиграва са повериоцем стављајући га у улогу пинг-понг лоптице у игри између себе и дужника, којег у стечају заступа стечајни управник.

III Случајеви

Да се ради о „српском“ заплету из Кафкиног романа „Процес“ показују два текућа стечаја, чија ће чињенична стања укратко бити изложена.⁵

Први случај – Акционарско друштво А. из К. је 1993. год. одлуком своје скупштине о усвајању завршног рачуна за 1992. год. одлучило да издвоји из добити 390.000 динара за дивиденде својим акционарима. Истом одлуком је одредило да се дивиденде не исплате акционарима, већ да њихову укупну суму узајми од акционара ради улагања у производњу, с тим што рок за повраћај зајма није био одређен. Друштво је зајам обртало у свом пословању, не враћајући га акционарима, до 2001. год., што је уредно књижило и исказивало у годишњим обрачунима, тако да му је тада укупан ревалоризован дуг за исплату дивиденди износио око 18 милиона динара. Управни одбор друштва је 2002. год. одлучио да друштво исплати дугујуће дивиденде и тиме врати дуг својим акционарима (укупно њих 108). Друштво је сваком акционару

4 ЗИП, чл. 30, 31.

5 Преписи списка оба предмета се налазе код аутора, али се овде не наводе поступајући суд ни бројеви предмета да се не би повредило начело независности суда.

издало потврду са износом дивиденде коју му дугује, али ником је није платило до 2004. год., иако је скупштина друштва признала те дугове и исказала их у годишњем обрачуну. Године 2002. држава је спровела приватизацију друштвеног капитала у друштву, у којој је купац тог капитала постао већински акционар, уз куповину акција од постојећих акционара. Пошто друштво није враћало зајам, акционари су га писмено опоменули 2004. год., али је оно одбило исплату, те су га акционари тужили. У насталој парници судови су правноснажно усвојили тужбени захтев у већем делу траженог износа, обавезавши га да исплати дивиденде (врати зајам). Како друштво, као дужник, није добровољно исплатило дивиденде ни по правноснажној пресуди, суд му је у извршном поступку 2008. год. запленио робу у његовом складишту у корист поверилаца за износ главнице од 7,5 милиона динара са затезном каматом. Заложно право на роби у корист поверилаца уписано је у регистар заложних права код Агенције за привредне регистре 2009. год., а судска одлука о забрани располагања је истакнута на складишту дужника у ком се роба налазила.

Пре него што су повериоци успели да продају заложену робу, дужник је пао у стечај почетком 2010. год., чиме су је извршни поступак прекинут. Како је стечај покренут пре почетка примене Закона о стечају из 2009. год., за овај стечај је меродаван Закон о стечајном поступку из 2004. год. У стечају је стечајни управник оспорио не само потраживања акционарима, него и њихово разлучно право, тврдећи да нема робе у складишту дужника, на ком је истакнута судска забрана располагања. Истовремено је допустио да треће лице, које је тврдило да је роба у складишту његова, изнесе робу из складишта, уз образложење да она није судски заплена, те да није ни предмет заложног (разлучног) права. Стечајни управник је ово учинио упркос томе што је суд у извршном поступку одбио захтев истог трећег лица за предају робе упутивши га на парницу ради доказивања свог права на роби, а коју оно никад није ни покренуло. Стечајни судија је закључком потврдио листу оспорених потраживања према стечајном дужнику, коју је сачинио стечајни управник, упућујући их све на парницу, укључујући и споменуте мањинске акционаре, као разлучне повериоце. Разлучни повериоци су тужбом тражили да им се призна разлучно право, али им је првостепени суд одбио захтев уз образложење да је утврдио да пописане робе у складишту више нема, те да нема предмета залог.

Друји случај – Друштвено предузеће Л. М. из Б. запало је у финансијске тешкоће, те није плаћало ни минималне зараде својим радницима. У насталим парницама судови су правноснажно обавезали предузеће, као дужника и туженика, да својим радницима, као поверио-

цима и тужиоцима, исплати утужене минималне зараде. У парницама су раднике, као тужиоце, заступали адвокати, при чему је сваки адвокат заступао већи број радника. Како адвокати нису наплаћивали награду за свој рад од радника, као својих властодаваца, а ради лакшег утврђивања износа накнаде парничних трошкова, судови су пресудама туженом предузећу наложили да сваком адвокату плати одговарајући износ накнаде парничних трошкова за све тужиоце које је заступао у парници. То је била и изричита воља радника, као тужилаца, коју су изјавили суду у парницама, чиме су своје тражбине на накнаду парничних трошкова од туженог уступили (цедирали) својим адвокатима, као заступницима. Како тужено предузеће није добровољно извршило своје обавезе ни по правноснажним пресудама, тужиоци су покренули извршне поступке преко истих адвоката. Пре окончања извршних поступака, међутим, предузеће је пало у стечај, који је покренут фебруара 2010. год., што значи након почетка примене Закона о стечају из 2009. год., тако да је овај закон меродаван за овај случај. У стечају је стечајни управник оспорио многим радницима извршна потраживања за минималне зараде, али је оспорио потраживања и адвокатима, као повериоцима за накнаду парничних трошкова. Своје оспоравање потраживања адвоката на накнаду парничних трошкова од стечајног дужника стечајни управник је образложио чињеницом да му у поднетим исправама, укључујући и пресуде, као извршне исправе, нису поднети докази да су оспорена потраживања прешла на адвокате, као повериоце. Тиме се позвао на један од разлога за оспоравање извршног потраживања, јер Закон о стечају допушта његово оспоравање само из таксативно набројаних разлога (чл. 113).⁶ Упркос приговору поверилаца суд читавих шест месеци није донео било какву одлуку иако је био дужан то да учини, а већ је почео да организује јавне продаје ради уновчавања имовине стечајног дужника.

IV Разматрање узрока произвољног оспоравања

Овакво крајње чудно поступање стечајног управника и суда вероватно је узроковано правилима Закона о стечајном поступку из 2004. год.⁷ Овај закон даје право стечајном управнику да оспори свако пријављено потраживање у стечају без обзира на доказе које је поверилац уз пријаву тражбине поднео суду (чл. 94, 96). Он има право да оспори потраживања која повериоци доказују приватним исправама (нпр. рачун, исправа о уговору, потврда о пријему робе, потврда о упла-

6 У часу писања овог рада стечајни судија није усвојио коначну листу утврђених потраживања, те није познато да ли је прихватио управничко оспоравање ових извршних тражбина (нап. аут.).

7 *Сл. ил. РС*, бр. 84/04 (даље у фуснотама: ЗСП).

ти новца на рачун дужника), али и она која доказују јавним исправама (нпр. пресуда, решење). Због тога има право да оспори и потраживање које је већ правноснажно утврђено извршном исправом. Дословним правно-догматским тумачењем Закона о стечајном поступку у питању оспоравања тражбина долази се до бесмисленог закључка да се на парницу упућује и поверилац из извршне исправе ради утврђивања оспорене тражбине, иако му је њу суд или други државни орган раније већ утврдио у одговарајућем поступку, чему као доказ и служи извршна исправа.

Тиме је овим законом уназађена заштита поверилаца у стечају у односу на стари Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији социјалистичке Југославије из 1989. године, иако је требало да буде побољшана.⁸ И закон из 1989. године је допуштао стечајном управнику да оспори сваку пријављену тражбину, укључујући и ону из извршне исправе, али није наметао извршном повериоцу терет покретања парнице ради његовог утврђивања (чл. 125, 127). Стога је терет покретања парнице ради оспоравања извршног потраживања сносио оспоритељ, било да је он стечајни управник или други поверилац. То је за повериоце знатно повољније решење него оно из Закона о стечајном поступку.

Како је Законом о стечајном поступку требало да буде побољшана заштита поверилаца, што је истицано као основни разлог његовог доношења, може се закључити да су његови писци учинили грешку у овом питању. Грешка је тројака.

Прво, тим законом је стечајном управнику допуштено да из било ког разлога оспорава извршне тражбине, чиме му је омогућена превелика самовоља и произвољност. Ако му је законом већ дато право да оспори извршну тражбину, требало је да му се законом битно ограничи на таксативно набројане оправдане разлоге. Оправдани разлози могу да буду само чињенице које су наступиле после извршности услед којих потраживање или извршност престаје (нпр. потраживање је већ намирено, извршна исправа је укинута у поступку по ванредном правном леку).

Друга грешка је што се законом допушта стечајном управнику и другом повериоцу да оспори тражбину, макар била извршна, без изношења било ког разлога и без подношења било каквог доказа о основаности разлога оспоравања. Ако се повериоцима законом захтева да подносе доказе за своје пријављене тражбине у стечају, начело равноправности странака налаже, сходном применом правила парничног поступка, да се исто захтева и оспоритељу, макар да је он и стечајни управник. У супротном су повериоци, као странке у стечају, дискрими-

8 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 84/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 37/93, 29/96.

нисани у односу на стечајног дужника, што је управо противно главном циљу стечаја, а то је појачана заштита поверилаца. Равноправност странака је битан састојак права на правично суђење утврђеног Европском конвенцијом за заштиту права и основних слобода закљученом у Риму 1950. године (са неколико протокола). Србија ју је ратификовала 2003. године, учинивши њена правила својим унутрашњим правом.⁹ Најзад, здрав правнички разум налаже да се повериоцу саопшти разлог оспоравања његове тражбине, иначе се онемогућава да покрене парницу за њено утврђивање. Тужбени захтев мора да буде учињен вероватним изнетим чињеничним стањем у тужби, што поверилац није у стању, ако у тужби не наведе разлог њеног подношења, а то је разлог оспоравања његове тражбине у стечају. Дословна примена парничног права у овом случају даје основ за одбацивање тужбе, чиме би се поверилац онемогућио да заштити своју тражбину не само у стечају, већ и у парници.

Трећа грешка се тиче терета покретања парнице ради утврђивања потраживања које је оспорено у стечају. Ако је оправдано законом наметнути тај терет повериоцу чије потраживање није утврђено извршном исправом, онда је свакако неоправдано да се намеће извршном повериоцу, јер се тиме законом ниподаштава значај судова или других државних органа који су потраживање правноснажно утврдили у поступцима које су водили пре стечаја. Осим тога, тиме се укида претпоставка истинитости садржине извршне исправе, као јавне исправе, чиме се Закон о стечајном поступку коси са Законом о парничном поступку. Значи, Законом о стечајном поступку је требало изричито терет покретања парнице ради утврђивања оспореног извршног потраживања наметнути оспоритељу, било да је он стечајни управник или други поверилац. Осим тога, ако је оспоритељ стечајни управник, законом му је требало изричито наметнути обавезу да из својих средстава, уместо из стечајне масе, сноси трошкове парничног поступка, ако би се касније у парничном поступку утврдило да је шиканозно (злонамерно, обесно) оспорио извршно потраживање. Губитак права на накнаду парничних трошкова из стечајне масе, као санкција за шиканозно оспоравање извршне тражбине, могла би да се примени на стечајног управника и на основу општих правила стечајног права, без њеног изричитог законског предвиђања. Наиме, стечајни управник одговара свим учесницима стечаја за штету коју им изазове намерно или крајњом непажњом.¹⁰ Шиканозно оспоравање извршне тражбине свакако је намерна радња стечајног управника за коју одговара оштећеном лицу. Ако се оштећени извршни

9 *Сл. лист СЦГ*, бр. 9/03; вид. А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 92.

10 ЗСП, чл. 19; ЗС, чл. 31.

поверилац (нпр. није успео да намири парничне трошкове утврђивања своје тражбине из стечајне масе или на други начин), онда он има право да их намири из личне имовине управника. Ако је оштећеник стечајни дужник (нпр. из стечајне масе су повериоцу накнађени трошкови парнице за утврђивање његове извршне тражбине), онда би стечајни судија требало стечајном управнику да ускрати право на накнаду трошкова које је сносио у тој парници.¹¹

V Упоредно право

Кад је већ Законом о стечајном поступку учињена тако озбиљна грешка, а он се и даље примењује на већину текућих стечајних поступака, јавља се питање да ли је могуће и друкчије тумачење закона. Таквим тумачењем би се повериоци боље заштитили од самовоље стечајних управника, па и суда. Да би се до таквог тумачења дошло ваља да се проуче решења истог проблема у страним правима. Њиховим проучавањем се сазнаје да је Закон о стечајном поступку „усамљен“ у давању претеране слободе стечајном управнику да оспорава пријављене тражбине повериоцима.

У *немачком* праву, које нам често служи као узор у законодавству, стечајни управник и сваки поверилац имају право да оспоре свако пријављено потраживање у стечају, укључујући и извршно потраживање.¹² Оспоритељу се законом не ограничавају разлози оспоравања, што је исто као у Закону о стечајном поступку. Међутим, терет покретања парнице због оспоравања извршне тражбине битно је друкчије уређен. Ако је тражбина неизвршна, на парницу се упућује поверилац коме је оспорена, било да ју је оспорио стечајни управник или неки од поверилаца. Ако је, међутим, извршна, на парницу се упућује оспоритељ. Ово је решење и нашег бившег Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, као и *хрватској* права.¹³

Бриџанско право инсистира на *доказивању* потраживања које повериоци пријављују поверенику (*trustee*) у стечају, који тамо има сличну улогу нашем стечајном управнику. Повериоци пријављују тражбине на посебном обрасцу и уз пријаву подносе одговарајуће доказе надлежном званичном органу за спровођење стечаја (*Official Receiver*). Након тога, званични орган прослеђује на проверу стечајном поверенику све прикупљене пријаве тражбина са приложеним доказним средствима. Повереник има право да захтева од повериоца, у чију тражбину сумња,

11 ЗСП, чл. 21; ЗС, чл. 34.

12 Закон о стечају Немачке (*Insolvenzordnung*) из 1994. год., пар. 179.

13 Стечајни закон Хрватске из 1996. год., чл. 178,

да је докаже у форми писмене заклетве.¹⁴ Право увида у пријаве и доказе ради провере имају и сви повериоци, као и сам дужник. Повереник има право да оспори у целини или делимично сваку пријављену тражбину, као што то право има и сам дужник и сваки поверилац. Повереник је дужан да писмено образложи сваком пријавиоцу своје оспоравање његове тражбине. Пријавилац оспореног потраживања сноси терет подношења захтева суду ради утврђивања тражбине у року од 21 дан пошто је обавештен о оспоравању. Ако му је шериф, као орган надлежан за појединачно извршење, пре покретања стечаја намирио тражбину, поверилац намирење задржава у целости за себе, те није дужан да га укључи у стечајну масу ради заједничког намирења свих поверилаца. Изузетно је то дужан, ако му у парници буде побијено намирење на захтев повереника или неког од поверилаца у стечају, у ком случају мора да га уступи поверенику. Ако је, међутим, стечај покренут у току извршног поступка, шериф је дужан да обустави појединачно извршење. У том случају, ако шериф још није продао заплешену ствар дужника, дужан је да је преда поверенику у стечају. Ако ју је продао, али новац још није предао повериоцу, шериф је дужан да поверенику преда новац, пошто претходно одбије у целини износ својих трошкова у извршењу.¹⁵

Француско право одређује да листу потраживања у стечају саставља представник поверилаца (*representant des creanciers*) пошто претходно саслуша мишљење дужника о свакој тражбини. Ту листу, са својим предлогом за прихватање или оспоравање пријављених потраживања, доставља поступајућем судији (*juge-commissaire*), који утврђује коначну листу прихваћених и оспорених потраживања. Потраживање сме да оспори тек пошто омогући повериоцу да се изјасни о разлозима оспоравања. Међутим, тражбине *утврђене извршном исправом* сматрају се утврђеним у стечају и *не могу се оспоравати*. Судија листом одређује и лице (повериоца или оспоритеља) које се упућује на посебан поступак пред судом ради утврђивања оспорене тражбине. Против одлуке судије повереника о листи тражбина незадовољно лице има право жалбе другостепеном суду.¹⁶

14 Таква форма се у енглеском праву зове „*affidavit*“ и састоји се у томе што одређено лице даје изјаву званично овлашћеном лицу (нпр. адвокату, солиситеру) заклинајући се у њену истинитост. Овлашћено лице је писмено бележи и оверава, потврђујући да је примио изјаву и заклетву означеног и потписаног даваоца изјаве. Давалац изјаве кривично одговара ако се касније оваква изјава покаже неистинитом. В. Hardy Ivamy, *Law Dictionary*, Butterworths, London, 1988, стр. 18.

15 Закон о стечају Британије (*Insolvency Act*) из 1986. год., одсек 346; Правила о стечају (*Insolvency Rules*), глава 9, одсек 4.83; вид. Fiona Tolmie, *Corporate and Personal Insolvency Law*, Glass House, London, 2003, стр. 278; Paul Dobson, Clive Schmitthoff, *Charlesworth's Business Law*, Sweet & Maxwell, London, 1991, стр. 703, 705.

16 Jacques Mestre, *Droit commercial*, LGDJ, Paris, 1997, стр. 746, 749.

Финско право има можда најпромишљенији приступ питању оспоравања потраживања у стечају.¹⁷ У тој земљи стечајни управник саставља нацрт „исплатне листе“ (*disbursement list*). У њега уноси сва потраживања која су повериоци пријавили у стечају, осим оних за која је очигледно да не могу да се намире из стечајне масе. Он, дужник и сваки поверилац имају право да оспоре свако пријављено потраживање, при чему оспоравање (приговор) мора да буде јасно (одређено), обрзложено и засновано на оправданим разлозима. Очигледно неоснована оспоравања, а нарочито оспоравања тражбина из правноснажно пресуђених ствари (*res iudicata*), одбацују се већ у стечајном поступку, без икаквог упућивања странака у спору на посебан поступак ради његовог решавања. Преведено на језик српског права, то значи да је у стечају забрањено оспоравање тражбина из извршних исправа, ако оспоритељ нема уверљиве доказе за своје оспоравање. Након нацрта исплатне листе, стечајни управник саставља исплатну листу пошто омогући дужнику и сваком повериоцу пријављеног потраживања да се изјасни о оспоравањима и евентуално постигну нагодбу. Њу потом подноси стечајном суду на потврду, уз обавештење о сваком утврђеном и неспорном потраживању, као и о оним која су још спорна. Ако ни суд не може да утврди спорну тражбину на основу доказа расположивих у стечају, спор се *ио службеној дужности* наставља у посебном парничном поступку. Ако у том поступку изостане оспоритељ, сматра се да је одустао од свог приговора. Ако изостане поверилац, његово потраживање се признаје у стечају само у висини која је очигледно доказана у стечају.

VI Закон о стечају Србије

Имајући у виду бесмисленост текуће праксе оспоравања извршних потраживања у стечају Србија је *Законом о стечају* из 2009. године битно ограничила право на оспоравање извршних тражбина, и то на два начина. Први начин се састоји у забрани њиховог оспоравања, осим из законом таксативно набројаних разлога.¹⁸ Ти разлози се, у суштини сведе на оне због којих се иначе може жалбом да оспори решење о извршењу у извршном поступку.¹⁹ Они су: 1) престанак важења извршне исправе (нпр. укидање, поништај, преиначење), 2) престанак извршне тражбине због чињенице која је наступила после извршности (нпр. намирена, опроштена, новирана), 3) протек законског рока за извршење (нпр. застарелост протеком рока од 10 година по правноснажности пресуде),

17 Закон о стечају Финске (*Konkurssilaki*) из 2004, глава 13, пар. 1, 4, 5, 6, 8–12.

18 ЗС, чл. 113.

19 ЗИП, чл. 15.

4) изостанак преноса извршног потраживања на повериоца, односно изостанак преноса дуга на стечајног дужника, 5) могућност побијања у стечају правне радње (нпр. правног посла) на коју се односи извршна исправа. Други начин којим се Законом о стечају ограничава право на оспоравање извршне тражбине тиче се терета покретања парнице. Ако је тражбина неизвршна, а оспорава је стечајни управник, њен поверилац се упућује на парницу. Ако му неизвршну тражбину признаје стечајни управник, али је оспорава други поверилац, на парницу се упућује оспоритељ. Најзад, ако је тражбина извршна, увек се на парницу упућује оспоритељ.²⁰

Овим начинима ограничавања оспоравања Законом о стечају се отклањају три грешке Закона о стечајном поступку: 1) право на оспоравање извршне тражбине из било ког разлога, 2) непотребност изјашњавања оспоритеља о разлогу оспоравања и 3) упућивање извршног повериоца на парницу, уместо стечајног управника. Међутим, српски законодавац је испустио прилику да Законом о стечају још боље заштити повериоце од самовоље стечајног управника, чиме би се унела још већа правна сигурност у поступак утврђивања тражбина стечају. Наиме, у упоредном праву се оспоритељу, било да је стечајни управник, дужник или поверилац, допушта да оспорава пријављене тражбине само из оправданих разлога за које суду подноси ваљане *доказе*. То важи за све тражбине у стечају, како неизвршне, тако и извршне. Закон о стечају Србије, међутим, допушта сваком да оспори пријављену тражбину без подношења суду било каквих доказа. Штавише, повериоцу оспореног потраживања се у том случају намеће терет да стечајном управнику понуди *годашње* доказе о свом потраживању.²¹ Ако се повериоцу захтева да у стечају поднесе суду доказе за своју тражбину (тврдњу), онда закони правне логике налажу да се то исто мора да захтева и оспоритељу због начела равноправности странака у поступку. Ако је то тешко изводљиво кад се оспоравају неизвршна потраживања због њихове бројности и различите природе, онда је то нужно бар за извршна потраживања. Због тога би ваљало да се Закон о стечају допуни у смислу да се оспоритељу, а посебно стечајном управнику, наметне терет доказивања основаности свог оспоравања пријављене извршне тражбине. У супротном, такво оспоравање суд мора да занемари у стечају или да упути стечајног управника на парницу. Таквим изричитим правилом би се битно ограничила тренутна самовоља, па и злоупотреба, стечајних управника, али и судова, која влада у пракси утврђивања потраживања у стечају. Међутим, и без таквог изричитог законског правила стечајни

20 ЗС, чл. 117.

21 ЗС, чл. 113, ст. 5.

суд би могао да оспоритељу извршне тражбине тражи подношење доказа за своју тврдњу позивајући се на општа правила парничног поступка о терету доказивања.

VII Судска пракса у парници за утврђивање извршне тражбине

У парницама које су извршни повериоци, као тужиоци, покретали ради утврђивања својих оспорених извршних тражбина против стечајних дужника, као туженика, судска пракса је заузела став да тужилац не мора да изводи све доказе поново које је извео у поступку из ког потиче извршна исправа. Напротив, довољно је да поднесе извршну исправу, те да се терет доказивања непостојања или вишка његове извршне тражбине пребаци на туженог. Осим тога, у таквим парницама се туженом не допушта оспоравање извршне тражбине из било ког разлога, него се доказивање ограничава само на испитивање разлога за побијање извршне исправе у извршном поступку (нпр. да је тражбина намирена по извршности, да је извршна исправа укинута). Овакав став је судска пракса заузела већ у време важења Закона о принудном поравнању стечају и ликвидацији и није га изменила до данас.²² Ако је судска пракса заузела такав став у парници, позивајући се на начело пресуђене ствари и на претпоставку истинитости извршне исправе, као јавне исправе, онда није јасно зашто такав став није заузела већ у стечајном поступку. Оваквим поступањем не само да се у стечају повређује претпоставка истинитости јавних исправа и начело пресуђене ствари, већ и начело економичности поступка, јер се повериоцу који основано тражи намирење тражбине у стечају изазива штета у виду губитка времена и трошкова парничног поступка.

Отпор судова да у стечају траже оспоритељу извршне тражбине изјашњавање о разлогу оспоравања и доказе за то може да се правда ванрасправном природом стечајног поступка. То значи да тај поступак није намењен нити је подобан за решавање спорних чињеница. Иако је та тврдња тачна, чини се да је није довољно правно заснована. Наиме, иако суд у ванрасправном и ванпарничном поступку не решава спорна чињенична питања, ипак је дужан да решава спорна правна питања. Како је питање права стечајног дужника, стечајног управника и поверилаца да оспоравају извршну тражбину без образложења и без подношења доказа пре свега правно питање, сигурно је да је суд дужан да га реши. Ако оспоритељ не наведе било који оправдан разлог

22 В. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 623.

оспоровања, или га наведе, али не пружи ваљан доказ, суд је дужан да занемари оспоровање у стечају. Ако такав разлог и доказ пружи, јавља се спорна чињеница у стечају, те је оправдано упућивање на парницу ради њеног утврђивања.

VIII „Поправка“ текуће праксе

Иако је Закон о стечају поправио положај поверилаца у поступку утврђивања потраживања у стечају, проблем њихове заштите ће још дуго постојати, јер се већина текућих стечајева води по старом Закону о стечајном поступку. Стога се јавља оправдано питање да ли је могуће да се друкчије протумаче правила српског права о оспоровању извршних тражбина у стечају и упућивању на парницу него што их тренутно тумачи судска пракса. Чини се да је то могуће применом метода системског тумачења права. Овај метод тумачења права се примањује не само ради ради попуњавања правних празнина или појашњавања нејасних правних одредаба, већ и ради утврђивања правог смисла очигледно бесмислених правних правила, каква су правила Закона о стечајном поступку у питању оспоровања извршних тражбина. И сам Закон о стечајном поступку изричито омогућава примену метода системског тумачења, јер упућује на сходну примену правила Закона о парничном поступку у питањима која њиме нису друкчије уређена.²³ Чини се да стечајне судије могу методом системског тумачења права да отклоне како законодавну грешку у вези са оправданошћу разлога оспоровања извршне тражбине, тако и грешку у вези са упућивањем на парницу.

1. Грешка у вези са разлогом оспоровања

Закон о стечајном поступку допушта стечајном управнику и повериоцима да оспоравају тражбине, укључујући и извршне тражбине, из било ког разлога. Тај закон чак не намеће оспоритељу терет да образложи своје оспоровање, нити терет доказивања разлога оспоровања, што је иначе нужно у парничном поступку. Стога, сходном применом парничног права у стечајном поступку стечајни управник треба сваком повериоцу који другом повериоцу оспорава тражбину да захтева и образложење оспоровања, као и доказе о основаности разлога оспоровања. То би требало и стечајни судија да тражи стечајном управнику, кад овај оспорава тражбину. Ако образложење или доказ не пружи, оспоровање би требало занемарити као неосновано, без икаквог упућивања било ког лица на парницу. Образложење и доказ би

23 ЗСП, чл. 5.

оспоритељу морало да се тражи у оспоравању како извршних, тако и неизвршних тражбина.

Оспоравање извршних тражбина, међутим, не би требало да се допусти из било ког разлога, већ само из разлога због којих је допуштено оспоравање извршне исправе. Кад је извршна исправа правноснажна одлука суда или другог државног органа, онда стечајни судија треба да допусти оспоравање извршне тражбине само ако стечајни управник или други оспоритељ у образложењу свог приговора наведе неки разлог за ванредни правни лек у парничном или другом поступку из којег потиче одлука. Ако је извршна исправа судско поравнање, онда је допуштено оспоравање извршне тражбине само из разлога због којих се оно може побијати. Ако је извршна исправа *нејравноснажна одлука* неког државног органа, као што је то пореско решење, онда је допуштено његово оспоравање из разлога због којих се може таква одлука оспоравати жалбом у поступку у којем је донета.²⁴ Ако оспоритељ у образложењу не наведе разлоге због којих је допуштено оспоравање извршне исправе по правилима парничног или другог поступка из којег она потиче, оспоравање треба сматрати неоснованим и шиканозним, те извршну тражбину треба сматрати за утврђену без упућивања било ког лица на парницу.

2. Грешка у вези са упућивањем

Закон о стечајном поступку налаже да се на парницу упућује поверилац којем је стечајни управник оспорио тражбину.²⁵ Доследним поштовањем овог правила суд је принуђен да упућује и извршног повериоца на парницу, што је свакако законодавна омашка. Како би је отклонио, стечајни судија би требало да *уйући стечајној ујравника* на парницу кад оспорава тражбину садржану у извршној исправи. На овакво тумачење наводи га четири разлога.

Први је опште процесно правило о доказној снази јавних исправа у које спада и извршна исправа. Она се састоји у претпоставци истинитости садржине извршне исправе, због чега терет доказивања њене неистинитости сноси оспоритељ тражбине у стечају, који мора да буде

24 Решење о опорезивању је извршна исправа, иако није правноснажно, јер жалба против њега не одлаже извршење. Значи, ако порески обвезник не плати порез ни по опомени коју му упути порески орган, порески орган доноси решење о принудној наплати пореза, које постаје извршно даном достављања пореском обвезнику, упркос жалби коју обвезник евентуално уложи. В. Закон о пореском поступку и пореској администрацији Србије (Сл. лл. РС, бр. 80/02... 53/10), чл. 77.

25 Изузетно, ако је један поверилац оспорио тражбину другом повериоцу, коју му је признао стечајни управник, на парницу се упућује оспоритељ (ЗСП, чл. 96).

упућен на парницу. У супротном, упућивањем извршног повериоца на парницу суд повређује правило о претпоставци истинитости садржине јавне исправе, за чије обарање терет доказивања сноси оспоритељ.

Други разлог за став о законодавној омашци начело је пресуђене ствари (*ne bis in idem*), као једно од основних процесноправних начела. Оно забрањује поновно суђење између истих странака у ствари у која је правноснажно одлучена, што је свакако случај са извршном исправом. Упућивањем извршног повериоца у стечају на парницу суд повређује начело правноснажно пресуђене ствари, јер таквим упућивањем принуђава повериоца да против истог дужника у истом предмету, који је већ правноснажно одлучен у његову корист, поново води нов поступак. Ту, ипак, треба направити изузетак кад је извршна исправа неправноснажна одлука државног органа, као што је првостепено пореско решење, чије извршење жалба не одлаже. У таквим случајевима је оправдано да се на парницу упути поверилац, јер његова тражбина није довољно расправљена пред надлежним органима ван стечаја. У том смислу би требало да се учини изузетак и у Закону о стечају од правила да се оспоритељ извршне тражбине упућује на парницу.

Трећи разлог за став да је у Закону о стечајном поступку посреди законодавна омашка заснива се на историјском тумачењу. У писању тог закона одлучујућу улогу је имао стручњак из правног система САД. Како у стечајном праву те земље уопште не постоји могућност оспоравања извршне тражбине пријављене у стечају, јер се оне сматрају утврђеним, њему је било незамисливо да је то могуће у стечајном праву Србије. Због тога је одредбу о оспоравању тражбина и упућивања на парницу написао мислећи само на неизвршне тражбине. Због овог „историјског“ разлога треба да се тумачи да се законско правило о оспоравању тражбина и упућивању на парницу ограничава у примени само на неизвршне тражбине, упркос његовом друкчијем језичком смислу.

Најзад, четврти разлог јесте начело равноправности странака из Европске конвенције о заштити људских права. Ова конвенција утврђује право на правично суђење, као једно од основних људских права, чији битан састојак је право на равноправност странака у поступку (чл. 6). Упућивањем извршног повериоца на парницу ради доказивања оспорене тражбине у стечају вређа се ово људско право, због чега се Србија, као држава, излаже ризику да је незадовољни поверилац тужи Европском суду за људска права, као и ризику да плаћа накнаду штете у случају да тужилац успе у спору. Овај ризик постоји упркос чињеници да је домашај правила ове конвенције у стечају ограничен.²⁶

26 А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 92, 95.

3. Начин оспоравања у поступку ван стечаја

У пракси се уобичајила заблуда да странка која је у стечају упућена на парницу то чини тужбом, иако ни Закон о стечајном поступку ни Закон о стечају изричито не захтевају тужбу као средство (начин) путем којег упућена странка покреће парнични упступак. Ти закони само говоре о терету упућеног лица да „покрене парнични поступак“ у прописаном року, али не одређују да се то увек чини тужбом.²⁷ Чини се да овакав став није у складу са правном логиком и духом процесног права. Странка упућена на парницу употребљава тужбу ради заштите свог субјективног права само кад пре оспоравања у стечају није водила парницу поводом те тражбине. На пример, продавац испоручи робу купцу, али овај пре исплате цене падне у стечај. Продавац пријави тражбину цене у стечају, а стечајни управник му је оспори, те суд упути продавца на парницу. Тада свакако да продавац, као поверилац, мора да тужбом покрене парницу против стечајног дужника, јер овај неће вољно да му је намири. Међутим, ако је поводом спорног потраживања већ вођен парнични поступак, без обзира да ли је још у току или је правноснажно окончан, онда начин на који се упућено лице укључује у парницу треба да зависи од фазе и стања у којем се парнични поступак налази у часу оспоравања тражбине. Ако у њему није донета правноснажна одлука којом се окончава, онда упућено лице наставља парницу предузимањем радње која следи прекиду поступка у часу отварања стечаја, без потребе подношења нове тужбе, јер је она већ поднета у текућој парници. На пример, продавац је добио првостепену пресуду у своју корист против купца, који му није платио цену, пре него што је купац пао у стечај. По отварању стечаја, продавац пријављује тражбину, а стечајни управник му је оспорава. У том случају би суд требало да упути на парницу стечајног управника, како би тамо уложио жалбу против првостепене пресуде. Упућивање на парницу продавца као тужиоца и повериоца, значило би да поверилац мора поново да тужи и води парницу, иако је у његову корист донета првостепена пресуда. То би било противно изричитим правилима закона да се текуће парнице у стечају настављају тамо где су биле у часу отварања стечаја.²⁸ Ако је у парници, међутим, већ донета правноснажна одлука којом се утврђује потраживање у корист повериоца стечајног дужника, онда стечајни управник треба да буде упућен на парницу. Тада стечајни управник оспорава тражбину у парничном поступку који се наставља пред стечајним судом улагањем ванредног правног лека (нпр. ревизија, заштита законитости, понављање поступка) надлежном вишем суду, уместо тужбом, јер се правноснажна одлука не побија тужбом, већ ванредним правним леком.

27 И у науци постоји схватање да упућена странка парницу увек покреће тужбом. В. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 622.

28 ЗСП, чл. 96; ЗС, чл. 90, 118.

IX Стечајни судија као „послушник“ стечајног управника?

У судској пракси Србије укорееен је став да стечајни судија (стечајни суд) нема право да се успротиви стечајном управнику у оспоравању одређене тражбине. То право нема чак ни кад је тражбина извршна, а стечајни управник је оспорава без уверљивог разлога и доказа. По том ставу, судија је тада дужан да упути повериоца на парницу, јер не сме да занемари управниково оспоравање, те да утврди оспорену тражбину у стечају упркос управниковој вољи, иако је оспоравање очигледно неосновано. Овај став судска пракса заснива на законском правилу да се потраживање сматра утврђеним кад га не оспори ни стечајни управник ни неки од поверилаца до истека прописаног рока. Ако је неко пријављено потраживање оспорено, тумачи се да није утврђено, те да се утврђује у парничном поступку, јер је стечајни поступак ванрасправни. Закон о стечајном поступку даје право на оспоравање до истека рока од 40 дана пошто је суд примио последњу пријаву тражбине (чл. 94), а Закон о стечају, до закључења испитног рочишта (116). Осим тога, оба закона изричито „наређују“ судији да упути на парницу пријавиоца и оспоритеља ради утврђивања тражбине, не остављајући му могућност за друкчију одлуку (нпр. да занемари неосновано оспоравање и уврсти тражбину у коначну листу). Значи, по овим правилима стечајни судија нема слободу у односу на оспоритеља у смислу да не прихвати његово оспоравање, те да му утврди тражбину која је очигледно неосновано оспорена.

Овакво тумачење је чврсто засновано на методу догматског тумачења права, али је понижавајуће за судију, па и суд у целини. Понижавајуће је, јер стечајног судију ставља у положај „послушника“ стечајног управника или другог оспоритеља, иако је судија по закону надлежан да надзире стечајног управника као хијерархијски виши орган у поступку. Чини се, међутим, да стечајни судија, ипак, има по закону две могућности да се не понижава пред повериоцима неосновано оспорених тражбина играјући улогу послушника обесног стечајног управника. Прва могућност је да стечајни судија, вршећи своја надзорна овлашћења, упозори стечајног управника да лоше ради свој посао, те да ће га разрешити (по Закону о стечају) односно предложити стечајном већу његово разрешење (по Закону о стечајном поступку), ако настави да неосновано оспорава несумњиве тражбине. Ово упозорење стечајни судија може да упути стечајном управнику и пре испитног рочишта, припремајући се са управником за расправу на њему. Судија чак може да поднесе дисциплинску пријаву Агенцији за стечајне управнике против стечајног управника који шиканира повериоце, што може да буде значајно средство убеђивања стечајног управника да озбиљније схвати свој положај и посао у стечају. Друга могућност се заснива на

функционалној надлежности стечајног судије у утврђивању тражбина, по којој је он орган који утврђује коначну листу тражбина (утврђених и оспорених). Значи, он је орган у стечају чија би реч требало да је коначна у поступку утврђивања тражбина. Ако стечајни судија по закону у утврђивању коначне листе тражбина нема било какву самосталност у односу на стечајног управника, онда га закон заиста ставља у подређен положај у односу на стечајног управника у питању утврђивања тражбина. То је довољан разлог да се тражи измена закона у том питању.

Х Закључак

Изношење тешкоћа које извршним повериоцима ствара оспоравање њихових тражбина, као и правна бесмисленост њиховог оспоравања, указује на његову непримереност без обзира што га закон начелно допушта. Ако га већ допушта, онда свакако да то мора да буде у изузетним и ваљано оправданим случајевима (нпр. разлози за ванредне правне лекове, разлози за оспоравање извршења). Такође, у случајевима у којим је допуштено оспоравање, на парницу се мора упутити оспоритељ, а не извршни поверилац, као што се дешава у српској стечајној пракси. Ово због тога што се потраживање садржано у извршној исправи мора да сматра утврђеним у стечају, због чега је неподобно за оспоравање. Одредба Закона о стечајном поступку Србије из 2004. године, којом се на парницу упућује поверилац чије је потраживање оспорено, треба да се тумачи тако да се то односи само на неутврђена потраживања. Како је потраживање из извршне исправе утврђено, то правило се на њега не односи. Стога је крајње спорна не само правичност, већ и законитост домаће судске праксе која упућује извршног повериоца на парницу кад год се стечајном управнику прохте да му оспори тражбину. Таквом праксом суд битно доприноси правној несигурности у заштити закона, правног поретка и субјективних права странака, чиме обесмишљава своју основну функцију. Један од начина да суд ту своју функцију оствари је занемаривање бесмислених правила закона применом метода циљног и системског тумачења права. Због тога би ваљало да највиши судови у Србији заузму одговарајући став ради измене овакве судске праксе. Ако то није могуће, онда би требало да се што пре измене постојећи закони у питању оспорљивости извршних тражбина.

Разматрања и ставови у овом чланку изнети су у покушају отклањања очигледно неправичног и нелогичног тумачења важећих прописа у вези са утврђивањем тражбина у стечају у судској пракси. Они нису дати као коначан и непорецив пишчев суд, већ само као мишљење засновано на законима правне логике и осећању правичности за угрожене интересе поверилаца у поступку утврђивања њихових потраживања у

стечају. Њихов циљ је уклањање законодавне омашке и правне бесмислице која је из ње настала из судске праксе и правног поретка Србије. Због тога писац у закључку ни не износи свој став о решењу текућих случајева стечаја, који су изнети на почетку овог рада. Нека читалац сам заузме став о томе на основу познавања важећих прописа и садржаја овог чланка.

Nebojša JOVANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

DENIABILITY OF EXECUTIVE CLAIMS IN INSOLVENCY

Summary

The paper deals with a phenomenon in which an insolvency administrator denies to creditors the claims from executive titles within the insolvency proceedings. The insolvency judges often support such denials directing the creditors to separate litigation in order to prove their claims. The main question in the paper is whether there is any serious justification for statutory right of insolvency administrator to deny a claim established by the executive title. Besides, the question is whether domestic judicial practise in the matter of insolvency claims contestations is in accordance with the statutes. Trying to respond to these questions, the author analyses both domestic and foreign statutes. The paper is based on two current insolvency cases, whereby the one is leaded under the Insolvency Procedure Act, while the other one is leaded under the Insolvency Act. The behaviour of insolvency administrator in both cases is the same, though it should not be, because the rules of those statutes are essentially different in this matter. The conclusion is that legality of domestic judicial practice in this matter is very questionable, because it allows very arbitrary behaviour to an insolvency administrator. That practice violates statutes, makes damage to creditors and introduces legal uncertainty in insolvency, which makes lawlessness.

Key words: insolvency, claim, denial of the claims, executive title.

УДК 364.35(497.11)

др Миле ВРАЊЕШ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

РЕФОРМА ПЕНЗИЈСКОГ И ИНВАЛИДСКОГ ОСИГУРАЊА У СРБИЈИ*

Резиме

У раду су анализирана нека питања у вези са реформом пензијског и инвалидског осигурања у Србији, с посебним освртом на пензијски и инвалидски систем и привредну кризу. На темељу анализе формулисани су ставови и оцене које се односе на реформу пензијског и инвалидског осигурања у Србији.

Кључне речи: *реформа, пензијско и инвалидско осигурање, привредна криза, приходи, расходи, Предлог закона о изменама и допунама закона о пензијском и инвалидском осигурању, корисници пензија, осигураници.*

I Увод

Криза пензијског и инвалидског система, односно криза пензијског и инвалидског осигурања, или пензијског система, данас је у присутна у целом свету, па и у најразвијенијим земљама данашњег света. Наиме, нигде није лако изаћи на крај са трошковима пензијског система. Због тога, многе земље спроводе политички тешке реформе својих пензијских система. Неке земље су већ спровеле реформу својих пензијских систе-

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

ма. Друге земље то треба тек да учине. У Француској је, ових дана, реформа пензијског система изазвала бунт француских грађана, који су против продужавања радног века запослених и подизања старосне границе за одлазак у пензију са 60 на 62 године и против тога да исплата пуне пензије почне тек када пензионер напуни 67 година.

Кризно и нестабилно стање на подручју пензијског и инвалидског система није мимоишло ни нашу земљу. Чак се, са мање или више извесности, може тврдити да је криза пензијског и инвалидског система у нашој земљи тежа него у другим земљама. Наиме, у Србији су издвајања за пензије (чак и без војних пензија) била изнад 13 одсто бруто домаћег производа у 2009. години.¹ У оквиру Европске уније, пак, издвајања за пензије била су у просеку 11,8 одсто бруто домаћег производа у 2007. години (последњи податак за пензије на *Eurostat*-у односи се на 2007. годину). То учешће је различито међу земљама чланицама Европске уније. Тако, највеће учешће имају Италија и Француска са 14,6 и 13,3%, а најмање имају Ирска и Литванија са 5,2% и 5,3% БДП-а. У оквиру Европске уније једино Италија има већа издвајања за пензије од Србије. Поред тога, демографска ситуација у земљи, а и она која се може предвидети за догледно време, таква је да је животни век све дужи, а стопе рађања ниже. Због тога мање радника мора да издржава више пензионера.

Због свега што смо навели наставак реформи пензијског и инвалидског система у Србији је неопходан. У том смислу је усвојен *Предлог закона о изменама и дојунама закона о пензијском и инвалидском осигурању*. Овај Предлог закона изазвао је велику пажњу најшире јавности. Не само финансијски, економски и правни стручњаци, већ и сви привредници и грађани показују повећан интерес за реформу пензијског и инвалидског осигурања у нашој земљи. Реформа пензијског и инвалидског осигурања све више побуђује забринутост, како код грађана, тако и код надлежних. Најављени су синдикални протести против реформе пензијског и инвалидског осигурања. Све је више оних који су против усвајања *Закона о изменама и дојунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању*.

Реформу пензијског и инвалидског осигурања у Србији можемо, чак и морамо, посматрати у склопу Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему, који је усвојен у октобру 2010. године,² јер су у њему садржана фискална правила која се управо односе на пензијско и инвалидско осигурање.

1 *Билтен јавних финансија*. бр. 71, јул 2010. године (Република Србија, Министарство финансија, Београд, 2010), стр. 14. и 61.

2 *Службени гласник РС*, бр. 73/10.

II Расходи и приходи Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања

У Србији је у 2009. години удео расхода и издатака за пензијско и инвалидско осигурање у БДП-у порастао на 15,7%, док је 2008. године био 14,5%. То је последица незнатног пораста БДП-а, али и пораста расхода и издатака за пензијско и инвалидско осигурање. Наиме, 2009. године, расходи и издаци за пензијско и инвалидско осигурање повећали су се за 68.027,7 милиона динара: са 395.412,6 у 2008. години на 463.440,3 милиона динара у 2009. години. Истовремено су приходи од доприноса за пензијско и инвалидско осигурање у 2009. години незнатно повећани за 7.281,0 милиона динара у односу на 2008. годину. Но, удео прихода од доприноса за пензијско и инвалидско осигурање у укупним приходима и примањима Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања у 2009. години био је мањи за 7,8% у односу на 2008. годину. Тако је, јаз између прихода од доприноса за пензијско и инвалидско осигурање и расхода и издатака по основу права из социјалног осигурања износио у 2009. години 217.744,2 милиона динара. То је 76% више у односу на 2008. годину, када је разлика износила 164.680,6 милиона динара. Самим тим у 2009. години, повећао се износ буџетских расхода за пензијско и инвалидско осигурање, односно трансфера из буџета за пензијско и инвалидско осигурање на 75.978,2 милиона динара: са 137.790,2 у 2008. години на 213.768,4 милиона динара у 2009. години.

Када је реч о учешћу појединих расхода и издатака у укупним расходима и издацима Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања, текући расходи и издаци су на првом месту са 99,2%, док на расходе и издатке по основу права из социјалног осигурања отпада 97,8% у 2009. години. У оквиру текућих расхода, дакле издвојени су расходи по основу права из социјалног осигурања. Ови расходи и издаци састоје се од бруто пензија (нето пензије и допринос за здравствено осигурање пензионера) и осталих права из пензијског и инвалидског осигурања, као што су накнаде трошкова сахране пензионера и сл. На капиталне издатке отпада 0,0% у 2009. години.³

Стално растући расходи пензијског и инвалидског система и њихова све значајнија неусклађеност у односу на бруто домаћи производ, намећу потребу што ургентнијег заузимања ставова о реалном и могућем комплексу тих расхода. Значи, обим расхода за пензијско и инвалидско осигурање мора доћи под режим преиспитивања и реалног њиховог вредновања. У супротном, ако до тога не би дошло, односно

3 *Билтен јавних финансија*, бр. 70, за јун 2010. године, стр. 14, 60 и 61 (Република Србија, Министарство финансија, Београд. Обрачун аутора).

ако би изостале реформе пензијског и инвалидског система у Србији, цео систем јавних финансија Србије био би угрожен због тога што би јавни дуг постао неодржив, или због тога што би остале функције државе (социјална заштита, образовање, јавне инвестиције) биле истиснуте због пензија. Другим речима, инсистирање на лимитирању могућег обима јавних расхода за пензијско и инвалидско осигурање, која се предлаже овом четвртом реформом пензијског и инвалидског система у нашој земљи има своје дубоко оправдање у чињеници да бржи раст ових расхода аутоматски смањује друге јавне расходе.

По слову образложења *Предлоја Закона о изменама и дојунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању* потребно је смањити учешће расхода за пензијско и инвалидско осигурање у бруто домаћем производу са садашњих 13 на десет одсто у 2015. години. О смањењу учешћа расхода за пензијско и инвалидско осигурања у бруто домаћем производу не говори се у *Предлоју закона*. Међутим, кроз поштравање услова за остваривање права на пензију, укидање неких опција превременог пензионисања и индексацију пензија треба да се смањи учешће расхода за пензијско и инвалидско осигурање у бруто домаћем производу. Ако до тога не дође, а трошкови за пензије буду и даље расли, то ће изазвати већа издвајања за пензије што ће захтевати веће доприносе и порезе, а што ће угрозити привредни раст и запошљавање у званичном сектору и изазвати притисак да се опет повећавају порези и доприноси. А Србија већ данас, за разлику од неких земаља Европске уније убира велики проценат бруто домаћег производа доприносима за обавезно пензијско и инвалидско осигурање. С почетком спровођења пензијске реформе очекује се да ће се удео доприноса за обавезно пензијско и инвалидско осигурање у бруто домаћем производу почети смањивати.

Када је реч о приходима пензијског и инвалидског осигурања, треба истаћи да се доприносима за пензијско и инвалидско осигурање покрива 51,9% расхода и издатака по основу права из социјалног осигурања, тако да доприноси за пензијско и инвалидско осигурање не могу да обезбеде уредно финансирање расхода и издатака по основу права из социјалног осигурања, због чега су нужни трансфери из буџета Републике да би се покрио тај мањак средстава. Другим речима, суочени смо са проблемом покривености расхода и издатака по основу права из социјалног осигурања, доприносима у јавном пензијско и инвалидском осигурању Србије. Већи раст уплаћених доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, него што је раст расхода по основу права из социјалног осигурања, доводи до пада трансферних средстава из буџета Републике Србије у укупним приходима и примањима Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања, и обрнуто. У 2009. години приходи из буџета чинили су 46,2% укупних прихода и примања Репу-

бличког фонда пензијског и инвалидског осигурања, а приходи од доприноса 50,9%.

На овом месту кажимо нешто и о *Закону о изменама и дојунама Закона о буџетском систему*, јер он прописује два општа фискална правила, која су од значаја за приходе и расходе система пензијског и инвалидског осигурања. По првом фискалном правилу, максимално учешће јавног дуга, односно дуга опште државе у бруто домаћем производу у периоду до 2015. години може да износи највише 45 одсто. По другом фискалном правилу, учешће годишњег фискалног дефицита у бруто домаћем производу у периоду до 2015. године може да износи највише 1 одсто бруто домаћег производа. Док се то не постигне, сваке године ће се вршити постепено усклађивање. Поред ових општих фискалних правила, која у суштини имају основни задатак да обезбеде дугорочну одрживост јавних финансија, законом су уведена и посебна правила, која се, пре свега, односе на правила прилагођавања плата и пензија у периоду до 2015. године и надаље. Задатак ових посебних правила је, у суштини, промена структуре јавне потрошње, то јест смањење текућих издатака, а повећање капиталних издатака.

III Корисници пензија и осигураници

На овом месту се поставља питање, колики је број корисника пензија и осигураника у систему међугенерациске солидарности у Србији, што приказујемо у наредној табели:

Табела 1. Број корисника пензија и осигураника

	31.12.2008.	31.12.2009.	30.6.2010.
Корисници пензија	1.580.339	1.603.668	1.615.121
Осигураници	2.767.415	2.675.270	2.664.395
Број осигураника на једног корисника пензије	1,8	1,7	1,6

Извор: РФПИО.

Изнети подаци довољно јасно и уверљиво показују висок коефицијент зависности, односно неповољан однос броја осигураника на једног корисника пензија. Наиме, у првој половини 2010. године број осигураника на једног корисника пензије износио је 1,6 односно на једног корисника пензије долази свега 1,6 запослених лица. Током

привредне кризе порастао је број пензионера, а смањило се број осигураника. Не мање значајан је велики и растући број пензионера (око 1,4 милиона, не рачунајући пољопривредне пензионере) у односу на регистроване запослене који плаћају доприносе за пензије (такође 1,4 милиона, не рачунајући у то државне службенике чији се доприноси ионако финансирају из буџета). Смањење броја активних осигураника на једног корисника пензије последица је пада регистрованог броја запослених као и раста броја корисника пензија. Смањење регистрованог броја запослених последица је процеса транзиције, привредне кризе и других проблема у нашој привреди. Број корисника пензија растао је и због тога што су кроз систем пензионисања покушавали решавати и друге проблеме, пре свега проблеме вишкова радне снаге.

Занимљиво би било осврнути се на структуру раста корисника пензија у Србији, што приказујемо у наредној табели:

Табела 2. Структура корисника пензија

	31.12. 2008.	31.12. 2009.	Индекс 2009/2008.	31.8. 2010.	Индекс 31.8.2010 / 31.12.2009.
Корисници пензија према ЗПИО	1.298.625	1.314.234	101	1.337.500	102
Старосне пензије	649.913	670.086	103	697.060	104
Инвалидске пензије	337.007	331.377	98	325.715	98
Породичне пензије	311.704	312.771	100	314.725	101

Извор: РФПИО.

Према напред датим подацима види се да је укупни пораст броја корисника пензија током 2009. године износио 1%, с тим да се највише повећао број корисника старосне пензије 3%. Исто вреди и за пораст у првих осам месеци 2010. године и то укупан пораст броја корисника пензија 2% а старосних пензија 4%.

Републички фонд пензијског и инвалидског осигурања објављује податке и о новим корисницима пензија, то јест онима који су први пут остварили право на пензију у одређеном периоду, што приказујемо у наредној табели.

Табела 3. Корисници пензија према ЗПИО-у
који су први пут остварили право на пензију („нови“)

Врсте пензије	2008.	2009.	Индекс 2009/2008
Старосне пензије	51.818	62.336	120
Инвалидске пензије	14.502	17.603	121
Породичне пензије	22.365	26.017	116
Укупно	88.685	105.956	118

Извор: РФПИО.

Изнети подаци довољно јасно и уверљиво показују да се током 2009. године (не располажемо са подацима за првих осам месеци 2010. године) највише повећао број инвалидских пензија (за 21%), а најмање породичних пензија (за 16%).

Занимљиво би било осврнути се на кориснике пензија који су право на пензију остварили под повољним условима, односно посебним прописима, што не приказујемо у табели због релативно великог броја корисника пензија, који су остварили право на пензију по посебним савезним прописима (учесници НОР-а пре 9. IX 1943. године; носиоци споменице 1941. године; Савезно Министарство иностраних послова; Савезно Министарство унутрашњих послова; административне пензије) и по посебним републичким прописима (учесници НОР-а после 9. IX 1943. године; борци на одговорним дужностима; Републичко Министарство унутрашњих послова; изузетне пензије; академци; рудари). Према подацима Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања издвојене су три најбројније категорије корисника пензија који су право на пензију остварили по посебним савезним прописима и по посебним републичким прописима: учесници НОР-а после 9. IX 1943. године, Републичко Министарство унутрашњих послова и учесници НОР-а пре 9. IX 1943. године. Примећен је незнатан раст броја корисника пензија Републичког Министарства унутрашњих послова у првих осам месеци 2010. године: 23.453 наспрам 23.229 у 2009. години и 22.808 у 2008. години, као и значајније смањење броја корисника пензија учесника НОР-а после 9. IX 1943. године у првих осам месеци 2010. године (53.445 наспрам 57.515 у 2009. години и 63.961 у 2008. години).

На крају, занимљиво би било осврнути се на износе просечних пензија, не да бисмо показали да ли су оне више или мање у првих осам месеци 2010. године у односу на 2009. и 2008. годину, што је и немогуће,

јер су пензије у том периоду замрзнуте, већ да бисмо доказали тврдњу да пензије у Србији нису високе. Тако, на пример у августу 2010. године пензије су износиле: 1) за запослене просечна старосна пензија износила је 25.143, просечна инвалидска пензија 20.019 и просечна породична пензија 16.022 динара; 2) самосталне делатности: просечна старосна пензија износила је 24.658, просечна инвалидска пензија 21.277 и просечна породична пензија 15.449 динара; 3) пољопривредника: просечна старосна пензија 8.405; просечна инвалидска пензија 8.947 и просечна породична пензија 6.024 динара. Што се тиче законских износа пензија од октобра 2008. године за категорије запослених и самосталних делатности за права из закона са 14,13% усклађивања и општим бодом од 604,51 највиша пензија износи (са 42,5 година стажа) – 102.767,10 динара, са 40 година стажа – 96.721,98, за затечене кориснике – највиши пензијски основ 85.084,36 динара, 90% (самосталне делатности) – 76.575,92 динара и 85% – 72.321,71 динара. Најнижи износ пензије од 1. јануара 2006. године: 25% просечне зараде из претходне године (25.514 X 25% = 6.378,50) – 11.088,23 динара, од 1.1.2002. године: 20% просечне зараде у претходној години – 8.384,51 динара, најнижи износ пензије (за затечене кориснике): усклађена основица 22.391,27 динара, по старом Закону (према стажу): 40% – 8.956,51 динара, 50% – 11.195,63 динара, 60% – 13.434,76 динара, 70% – 15.673,89 динара, 80% – 17.013,002 динара.

IV Предлог Закона о изменама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању

*Предлојом закона о изменама и допунама закона о пензијском и инвалидском осигурању*⁴ четврти пут се у току последњих десет година, у нашој земљи спроводи реформа пензијског и инвалидског система. Прва реформа пензијског и инвалидског система била је отпочета 2001. године, када су биле усвојене измене тадашњег савезног закона. Други пут 2003. године усвојен је важећи *Закон о пензијском и инвалидском осигурању*.⁵ Трећи пут, 2005. године, када су биле усвојене измене и допуне важећег *Закона о пензијском и инвалидском осигурању*.⁶ На самом почетку разматрања *Предлоја Закона о изменама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању* мора се унапред нагласити да се на овом месту неће приказивати све предложене измене законских норми, већ само оне које се односе на остваривање права на пензију и усклађивања (индексације) пензија.

4 Види сајт Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања.

5 *Службени гласник РС*, бр. 34/03, 64/04 – одлука УСРС, 80/04 – др. закон.

6 *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 101/05 – др. закон.

Када је реч остваривању права на пензију, по слову *Предлога закона* укидају се неке опције за превремено пензионисање, повећавају се минималне старосне границе за пензионисање за пет година, тако да оне износе 65 година за мушкарце и 58 за жене, смањује се бенефиције за породичне пензионере и повећава се броја година уплаћених доприноса за жене на 38. Максималне године за пензионисање жена остаће 60 и неће се снижавати ниво пензије у случају пре ове године. Минималне пензије биће повећане. Наведене промене ће се спроводити у фазама и то веома постепено, а неке до 2023. године. Ефекти предложених промена требало би да буду финансијске уштеде које према неким проценама треба да износе до 2015. године око 0,1 одсто бруто домаћег производа. Наведене реформа старосне границе за пензионисање и периода уплаћивања доприноса изазвала је реакције многих. Тако, једни истичу да су те измене непримерне нашим условима и да је у нашим условима нехумано подизање стажа осигурања за жене, као услова за стицање права на пензију, са садашњих 35 на 38 година, јер услови живота и рада жена у великом делу Србије су битно различити од оних које имају у Београду.⁷

Када је реч о усклађивању (индексације) пензија, по слову *Предлога закона* од 2011. године пензије ће се усклађивати према формули која укључује индекс раста потрошачких цена и проценат раста бруто домаћег производа, с тим што ће се у 2011. и 2012. години, при усклађивању пензија, у обзир узимати половина раста БДП-а, а од 2013. године проценат раста БДП-а изнад четири одсто. Наведена индексациона формулу би требало да пензионерима у потпуности надокнадити инфлацију, плус да се додатно увећа за део раста бруто домаћег производа. Предложени начин усклађивања пензија треба да обезбеди финансијске уштеде, далеко веће од оних које ће се постићи поштривањем услова за остваривање пензија или укидањем неких опција за превремено пензионисање.

Предлогом закона брисана је одредба у сада важећем *Закону о пензијском и инвалидском осигурању* по којој просечна пензија не може бити нижа од 60 одсто просечне зараде. Брисање те одредбе изазвало је забринутост осигураника, пошто се не зна за неколико наредних деценија колики ће проценат просечне зараде бити њихова пензија, да ли 20 или 50 одсто? Због тога се они залажу да се фиксним бројем просечна старосна, инвалидска и породична пензија и даље изражава као до сада – као проценат просечне зараде. Заговорници реформе који су против тога да се пензије изражавају као проценат просечне зараде, наводе да се такво решење ретко примењује у пракси (изузев Русије).

7 Зоран Попов, „Чему служе измене Закона о ПИУО“, *Политика*, 14. октобар 2010, стр. 16.

Уместо тога они предлажу, како би било јасније шта радник може да добије у замену за уплаћене доприносе, „процент замене“ (*replacement ratio*) за „стандардног пензионера“, тј. пензионера који је уплаћивао доприносе 40 или 45 година и зарадио просечну плату у том периоду, што се примењује у многим државама. По прорачунима предложеном индексационом формулом, процент пензија у односу на просечну плату таквог „стандардног пензионера“ у Србији, тј. пензионера у Србији и даље би био релативно висок у поређењу са другим земљама, чак и ако би трошкови пензије опали на садашњи зацртани циљ од 10 одсто бруто домаћег производа.⁸ Но, у условима кризног привредног стања у нашој земљи и у условима када се привреда развија само по стопи од 1,5 одсто годишње, како се то наводи ових дана, тешко се може говорити да ће предложено усклађивање пензија остварити релативно висок процент пензија у односу на просечну плату.

Највеће расправе воде се између оних који су за примену стопе раста бруто домаћег производа као другог елемента индексације пензија, и оних који су против његове примене. Заговорници укључивања процента раста бруто домаћег производа у формулу за усклађивање пензија истичу да је то у функцији фискалне одрживости пензијског система, што је логично. Они наводе и то да ће пензије реално расти чак и у периоду док се њихов однос према бруто домаћем производу, односно ономе што стварамо буде смањивао.⁹ Противници укључивања процента раста бруто домаћег производа у формулу за усклађивање пензија, истичу да тај начин усклађивања пензија не обезбеђује адекватност пензија, односно заштиту животног стандарда садашњих и будућих пензионера, што је један од битних циљева реформе пензијског и инвалидског осигурања. Они наводе и то да тај начин усклађивања пензија није присутан у међународној пракси, и да би ту код нас постојали и други проблеми у вези са методологијом обрачуна, неажурношћу, односно у кашњењу у објављивању података, непостојање одговарајуће повезаности прихода пензијског и система са растом бруто домаћег производа и др.¹⁰

Поставља се питање да ли ће се наведени начин усклађивања пензија негативно одразити на раст пензија садашњих пензионера и на висину пензија будућих пензионера. По рачуницама, нема сумње да ће неминовно доћи до смањења тзв. стопе замене, која представља

8 Алберт Јегер, Богдан Лисоволик, „Зашто је пензијском систему Србије реформа потребна одмах“, *Политика*, 19. октобар 2010. године.

9 Милојко Арсић, „Очекујемо притиске за повећање плата“, *Политика*, 17. октобар 2010.

10 Рајко Косановић, „Пензије ће за зарадама још више заостајати“, *Политика*, 15. октобар 2010. године.

однос између прве пензије и последње зараде. Због тога неки предлажу да се вратимо на тзв. швајцарску формулу (усклађивање „пола-пола“ са трошковима живота и са кретањима зарада). Питање је само да ли то урадити одмах или постепено. У супротном, ако се у формули за усклађивање пензија не укључи одређен проценат раста зарада, онда такво усклађивање иде на штету садашњих и будућих пензионера. Мислимо да у свему овоме недостају прорачуни примене новог начина усклађивања пензија.

Предлој Закона о изменама и дојунама Закона о њензијском и инвалидском осигурању односи се готово искључиво на расходну страну пензијског и инвалидског система. О приходној страни пензијског и инвалидског система се не говори у *Предлоју овој закона*. Да ли то значи да у том домену нема проблема и да ту није потребна никаква реформа. Одговор је наравно негативан. Проблеми финансирања пензијског и инвалидског осигурања¹¹ везани су за јавне приходе пензијског и инвалидског осигурања. У том смислу, споменимо само евазију доприноса за обавезно пензијско и инвалидско осигурање, проблем сиве економије, чије се размере процењују на око 40 одсто бруто домаћег производа и праксу да се све више зараде у приватном сектору исплаћују на руке.

V Шири аспект реформе пензијског и инвалидског осигурања

Реформа пензијског и инвалидског осигурања представља веома широк домен који прелази оквире *Предлоја Закона о изменама и дојунама Закона о њензијском и инвалидском осигурању*. Реформа пензијског и инвалидског осигурања је у врло тесној вези са осигурањем за случај незапослености и здравственим осигурањем.¹² Због тога би реформе пензијског и инвалидског осигурања, осигурања за случај незапослености и здравственог осигурања требало спроводити паралелно.

У том контексту, реформе би требало паралелно спроводити на тржишту рада: 1) давати финансијске подстицаје за останак на подручју рада; 2) понудити повољне, флексибилне уговоре о раду старијим радницима (хонорарни послови или послови са скраћеним радним временом); 3) побољшати запосленост старијих радника целоживотним

11 Миле Врањеш, „Проблеми у финансирању њензијској и инвалидској осигурања у Србији“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 1–2/2007, стр. 55–74.

12 Миле Врањеш, „Осигурање за случај незапослености и проблеми његовог финансирања“, *Право и њивреда*, Београд, бр. 1–3/2010, стр. 7–25, и Миле Врањеш, „Проблеми у финансирању здравственог осигурања у Србији“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 3/2008, стр. 67–77.

образовањем; 4) уопште повећати стопу привредне активности становништва, и др. Истовремено, треба доћи и до промена у здравственој политици, јер је у Србији, према подацима Светске здравствене организације, стопа смртности виша од просека Европске уније. При томе не треба смакнути с ума да здравље битно утиче на могућност дужег радног века.

VI Закључак

Постојећа демографска ситуација у Србији, а и она која се може предвидети за догледно време, велика издвајања за пензије, кризна привредна ситуација и законске норме које се односе на услове за остваривање права на пензију указују не само на неопходност спровођења реформи пензијског и инвалидског осигурања, већ и не допуштају велика оклевања у спровођењу реформи пензијског и инвалидског осигурања у Србији. Без реформи пензијског и инвалидског осигурања нема успешног функционисање Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања, чији би колапс могао да изазове несагледиве последице. На другој страни су они који тврде да се фискална стабилизација пензијског и инвалидског осигурања не може остваривати само променама на расходној страни, да ће се предложени начин усклађивања пензија негативно одразити како на раст пензија садашњих пензионера, које данас ионако нису високе, тако и на висину пензија будућих пензионера, и да се тек кроз убрзан привредни развој Србије може очекивати финансијска стабилизација пензијског и инвалидског система.

Mile VRANJEŠ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

REFORM OF THE SOCIAL SECURITY SYSTEM FOR PENSIONS AND DISABILITY ALLOWANCES IN SERBIA

Summary

Existing demographic situation in Serbia, as well as its future prospects, enormous budgetary expenditures for pensions, economic crisis and legal

conditions for the right to pension demonstrate not only the need for the reform of the social security system for pensions and disability allowances, but also the urgency of reforms in Serbia. Without the reform of the social security system in the sector of pensions and disability allowances no proper functioning of the Pension and Disability Allowances Fund of Republic of Serbia will be possible, the collapse of which might cause overwhelming consequences. The other initiative is based on the claim that fiscal stability of the social security system of pensions and disability allowances cannot be achieved only through reforms of expenditures and that proposed method of pensions adjustment will have the negative effect on the increase of pensions, which are even now on a quite low level, so that only economic development of Serbia can lead to the expected financial stability of the social security system for pensions and disability allowances.

Key words: *reform, social and security system, economic crisis, revenues, expenditures, Proposal for the amendments of the law on pensions and disability allowances, pension beneficiaries, insured persons.*

УДК 346.545/.546(497.11) ; 347.947/.948

Рагивоје ПЕТРИКИЋ

адвокат, CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH

Рашко РАДОВАНОВИЋ, LL.M.

адвокатски приправник, CMS Reich-Rohrwig Hasche Sigle d.o.o.

СПРОВОЂЕЊЕ УВИЂАЈА ПРЕМА НОВИМ ПРОПИСИМА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Новим Законом о заштити конкуренције уводе се значајне новине у погледу овлашћења Комисије за заштиту конкуренције током вођења поступка због повреде конкуренције, које треба да допринесу лакшем прибављању доказа. Комисија за заштиту конкуренције је иако овлашћена да сама, непосредно, врши увиђај. У том циљу, Комисији је дајо овлашћење да улази у просторије и да у тим просторијама тражи одређена документа и ствари, да нађена документа прегледа, копира и скенира, па чак и привремено одузима, као и да од засебника странке и запослених узима усмене или писмене изјаве. Комисија има право да у просторије уђе и ненајављено, али у сваком случају само на основу претходно издајој закључка о спровођењу увиђаја. Комисија има право да уђе како у пословне иако и у приватне просторије, при чему јој за улазак у пословне просторије није потребан судски налој. Широко представљена овлашћења Комисије имају за циљ стварање и ширење свесности у привредном промету да је здрава конкуренција на тржишту, заснована на неизвесности и ризику које пословне одлуке са собом носе, императив. Међушим, иако овлашћења Комисије ире одређена ограничења, као што је то на пример право странака у поступку на заштити привилеговане документације.

Кључне речи: увиђај, улазак у просторије, привилегована документација.

I Увод

Нови Закон о заштити конкуренције (*Сл. гласник РС*, бр. 51/2009; у даљем тексту: Закон) ступио је на снагу 22. јула 2009. године и примењује се од 1. новембра 2009. године. Поред осталих новина, Законом је први пут у српском праву уведено овлашћење Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије (у даљем тексту: Комисија) да у оквиру поступка због повреде конкуренције спроведе увиђај и то како у пословним тако и у приватним просторијама.

Ова новина може бити од великог значаја за праксу. Наиме, имајући у виду да Комисија до сада није имала овлашћења да сама, непосредно, спроводи увиђај и прикупља податке, као и да привредна друштва до сада нису имала искуства са таквим поступањем Комисије, упитно је како и да ли ће Комисија спроводити своја овлашћења и како ће се привредна друштва томе прилагодити. Стога су аутори овог чланка уверења да у стручној и заинтересованој јавности постоји потреба да се пружи приказ овлашћења којима Комисија у вези са спровођењем увиђаја по Закону располаже, као и приказ начина на који се уз помоћ истих или бар сличних овлашћења спроводи увиђај у оквиру европског права конкуренције, те да закључно укажу на очекивани однос Комисије по овом питању.

II Правни основ за вођење испитног поступка

Надлежност за вођење поступка испитивања повреде конкуренције се заснива на члану 35 Закона, а надлежност за извођење посебних доказних радњи на члану 41 Закона. Члан 41 Закона је значајан и из разлога што овлашћује Комисију да врши увиђај и што предвиђа да је вршење увиђаја могуће само на основу претходно донетог закључка. На поступак испитивања повреде конкуренције се у својству општег закона примењује закон о општем управном поступку, те се уколико Закон ништа посебно не предвиђа примењују општа правила о доказивању Закона о општем управном поступку (*Службени листи СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, у даљем тексту: ЗУП). Подзаконски акти закона о заштити конкуренције, а у вези са испитним поступком Комисије не постоје.

На комунитарном нивоу, надлежност за вођење поступка због повреде конкуренције и за извођење доказних радњи лежи при Европској комисији. Њена надлежност је заснована на члану 337 Уговора о функционисању Европске уније, а посебна овлашћења у том погледу конкретизована су у члановима 17–22 правилника 2003/1/ЕЗ (рестрик-

тивни споразуми и злоупотреба доминантног положаја) и члановима 11–13 правилника 2004/139/ЕЗ (контрола концентрација). Овлашћење Комисије да врши увиђај уведено је још правилником 17/62/ЕЗ. Међутим тек су правилником 1/2003/ЕЗ у надлежност Комисије укључена и она овлашћења којима она данас располаже.¹ Тако је на пример Европској комисији дато овлашћење да испитује сведоке као и да врши увиђај у приватним просторијама, земљишту и возилима.²

III Доказне радње у испитном поступку

Комисија је словом Закона овлашћена да покрене поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности, а када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података, основано претпостави постојање повреде конкуренције.³ Дакле, као и у европском праву конкуренције, за покретање поступка испитивања повреде конкуренције предуслов је постојање основане сумње, засноване на објективно проверљивим подацима, индикаторима (а не само на чистим шпекулацијама), да је дошло до одређене повреде конкуренције на релевантном тржишту, те да се управо кроз испитни поступак, извођењем одређених доказних радњи, та основана сумња треба доказати. Другим речима, Комисија не сме да предузима доказне радње без постојања основане сумње да је дошло до одређене, конкретне повреде конкуренције, односно она не сме да спроводи испитни поступак са циљем да евентуално открије податке који би дали основа за сумњу (*fishing expedition*).

У испитном поступку Комисија је овлашћена да изводи доказне радње у циљу правилног утврђивања чињеничног стања. У доказне радње на које је овлашћена спада пре свега овлашћење да захтева достављање података, исправа и ствари, да узима изјаве странака и сведока, да обавља вештачење, да врши увиђај и да привремено одузима ствари.⁴ При том, свака од поменутих доказних радњи се може извести самостално или у комбинацији са другим радњама.

Општи предуслов је да извођење доказних радњи мора бити потребно ради разјашњења ствари.⁵ У оцени те „потребе“ Комисија би мо-

1 Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht EG/Teil 2 – Kommentar*, 4. Auflage, München, 2007, Vorbemerkungen zu Art. 17–22. VO 1/2003, бр. пасуса 3.

2 Kling, Thomas, *Kartellrecht*, München, 2007, стр. 284.

3 Закон о заштити конкуренције (даље у фуснотама: Закон), члан 35 став 1.

4 Закон, члан 41 став 1.

5 Закон о управном поступку (даље у фуснотама: ЗУП), члан 126 став 2.

рала да узме у обзир с једне стране неопходност предузимања одређене доказне радње, а с друге стране интензитет којим се извођењем те доказне радње повређује законом заштићена приватна сфера појединца (привредног друштва).⁶ Приликом оцене неопходности, Комисија би морала да цени утицај одређеном доказном радњом утврђених чињеница на правилно утврђивање целокупног чињеничног стања и решавање у конкретном поступку. С друге стране се, као што је већ напоменуто, вршењем сваке доказне радње у одређеном степену задира у приватну сферу појединца (привредног друштва). При том, интензитет тог ограничења је различит, и то најмањи приликом захтевања Комисије да се доставе одређени подаци, исправе или ствари, а највећи приликом вршења увиђаја. Из тог разлога би Комисија била дужна да из сета доказних радњи које јој стоје на располагању изабере и примени одговарајућу доказну радњу. Одговарајућа доказна радња би била она која је довољна да се постигне циљ, односно таква да се исти резултат не би могао постићи применом неке доказне радње којом се у мањој мери задира у приватну сферу појединца – „блажа“ доказна радња.

Што се тиче конкретног утврђивања мере којом се задира у приватну сферу појединца, не би било сврсисходно условљавати Комисију обавезним извођењем прво „блаже“ доказне радње, па тек у другом кораку извођењем „строже“ ако се утврди да се „блажом“ није постигао очекивани резултат. На пример, Комисија би могла доћи у ситуацију да је потребно проверити сумњиве наводе из пријаве концентрације, односно проверити да ли се учесници концентрације уздржавају од спровођења исте до доношења решења Комисије, да ли се испуњавају услови под којима је концентрација одобрена итд. Уколико би пре одређивања доказне радње спровођења увиђаја нужно било извођење „блаже“ доказне радње, нпр. тражење обавештења или испитивање лица, то би могло да послужи као упозорење конкретном друштву да склони релевантну документацију и самим тим обесмисли увиђај, као „строжу“ али у конкретном случају ипак потребну доказну радњу.

Како је тема овог рада спровођење увиђаја од стране Комисије, треба имати у виду да је увиђај само једна доказна радња на коју је Комисија словом закона овлашћена⁷ и да се као таква примењује само као *ultima ratio*, а након неопходног анализирања конкретне ситуације и потребе утврђивања одређених чињеница.

6 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, члан 8.

7 На овом месту се, због обимности материје, не можемо упустити у детаљнију анализу и представљање сваке појединачне доказне радње на коју је Комисија овлашћена.

IV Увиђај

Комисија је овлашћена да у оквиру спровођења увиђаја улази и прегледа пословне просторије, земљиште, возила и друге просторије, затим да прегледа списе и документа без обзира на форму у којој се налази, да пословну документацију копира, скенира или одузме, да просторије, предмете и документа запечати, као и да од заступника друштва и осталих запослених узима усмене или писмене изјаве и да обавља остале радње у складу са циљевима поступка.⁸

1. Сврха увиђаја

Сврха увиђаја је да се непосредним опажањем службених лица Комисије утврде чињенице или разјасне околности које су од значаја за правилно утврђивање чињеничног стања. Иако и друге, горе побројане доказне радње служе истој сврси, увиђај представља ипак најделотворнију доказну радњу. Осим што се путем увиђаја, а поготову оних ненајављених, утврђује по конкуренцију на тржишту штетно понашање, упоредноправна пракса показује да привредна друштва која су била предмет увиђаја, након увиђаја редовно и обустављају свако даље забрањено понашање.⁹

Иако Закон прави разлику између увиђаја и ненајављеног увиђаја, у пракси се скоро увек сврха увиђаја постиже једино ненајављеним уласком у просторије и претресом истих.¹⁰ Свако претходно најављивање увиђаја, па чак и непосредно путем предузимања других доказних радњи (захтевање обавештења и испитивање и саслушавање лица) би обесмислило вршење увиђаја. Међутим, Закон предвиђа да је вршење ненајављеног увиђаја могуће само ако се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа. С једне стране ово ограничење је нужно имајући у виду широко овлашћење које Комисија има по питању уласка у просторије и самим тим задирања у приватну сферу привредног друштва. С друге стране пак, остаје упитно да ли се оваквим ограничењем постиже икаква сврха имајући у виду непознаницу по питању (1) који су критеријуми за оцену постојања опасности уклањања и измене доказа (да ли ће се Комисија заиста придржавати

8 Закон, члан 52.

9 То потврђује и Европска комисија у свом извештају о политици заштите конкуренције: Europäische Kommission – Generaldirektion Wettbewerb, XXXIII Bericht über die Wettbewerbspolitik 2003, бр. одељка 28.

10 У супротном, постоји реална опасност да ће привредно друштво склонити или уништити релевантна документа.

ове одредбе или ће узимати да је и најмања сумња довољна) и (2) како ће Комисија доказивати да је та опасност постојала у случају евентуалног оспоравања испуњености услова за вршење ненајављеног увиђаја и самим тим прибављених доказа.

2. Предуслови за вршење увиђаја

а) Материјални предуслов

Неопходни предуслов за вршење свих овлашћења Комисије у испитном поступку, па самим тим и за вршење увиђаја је постојање основане сумње¹¹ да је учињена конкретна, тачно одређена повреда конкуренције. Та сумња мора бити заснована на објективно проверљивим и прецизним подацима, а не само на шпекулацијама, а чија се потврда омогућује управо прикупљањем доказног материјала у увиђају. Додатни предуслов је да се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа.¹²

С друге стране, као и код осталих радњи на које је овлашћена тако и овде, Комисија сме да приступи увиђају само уколико је та мера одговарајућа. Увиђај је у конкретном случају одговарајућа мера, ако је (1) неопходан за утврђивање чињеница или разјашњавања околности које су од значаја за правилно утврђивање чињеничног стања, (2) примерен том циљу и (3) ако не постоји друга блажа мера којом би се исти циљ могао постићи. Што се тиче неопходности вршења увиђаја, она треба да буде цењена са аспекта интереса Комисије. Из тог угла посматрано, потребно је утврдити да је спровођење увиђаја *conditio sine qua non* за правилно утврђивање чињеничног стања. Будући да се ради о доказној радњи која је најстрожија и која највише задире у приватну сферу појединца, неопходност њеног извођења би требало да буде строже цењена него неопходност извођења осталих доказних радњи на која је Комисија у испитном поступку овлашћена (захтевање обавештења, испитивање и слушавање лица). Даље, увиђај мора бити у конкретном случају подобна мера за постизање циља, дакле мера којом се тражени циљ уопште може постићи. Коначно, потребно је да поред увиђаја, не постоји ниједна друга мера којом се за доказивање конкретне повреде конкуренције доказни материјал потребног обима и квалитета може прикупити у за то потребном, најчешће релативно кратком временском периоду и уз такву ефикасност.

11 Закон, члан 35 став 1.

12 Закон, члан 53 став 1.

б) Формални њредуслов

По основу члана 54 Закона вршењу увиђаја се може приступити само на основу закључка Комисије о спровођењу увиђаја.¹³ Тај закључак доноси председник Комисије, а службена лица Комисије су дужна да га покажу приликом уласка у просторије.¹⁴ Оно што је на овом месту јако битно нагласити је да службеним лицима Комисије *није њошребан судски налоѡ*. То је важна карактеристика овлашћења наше Комисије којим се с једне стране озбиљно ограничава право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке а с друге стране наизглед успоставља темељ ефикасног деловања Комисије. Било како било овакво овлашћење није карактеристично за сва регулаторна тела у другим земљама. Тако примера ради ни тела надлежна за заштиту права конкуренције у Немачкој,¹⁵ Аустрији,¹⁶ Француској¹⁷ и Хрватској¹⁸ немају овакво овлашћење, већ могу да приступе вршењу увиђаја само по добијању судског налога. С друге стране, Европска комисија је овлашћена да спроводи увиђај без судског налога, осим ако по праву земље чланице у којој се увиђај спроводи није потребно добијање судског налога.

Нешто ближе о садржини закључка Закон не садржи. По основу анализе прописа и праксе ЕЗ може се закључити да закључци о спровођењу увиђаја морају да садрже пре свега (1) што прецизније наводе о предмету и сврси увиђаја.¹⁹ Под предметом увиђаја се сматрају конкретне физичке ствари у које се жели остварити увид као што су на пример списи, просторије али и усмена обавештења која се желе добити од запослених у привредном друштву. Оно што можемо да закључимо из упоредно правне праксе је да би предмет увиђаја морао да буде у закључку што је прецизније могуће одређен. То пре свега значи да је регулаторно тело надлежно за заштиту конкуренције дужно да прецизира тачно који списи и које просторије ће бити предмет увиђаја.

13 Различно, Европска комисија може да бира да ли ће наредити вршење увиђаја налогом или одлуком. У првом случају, запослени у друштву према којем је одређено вршење увиђаја имају по обиму и интензитету мању обавезу сарадње него у другом случају.

14 Закон, члан 41 став 3 и члан 54 став 1.

15 Немачки закон о заштити конкуренције из 2005. године (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), члан 59, став 4; такође Klauе у: Immenga, Mestmäcker, *Band 2: GWB*, 4. Auflage, München, 2007, § 59, бр. пасуса 55.

16 Аустријски закон о оснивању агенције за заштиту конкуренције из 2002. године (*Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde*), члан 12.

17 Француски Трговински законик из 2001. године (*Code de commerce*), чланови L450–1 до L450–8.

18 Хрватски Закон о заштити тржишног натјецања од 2009. године, члан 42.

19 Burrichter у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 20 VO 1/2003, бр. пасуса 25, 33.

Међутим, како унапред одређивање тих ствари са толиком сигурношћу није увек реално могуће, потребно је одредити предмет увиђаја на други начин. То је могуће с једне стране путем детаљног образлагања сврхе увиђаја, тј. онога шта се увиђајем жели доказати, а с друге стране путем навођења одређених додатних атрибута документације (на пример, кореспонденције) која се тражи као на пример временског периода у којем је сачињена, лица између којих је размењивана или одређене теме на коју се односила.²⁰ Захтевање овог степена одређивања предмета увиђаја већ и пре самог увиђаја има више разлога. Као прво, пошто је увиђај условљен постојањем основане сумње да је учињена повреда конкуренције, конкретизирањем предмета увиђаја регулаторни орган управо доказује да располаже конкретним подацима да је дошло до повреде конкуренције односно да постоји основана сумња за то. Уколико не би постојала основана сумња, не би ни било могуће прецизирање предмета увиђаја, него би орган за заштиту конкуренције у том случају морао захтевати увид у шири спектар неодређене документације како би евентуално нашао било какав доказни материјал који би помогао у сазнању да постоји повреда конкуренције (*fishing expedition*), а што би било недозвољено. Друго, прецизирање предмета увиђаја је такође потребно да би запосленима у друштву према којем је одређено вршење увиђаја било омогућено да сарађују током вршења увиђаја и да покажу службеним лицима регулаторног органа где се који списи налазе као и да дају прецизне одговоре који могу бити од значаја у поступку.

Поред овога, закључак о спровођењу увиђаја би требало да садржи и (2) позивање на правни основ за вршење увиђаја, (3) наводе о начину повреде конкуренције на који се основано сумња и о битним обележјима престапа, (4) назнаку степена претпостављене умешаности конкретног друштва у повреду конкуренције, (5) запрећене санкције за случај давања нетачних или лажних података, кршење забране отварања запечаћених просторија и докумената и онемогућавање вршења увиђаја, (6) тачан почетак увиђаја и (7) имена свих службених лица регулаторног органа која учествују у увиђају, као и осталих лица које је тај орган овластио да учествују у увиђају (стручњаци за поједине области, на пример, ИТ-стручњаци, ревизори итд.). Непотпуност закључка, макар и у погледу само једне од горе наведених ставки, за последицу има немогућност вршења увиђаја. Такав недостатак не би могао да буде надомештен ни евентуалним допунским усменим објашњењима службених лица регулаторног органа непосредно приликом вршења увиђаја.²¹

20 Klaue, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, § 59, бр. пасуса 48; Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 20 VO 1/2003, бр. пасуса 26.

21 Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 20 VO 1/2003, бр. пасуса 19 до 36.

3. Обавеза сарадње приликом вршења увиђаја

У упоредном праву по овом питању постоје два различита решења. По једном су запослени у друштву дужни да активно сарађују, а по другом да пасивно сарађују. Активна сарадња подразумева обавезу запослених не само да дозволе несметан улазак у просторије, већ и да дају одговоре на питања и пружају прецизна и детаљна обавештења, као на пример да укажу на то у којим просторијама службеници органа за заштиту конкуренције могу наћи одређена документа или у којим списима се може наћи одређена информација. Исто тако, запослени би били дужни да омогуће службеницима органа за заштиту конкуренције приступ свим закључаним просторијама односно списима складиштем у закључаним ормарима, сефовима и сличним оставама. У противном запрећене су новчане казне. С друге стране, пасивна сарадња подразумева не много више од самог омогућавања уласка у просторије. Она подразумева у сваком случају културно опхођење према службеним лицима и основни ниво сарадње али ништа више од тога. По том принципу, запослени у друштву имају право да ускрате одговоре на питања као и да не дају никакве прецизније информације. Ипак у овом случају би службена лица органа за заштиту конкуренције имала право да уз употребу силе отварају затворене просторије и оставе, које им запослени у друштву не би отворили.

Наш Закон нигде експлицитно не предвиђа обавезу сарадње током увиђаја нити санкције за одбијање сарадње. Једину меру коју Закон предвиђа као вид санкције за непоступање по налогу Комисије у испитном поступку је мера процесног пенала (члан 70 став 1 тачка 1) и то само за случај да се на захтев Комисије не доставе или не саопште тражени подаци или јој се доставе или саопште нетачни, непотпуни или лажни подаци а у смислу члана 48 Закона. Ово је дакле санкција која се односи само на једну доказну радњу Комисије у испитном поступку – захтевање података, исправа и ствари. Како Законом ништа посебно у погледу обавезе сарадње током увиђаја није прописано, примењују се правила ЗУП-а, по којима је власник односно држалац просторија дужан да допусти да се увиђај изврши,²² као и правила о ускраћивању сведочења.²³ У сваком случају Комисија је овлашћена да уз помоћ полиције присилно уђе у просторије као и да је овлашћена да врши проверу пословних и других докумената а без обзира на начин на који се та документа чувају.

22 ЗУП, члан 187 став 1.

23 ЗУП, члан 171 став 2 до 4.

4. Улазак у просторије и преглед (члан 52 став 1 тачка 1)

а) Ойшије

Службена лица су приликом уласка у просторије дужна да се легитимишу и покажу закључак Комисије о спровођењу увиђаја. Тај закључак би требало да има све оне елементе набројане горе. При том је вршење увиђаја строго ограничено на ствари и просторије наведене у закључку, те је свако „тражење“ исправа и ствари без основа у закључку – *fishing expedition* – забрањено. Даље, један примерак закључка мора бити предат друштву. Уз то, током целог увиђаја службеници Комисије би морали да сачињавају записник. Прва ствар унета у такав записник би требала да буде чињеница да је затеченим запосленим лицима у просторијама друштва показана службена легитимација, као и закључак о спровођењу увиђаја.

Иако формално не представља предуслов за отпочињање вршења увиђаја, присуство адвоката има фактички ту функцију. Наиме, ни Закон а ни прописи ЕЗ не предвиђају обавезу службених лица регулаторних тела за заштиту конкуренције да сачекају са отпочињањем вршења увиђаја до доласка адвоката привредног друштва.²⁴ Међутим, у упоредноправној пракси отпочињање увиђаја се најчешће ипак одлаже и то поготово када друштво нема своју интерну правну службу, већ само екстерне адвокате а за период који је објективно потребан да адвокат стигне до друштва (30–60 минута). С друге стране запослени у друштву су дужни да службеницима органа за заштиту конкуренције допусте улазак у просторије друштва, као и да им дозволе да ту остану до доласка адвоката.

Сходно Закону и његовој одредби садржаној у члану 52 ставу 2 странци се мора обезбедити присуство увиђају, ако то она захтева. Под странком би требало подразумевати лица овлашћења за заступање конкретног друштва. Међутим, упитно је да ли је услов за вршење увиђаја, а на захтев странке, присуство свих лица за заступање или пак само оних чије је присуство с обзиром на околности случаја и у закључку наведени обим увиђаја довољно. Сматрамо, да би условљавање почетка увиђаја присуством свих заступника а поготову оних који се налазе на највишим функцијама у друштву (имајући у виду њихову заузетост и честу одсутност из просторија друштва) било протумачено као условљавање усмерено на одуговлачење поступка.

24 Примера ради, швајцарски регулаторни орган у свом Упутству о спровођењу увиђаја садржи изричито одредбу да службеници неће чекати на долазак адвоката друштва у којем се врши увиђај – Roland Mathys, Blaise Carron, „Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen: Eine anwaltliche Perspektive“, *Anwalts revue de Lavocat*, бр. 9/2009, стр. 424.

Што се тиче уласка у стан или другу просторију која има исту, сличну или повезану намену, увиђај је допуштен уз присуство најмање два сведока, док сам држалац односно власник стана има право да сам или уз присуство пуномоћника присуствује увиђају.²⁵

б) *Просторије*

Пословне просторије. Члан 52 став 1 тачка 1 наводи да је Комисија овлашћена да улази и прегледа пословне просторије, земљиште, возила и друге просторије у седишту странке и осталим местима где странка или треће лице обављају пословне и друге активности. Ова норма има функцију фактичког предуслова за сва остала овлашћења Комисије током вршења увиђаја. Овом се нормом по први пут у српском праву конкуренције дозвољава Комисији да улази у приватне просторије и да их прегледа.

Ове просторије као прво не морају да буду у власништву конкретног привредног друштва, већ је довољно да их оно користи у обављању пословне активности. Као друго то међутим не морају да буду ни само просторије у којима се налази седиште привредног друштва, било стварно било регистровано, већ и све просторије ван седишта у којима се обавља пословна делатност. Иако се по логици ствари увиђај најчешће врши у просторијама привредног друштва против којег се води поступак због повреде конкуренције, Закон оставља могућност да се увиђај врши и у просторијама трећег лица. Наше је тумачење да је Закон под овом термином имао у виду сва лица (и привредна друштва) која су у вези са повредом конкуренције и која би могла да поседују релевантне информације, ствари или исправе. Међутим, имајући у виду да је ово ново овлашћење Комисије, као и да је само по себи улажење у просторије једног привредног друштва, па било оно и осумњичено за повреду конкуренције, само по себи строга мера, да ће Комисија барем у почетку примене својих нових овлашћења избегавати претерано ометање оних привредних друштава која нису непосредно странке у поступку, а поготово ако су у питању физичка лица, те да ће се најчешће користити блажом мером захтевања података, ствари или исправе.

Приватне просторије. Комисији је такође дато и овлашћење чланом 54 став 3 да увиђај може вршити и у стану и другим просторијама које имају исту, сличну или повезану намену. Закон не прецизира које просторије су предмет ове одредбе нити прецизира круг лица у чијем власништву односно државини се оне морају налазити. У праву ЕЗ је домет овог овлашћења доста проширен те укључује поред станова и

25 Закон, члан 54 став 5 и 6.

просторија сличне или повезане намене и возила и земљишта.²⁶ Круг лица у чијим просторијама се увиђај може вршити обухвата запослене у друштву, а пре свега чланове управљачких органа друштва, али и адвокате, пореске саветнике и ревизоре.²⁷

Ипак, наш Закон предвиђа вршење увиђаја у „становима, или другим просторијама које имају исту, сличну или повезану намену“ те је наше мишљење да ову норму треба уско тумачити те увиђај само ограничити на те просторије, тј. не укључивати и возила и земљишта. Међутим, упитно је да ли је такво ограничење направљено свесно или пак случајно. Наиме, на овај начин се ипак оставља могућност да се одређена документа ставе ван домета Комисије.

Како се вршењем ове доказне радње директно задире у приватну сферу појединца (право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке), то је и сам Закон предвидео да је вршење овог овлашћења могуће само уз посебан судски налог. То нам даље даје основа да сматрамо да је улазак и вршење увиђаја у становима и осталим сличним просторијама дозвољено под строжим условима него вршење увиђаја у пословним просторијама.

Оно што је за вршење овог овлашћења потребно Европској комисији јесте пре свега постојање основане сумње да је дошло до теже повреде конкуренције. Под тежом повредом конкуренције се сматрају примера ради рестриктивни споразуми о ценама или о подели тржишта, као и злоупотреба доминантног положаја на тржишту путем дискриминације, одбијања продаје итд. С друге стране потребно је да постоји основана сумња да се документа од значаја за поступак налазе у тачно одређеној приватној просторији тачно одређеног лица и уз то и да се та документа не налазе у пословним просторијама, јер би у том случају вршење увиђаја у приватним просторијама била несразмерна и непотребна мера.²⁸

Међутим Закон не прецизира нигде на овај начин који су посебни услови за вршење увиђаја у становима и сличним просторијама. Једино што Закон предвиђа поред обавезе прибављања судског налога јесте да спровођење увиђаја у стану мора бити „потребно“.²⁹ Доказати да је потребно извршити увиђај у стану пак, сматрамо, не може подразумевати ништа друго до доказати да се сврха увиђаја не би могла постићи вршењем увиђаја у пословним просторијама, јер се тражена документа тамо не налазе, те да се она управо налазе у одређеним приватним просторијама, стану или сличној просторији.

26 Правилник 1/2003/ЕЗ, члан 21 став 1.

27 Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 21 VO 1/2003, бр. пасуса 19.

28 Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 21 VO 1/2003, бр. пасуса 6 до 17.

29 Закон, члан 54 став 3 – „ако је потребно спровести увиђај“.

Даље, имајући у виду како је формулисана ова норма – „ако је потребно спровести увиђај у стану или другој просторији“ – може се заључити да се овим овлашћењем Комисија очигледно сме користити у изванредним околностима, као *ultima ratio* средством и то само уз судски налог. Како је пак надлежан суд за издавање једног таквог налога, врло вероватно, мало упознат са конкретним предметом и правом конкуренције, остаје упитно како ће судови реаговати на овакве захтеве Комисије.

в) Овлашћења

Иако Законом није прописано у ком времену се увиђај сме вршити, сматрамо да се увиђај у пословним просторијама сме спроводити само за време уобичајеног радног времена. Што се тиче приватних просторија ту би било за очекивати да се спровођење увиђаја одреди онда када се тамо може неко затећи а имајући увек виду потребан ефекат изненађења и неодложни карактер самог увиђаја. У упоредноправној пракси трајање увиђаја најчешће није временски лимитирано. Увиђај у принципу траје онолико колико је потребно да се изврши увид у просторије и документа наведена у закључку о спровођењу увиђаја, али ретко кад дуже од 3–4 дана.

Приликом вршења увиђаја у пословним просторијама службеним лицима регулаторног органа надлежног за заштиту конкуренције се најчешће ставља на располагање одређена просторија и омогућава им се несметано копирање и скенирање. Службена лица могу од запослених у друштву тражити да им доставе одређене списе, те да потом остваре увид у те списе и да их накнадно копирају, скенирају, а по потреби и запечате и одузму. Поред тога, службеници регулаторног органа су овлашћени да се крећу по просторијама привредног друштва, да улазе у све просторије да проверавају да ли постоји још релевантне документације сакривене на неком другом месту, да отварају затворене просторије и ормаре, сефове и остале спремноке.³⁰

Што се тиче овлашћења Комисије приликом вршења увиђаја у приватним просторијама, упитно је да ли се са нађеним предметима и документацијом може исто поступати као и са онима нађеним током увиђаја у просторијама друштва. Што се тиче права ЕЗ, Европска комисија има иста овлашћења као и приликом вршења увиђаја у пословним просторијама, осим што одузимање нађене документације, запечаћивање просторија и докумената и узимање изјава од лица које се

30 Закон, члан 52 став 1 тачка 2 – службеници Комисије су овлашћени да врше проверу пословних и других докумената „без обзира на начин на који се та документа чувају“.

тамо затекну није дозвољено.³¹ Наш Закон не регулише посебно питање увиђаја у приватним просторијама на начин на који се то врши у европском праву, тј. у оквиру посебног члана. Ипак из листе овлашћења садржане у члану 52. Закона, извлачи се посредно закључак да би запечаћивање станова било недопуштено (пошто је дозвољено само запечаћивање пословних просторија), а запечаћивање и одузимање тамо нађене документације дозвољено само уколико би се радило о пословној документацији (пошто је дозвољено само запечатити и одузети пословне просторије и пословну документацију). Остала овлашћења се подједнако примењују како на увиђај у пословним тако и на увиђај у приватним просторијама.

5. Увид у списе (члан 52 став 1 тачке 2, 3 и 4)

Пословна и приватна документација. Документација која може бити предмет увида и испитивања може бити само документација наведена у закључку о спровођењу увиђаја. У такву документацију спада пре свега пословна документација. Под пословним документима се сматрају сва документа која садрже информације о привредним активностима конкретног друштва.³² При том форма документације није битна. Пре свега ту спадају писана документа (руком или механички писана) као што су пословне књиге, записници са седница управног или надзорног одбора или скупштине друштва, роковници, интерна и екстерна кореспонденција, рачуни, обрачуни путних трошкова, уговори и слично.³³ Поред тога, под пословном документацијом се сматрају и документа у аудио, визуелном, микрофилмском, електронском и другом запису.³⁴ Зависно од врсте документације, службеницима Комисије је потребно дати и неопходне податке потребне за приступ тим подацима (шифре, кодови итд.).

С друге стране, упитно је да ли је дозвољен увид у приватну документацију. Под приватним документима би се сматрале примера ради неформалне руком писане белешке или е-мејлови. У праву ЕЗ увид у приватна документа је генерално забрањен, али важи претпоставка да су сва документа нађена у просторијама и возилима друштва пословна. Закон међутим садржи одредбу у члану 52 став 1 тачка 2 по којој службено лице које врши увиђај сме да изврши проверу пословних и других докумената. То пак може послужити као основа за закључак да наш Закон ипак не прави разлику између пословних и приватних до-

31 Правилник 1/2003/ЕЗ, члан 21 став 4 у вези са чланом 20 став 2 тачке д) и е).

32 Klaue у Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, § 59, бр. пасуса 43.

33 Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 20 VO 1/2003, бр. пасуса 40.

34 Burrichter, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, Art. 20 VO 1/2003, бр. пасуса 40.

кумента, те да дозвољава увид и преглед било пословне било приватне документације.

Овлашћења. Што се тиче даљих овлашћења службених лица Комисије приликом увиђаја, могу се запечатити само пословне просторије и пословна документа, како је то наведено у Закону у члану 52 став 1 тачка 4. Ово овлашћење се најчешће користи када увиђај траје више дана те се просторије друштва напуштају преко ноћи, или када регулаторни орган не располаже довољним бројем службеника те не може да прегледа истовремено више просторија, односно да надгледа све просторије друштва и спречи евентуално уништавање или склањање документације.

Иако и пословна и друга документација (како то Закон дефинише) могу бити предмет увида и прегледа за време увиђаја, само пословна документација се може копирати и скенирати али и одузимати. Само скенирање или копирање се у принципу врши у два примерка, како би један примерак остао и друштву. Иако у начелу запослени у привредном друштву нису дужни да помажу службеницима регулаторног тела у копирању или скенирању документације, неписани је стандард да им је потребно ставити на располагање одређену просторију и копијер апарате. Службена лица би морала да сачине записник, у којем би поготову била пописана сва документа која су прегледана, копирана, скенирана и евентуално однесена.³⁵ Што се тиче електронски сачуваних података, требало би примењивати иста правила као и за физичку документацију, те дозвољавати преснимавање садржаја хард-дискова, али само селективно, дакле само оних докумената на које се увиђај односи.

У погледу одузимања документације, Комисија има широка овлашћења те може документацију одузети по два основа. Сходно члану 52 Закона одузимање је дозвољено само уколико копирање или скенирање није могуће а док се не направе копије те документације. Поред тога, сходно члану 55 Закона исправе и све остале ствари од значаја за одлучивање у поступку се могу привремено одузети а док се не утврде сви релевантни подаци и чињенице које те исправе, односно ствари садрже а најдуже до краја поступка. На овом месту би требало скренути пажњу да овакво овлашћење није баш уобичајено у упоредноправној пракси. Као што је већ напоменуто, регулаторна тела су дужна да приликом одмеравања доказне радње коју ће применити у конкретном случају воде рачуна о принципу сразмерности, те да примене ону меру која је неопходна а под условом да се иста сврха не би могла постићи неком блажом мером. У том смислу би се овлашћење за копирање и скенирање документације сматрало довољном мером

35 Dieckmann, у: Wiedemann, *Kartellrecht*, 2. Auflage, München, 2008, § 42, бр. пасуса 33.

а мера одузимања документације сувишном, осим једино у случају да скенирање није могуће, као што то и предвиђа члан 52 став 1 тачка 3 Закона. Остаје нејасно које је оправдање за друге случајеве одузимања документације предвиђене у члану 55 и када ће Комисија ценити да такво оправдање постоји.

Службеници Комисије су обавезни да донесу закључак о одузетим и запечаћеним документима и стварима и у записник о извршеном увиђају унесу која су документа запечаћена, копирана/скенирана односно однесена. Службеници Комисије су притом дужни да скрену пажњу запосленима у друштву да уколико нису сагласни са садржином записника и констатованим чињеничним стањем као и са начином на који је поступак вођен, те сматрају да су нека њихова права повређена, могу ставити примедбу у записник а службеници Комисије су дужни да такву примедбу и унесу у записник. Поврх тога, друштву се мора издати један примерак сачињеног записника.³⁶

Документија која не могу бити предмет увиђаја. У упоредноправној пракси, а и теорији постоји сагласност да не могу бити предмет увиђаја писма, обавештења и сви други облици комуникације (кореспонденција) између привредног друштва и његовог екстерног адвоката. Под екстерним адвокатом се сматра адвокат који је независан од друштва које саветује, односно који није запослен у том друштву.³⁷

Приликом одређивања документације у коју увид није дозвољен, потребно је узети у обзир сврху ради које је она настала. Само документација сачињена у сврху прибављана правног савета адвоката се може сматрати заштићеном у смислу забране увида службених лица органа за заштиту конкуренције. Заштићеном се у првом реду сматра мишљење адвоката односно његов правни савет. Ту спада и комуникација између привредног друштва и његовог екстерног адвоката након отпочињања испитног поступка а у вези са предметом испитног поступка, али исто тако и интерна комуникација у оквиру самог друштва која садржи правни савет адвоката.³⁸ Међутим, и документација сачињена у сврху прибављања правног савета адвоката ради конципирања одбране, а која се још увек налази у просторијама друштва а припремљена је за слање адвокату (дакле, још увек нема успостављене комуникације са ад-

36 ЗУП, чланови 64 до 69.

37 Одлука Европског суда правде: EuGH v. 18.5.1982. – Rs. 155/79, Slg. 1982 – Australian Mining and Smelting Europe Limited/Kommission, доступно на адреси: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61979J0155&lg=en; Одлука Суда прве инстанце: EuG v. 17. 9. 2007. – T-125, 253/03 – Akzo и Akcros, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003A0125:EN:HTML>.

38 Burcher, у: Immenga, Mestmäcker, *нав. дело*, 1/2003, Vor Art. 17, од пасуса бр. 52.

вокатом), такође припада заштићеној документацији.³⁹ Поред тога и сва остала документа која садрже елементе кореспонденције са адвокатом или елементе његовог правног савета су такође заштићена.⁴⁰ Међутим, сам документ који је био предмет анализе од стране адвоката не би могао да буде изузет од прегледа.⁴¹

Сама заштита ове документације у смислу који се у упоредноправној пракси помиње је двојака. Прво, документација која спада под заштићену у смислу горенаведеног, не може се користити као доказ у поступку. Друго, забрањен је било какав, па чак и само сумаран увид у документацију и њен преглед, јер се сматра да би и само површно сазнање органа за заштиту конкуренције о садржини документације имало утицаја на одлучивање у поступку, те да је с тога недопуштено.⁴² Ако пак постоји сумња да ли одређени списи припадају заштићеној документацији, службена лица тог органа не би смела да их прегледају. Да би их прегледала и утврдила њен карактер, орган за заштиту конкуренције би морао прво да донесе посебну одлуку о прегледу те документације ради утврђивања њеног карактера. Тиме се уједно и даје прилика конкретном друштву да се жали пред надлежним судом и да у том случају надлежни суд донесе коначну одлуку о томе да ли је документација заштићена или није. Из тог разлога је препоручљиво да се сва документација која је предмет размене са екстерним адвокатима, означи као поверљива, како би се спречио случајни нежељени увид службених лица.⁴³

У нашем се праву писма, обавештења и сви други облици комуникације између странке против које се води поступак и њених пуномоћника, а која се непосредно односе на поступак, сматрају привилегованом комуникацијом.⁴⁴ Међутим, нејасно је какву заштиту Закон предвиђа за привилеговану комуникацију. Наиме, у оквиру одредаба о привилегованој комуникацији Закон упућује на одредбе о забрани

39 Одлука Суда прве инстанце: EuG v. vom 17. 9. 2007. – T-125, 253/03 – Akzo и Akcros.

40 Одлука Суда прве инстанце: EuG, Urt. V. 4.4.1990. – T-30/89 – Hilti, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=165415:cs&lang=en&list=203866:cs,197991:cs,176533:cs,165415:cs,137897:cs,&pos=4&page=1&nbl=5&pgs=10&hwords=hilti~&checktexte=checkbox&visu=#texte>.

41 Одлука Суда прве инстанце: EuG, Beschl. v. 30.10.2003 – T-125/03 T и T-253/03 R, Rdn. 123 – Akzo Nobel.

42 EuG v. vom 17.9.2007. – T-125, 253/03 – Akzo и Akcros, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:035:0010:0010:EN:PDF>.

43 Судови ЕЗ све више доводе у питање оправданост разликовања између екстерних и интерних адвоката, те је могућа скоро промена досадашње праксе и укључивање и комуникације са интерним адвокатом под режим заштићене документације.

44 Закон, члан 51.

откривања одређених података у која Комисија има увид јавности, а не на заштиту података у горенаведеном смислу. Из тог разлога је нејасно да ли наш Закон уопште предвиђа могућност заштите комуникације између друштва и адвоката у смислу забране увида Комисије у такву документацију и забране коришћења такве документације као доказа у поступку. С обзиром да генерално важе правила ЗУП-а, треба узети за вероватним да интенција закондавца није била да такву заштиту искључи,⁴⁵ али остаје упитно зашто Закон упућује на примену правила о подацима која немају својство информације од јавног значаја.

6. Испитивање и саслушање лица (члан 52 став 1 тачка 5)

По члану 52 став 1 тачка 5, службеници Комисије су овлашћени да узимају од заступника привредног друштва у којем се врши увиђај или запослених како усмене тако и писмене изјаве. За разлику од нашег права конкуренције,⁴⁶ европско право конкуренције условљава испитивање претходним пристанком лица која се испитују,⁴⁷ те је из тог разлога у пракси ЕЗ домет оваквог овлашћења с правом окарактерисан као релативно мали. Као и у европском праву конкуренције, и по нашем праву конкуренције опште правило је да се постављено питање може односити само на чињенице које су предмет увиђаја.⁴⁸ Под тим условом службеници Комисије имају право да узимају изјаве пре свега у циљу сазнавања где се одређена списа и предмети налазе, ради прибављања објашњења о одређеним документима или ономе што је у њима садржано или ради појашњења одређених скраћеница, ознака или термина. Под условом да се односи на предмет увиђаја, допуштено је тражити појашњење интерних процедура, хијерархија и подела надлежности унутар једног друштва. Поред тога, питања би морала бити јасна и прецизна и постављена на такав начин да омогућавају запосленима у друштву да у кратком року, без дугих консултација дају одговор. Недопуштена би била питања која би се односила на привилеговану комуникацију са адвокатом и на признање повреде конкуренције.⁴⁹ Како би се спречиле сумње у погледу допуштености одређеног питања, присуство адвоката

45 ЗУП, члан 166 став 1 тачка 3 – „сведок може ускратити сведочење о ономе што му је странка поверила као свом пумоћнику“.

46 Како Закон не садржи посебно правило по питању потребе пристанка испитиваних лица примењују се правила ЗУП-а по којем пристанак није потребан.

47 Правилник 1/2003/ЕЗ, члан 19 став 1.

48 Закон, члан 52 став 1 тачка 5.

49 Слично и у одлуци Европског суда правде: *EuGH v. 18.10.1989 – Rs. 374/87, Slg. 1989, 3343 Tz. 34 – Orkem/Kommission*, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0060:DE:HTML>.

друштва је препоручљиво, те је то још један резлог зашто службеници регулаторних тела у ЕЗ најчешће чекају са спровођењем увиђаја до доласка адвоката друштва. С друге стране, испитивање у оквиру увиђаја се може вршити само за време његовог трајања и то у просторијама друштва. Након завршетка увиђаја, питања се могу постављати само у форми посебне доказне радње предвиђене чланом 48 Закона.

Питања могу бити постављена заступнику друштва или његовим запосленима. Упитно је да ли изјаве сваког од ових лица могу имати исту доказну снагу. Наиме, изјаве лица која су овлашћења за заступање и самим тим давање изјава у име и за рачун друштва се могу третирали као изјаве самог друштва и самим тим имају већу доказну снагу од изјава осталих запослених. Те изјаве би се требале тумачити као изјаве странке у смислу оредаба ЗУП-а. С друге стране, изјаве осталих лица запослених у друштву, затечених за време увиђаја у просторијама друштва, би требале имати значај изјава сведока у смислу истог закона.

О постављеном питању, датом одговору и евентуалном приговору везаном за постављено питање би се морао сачинити записник. Након тога испитано лице има право да потврди тачност датог исказа, по основу чега Комисија тај исказ сме да користи као доказ у поступку. У супротном, Комисија такав исказ не би смела користити као доказ.

Закон међутим не прецизира да ли су службеници Комисије подједнако овлашћени на узимање изјава и у случају увиђаја у станови-ма и приватним просторијама. Разликовање у третману овог овлашћења постоји примера ради у европском праву конкуренције, где Европска комисија није овлашћена да узима изјаве од лица која затекне приликом увиђаја у стану или сличним просторијама.⁵⁰ Како Закон по овом питању не садржи неко посебно правило, намеће се закључак да је узимање изјава од лица која се затекну у стану дозвољено, под условом да се ради о заступницима друштва или запосленима.

V Закључак

Како је Законом Комисији дато овлашћење да спроводи увиђај, потребно је ставити јој на располагање и одређени сет овлашћења који ће спровођење увиђаја и фактички омогућити. Из тог сасвим разумљивог разлога Законом су Комисији дата одређена, доста широко постављена овлашћења. При томе се мисли најпре на овлашћење Комисије да улази у пословне просторије без судског налога, затим да улази у приватне просторије, да врши увид како у пословна тако и у приватна докумен-

50 Правилник 1/2003/ЕЗ, члан 21 став 4 у вези са чланом 20 став 2 тачке д) и е).

та, да одузима документацију и у случајевима када јој није онемогућено копирање и скенирање документације као и да испитује и узима изјаве од лица без потребног претходног пристанка тих лица. Интензитет задирања у приватну сферу појединаца до чега долази применом ових овлашћења Комисије показује колико је високо постављен императив очувања и заштите конкуренције на тржишту. Под претпоставком да је увођење и давање ових овлашћења Комисији учињено са циљем стварања и ширења свести у привредном промету да су неизвесност и ризик пословања на тржишту камени темељци здраве тржишне утакмице а самим тим и техничког и економског напретка, правилне алокације ресурса и коначно економског благостања и добробити потрошача, за поздравити је новине које је Закон у погледу спровођења увиђаја увео.

Међутим, чињеница да Комисија располаже таквим овлашћењима у тренутку када право конкуренције у Србији још увек није у пракси довољно развијено, пак, опомиње на то да би поступање Комисије, барем у почетном периоду, морало бити крајње опрезно и да би арбитражност Комисије морала бити сведена на најмању могућу меру. Стога је потребно да и судски апарат постане свестан нових овлашћења Комисије и да будним оком мотри на поступање Комисије и штити права странака у поступку, али и да буде спреман да препозна економску природу расуђивања и одлучивања Комисије, те да са разумевањем врши контролу њених радњи у испитном поступку.

Услед недостатка праксе по питању овлашћења Комисије у испитном поступку, а поготову по питању њеног овлашћења да улази у просторије, сматрамо да би свакако било пожељно да Комисија обавести јавност о правима и дужностима странака током испитног поступка Комисије, као и да ближе упозна јавност са својим за појмове српске праксе и права конкуренције широким овлашћењима.

Radivoje PETRIKIĆ

Attorney at Law, CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH

Raško RADOVANOVIĆ, LL.M.

Attorney at Law Apprentice, CMS Reich-Rohrwig Hasche Sigle d.o.o.

INVESTIGATION PROCEEDINGS ACCORDING TO NEW REGULATIONS ON PROTECTION OF COMPETITION

Summary

New Law on protection of competition introduces some important new rights and powers of the Commission for protection of competition relating to the investigation proceedings in order to enable the successful evidence collection. Therefore, Commission is inter alia empowered for the first time to conduct the inspection alone. For that purpose, Commission is empowered to enter any premises, to examine the documentation found, to copy, scan and even temporary obtain the documentation and to ask and obtain answers from the representatives or employees of the party in the proceedings. The Commission is empowered to enter the premises unannounced and to enter both business and private premises, the latter however only upon additional court order. In any event, the conduct of the inspection and entry into the premises has to be based on previously issued decision of the Commission on ordering the inspection. The wide set of Commission's investigation powers is aimed to crate and spread the awareness of the business community that the existence of the competition based on the risk and uncertainty that is connected to every business decision is imperative. However, these wide investigation powers are limited, for example by existence of legal privilege rule.

Key words: *inspection, to enter the premises, legal privilege.*

Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ
судија Привредног апелационог суда

МОГУЋНОСТ КОМПЕНЗАЦИЈЕ У ТОКУ СТЕЧАЈА

Резиме

Према три различита закона по којима се стечајни поседуци воде могућности компензације различито је регулисана: од законске обавезне компензације (Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији), преко изостанка одговарајућих одредаба што је условило заузимање ставова судске праксе (Закон о стечајном поседују), до дозвољене и ограничено могуће компензације, али само уз изјаву стечајној повериоца, и уз приписани поседујак (Закон о стечају).

Кључне речи: *компензација, стечај, Закон о стечају, престанак обавезе, стечајни поверилац.*

Компензација је један од начина престанка обавезе. Она може бити уговорна, законска и судска.

Уговорну компензацију дефинише Закон о облигационим односима и то одредбама од члана 336 до члана 343. Према члану 336 Закона о облигационим односима, дужник може пребити потраживања која има према повериоцу са оним што овај потражује од њега, ако оба потраживања гласе на новац или друге заменљиве ствари истог рода и исте каквоће и ако су оба доспела.

Према члану 337 Закона о облигационим односима, пребијање не настаје чим се стекну услови за то, него је потребно да једна страна изјави другој да врши пребијање. После изјаве о пребијању сматра се да је пребијање настало оног часа кад су се стекли услови за то. Самим давањем изјаве о компензацији, односно пребоју, сходно цитира-

ним одредбама члана Закона о облигационим односима, сматра се да је дошло до пребоја међусобних потраживања са даном њиховог сусрета, односно са даном доспелости касније доспелог потраживања, па се са наведеним даном и гасе међусобна потраживања странака до износа нижег потраживања.

Законска компензација је, међутим, ситуација у којој се самим законом прописује пребој међусобних потраживања повериоца и дужника, па долази до гашења међусобних потраживања у висини нижег од њих, такође даном њиховог сусрета.

Судска компензација је пребој међусобних потраживања парничних странака који врши суд, својом одлуком у спору. До судске компензације долази по окончаном парничном поступку у коме је истакнут компензациони приговор или поднета компензациона противтужба. То су ситуације у којима је потраживање које се ставља у пребој спорно, а некада су спорна потраживања обе парничне странке, па управо стога у судском парничном поступку који је једна од странака започела са жељом да се наплати, односно намири, суд прво утврђује постојање међусобних потраживања, потом врши њихов пребој до износа нижег од њих, док ће о преосталом износу (за који се дуг није због пребоја угасио) судском одлуком суд мериторно одлучити.

І Компензација и стечај

Стечај је судски поступак колективног намирења поверилаца инсолвентног дужника и то по законом прописаним правилима. Како је циљ стечајног поступка намирење поверилаца, а компензација је један од начина престанка обавезе, то се у судској пракси стално постављало питање: да ли и у току стечајног поступка обавеза може престати компензацијом, односно да ли је компензација могућа у стечају.

Сходно цитираним члановима који дефинишу појам компензације, компензација је могућа само ако између повериоца и дужника постоје истородна међусобна и доспела потраживања која би се могла пребојем угасити. То значи да би и у случају стечаја између стечајног повериоца и стечајног дужника морала постојати таква потраживања да би се уопште могла разматрати могућност гашења истих путем компензације.

Специфичности самог стечајног поступка и посебна правила којим се он води, диктирају, међутим, модификовано размишљање о начину престанка обавезе компензацијом и примену наведеног института, односно оцену могућности његове примене.

II Закони који се примењују код стечаја

Стечајни поступци су се до 3.2.2005. године водили по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ), а од наведеног датума се исти примењује само на окончање оних стечајева у којима до наведеног датума (3.2.2005. године – као дана почетка примене Закона о стечајном поступку), није донета одлука о уновчењу имовине, односно стечајне масе стечајног дужника и иста уновчена више од 50%, док се у свим другим случајевима за спровођење и окончање стечаја примењују одредбе Закона о стечајном поступку, који је означеног датума почео да се примењује.

Оваква паралелна примена закона који регулишу стечајну материју предвиђена је прелазним и завршним одредбама члан 185 Закона о стечајном поступку, којим је регулисано његово ступање на снагу и његова примена, па је стога у судској пракси један значајан број предмета и по почетку примене Закона о стечајном поступку наставио да се води по одредбама Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, док је један број предмета који је до тада вођен по том поступку и том закону прешао да се води по Закону о стечајном поступку.

Примена новог Закона о стечају регулисана је прелазним и завршним одредбама истог, односно члановима од 207 до 212. Према истима за све стечајне поступке који су у току, на дан почетка примене новог Закона, предвиђено је да се наставе и окончају по прописима који су важили до дана почетка примене новог Закона о стечају.

Нови Закон о стечају ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику“; односно 23.12.2009. године, а почео да се примењује 30 дана од дана ступања на снагу односно 23.1.2010. године. Даном почетка примене Закона о стечају престаје да важи Закон о стечајном поступку (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 84/04 и 85/05) уз назнаку да ће се исти примењивати на поступке стечајева који су у току на дан почетка примене новог закона, до њиховог окончања.

Овакав плурализам закона по којима се стечајни поступци воде, али и другачија решења у погледу многих института које је дао Закон о стечајном поступку у односу на Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији и које је предвидео Закон о стечају унео је многе дилеме у судску праксу. Неке од тих дилема решене су кроз праксу, али се у погледу неких спорних питања и данас, чак, иако су заузети одређени ставови надлежних судова, јављају другачија мишљења. Једно од таквих питања је и питање могућности компензације у поступку стечаја.

Сходно изнетом, тренутно се стечајни поступци воде по три различита Закона (Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, Закон о стечајном поступку и Закон о стечају) зависно од времена када су исти покренути – отворени, па је потребно упоредно правно анализирати могућност компензације у стечајевима који се воде по тим различитим законима.

III Компензација по ЗППСЛ

Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији компензација је била регулисана одредбама чл. 105–107. Члан 105 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у оквиру поглавља: „пребијање потраживања“, предвиђао је да је у стечајном поступку дозвољено пребијање потраживања поверилаца са против потраживањем дужника. Такође је предвиђено да се потраживања која су се до дана отварања стечајног поступка могла пребити, сматрају пребијеним и не пријављују се у стечајну масу.

Према ставу 3 истог члана пребијају се и потраживања, односно противпотраживања која нису доспела на дан отварања стечајног поступка као и потраживања или противпотраживања која не гласе на новчани износ. Пребити су се могла и условна потраживања, ако то одобри стечајно веће. Стечајно веће је могло пребијање ових потраживања условити полагањем обезбеђења од стране поверилаца.

Повериоци чија се потраживања пребијају, дужни су према ЗППСЛ да о пребијању извести стечајног управника. Ако поверилац не извести стечајног управника, одговоран је за штету и настале трошкове.

Институт компензације у стечају наведеним ЗППСЛ – регулисан је и члановима 106 и 107 којима су регулисана ограничења. Чланом 106 је наведено да пребијање није допуштено ако је потраживање уступљено (цедирано), повериоцу за последњих шест месеци, пре дана отварања стечајног поступка, а поверилац је знао или је морао да зна, да је дужник постао неспособан за плаћање или да је против њега поднесен предлог за отварање стечајног поступка. Једини изузетак су потраживања у вези са извршењем неизвршених уговора или потраживања на успешном побијању правног посла дужника.

Последња одредба која је регулисала пребијање потраживања у стечају Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији је одредба члана 107 којом је изричито предвиђено да се потраживања од дужника која су настала пре дана отварања стечајног поступка не

могу пребити са потраживањем стечајне масе које је настало после дана отварања тог поступка.

Имајући у виду цитиране одредбе, евидентно је да је Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у случају стечаја прописивао обавезну законску компензацију за сва потраживања која су доспела до дана отварања стечаја, те да је стога иста наступала по самом закону, а то значи да није била потребна изјава воље, односно компензациона изјава, било које од уговорних страна, односно ни стечајног дужника ни његовог повериоца.

Тако стечајни поверилац није ни имао потребе и обавезе да пријављује своје потраживање у стечају свог дужника, јер је исто било угашено пребојем који је наступио по самом закону. Његова је обавеза била само обавештење стечајног управника о пребоју. Пребој по самом закону наступао је као једна од законских последица покретања стечајног поступка, а то значи да је до пребоја и гашења међусобних потраживања долазило оног тренутка када су наступале правне последице покретања стечаја над једном од странака – над стечајним дужником, односно сходно одредбама истог ЗППСЛ од дана када је решење о отварању стечаја истакнуто на огласну таблу суда, јер је управо тај тренутак означен као тренутак када наступају све правне последице покретања стечаја.

На основу цитираних норми Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, које су врло детаљно регулисале питање могућности компензације у току стечајног поступка, судска пракса није имала већих проблема у њиховој примени, а ни мишљења теоретичара и практичара нису се значајније разликовала. Компензација у стечају била је не само дозвољена и могућа већ и обавезна по самом закону у случају постојања међусобних доспелих и истородних потраживања у тренутку наступања правних последица стечаја, односно са даном истицања огласа о отварању поступка стечаја на огласној табли стечајног суда.

IV Компензација по Закону о стечајном поступку

Закон о стечајном поступку ниједним чланом није дефинисао нити прописао могућност компензације у поступку стечаја. То је свакако одмах створило дилему у пракси може се рећи да су се издвојила три доминантна мишљења.

Према првом мишљењу, Закон о стечајном поступку је *lex specialis* и с обзиром да он није предвидео ма какву посебну одредбу, којом би се регулисало питање компензације у стечају, сходно општим правилима, потребно је применити норму општег закона, а то значи Закона

о облигационим односима, који регулише питање могућности и услове компензације међусобних потраживања. Стога, иако законом није ни поменута (с обзиром да није забрањена) компензација међусобних потраживања је дозвољена и могућа и у току трајања стечајног поступка. Ради се наравно о уговорној компензацији, односно могућности да се компензација изврши по давању компензационе изјаве од стране једне од уговорних страна, а не о обавезној законској компензацији, као што је раније била Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији предвиђена као обавезна, јер је таква компензација могућа само ако је изричито законом предвиђена, а то без дилеме у Закону о стечајном поступку није случај, јер он не садржи ниједну норму такве садржине. У складу са изнетим, могла би да се изврши и судска компензација у случају подношења компензационог приговора или компензационе противтужбе.

Друго мишљење је потпуно супротно. Према овом мишљењу компензација се у току стечаја не може извршити, никада и то ни законска ни уговорна, а ни судска, јер таква могућност Законом о стечајном поступку није предвиђена, а сама компензација као начин престанка обавезе, супротна је основним циљевима и принципима стечајног поступка. Циљеви стечајног поступка недвосмислено су намирење поверилаца, али је основни принцип стечајног поступка њихово равномерно намирење. Сходно одредбама Закона о стечајном поступку повериоци нижег исплатног реда могу се намирити само када буду намирени повериоци претходних, виших исплатних редова у целости, а све то с обзиром да су чланом 35 сви повериоци сврстани у четири исплатна реда. Поред наведеног важи и принцип да се сви повериоци истог исплатног реда могу намирити само у једнаким процентима и под једнаким условима, што је основни принцип стечајног поступка и дефинише се као принцип равномерног намирења. Свако другачије понашање, односно привилеговање било ког повериоца није дозвољено у самом стечајном поступку, а ако је учињено радњама стечајног дужника у законом опредељеном периоду пре покретања стечајног поступка Закон омогућава стечајном управнику да побија наведено понашање, односно правне радње које је стечајни дужник предузео ради фаворизовања наведеног повериоца побијањем правних радњи као посебним стечајним институтом. То према ауторима и заступницима овога мишљења указује да се компензација као начин измирења, односно престанка обавезе међусобним пребојем и гашењем не може никада и ни у ком виду и облику прихватити у случају стечаја једне од странака. Наведено са образложењем да би се на тај начин поверилац који је извршио пребој свог потраживања са потраживањем стечајног дужника наплатио, односно намирио ван других стечајних поверилаца и услова под којима су се они намиривали, односно ван ис-

платног реда у који његово потраживање спада, па управо стога, такво намирење би било супротно основним принципима стечајног поступка, јер би довело до привилеговања одређеног повериоца који се намирује уз компензацију а то није дозвољено. Исто ограничење и разлози у погледу могућности уговорне компензације важи и за судску компензацију, па тако ни суд без обзира на истицање компензационе противтужбе односно компензационих приговора, не би могао да изврши пребој утврђених потраживања по компензационој противтужби или компензационом приговору. Напротив, суд би у тој ситуацији могао само да утврди постојање потраживања и противпотраживања, а до пребоја не би дошло, већ би утврђена потраживања стечајни органи имали у виду сврставајући их у одређени исплатни ред и у решењу о главној деоби у складу са условима под којима се намирују и сви други повериоци истог исплатног реда коме припада и то утврђено потраживање предвидели његово сразмерно намирење.

Треће мишљење представља заправо комбинацију претходна два потпуно супротстављена мишљења и исто је кроз одговоре на питања трговинских судова у погледу могуће компензације у стечају, као важеће мишљење усвојила седница одељења Вишег трговинског суда. Према наведеном мишљењу које је прихваћено, и у пракси трговинских судова, у стечајном поступку, с обзиром на одредбе Закона о стечајном поступку, нема никада обавезне законске компензације, која би наступила самим тренутком отварања стечајног поступка као што је то било предвиђено Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, а компензација је уопште могућа али само под одређеним условима и у одређеној фази стечајног поступка. Према Закону о облигационим односима потраживања која се могу компензовати морају бити истородна, међусобна и доспела, а то значи једнаког квалитета. Потраживања стечајног повериоца и стечајног дужника нису једнаког квалитета а што је услов за могућност њиховог међусобног пребоја по основу Закона о облигационим односима. Потраживање стечајног повериоца према стечајном дужнику није наплативо у целости, већ само у оном делу који с обзиром на величину стечајне масе и исплатни ред наведеног потраживања, који ће му одредити стечајни органи, буде могуће исплатити према решењу о главној деоби, док је потраживање стечајног дужника према том истом повериоцу, уз услов доспелости наплативо у целости. Закон о облигационим односима није наплативост потраживања предвидео као услов компензације, јер је иста могућа и код неновчаних, а тиме и ненаплативих потраживања, под условом да су истородна (нпр. ствари одређене по роду). Стечајни поступак у коме се због његове специфичности сва потраживања морају исказати у новцу, и наведени услов уводи као услов који потраживање мора испуни-

ти да би се могла разматрати његова компензација са потраживањем стечајног дужника према том повериоцу, јер је само тако испуњен услов истородности потраживања.

Стога, међусобна потраживања стечајног дужника и његових поверилаца, с обзиром да нису истог квалитета, не могу се одмах по покретању стечајног поступка пребити, јер једно потраживање је, чак и уз услов доспелости, одмах наплативо, а то је потраживање стечајног дужника према стечајном повериоцу као његовом дужнику, док је потраживање стечајног повериоца према стечајном дужнику ненаплативо, јер сам стечајни поступак на основу члана 73 Закона о стечајном поступку, прекида све могуће поступке извршења, а са отпочињањем поступка стечаја отпочиње се посебан поступак колективног намирења по стриктно прописаним правилима и процедури.

Таква међусобна потраживања могу се пребити само уколико је и потраживање стечајног дужника према стечајном повериоцу доспело и само у фази доношења решења о главној деоби, у којој ће постати извесно у ком износу ће се, зависно од утврђеног потраживања и његовог места, односно исплатног реда одређеног повериоца наћи његово потраживање и у ком износу, односно проценту ће исто моћи да се наплати.

Стога, само у фази кад се сачињава Нацрт решења главне деобе, извесно је у којој мери, односно за који износ ће поверилац потраживања моћи да наплати своје потраживање, па је за тај износ он у могућности и да изврши пребој свог наплативог потраживања са доспелим потраживањем стечајног дужника према њему, што би довело до гашења оба потраживања у висини нижег од њих.

И у судском поступку, односно у погледу судске компензације тражене по компензационом приговору или компензационој противтужби, потраживања би се такође могла само утврдити, што је у складу и са чињеницом да се у поступку против стечајног дужника могу само утврђивати потраживања, односно да тужбе могу бити само утврђујуће, а не и обавезујуће, а до пребоја утврђених потраживања могло би доћи тек у фази главне деобе када је решењем о главној деоби утврђено у ком износу ће се конкретни поверилац од стечајног дужника наплатити и то само за тако ограничени износ за који се очекује, односно решењем о главној деоби предвиђа наплата. Без обзира што је утврђено потраживање у знатно већем износу, изнад оног износа за које се конкретни стечајни поверилац према решењу о главној деоби може наплатити, а што је условљено величином стечајне масе, компензација није могућа, јер би довела до привилеговања тог повериоца, односно до његовог намирења супротно правилима стечајног поступка, повољније од других поверилаца истог исплатног реда.

Другачије поступање, односно омогућавање компензације између потраживања стечајног повериоца према стечајном дужнику и потраживања стечајног дужника према повериоцу, без обзира да ли аутоматски даном отварања стечаја, односно наступањем правних последица истих или по изјави стечајног повериоца довело би до привилегованог намирења стечајног повериоца који истовремено има и дуговање према стечајном дужнику, јер би економски ефекат који је он имао у својој имовини од наведеног пребоја међусобних потраживања био независан од његовог исплатног реда и висине стечајне масе, што би га свакако довело у другачији положај од онога у коме се налазе сви други повериоци истог исплатног реда, односно он би имао знатно већу могућност намирења.

У Компензација по Закону о стечају

Нови закон о стечају, могућност компензације враћа у стечајни поступак, али другачије регулисану у односу на Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који је познавао обавезну законску компензацију.

Према Закону о стечају, компензација више никада није обавеза и законска, али је могућа, с тим што је могућност компензације знатно сужена и јасно законом дефинисана на одређене ситуације, тако да начин на који је нови Закон предвидео могућност компензације, заправо представља корекцију широких могућности компензације дефинисаних Законом о облигационим односима и усклађивање са принципима стечајног поступка.

Тако је према Закону о стечају могуће извршити пребој потраживања у стечајном поступку, ако је право на пребој стечено пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. У таквој ситуацији отварање стечајног поступка није од утицаја на постојање наведеног права на пребој потраживања, али поверилац који жели своје потраживање да пребије мора дати изјаву о пребоју уз пријаву потраживања и то до истека рока за подношење пријаве, јер ће истеком рока за подношење исте изгубити право на пребијање свог потраживања са потраживањем стечајног дужника.

Посебно је регулисана могућност компензације у случају права и обавеза из једног или више финансијских уговора у којима је једна страна стечајни дужник, а који су закључени на основу оквирних уговора у периоду пре подношења предлога за стечај. Финансијски уговор је дефинисан као уговор који предвиђа обавезу једне или обе уговорне стране на вршење неког плаћања или испоруку одређене робе, који за

предмет има трансакцију са финансијским дериватима попут свопова, опција, фјучерса, форварда и других неименованих деривата, репо трансакцију или зајам хартија од вредности, а који је закључен у писаној форми или усмено уколико о садржини таквог усменог финансијског уговора постоји писани траг у складу са уобичајеном судском праксом за закључивање уговора такве врсте.

Право на пребијање потраживања из финансијских уговора у којима је једна страна стечајни дужник, и који су закључени на основу оквирног уговора између истих страна, регулисано је чланом 82 став 3 Закона о стечају, тако што је прописано да ће постојати искључиво у погледу таквих међусобних права и обавеза и ако је поверилац у складу са таквим оквирним уговором право на пребијање (нетирање) стекао после подношења предлога за покретање стечајног поступка, али најкасније у тренутку отварања стечајног поступка, аутоматски или путем достављања обавештења о томе стечајном дужнику које мора бити уручено стечајном дужнику најкасније у року од три дана од дана отварања стечајног поступка, и то по основу постојања стечајног разлога и подношења предлога за покретање стечајног поступка.

Изричито су, међутим, чланом 83 Закона дефинисани и случајеви у којима пребијање није допуштено и тиме је знатно ограничена законска могућност пребијања дефинисана Законом о облигационим односима, односно иста усклађена специфичним условима стечајног поступка. Тако је предвиђено да пребијање није допуштено:

1. ако је стечајни поверилац потраживање стекао у последњих шест месеци пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка, а стечајни поверилац је знао или је морао знати да је дужник неспособан за плаћање или презадужен;
2. ако су се услови за пребијање стекли правним послом или другом правном радњом која се може побијати.

Као изузетак дефинисано је да ће се и у описаним ситуацијама пребијање моћи да изврши, односно да је исто допуштено, ако је у питању потраживање које је стечено у вези са испуњењем неизвршених уговора, или потраживање коме је враћено правно дејство успешним побијањем правног посла или друге правне радње стечајног дужника, јер би иначе наведени повериоци били неосновано кажњени, односно и у ситуацији у којој би добили парнице за побијање правних радњи стечајног дужника, они више не би могли да остваре своје право на пребој, што би значило да су у тежој позицији од других поверилаца.

VI Поступци стечаја започети по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, а настављени по Закону о стечајном поступку

Ради свестраног разматрања питања компензације, није сувишно указати и на ситуацију у којој је стечај покренут по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, а потом сходно цитираним одредбама члана 185. Закона о стечајном поступку настављен по одредбама Закона о стечајном поступку, односно анализирати како се ова правна ситуација одражава на компензацију.

Како је сходно изнетом компензација по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији била предвиђена као једна од Законом прописаних правних последица самог покретања поступка стечаја над стечајним дужником, то је та последица наступала самим даном наступања свих других последица покретања стечаја, односно даном истицања огласа о отварању стечаја на огласну таблу суда и са тим даном су сва међусобна доспела истородна потраживања која су постојала између стечајног дужника и његових поверилаца на дан покретања поступка стечаја била угашена, услед законске компензације, односно због пребоја. Иако се касније можда већ врло брзо после тога, поступак (због ступања на снагу и почетка примене новог Закона о стечајном поступку) наставио према одредбама тог закона који сходно изнетом компензацију уопште не дефинише, већ наступиле правне последице не могу се анулирати, нити мењати на било који начин. Промена закона по којем се стечај води не може на њих утицати.

То значи да у тој ситуацији компензација која је извршена по самом закону наставља да производи дејства, односно потраживања која су се по истој компензацији срела и усред сусрета и пребоја угасила више не постоје, па стога сама чињеница да је стечај настављен по закону који је другачије регулисао односно уопште није регулисао питање компензације не утиче на та потраживања која су већ пребојем престала.

Регулисање примене новог Закона о стечају према којима ће се по одредбама истог водити само стечајеви који су и започети – отворени по истом, указује да почетак примене Закона о стечају неће довести до нових проблема у погледу могућности компензације с обзиром на временско важење Закона.

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ
Judge of the Commercial Court of Appeal

POSSIBILITY OF COMPENSATION DURING BANKRUPTCY

Summary

Three different bankruptcy codes in Serbia regulate the possibility of compensation in bankruptcy differently. The Law on compulsory reorganization, bankruptcy and liquidation from 1989 applied the principle of obligatory compensation. The Law on bankruptcy proceedings from 2004 has not regulated this topic, and lack of specific regulation in that period led to the development of judicial practice. New Law on bankruptcy from 2009 introduces the new concept of legally permissible and limited compensation.

Key words: *compensation, bankruptcy, Law on bankruptcy, liquidation of claims, bankruptcy creditor.*

УДК 347.72(4-672EU) ; 340.142:341.645(4-672EU)

др **Ташјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

УТИЦАЈ ПРАКСЕ СУДА ЕУ НА ЗАШТИТУ ПОВЕРИЛАЦА У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ

Резиме

У овом раду аутор се бави случајевима из праксе Суда ЕУ, који су довели у питање постојећи систем заштите поверилаца у компанијском праву земаља чланица ЕУ. Центар концепта компанијског права померио се на нове оквире, виђене, пре свега, у остваривању ефикасности друштва, док је заштитна интереса појединих категорија лица сављена у дружићлан. Пошто су досадашњи концепти, пошто минимума квалитета у заштитним друштвима, и принципа његовог одржавања доведени у питање, јавља се потреба за проналажењем ефикасне система заштите поверилаца, те се нарочито све више инсистира на инсистујима стечајног права и правилима о фидуцијарној дужности. Но, имајући у виду неке одлуке Суда ЕУ, остворено остаје питање домашаја примене појединачних инсистујита у целокупном правном систему сваке земље, у коме су постојећи традиционални правни механизми, и који, осим тога, више не чине целину правне заштите како је она до сада остваривана.

Кључне речи: *заштита поверилаца, пракса Суда ЕУ, изираване закона, минимум квалитета, меродавно право за стечајна питања друштва.*

I Увод

Ефикасно компанијско право основ је за остваривање циљева унутрашњег тржишта, али и стварање интегрисаног европског тржишта капитала.¹ Стога је интерес у регулисању бројних питања компанијског права изражен још од оснивања Европске заједнице. Извори комунитарног компанијског права – примарни: одредбе Уговора о функционисању ЕУ,² и секундарни: пре свега неколико уредби и већи број директива, препорука и мишљења, створили су својеврсно *компанијско право ЕУ* (*комунитарно компанијско право*), али су његовом развоју нарочито допринеле и бројне одлуке Суда ЕУ.

Наиме, Уговор о функционисању ЕУ у први план истиче доношење директива у циљу остваривања права на настањивање, што представља, између осталог, право на слободно кретање привредних друштава у најширем смислу речи. Директиве су и даље, макар формално, основно средство утицаја на компанијско право ЕУ, иако у том погледу постоје озбиљне критике и несугласице.³ Тако и сама Група стручњака која је радила на препорукама за модернизацију компанијског права истиче бројне мањкавости даљег (и досадашњег) регулисања путем директива, и истиче потребу флексибилније регулативе, која, између осталог, подразумева секундарну регулативу на националном нивоу, засновану на принципима и начелима примарног права, значајније увођење правних стандарда и њихово праћење, као и могућност увођења тзв. модела закона.⁴

1 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward (даље цитиран као План модернизације Комисије), Commission of the European Communities, Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final. Извор: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm (4.5.2010), стр. 3.

2 Пре свега чланови који уређују тзв. право настањивања (и евентуална ограничења) – чланови 49 и 52, основ за доношење директива у материји компанијског права (члан 50), и правило у вези са појмом правних лица и привредних друштава, и критеријумима у одређивању њихове везе са земљама чланицама и уједно Европском унијом (члан 54).

3 Критику види код, на пример, Н. Halbhuber, „National doctrinal structures and european company law“, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, стр. 1411 и даље. Критику хармонизације види и код: Ј. Andersson, „The High Level Group and the Issue of European Company Law Harmonization – Europe Stumbles Along?“, у: М. Neville, К.Е. Sørensen, (eds.) *The Regulation of Companies*, Forlaget Thomson, Copenhagen, 2003, стр. 188 и даље.

4 *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (даље цитиран као Извештај групе стручњака),

II Заштита интереса одређених категорија лица

Иако је компанијско право усмерено на остваривање и ефикасност унутрашњег тржишта, већ га је од почетка, према тексту Уговора о оснивању ЕЗ (данас Уговор о функционисању ЕУ), пратила и социјална димензија, изражена у потреби заштите одређених категорија лица. Тако је основна сврха акције на нивоу ЕУ у домену компанијског права јачање права акционара и чланова друштва, као и *заштита интереса штећних лица*, којом се успоставља сигурност у пословним односима и директно утиче, као најважнији предуслов, на постизање пословне ефикасности и конкуренције.⁵ То, међутим, није био закључак независних стручњака који су у свом Извештају заузели став да „...основни циљ компанијског права јесте да обезбеди правни оквир за оне који желе да предузимају пословне активности ефикасно, и на начин за који сматрају да најбоље одговара постизању успеха. Компанијско право треба пре свега да олакша вођење ефикасних и конкурентних предузећа, а да, при том, не заборави на заштиту акционара и поверилаца као интегрални део компанијског права“.⁶ Очигледно је да је домашај одредби које имају заштитни карактер остао на врху приоритета на званичном комунитарном нивоу, упркос мишљењу које је за Комисију ЕУ радила група чији су чланови били најистакнутији стручњаци у области компанијског права. Дакле, правац будућег развоја остао је у оквирима који су постављени још самим Уговором о оснивању ЕЗ, и који су довели до значајне кризе и застоја у регулацији компанијског права на нивоу ЕУ, које није пратило врло интензивни развој тржишта капитала и његове регулативе. Осим тога, компанијско право (п)остало је препрека у ефикасном обављању пословних активности на све развијенијем унутрашњем тржишту. Својеврстан компромис у решењу такве ситуације уследио је кроз врло значајну праксу Суда ЕУ, чије су одлуке, тумачењем постојећих, пре свега, основних принципа комунитарног права, попут права на настањивање, довела до далекосежних последица у домену компанијског права, и то у односу на бројна питања, међу којима је и концепт *заштита одређених категорија лица*. Иако превазилазећи настао несклад између потреба у пракси и правне регулативе, одлуке Суда ЕУ отвориле су бројна друга питања и проблеме.

Полазећи од наведеног стања, основни циљ комунитарног компанијског права и даље је *заштита одређених категорија лица*. Тај циљ сдржан је и у самом Уговору о функционисању ЕУ који предвиђа „... (уко-

Brussels, 4 November 2002. Извор: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background (4.5.2010), стр. 31–33.

5 План модернизације Комисије, стр. 8–9.

6 Извештај групе стручњака, стр. 29.

лико је неопходно) *координисање заштитних одредби*, које предвиђају земље чланице за друштва (у складу са тумачењем овог термина у односу на члан 54 Уговора о функционисању ЕУ), и *којима се штити интереси чланова друштва и друга лица* (подвукао аутор), ради њиховог изједначавања“ у целој Унији.⁷ Таква одредба представљала је основ за целокупну *хармонизацију* компанијског права (а не треба сметнути са ума поменути критику таквог регулаторног приступа), доношењем директива ЕУ.⁸ Њен смисао лежи у потреби усклађивања одредби којима се штите одређене категорије лица, односно забрани земљама-чланицама да, усвајајући супротне заштитне одредбе, ускрате друштвима из других земаља-чланица право на настањивање.⁹ Та одредба према месту налажења, у оквиру поглавља о праву на настањивање, указује да је њен домашај и смисао везан за основно право на настањивање, те се мора тумачити у складу са тим комунитарним принципом.¹⁰ Она представља основ функционисања националних компанијских права у комунитарном систему, али и границе до којих се она протежу.

Одредбе којима се ствара минимум стандарда у погледу заштите одређених интереса налазе се, према хијерархији, после основних права, попут права на настањивање, схваћених као неопходних у погледу остваривања слободног тржишта. У трећој равни постоји аутономија националног законодавца у односу на комунитарну регулативу.¹¹ То значи слободу за земље чланице да сва питања која нису обухваћена претходним правилима несметано уређују. Тако је до пре десетак година постојећим правилима међународног приватног права омогућено да утврђен систем националних компанијских права сваке земље буде „изолован, одвојен и заштићен“.¹² Међутим, доношењем неколико одлука пред Судом ЕУ, такав приступ је у основи измењен, те је дошло до такмичења законодаваца у

7 Члан 50, тачка г) Уговора о функционисању ЕУ. Није спорно да се под појмом „друга лица“ подразумевају повериоци, али је круг осталих лица у теорији споран, нарочито у односу на запослене. Вид.: Ranzelzhofer/Forsthoff „Коментар уз чл. 44 Уговора о оснивању ЕЗ“, у: E. Grabitz, M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union – Kommentar*, Bd. I, Verlag C. H. Beck, München, 2005, par. 15, 4; као и: V. Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, стр. 8.

8 То, међутим, није био основ и за уједначавање права, у смислу надлежности у усвајању правила којима се уређују особене европске форме друштава.

9 Ranzelzhofer/Forsthoff, *нав. дело*, par. 12, 3

10 U. Eyles, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft: Die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrechts durch Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990, стр. 133.

11 U. Eyles, *нав. дело*, стр. 36–7.

12 A. Daehnert, „The minimum capital requirement – an anachronism under conservation: Part 1“, *Company Lawyer*, vol. 30, nr. 1, 2009, стр. 3.

односу на многа значајна питања у области компанијског права. Тиме је слобода земаља чланица у регулисању свог унутрашњег права битно ограничена и проблематизована.

III Пракса суда ЕУ

Суд ЕУ имао је прилику у неколико наврата да се изјасни о смислу и домаћају одредби које се односе на право настањивања, и са њим у вези, нека од основних питања компанијског права. Први је чувени случај *Centros*, који је по први пут отворио проблем изигравања закона у односу на настањивање привредних друштава и примену меродавног права, покрећући феномен такмичења законодавца.¹³ Случај је имао далекосежне последице на многа питања, као што су одређивање меродавног права за друштва и примену теорија седишта, односно инкорпорације, као и тумачење права настањивања, како примарног, тако нарочито секундарног.¹⁴ Но, његове последице далекосежне су и на друга питања, попут заштите поверилаца.

Наиме, случај се односио на друштво *Centros*, које је било регистровано у Енглеској и коме је одбијено оснивање огранка у Данској путем кога је желело да обавља целокупну своју активност. Суштина проблема сводила се на оснивање органка (секундарно настањење) као фактички јединог места обављања делатности, чији је прави разлог био изигравање домаћих одредби о минимуму оснивачког капитала, а сами оснивачи су истицали да њихов мотив није било изигравање поверилаца. Суд ЕУ нашао је да се у том случају не може дозволити ускраћивање права на настањивање, јер се у овом случају не ради о злоупотреби права, ради чијег спречавања земље-чланице имају право да предвиде различите мере.¹⁵

Питање које, стога, постаје за нас најзначајније у односу на тему о којој говоримо, представља став Суда да треба онемогућити евентуалну

13 Case C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Judgment of the Court of 9 March 1999.

14 То су најзначајније последице не само овог, већ и других случајева о којима ће бити речи. Више о детаљима случаја, као и њиховим последицама вид. Т. Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштва у праву ЕУ и у поредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 89 и даље; као и: Т. Јевремовић Петровић „Прекогранична промена седишта друштва након нових одлука Европског суда правде“, *Сјирани правни животи*, бр. 1–3, 2006, стр. 171 и даље.

15 О праву на спречавање изигравања закона и злоупотребе права вид. нарочито следеће параграфе пресуде C-212/97: 18, 21–5, 38–9. Главну аргументацију према којој постоји повреда права на настањивање вид. у пар. 29, 30, 38, 39 пресуде C-212/97.

злоупотребу права (што у овом случају, према мишљењу Суда, није био случај) ради заштите трећих лица, међу којима нарочити интерес имају повериоци друштва. Наиме, један од традиционално најзначајнијих инструмената заштите поверилаца биле су одредбе о минимуму капитала. Национална права многих земаља су једнако примењивала одредбе о капиталу на основу Друге директиве компанијског права ЕУ на акционарска друштва, али и на друштва са ограниченом одговорношћу, иако у односу на ова последња није постојала никаква обавеза на комунитарном нивоу.¹⁶ Разлог је лежао у схватању да је основни капитал сигурност за повериоце друштва, те је стога неопходно увести строга правила о формирању основног минималног капитала, о његовом одржавању и евентуалним променама, као и другим инструментима који су у непосредној вези са тим питањима (попут стицања сопствених акција, недозвољених исплата, удела и њихове процене и слично). Инструменти заштите најзначајнији су за оне повериоце, који, по правилу, не могу или нису обезбедили своја потраживања уобичајеним средствима обезбеђења, али и за све остале повериоце, јер спречавају ризик стечаја, за чији се исход од битног значаја сматра изостанак обезбеђења довољног капитала у отпочињању пословања друштва.¹⁷ На основу таквог приступа, који је последњих година предмет озбиљних критика,¹⁸ уколико у домаћој земљи послује *ипо форма* страног друштво, на које се не примењују одредбе домаћег статусног компанијског права (међу којима и одредбе о капиталу), већ страног права, које нема ни исте ни сличне одредбе, долази до потребе увођења посебних механизма, чији је циљ заштита домаћих субјеката. Иако је такав приступ разумљив из угла посматрања заинтересоване државе, која жели да примени своје материјалне одредбе, и на тај начин заштити своје интересе, Суд ЕУ је

16 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal of the European Union*, L 26, 31.1.1977, 1–13; измене: *OJ*, L 264, 25.9.2006, 32–36 и *OJ*, L 259, 2.10.2009. Извор: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm#directives (30.4.2010).

17 Вид.: пар. 32 пресуде C-212/97.

18 Вид, на пример, зборник радова чија је тема заштита поверилаца у оквиру режима капитала са бројним прилозима који оспоравају значај минимума капитала у заштити поверилаца: M. Lutter (ed.), *Legal Capital in Europe*, ECFR Special volume 1, De Gruyter, Berlin, 2006. Тим путем иду и бројне (економске) анализе ефикасност заштите, које показују да је минимум капитала неефикасан начин заштите поверилаца. Вид, на пример, J. Armour, *Share capital and creditor protection: Efficient rules for a modern company law?*, Working Paper Series, WP 148, University of Cambridge, Cambridge, December 1999; A. Daehnert, *нав. дело*.

нашао да положај трећих лица не би био угорожен, *јер она рачунају на то да се ради о сираном друштву*. Ова лица нису у заблуди у овом случају и увек имају могућност да се упознају са правом у коме је друштво заиста регистровано, те нема посебног разлога њихове посебне заштите.¹⁹ Поред тога, на трећа лица, односно на њихова права и интересе, као и на уопште интересе правне сигурности не утиче чињеница (не)обављања економске активности у месту примарног настањања.

То значи да је Суд нашао да је заштита поверилаца већ остварена постојећим правилима о информисању, те нема потребе да се примене и додатна материјална правила домаће земље о минимуму капитала.²⁰ При том је, међутим, битно узети у обзир да у комунитарном праву *већ постоје материјална правила о минимуму капитала*, тако да је остварена хармонизација, додуше, само у односу на акционарска друштва. Међутим, регулисање на комунитарном нивоу само акционарских друштва у овим питањима говори о схватању минимума стандарда који се сматра неопходним у циљу „...заштите интереса чланова и других лица“, како је то дефинисано Уговором о функционисању ЕУ.²¹

Ако се узме да је такав став оправдан, односно да на нивоу ЕУ постоји довољан оквир заштите поверилаца у односу на друштва са ограниченом одговорношћу правилима о објављивању, и евентуално осталим правилима, односно, за акционарска друштва правилима и о минимуму капитала, онда долазимо до кључног проблема: која правила (институте) може да предвиди једна држава-чланица да би заштитила своје повериоце, и која је граница њене интервенције у том погледу. Осим тога, оправдано је питање да ли у конкретном случају то значи да уживање права на настањивање има *приоритет* у односу на заштиту поверилаца, иако је она прокламована као један од најзначајнијих интереса у односу на хармонизацију компанијских права на нивоу ЕУ, и да ли интерес заштите одређених категорија лица *фактички* остаје примарни циљ компанијског права²² или је то ипак ефикасност.²³

19 Пар. 32–3, 35–7 пресуде C-212/97.

20 S. Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 499. Додуше, Суд ЕУ је у пресуди у случају *Inspire Art* (C-167/01), о коме ће бити речи касније изричито нагласио да нема потребе да Суд разматра да ли правила о минимуму оснивачког капитала представљају по себи одговарајућу заштиту. Вид. пар. 135 те пресуде.

21 Већ помињани члан 50, тачка г) Уговора о функционисању ЕУ.

22 Што је оспорено Извештајем групе стручњака (стр. 29–30), али је ипак прокламован као и даље најзначајнији циљ у даљем уређењу компанијског права према Плану модернизације Комисије (стр. 8–9).

23 Овде нећемо улазити даље у расправу у односу на *средства* заштите поверилаца: све више критикована неефикасна правила о минимуму капитала, наспрам модернијих правила која упућују на неке друге инструменте, попут испитивања солвентности друштва или правила о стечајном поступку, и са њим повезаним

Дакле, Суд ЕУ је својим тумачењима права на настањивање *фактички омогућио приоритет начелу ефикасности*, испред заштите интереса других лица, иако је обрнут приоритет званично постављен кроз (касније донети) План модернизације компанијског права који је израдила Европска комисија.²⁴

Сличне последице могу се извући и из других случајева у пракси Суда ЕУ, који су имали за предмет право настањивања и нарочито изигравање закона. То су, на пример, случајеви *Überseering*, у коме је основни проблем био питање признања друштва, ваљано основаног (и и даље постојећег) у једној земљи-чланици, у другој земљи-чланици у коју је променило своје стварно седиште, и у којој се није сматрало правно ваљаним друштвом.²⁵ У пресуди је Суд опет признао право на настањивање, прихватајући аргумент општег правобраниоца да је циљ рестриктивних одредби националног права које одбија признање, и то пре свега заштита поверилаца и других лица, *нејројорционалан* у односу на негирање правне способности друштву које је ваљано основано у другој држави чланици.²⁶ Поново је Суд разматрао оправдање ограничења права на настањивање као потребу заштите општег интереса (тест четири услова који је годинама развијен у пракси Суда ЕУ), нарочито правила која су имала за циљ заштиту поверилаца, мањинских акционара и заштиту запослених кроз њихово учествовање у управљању, као и правила фискалне природе. Иако није незамисливо да такви интереси могу да представљају оправдање за ограничење права на настањивање, мишљење је Суда да они несумњиво не могу да оправдају ускраћивање правне нити процесне способности друштву које је ваљано основано у другој земљи-чланици и у којој има регистровано седиште.²⁷

Сличне су и последице случаја *Inspire Art*, у коме је друштво основано у Енглеској, где није стварно обављало активности, већ је то чинило преко огранка у Холандији.²⁸ Право те државе захтевало је примену одређених одредби закона којима је циљ да у случају „формално

институтима (који се често налазе на граници компанијског и стечајног права – обавеза покретања поступка стечаја, тзв. институт несавесног пословања енглеског права (*wrongful trading*) и слично.

24 Податке о том документу види раније.

25 Case C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Judgment of the Court of 5 November 2002., Conclusion de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 4 décembre 2001.

26 Вид.: Мишљење општег правобраниоца у случају C-208/00, тач. 46–7, 50–2 мишљења.

27 Пар. 92 и 93 пресуде C-208/00.

28 Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.*, Judgment of the Court of 30 September 2003.

страног друштва“ заштите опште интересе путем правила да је неопходна регистрација податка да се ради о „формално страном друштву“, истицање тог податка у свим документима друштва, *минимум капи-тала*, као и сачињавање и објављивање годишњих књиговодствених докумената. Док услови везани за минимум капитала нису испуњени, директори друштва одговарају неограничено и солидарно, а исто тако одговарају и лица задужена за свакодневно управљање друштвом.²⁹ Дакле, у овом случају постојала је директна веза одредби о минимуму капитала ради заштите интереса појединих лица. И у овом случају Суд није нашао да се ради о злоупотреби права, дозвољавајући уживање права на настањивање. Значајан је, при том, став да је примена одредби Закона о формално страним друштвима у питањима минимума капитала и одговорности директора у супротности са правом настањивања.³⁰ Наиме, Суд је у вези са заштитом поверилаца сматрао да је чињеница да је *Inspire Art* страном друштво довољна да упозори ова лица у пословању са друштвом, те је закључио да се неке одредбе Закона о формално страним друштвима не могу оправдати разлозима из члана 46 (сада 52) Уговора о оснивању ЕЗ (сада Уговор о функционисању ЕУ), као ни разлозима заштите поверилаца, пореских или других интереса.³¹

То значи да држава очигледно нема право да предузима мере којима ће штитити интересе поверилаца, односно такво право јој је значајно ограничено поштовањем права на настањивање, које има приоритет у односу на заштиту интереса. Но, такво стање ствари не би ни требало да буде спорно. Право на настањивање је један од врхунских принципа комунитарног права, и као такав има несумњив примат у односу на одредбе националног права (чак и императивне природе, па и када штите интересе појединих категорија лица) све док су у супротности са њим. Међутим, следећи такво стање ствари, доводи се у питање примена националних правила која су традиционално сматрана основним инструментима заштите поверилаца. Та правила, којима се штите повериоци, су многобројна и укључују: правила којима се одређује износ минималног оснивачког капитала и његово одржавање, пробијање правне личности, одговорност директора и других чланова управе, дисквалификација директора и слично, и то зависно од сваког националног права. Та правила могу да буду законска или створена кроз судску праксу, али је њихова примена на страна друштва могућа само у оквиру члана 46 (сада члан 52) или кроз испуњење услова дефинисаних праксом Суда ЕУ у случајевима *Gebhard* и *Centros* (тест четири услова – *four-factor* тест), иако је случај *Inspire Art* показао да је

29 Та обавеза је заснована на Закону о формално страним друштвима од 17. децембра 1997. (*Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen*, *Staatsblad* 1997, No 697).

30 Вид. нарочито тач. 95, 96, 98, 101, 104 пресуде C-167/01.

31 Тач. 107 пресуде C-167/01.

практично ове услове тешко испунити.³² То значи да је императивна примена одредби о заштити поверилаца у потпуности могућа само у унутрашњим односима, али не и неограничено у прекограничним случајевима, у односу на које заштиту у потпуности не пружају ни до сада хармонизована правила. Она су, наиме, непотпуна, обухватају само мали део целокупне и *целовитије заштитије* поверилаца, а при том су често критикована, и то нарочито правила Друге директиве која представљају суштину концепције о минимуму капитала, и према доскорашњем виђењу, основу заштите права поверилаца. Иако се одлука у случају *Inspire Art* „не слаже са заштитом интереса поверилаца и других лица као летитимног циља националног законодавца“.³³ Оправдано је, уколико се тако посматрају ствари запитати се како је онда уопште могуће тврдити да је заштита поверилаца уопште валидан интерес у заштити на европском нивоу. Међутим, очигледно је да одлука ипак није имала за циљ да искључи заштиту поверилаца, колико да је *усмери на друга средства*, која ће бити једнако ефикасна, а са друге стране у складу са комунитарним циљевима, и то пре свега слободама и правом на настањивање.³⁴ Истовремено, промена концепта коју је учинио Европски суд правде значи напуштање строгог концепта заштите поверилаца и развијање „одговорности поверилаца“ у односу на своје поступке.³⁵

Ако је досадашња регулатива неефикасна и недовољна, постаје значајна даља хармонизација на нивоу ЕУ кроз доношење Директива којима се, између осталог, остварује и заштита интереса чланова друштва, односно других лица, или налажење неког другог механизма заштите, уколико је процењено да је он и даље потребан. Као инструменти заштите до тада остају пре свега постојећа (национална) правила стечајног права и евентуалне одговорности директора, иако је значајна њихова међусобна разлика и различити ниво заштите коју пружају.

Последица одлука Суда ЕУ, нарочито одлуке *Inspire Art*, имале су значајне последице и у унутрашњим националним законодавствима, те су покренуте иницијативе у циљу измене постојећег правног режима који се односи на друштва, пре свега затвореног типа (она која јавно не емитују своје акције), у циљу бољег такмичења са другим правима. То је случај са, на пример, правом Немачке или правом Холандије. Док је немачко право донело посебна правила кроз тзв. *MoMiG*³⁶ закон, чији је

32 W. F. Ebke, „The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond“, *European Business Law Review*, бр. 1/05, стр. 42–3.

33 A. Daehnert, *нав. дело*, стр. 4.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 48. Извор: <http://www.bmj.bund.de/files/-/3339/Gesetz%20MoMiG.pdf> (20.10.2020).

основни циљ омогућавање оснивања друштва чија је одговорност ограничена, а за чије оснивање није потребан минимални оснивачки капитал; дотле је и право Холандије учинило значајне измене у односу на општи режим за друштва са ограниченом одговорношћу у односу на капитал друштва и положај поверилаца, за која су раније важила строга правила која се примењују и на акционарска друштва (на пример, одржавање капитала, модификације капитала, сопствене уделе итд.).³⁷

IV Посредне последице:

Изиравање и злоупотреба права и такмичење законодаваца

Последице одлука Суда ЕУ у наведеним случајевима очигледно су довели у питање одредбе националних права које се односе нарочито на минимум капитала и друге одредбе у циљу заштите поверилаца, а нису донете кроз хармонизована правила комунитарног права – пре свега се ради о одредбама у односу на друштва затвореног типа (на која се не примењују правила Друге директиве). Међутим, посредно је као изузетно значајна последица уследило и оснивање или признавање до тада основаних тзв. *ипро форма* друштава, односно оних друштава чији је основни циљ да, користећи комунитарно право, пре свега право на настањивање, избегну примену неких одредби националног права земље у којој фактички обављају своју делатност. Таква ситуација није сматрана злоупотребом права, барем не таквом да даје право заштите земљама-чланицама, већ уживањем права на настањивање. Национална права чије се одредбе очигледно изигравају не могу у таквом случају да примене правила која имају по природи заштитну улогу.³⁸ Суд је нагласио да комунитарно право не сме да буде основ за изигравање националних права или злоупотребу, али је практично остваривање таквог правила кроз право земље-чланице остало отворено, имајући у виду да је Суд у поменутим случајевима нашао да ситуација не дозвољава примену посебних ограничења права која гарантује Уговор о оснивању ЕЗ (сада Уговор о функционисању ЕУ).³⁹ Међутим, када се погледа смисао правила која је национално право покушало да примени на друштва,

37 Н. Boschma, L. Lennarts, H. Schutte-Veenstra „The Reform of Dutch Private Company Law: New Rules for the Protection of Creditors“, *European Business Organization Law Review*, vol. 8, 2007, стр. 572 и даље.

38 На овом месту неће бити речи о разлици између концепта изигравања закона и злоупотребе права. О разлици у односу на комунитарно право вид.: А. Kjellgren „On the Border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law“, М. Andenas, W-H. Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, стр. 247 и даље.

39 Вид. *Ibid*, стр. 271 и даље.

и која су била разлог за изигравање, онда је јасан став Суда ЕУ да је остварена хармонизација довољан основ заштите интереса одређених категорија лица, па и поверилаца, а ван тога остају *унућрашњи односи* и правила која примењују државе чланице, али не у мери у којој би могли да угрозе уживање права гарантованих Уговором о функционисању ЕУ.

Већ је поменуто да је такав став довео до измена националних права у погледу (нарочито) правила у вези са минимумом капитала и довео до феномена такмичења законодаваца.⁴⁰ Феномен такмичења законодаваца јасно утиче на заштиту поверилаца. Док са једне стране позитивно такмичење подразумева промене у односу на њихов положај, тиме што се он унапређује применом ефикаснијих правила или института, дотле снижење стандарда и укидање одређених правила и института, чија је примарна или узредна сврха заштита поверилаца без одговарајуће замене може значајно негативно да утиче на њихов положај. Питање је у којој мери до сада извршене реформе компанијских националних права, и заједничко деловање комунитарног компанијског права, као резултат такмичења, утичу позитивно или негативно на положај поверилаца.

Досадашњи систем националних и комунитарних правила је, пре свега, предвиђао могућност примене института заштите општег интереса, као општег корективног правила. Међутим, у наведеним случајевима (случај *Centros*) није био примењен. Други могући механизам (теорија стварног седишта у одређивању меродавног права, којом су избегавани случајеви примене страног права на домаћа друштва) такође је великим делом превазиђен досадашњим одлукама Суда ЕУ.⁴¹ Та теорија је у свом најстрожем виду примењивана у Немачкој, као и у великом броју других континентално европских земаља, али се новим изменама правила у области компанијског права напушта управо због значајног одлива немачких друштава и потребе да законодавац заустави такав процес смањењем критеријума која се сматрају главним препрекама услед којих друштва бирају повољнији правни систем. До сада је теорија седишта као најзначајнију своју карактеристику истицала заштитни карактер, и то пре свега у односу на повериоце, имајући у виду да се фактичко стање обављања активности друштва поклапа са стварним стањем.⁴² На тај начин је повериоцима било омогућено да послујући са (фактички)

40 О такмичењу законодавца вид.: Т. Јевремовић Петровић, „Конкуренција законодавца и проблем изигравања закона у компанијском праву Европске уније“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 200 и даље.

41 С. Barnard, *The substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Second edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, стр. 343.

42 О предностима теорије седишта видети више у: Т. Јевремовић, *Прекогранична промена седишта друштва у комунитарном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2003, стр. 36.

домаћим друштвом имају и све предности примене домаћег права на такво друштво. Пресуде Суда ЕУ су управо у том заштитном делу онемогућиле дејство теорије седишта, и довеле у питање границе њене примене, отварајући при том значајније питање будућег регулисања положаја поверилаца на нивоу ЕУ.⁴³

Одлукама Суда ЕУ поремећен је систем јединственог уређења друштва, али и начин којим се остварују неки циљеви, заједнички свим правима. Наиме, применом неједнаких критеријума у уређењу друштва ће нека правила у једном систему бити неефикасна у заштити поверилаца у другом систему.⁴⁴ Када је поремећен систем јединственог уређења друштва (статусних питања) јединственим правом, уклања се баланс који иначе постоји у њиховом регулисању. Нарочити проблем, при том, постоји уколико је национално право окренуто заштити поверилаца кроз правила стечајног права, а друго национално право штити их одредбама материјалног компанијског права. Пошто је према комунитарној регулативи која регулише питање прекограничног стечаја као меродавно право и надлежни суд одређено место главног интереса друштва (*centre of main interest*), могуће је замислити да у ситуацији да друштво које је регулисано материјалним правом земље која је сконцентрисала заштиту поверилаца у правилима стечајног права променом центра пословања – места главног интереса у земљу која примат заштитних правила одређује у материјалном компанијском праву доведе до потпуног изостанка заштите поверилаца.⁴⁵ То је био чест случај последњих година у немачком праву, где се након одлука Суда ЕУ појавио изузетно велики број друштава основаних у Великој Британији са стварним седиштем у Немачкој. Као последица такве праксе указује се на могућу потребу хармонизовања основних правила стечајног права, којима би се отклониле такве ситуације, нарочито кроз постојање установа пред-стечајне заштите, попут несавесног пословања енглеског права (*wrongful trading*).⁴⁶

43 R. Drury, „The ‘Delaware Syndrome’: European Fears and Reactions“, *Journal of Business Law*, November, 2005, стр. 716.

44 На пример, одговорност за непокретање стечајног поступка чини ефикасну заштиту поверилаца у енглеском праву, те су различита правила заштите другог, на пример, немачког система, као што су правила о одржавању капитала. Вид. T. Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, стр. 130.

45 J. Nelissen Grade, M. Wauters, „Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection?“, у: K. Geens, K. Hopt (eds.), *The European Company Law Action plan revisited: Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*, Leuven University Press, Leuven, 2010, стр. 52.

46 *Ibid.*

Класични инструменти заштите поверилаца у компанијском праву своде се на ограничења у оквиру правила о меродавном праву (на основу кога се та правила примењују).⁴⁷ Међутим, напуштањем критеријума стварног седишта потпуно је отворена могућност изигравања закона, а положај поверилаца један је од најугроженијих.⁴⁸ Стога се мора вратити на питање који су остали механизми заштите тих лица, узимајући у обзир да национална права не могу да примене до тада постојеће механизме.⁴⁹

Да би такмичење законодаваца имало позитивне ефекте неопходно је успоставити „строг режим услова за објављивање података и минимум *сјандардних йравила*“ (подвукао аутор).⁵⁰ У супротном, ефекти такмичења сводиће се на трку ка дну, и снижавање стандарда којима се штите различите категорије лица која имају интересе у друштву. Са друге стране, Извештај групе стручњака компанијског права истакао је да је у циљу остваривања флексибилности у регулисању компанијског права *сувишно* у даљем развоју предвидети правила која би имала за циљ заштиту од изигравања закона и злоупотребе права.⁵¹

V Закључак

И поред великог броја правила која су усвојена у оквиру ЕУ а односе се и на заштиту поверилаца, то питање и даље није до краја на задовољавајући начин решено. Постојећа регулатива, пре свега у оквиру националног права, је у великој мери ограничена након доношења пресуда Суда ЕУ у односу на право на настањивање. Међутим, с обзиром на све шире могућности коришћења унутрашњег тржишта неопходно је успостављање минимума услова у погледу заштите поверилаца у оквиру комунитарног права.

Поремећен систем примене јединственог скупа националних правила на друштва, отворено питање изигравања закона и потенцијална

47 L. Enriques, M. Gelter, „Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, стр. 423.

48 О примени теорија седишта и феномену изигравања закона вид. нарочито: R. Drury, „The ‘Delaware Syndrome’: European Fears and Reactions“, *Journal of Business Law*, November, 2005, стр. 715 и даље.

49 Тако је, на пример, немачки Врховни суд (*Bundesgerichtshof*) у скоријој пракси креирао појам *Existenzvernichtungshaftung* – одговорност акционара који је лишио друштво средстава којима би оно платило дугове. Такав инструмент сматра се значајним нарочито у циљу спречавања злоупотребе псеудо-страних друштава. Вид. С. Teichmann, „Restructuring Companies in Europe: A German Perspective“, *European Business Law Review*, бр. 6/04, стр. 1329.

50 A. Daehner, *нав. дело*, стр. 3.

51 Вид.: Извештај групе стручњака, стр. 5.

*твр*ка ка *гну* указују да посао заштите интереса чланова и поверилаца и даље није остварен. Исто тако, и принцип ефикасности и конкурентности пословања битно је угрожен неједнаким стандардима и правилима у свакој од земаља.⁵² Чини се да је прави покретач промена и даље Суд ЕУ, док је европски законодавац остављен у позицији да „води јучерашње битке ...у којима се место дешавања померило, а ствари кренуле својим током“.⁵³ Такав тренд био би опасан у будућности, јер практично пушта тржиште да само уреди питања како то најбоље одговара њеним учесницима. Проблем настаје када такво „саморегулисање“ оде предалеко, па значајна слобода доведе до неизвесности и незаштићеног положаја многих. Стога умерена комунитарна акција, виђена у различитим алтернативним механизмима заштите (солвентност као ограничење при исплатама, институти предстечајне одговорности и слично) постају приоритет у даљем развоју компанијског права.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

THE INFLUENCE OF ECJ CASES ON CREDITORS' PROTECTION IN COMPANY LAW

Summary

This paper analyses recent decisions of the ECJ, which changed creditor protection mechanisms within national law of its Member States. The main goal of company law is achieving efficiency and competitiveness, while protecting the interests of members, shareholders, and third parties is of secondary priority. Since the usual protection of creditors, such as minimum capital rules, are not applicable if they are contrary to the right of establishment, there is a new impediment to look for a more efficient and less burdensome way in achieving this protection. After Centros and other judgments of the ECJ, national law systems, which were applicable to each of the companies, are not fully applied, as a system of rules. Therefore, there are serious consequences in the evasion of certain national provisions, and circumvention of laws, which cannot be dealt with by usual instruments. This problem is underlined by different criteria in applying company law rules and insolvency rules. It is suggested, that EC company law

52 Додуше, и даље је споран приоритет тих принципа. Упореди: План модернизације Комисије, стр. 8 и даље и Извештај групе стручњака, стр. 29–30.

53 R. Drury, *нав. дело*, стр. 743.

should go further in achieving satisfactory community protection of creditors by introducing modern rules of solvency, wrongful trading, common material rules applied in all Member States to insolvency procedures etc.

Key words: *creditor protection, ECJ cases, circumvention of law, minimum capital requirements, applicable law.*

УДК 005.21:334.72.021(497.11)

др *Кашарина* БУЛИЋ
вођа пројекта корпоративног управљања за Србију и Црну Гору, IFC

Лидија ШЕШКАР
правни саветник Београдске берзе

SCORECARD КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У СРБИЈИ

Резиме

Циљ овог рада је да представи Scorecard корпоративног управљања за компаније чијим акцијама се тргује на организованом тржишту капитала, који су по уледу на најбоље светске праксе дизајнирали заједно Београдска берза, Комисија за харџије од вредности и IFC. Scorecard омогућава компанијама да одговором на постављена питања, брзо и једноставно сагледају ниво власничког корпоративног управљања, да се упореде са својом „peer group“ и да употребе Scorecard као мапу унапређења квалитета корпоративног управљања у сопственој фирми. Његов највећи значај је што доприноси имплементацији принципа корпоративног управљања и изван законом прописаних минимума. Scorecard је корисно оруђе и за инвеститоре, аналитичаре и самог регулатора. Рада такође наводи искуства илох пројекта током кога су десет водећих српских компанија из финансијског и реалног сектора добровољно учествовале у тестирању примене Scorecarda и дале повратну информацију о његовом дизајну, квалитету и употребној вредности.

Кључне речи: корпоративно управљање, Scorecard, котирана друштва, акционари, управни одбор, јавност, Србија.

I Scorecard

Scorecard корпоративног управљања за акционарска друштва у Србији израђен је у оквиру сарадње успостављене Споразумом закљученим између Београдске берзе и IFC (Међународне финансијске корпорације).¹ Документ је развијен од стране мешовитог тима у коме су учествовали представници Београдске берзе, Комисије за хартије од вредности Републике Србије и IFC кога је представљао тим Програма унапређења корпоративног управљања у региону Јужне Европе.² Сам *Scorecard*, по својој структури, представља упитник чија су питања систематизована у поглављима која одражавају основне принципе доброг корпоративног управљања. Он обухвата следеће области корпоративног управљања: 1) посвећеност компаније принципима корпоративног управљања и друштвена одговорност; 2) акционари и скупштина акционара; 3) управни одбор; 4) извршни органи и секретар друштва; 5) послови надзора, контроле и ревизије; и 6) транспарентност и јавност пословања. Свака од наведених области опредељена је процентуално исказаним тежинским фактором у односу на укупних 100%. Имајући у виду да је свака област важна на свој начин и да другачије доприноси стању управљања, и њихови појединачни тежински фактори различито су опредељени. Релативно већу тежину носе три области за које је искуство показало да су виталне тачке доброг корпоративног управљања у фирми – управни одбор, послови надзора, контроле и ревизије и транспарентност и јавност пословања.

Свака од дефинисаних области садржи до десет питања која одражавају препоручену праксу за остварење принципа коме је одређена

- 1 IFC, чланица групације Светске банке настоји да јача одржив економски раст у земљама у развоју тако што подржава развој приватног сектора, ангажује приватни капитал и пружа саветодавне услуге и услуге за смањење ризика компанијама и државама. У фискалној 2009. години укупне инвестиције IFC-а, које подстичу упућивање капитала у земље у развоју током финансијске кризе, износиле су 14,5 милијарди долара.
- 2 IFC је покренуо Пројекат корпоративног управљања у Јужној Европи 2005. године. Пројекат се реализује током шест година уз финансијску подршку Државног секретаријата за економске послове Швајцарске (SECO). Циљ овог пројекта је да: (1) помогне компанијама и банкама у Албанији, Босни и Херцеговини, Косову, БЈР Македонији, Црној Гори и Србији да побољшају своје праксе корпоративног управљања, помажући им тако да унапреде пословање и повећају способност да привуку инвеститоре и друге пословне партнере; (2) ради са институцијама из јавног сектора на успостављању делотворног оквира корпоративног управљања; (3) подржава образовне институције у повећавању капацитета за обуку из области корпоративног управљања; и (4) промовише предности доброг корпоративног управљања и берзанског пословања у медијима. Пројекат *Scorecard*-а је лансиран у оквиру рада са институцијама на изградњи делотворног оквира корпоративног управљања.

област посвећена. На постављена питања компанијама су понуђена три одговора: да, делимично или не, уз могућност да пружи и додатна појашњења изабраног одговора. При том, важно је да изабрани одговори одражавају „стварно“, а не „жељено“ стање, и као такви буду засновани на одговарајућим доказима. Примера ради, посвећеност принципима корпоративног управљања свакако се одражава и кроз редовно разматрање ових питања од стране управног одбора, те је стога позитиван одговор на овако формулисано питање неопходно да прати и одговарајући писани доказ (на пример, извод из записника) којим се ова тврдња може и документовати. На исти начин као и поглавља, и појединачна питања су опредељена одређеним тежинским фактором процентуално израженим у односу на област као целину. Укупан резултат *Scorecard*-а чини тежински збир резултата појединих области и представља процентуално изражен ниво свеукупне усклађености корпоративног управљања компаније са препорукама најбоље праксе.

И теорија и пракса су препознале да за развој корпоративног управљања у земљама у транзицији добар регулаторни оквир није довољан. Далеко већи проблем у овим земљама представља неадекватна имплементација солидно написане регулативе која у великој мери, након реформе, одражава најбоље светске праксе. Компаније често у своја интерна акта преписују законске норме које остају мртво слово на папиру јер пракса компаније не одражава дух тих норми (на пример – у компанији постоји функција интерне ревизије са адекватно прописаним надлежностима, али није обезбеђена њена независност од извршних органа компаније, и/или је на то место постављена особа без одговарајућег знања, искуства и ауторитета). Као што је већ речено највећи значај *Scorecard*-а је управо у његовом доприносу имплементацији принципа и препорука доброг корпоративног управљања и унапређењу праксе и изван законом прописаних минимума. На који начин *Scorecard* то постиже?

Scorecard се може користити на разне начине, али два су најважнија. Прво, *Scorecard* омогућава компанијама да одговором на постављена питања, брзо и једноставно сагледају ниво властитог корпоративног управљања, да се упореде са својом „peer групом“ и да употребе *Scorecard* као мапу унапређења квалитета корпоративног управљања у сопственој фирми. Компанија која одлучи да „скенира“ стање корпоративног управљања путем *Scorecard*-а, неће само добити одговор на питање колико је већ постигла, већ ће моћи да сагледа и потенцијлане недостатке од веће или мање важности на које треба да обрати пажњу. Сваки негативан или делимичан одговор на постављено питање даје простор компанијама за унапређење праксе корпоративног управљања. Поред тога, свако питање је истовремено и одговор који указује на на-

чин на који је то могуће и постићи. Сличан процес евалуације квалитета корпоративног управљања у компанији могу да раде и заинтересовани аналитичари и инвеститори.

Поред компанија, *Scorecard* је оруђе које може бити од користи и регулатору и надзорним органима тржишта капитала, код успостављања и вредновања критеријума квалитетног корпоративног управљања као услова за листинг компанија.

Приликом дизајнирања *Scorecard*-а, три институције (Београдска берза, Комисија за хартије од вредности и ИFC) су, свака на бази сопственог искуства, настојале да укључе што релевантнија питања. Биране су превасходно области корпоративног управљања које законодавац није експлицитно прописао императивним нормама и у којима су праксе српских компанија на организованом тржишту, према искуству ове три институције, најдаље од најбољих светских пракси. Такође, водило се рачуна да је реч о важним питањима корпоративног управљања. Нацрт *Scorecard*-а је имао више итерација, а прегледали су га и коментарисали експерти за корпоративно управљање из Западне и Северне Европе, као и региона који већ имају искуство са овим инструментом. Након дефинисања коначне верзије *Scorecard*-а, тим се повезао са Привредном комором Србије и обратио се компанијама које су препознате као лидери у сфери корпоративног управљања позивајући их да добровољно учествују у тестирању и у том процесу дају своје мишљење о *Scorecard*-у. На велико задовољство тима, овом позиву су се одазвале компаније које се могу сврстати у водеће српске фирме: Агробанка а.д. Београд, Алфа Плам а.д. Врање, Центропроизвод а.д. Београд, Галеника-Фитофармација а.д. Београд, Комерцијална банка а.д. Београд, Металац а.д. Горњи Милановац, Металс-банка а.д. Нови Сад, Новосадски сајам а.д. Нови Сад, Сојапротеин а.д. Бечеј и Пословни систем Телефонија а.д. Београд.

Пилот пројекат је дао врло корисне информације али детаљна анализа његових резултата превазилази оквир овог рада. За сада ћемо само напоменути да је искуство показало да је фирмама потребна едукација за правилну употребу *Scorecard*-а и да су фирме дале врло позитивну оцену овом инструменту. Наиме, оцениле су да је релевантан (фокусира се на важна питања) и објективан (реално оцењује квалитет корпоративног управљања у фирми). Након позитивних искустава спроведеног тестирања *Scorecard*-а, исти је усвојио Управни одбор Београдске берзе.³

3 *Scorecard* је усвојен на В/10 седници Управног одбора Београдске берзе одржаној 8. јуна 2010. године, и објављен на интернет страници Берзе – www.belex.rs.

II Правни оквир корпоративног управљања и *Scorecard*

Правни оквир представља главни ослонац развоја добре праксе корпоративног управљања којим се успоставља минимум стандарда корпоративног управљања које су компаније обавезне да имплементирају у свом пословању. Истовремено, он представља и основу дефинисања „флексибилнијих“ регулаторних форми као што су кодекси корпоративног управљања и пословне етике, који у оквирима успостављеним законским и подзаконским прописима компанијама пружају подршку у даљој надоградњи корпоративних односа у складу са међународно прихваћеним препорукама најбоље праксе. Уважавајући наведене околности, структуру и садржину *Scorecard*-а највећим делом чине питања која омогућавају вредновање усклађености пракси корпоративног управљања у компанијама са важећим корпоративним и финансијским прописима садржаним у Закону о привредним друштвима, Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Закону о рачуноводству и ревизији, и подзаконским актима којима је ближе уређена њихова примена. Додатно, *Scorecard* садржи и процентуално мањи део критеријума (питања) који превазилазе оквире законом прописаних минимума и базирани су на искуствима најбоље међународне праксе и препорукама кодекса корпоративног управљања Привредне коморе Србије и Београдске берзе.

Утицај појединих елемената регулаторног оквира на конкретна поглавља *Scorecard*-а јасно је видљив и из саме структуре дефинисаних питања. Практично, његову окосницу чине одредбе Закона о привредним друштвима, на чије одредбе се највише ослањају поглавља посвећена акционарима и скупштини акционара, те организацији и начину рада управног одбора и извршних органа. Претежан утицај финансијских прописа – Закона о рачуноводству и ревизији и Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената присутан је у поглављима посвећеним интерној контроли и независној ревизији, и транспарентности и јавности пословања компаније. Повезаност ових „финансијских“ закона посебно је истакнута због утицаја који примена међународних стандарда финансијског извештавања и ревизије, те квалитет система интерне контроле и независне ревизије има на поузданост и веродостојност информација садржаних у извештајима компаније доступних инвестиционој јавности.

Конечно, *Scorecard* корпоративног управљања треба сагледати и у светлу будућих измена регулаторног окружења. Иако је незахвално и свакако непрецизно у овом тренутку говорити о законским решењима која још нису усвојена, ипак је из јавно доступних предлога могуће уочити опредељење ка његовом даљем усаглашавању са стандардима прихваћеним од стране Европске уније. Ово ће очекивано ре-

зултирати бољом транспарентношћу пословања компанија изложених инвестиционој јавности кроз даље унапређење структуре, садржине и начина обелодањивања обавезних информација од значаја за доношење инвестиционих одлука, али и кроз јачање институционалног надзора над поштовањем ових обавеза. Такође, развој корпоративног управљања омогућиће и допуне регулаторног оквира у делу успостављања ефикаснијих механизма реализације и заштите акционарских права, јачања одговорности чланова органа управљања и надзора, унапређења система интерне контроле, као и других елемената добре праксе корпоративног управљања инкорпорираних у директиве Европске уније.

У наставку текста детаљније ћемо приказати *Scorecard*, његова поглавља, питања, тежину и објашњења разлога за укључење појединих питања, као и неке од кључних препорука⁴ на којима је базиран *Scorecard* и које су истакнуте тестираним компанијама као смернице за унапређење резултата по појединим областима.

III Посвећеност корпоративном управљању (релативна тежина поглавља – 10%)

Циљ уводног поглавља *Scorecard*-а је да сагледа и вреднује суштинску посвећеност компаније развоју добрих пракси корпоративног управљања. Стога су дефинисана питања усмерена како на сагледавање да ли је у компанији успостављан одговарајући регулаторни оквир корпоративног управљања, тако и на вредновање конкретних механизма којима се усвојене препоруке и принципи имплементирају, анализирају и унапређују у пракси.

Табела 1.

Scorecard – Посвећеност принципима корпоративног управљања

Питање	Тежина	Разлог за укључење питања
I 1. Да ли је друштво усвојило властите принципе корпоративног управљања или прихватило примену неког од званичних кодекса корпоративног управљања?	20%	Усвојени, односно прихваћени принципи и препоруке представљају основу развоја добрих пракси корпоративних управљања у компанији.

4 За формулисање препорука коришћени су: IFC International Finance Corporation, *Корпоративно управљање: Приручник*, Београд, 2008; Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије из 2006. године и Кодекс корпоративног управљања Београдске берзе из 2008. године.

I 2. Да ли су принципи корпоративног управљања које примењује друштво укључени у интерна акта друштва и лако доступни свим <i>stakeholder</i> -има (носиоцима интереса), нпр. путем Интернета у одговарајућој форми?	20%	Интерним актима друштва, усвојени принципи и препоруке конкретизују се кроз одредбе које уређују организацију и пословање компаније, а њихова јавна доступност омогућава заинтересованим лицима увид у конкретна опредељења компаније у развоју пракси корпоративног управљања.
I 3. Да ли се о примени принципа корпоративног управљања расправља на седницама управног одбора друштва?	15%	Редовно праћење и вредновање праксе корпоративног управљања омогућава њено континуирано унапређење.
I 4. Да ли друштво у својим годишњим извјештајима објављује усклађеност пословања са принципима корпоративног управљања, те даје објашњење евентуалних одступања од тих принципа?	20%	Свеобухватно и истинито извештавање о имплементираној пракси корпоративног управљања, а нарочито у делу објашњења евентуалних одступања од усвојених принципа, представља основу развоја поверења између инвеститора и друштва.
I 5. Да ли је друштво усвојило политике (принципе, процедуре) које обезбеђују да се приликом доношења одлука узимају у обзир интереси свих <i>stakeholder</i> -а?	25%	Усвајање политика (принципа, процедура) које узимају у обзир интересе и положај <i>stakeholder</i> -а на свим нивоима конкретних пословних активности јачају друштвену позицију компаније.

Искуство и истраживања су показали, а резултати пилот пројекта потврдили да у овом сегменту највеће слабости постоје у делу примене усвојених (прихваћених) принципа корпоративног управљања. Компаније, по правилу своју праксу корпоративног управљања везују за принципе и препоруке званичних кодекса корпоративног управљања или пак кодекса усвојених на нивоу самих компанија. Недостатак постоји у делу пракси усаглашавања интерних аката компанија са принципима и препорукама усвојених/прихваћених кодекса, која углавном одражавају само принципе обухваћене законским и подзаконским прописима. Додатни недостатак представља и околност слабе јавне доступности релевантних аката компанија на њиховим Интернет страницама. Примена принципа корпоративног управљања није предмет редовног праћења од

стране управног одбора, али се о њима (у делу који је обухваћен акти-ма компанија) по правилу води рачуна код одлучивања о конкретним питањима из различитих области пословања. Слично томе, компаније углавном немају ни формално дефинисане посебне политике или прин-ципе којима се обезбеђује да се приликом доношења одлука узимају у обзир интереси *stakeholder*-а, али је, на пример, код свих учесница у пи-лот пројекту констатован велики број конкретних активности које су усмерене ка развоју односа са различитим групама носилаца интереса (запосленима, клијентима, широм друштвеном заједницом). Најслабију карику представља недостатак праксе израде и усвајања годишњег извештаја о корпоративном управљању.

Препоруке најбоље праксе које би биле стандард за боље резултате из ове области *Scorecard*-а подразумевају унапређење примене усвојених принципа корпоративног управљања увођењем систематске и редовне периодичне анализе њихове имплементације од стране управног одбо-ра, уз конкретизацију мера и активности на отклањању евентуалних не-достатака и дефинисању будућих развојних корака. Други важан корак је израда и усвајање годишњег извештаја о корпоративном управљању који би требало да садржи све важне елементе структуре и праксе кор-поративног управљања у компанији. Посебно је важно да у извештају буду наведена сва одступања од усвојених принципа корпоративног управљања уз објашњење разлога који су их условили.

IV Акционари и скупштина акционара (релативна тежина поглавља – 15 %)

Ово поглавље дефинисано је са циљем да сагледа положај ак-ционара у компанијама првенствено у смислу постојања стварних могућности да реализују своја права и остваре ефикасну заштиту у случају њиховог нарушавања. Поглавље је посебно фокусирано на питања обезбеђења једнаког третмана свих акционара, информисања и комуникације са акционарима, те мера и активности за спречавање и решавање потенцијалних сукоба између акционара и друштва.

Табела 2. *Scorecard* – Акционари и скупштина акционара

Питање	Тежина	Разлог за укључење питања
П 1. Да ли су дневни ред скупштине, као и сви релевантни подаци и објашњења које се односе на дневни ред и материјале за скупштину, начин учешћа и гласања на скупштини објављени на Интернет страници друштва и стављени на располагање свим акционарима на равноправан начин?	10%	Скупштина акционара је највиши хијерархијски орган друштва преко кога акционари реализују своја права на управљање друштвом и информисање о пословању друштва. Квалитет информисања акционара пре, током и након скупштине акционара, највише одражава у којој мери су добре праксе корпоративног управљања имплементирани у односима акционара и друштва. Ово нарочито у смислу обезбеђења једнаког третмана акционара са истим правима.
П 2. Да ли друштво има развијена правила и процедуре које обезбеђују да акционари добију благовремени одговор на сва релевантна питања у оквиру скупштине акционара?	10%	
П 3. Да ли Друштво објављује одлуке скупштине путем Интернета непосредно после одржавања скупштине акционара?	10%	
П 4. Да ли друштво има јасно дефинисану политику дивиденде те процедуре и рокове за њену исплату?	15%	Политика дивиденде значајна је посебно за оне акционаре чији је примарни интерес остваривање прихода од средстава уложених у капитал компаније.
П 5. Да ли је акционарима друштва омогућено остварење права пречег уписа приликом нових емисија акција?	15%	Ово право омогућава акционарима да и код повећања капитала одрже своје сразмерно учешће у његовој структури, и утицај на одлучивање скупштине.

<p>П 6. Да ли је у друштву успостављен механизам за спречавање и решавање потенцијалних конфликта између акционара и друштва?</p>	<p>5%</p>	<p>Постојање оваквих механизма суштински одражава квалитет односа акционара и друштва јер подразумева постојање квалитетног система комуникације акционара и друштва, као и мера и активности усмерених на елиминисање потенцијалних дуготрајних и захтевних судских поступака.</p>
<p>П 7. Да ли су код избора управног одбора скупштине на располагању свеобухватне информације о предложеним кандидатима, а посебно информације о постојању и природи односа са друштвом, повезаним лицима друштва, друштвима конкурентске делатности и главним пословним партнерима друштва?</p>	<p>15%</p>	<p>Одлука о избору чланова управног одбора треба да буде заснован на пуној информисаности акционара о свим релевантним околностима о кандидатима предложеним за чланове органа друштва.</p>
<p>П 8. Да ли је акционарима омогућена реализација права на учешће у раду и одлучивању скупштине акционара без додатних услова или ограничења на било који начин (на пример, условљеност бројем акција које поседује акционара или максимизирањем процента гласачких права)?</p>	<p>10%</p>	<p>Једнак третман акционара подразумева и једнако право свих акционара исте класе акција на учешће у раду и одлучивању скупштине друштва.</p>

<p>П 9. Да ли је обезбеђен адекватан утицај мањинских акционара на избор чланова управног одбора – кумулативно гласање или право акционара са одређеним учешћем (на пример, 5% или 10%) да предлажу кандидате?</p>	<p>10%</p>	<p>На овај начин омогућава се утицај мањинских акционара на управљање компанијом и у условима постојања контролног акционара.</p>
--	------------	---

Искуство и истраживања су показали, а резултати пилот пројекта потврдили да доследно спровођење законских и подзаконских прописа омогућава надпросечну реализацију захтева овог поглавља. Ипак, као правило је констатовано одступање од препоручене праксе у смислу статутарних ограничења права акционара на непосредно учешће у раду и одлучивању скупштине. Имајући у виду спречиствености настанка наших акционарских друштава (кроз процес масовне приватизације капитала), овакво ограничење резултат је и објективних проблема организације скупштина акционарских друштава са великим бројем акционара. Уважавајући ове околности и у процесу оцењивања испуњености датог критеријума, констатовано је да уколико је увођење оваквих ограничења неопходно, код одлучивања о њима треба обезбедити адекватно учешће акционара на које се ограничења односе, а иста треба да буду предмет редовне периодичне анализе и континуираног сагледавања испуњености услова за њихово укидање, односно ублажавање.

Поред наведеног, простор за унапређење праксе констатован је практично у оном делу *Scorecard*-а који је и дефинисан са циљем да подстакне даљи развој корпоративног управљања у складу са међународно прихваћеним стандардима најбоље праксе. У том смислу, и препоруке за остваривање бољих резултата по појединим критеријумима дефинисаних овим поглављем обухватиле су питања политике дивиденди, корпоративних сукоба и учешћа мањинских акционара у управљању друштвом.

Политика дивиденди. Добра пракса корпоративног управљања препоручује друштвима да усвоје јасно формулисану и рационалну политику дивиденди и учине је јавно доступном. Акционари и будући акционари требало би да имају на располагању информације о питањима као што су: метод утврђивања дела добити који се може исплатити у виду дивиденде; услови под којима дивиденде могу да се исплате и поступак исплате; критеријуми које примењује управни одбор при одлучивању о предлогу да се утврде дивиденде; околности које могу ути-

цати да дивиденде не буду утврђене и друго. Из перспективе акционара дивиденде представљају њихово важно право, и често значајно утичу на опредељење инвеститора да уложи средства у капитал неког друштва. Ова околност додатно добија на значају код друштава са већинским власником, која по правилу привлаче инвеститоре чији примарни интерес није учешће у управљању друштвом, већ остваривање добити на уложена средства кроз другорочно увећање тржишне вредности акција друштва и приходе од дивиденди.

Сиречавање и решавање корпоративних сукоба. Друштвима се препоручује да усвоје јасна правила и процедуре за спречавање и решавање евентуалних сукоба који могу настати између акционара и друштва, односно носиоца појединих функција у друштву, и учине их јавно доступним свим заинтересованим лицима. Ова правила и процедуре треба да се базирају на правичном односу према странама у сукобу, и спрече могућност да о конкретном сукобу одлучују лица на чије интересе утиче предметни конфликт. Код решавања корпоративних сукоба друштва треба да теже ка изналажењу законитог, компромисног и рационалног решења, уз активну комуникацију са акционаром у сукобу.

Утицај мањинских акционара на избор чланова ујавној одбора. Добра пракса препоручује да друштво пружи стварну шансу мањинским акционарима да изаберу свог представника у управни одбор. Ово је нарочито важно у случајевима када у друштву постоји већински власник или група акционара која контролише друштво. Један од начина је и кумулативно гласање код избора чланова управног одбора. Ради заштите интереса мањинских акционара који нису довољно упознати са системом и ефектима кумулативног гласања, управни одбор треба да састави упутство како се на оптималан начин користи право гласа у случају кумулативног гласања са свим потребним објашњењима. Додатно, управни одбор би требало да објасни акционарима њихова гласачка права у случају кумулативног гласања, као и основне негативне последице њиховог неоптималног коришћења.

V Управни одбор (релативна тежина поглавља – 20%)

Дизајнирању поглавља о управном одбору посвећена је посебна пажња из два разлога. Прво, управни одбор је један од најважнијих елемената система корпоративног управљања који је од почетка глобалне економске кризе све више у фокусу. Друго, све три институције су мислиле да је то орган који је у пракси српских фирми, поред система надзора и контроле, једна од најслабијих карика. То су потврдили и резултати пилот пројекта.

За свеобухватну анализу рада управног одбора сагледани су следећи аспекти његовог функционисања:

- надлежност управног одбора,
- именовање и избор чланова управног одбора,
- састав управног одбора,
- структура и комисије управног одбора,
- радне процедуре управног одбора,
- обавезе и одговорности управног одбора,
- самооцењивање и едукација управног одбора, и
- накнаде за рад управног одбора.⁵

Када је реч о процедурама избора и именовања и обавезама и одговорности чланова одбора, искуство три институције је показало да ту најчешће нема већих проблема. Формално гледано надлежности, избор, обавезе и одговорности управног одбора у отвореним акционарским друштвима углавном су прописани регулативом. У тим областима, већина компанија не одступа од законских норми. Међутим, у сфери диспозитивних правила, којима је компанијама остављено да изглед и функционисање свог управног одбора саме дизајнирају и прилагоде сопственим околностима, удаљавања од добре праксе више су присутна.

Табела 3. *Scorecard* – поглавље о управном одбору

Питање	Тежина	Разлог за укључење питања
III 1. Да ли је актима друштва прецизније утврђена надлежност управног одбора?	10%	Стратешки надзор и управљање ризицима најчешће нису стављени у надлежност управног одбора.
III 2. Да ли су актима друштва утврђени критеријуми којима се дефинишу потребна стручна знања и компетенције чланова управног одбора?	20%	Непостојање објективних и релевантних критеријума за избор чланова управног одбора често има за последицу неадекватан састав српских управних одбора.

5 Методологија је преузета од IFC-а. Види: International Finance Corporation, *Корпоративно ујрављање: Приручник*, Београд, 2008.

<p>III 3. Да ли су функције председника управног одбора и генералног директора, односно председника извршног одбора друштва раздвојене?</p>	<p>10%</p>	<p>Нераздвајање функција председника управног одбора и генералног директора није у складу са добром праксом јер за последицу има слаб надзор управног одбора над радом извршног тима.</p>
<p>III 4. Да ли управни одбор најмање једном годишње анализира и оцењује квалитет и ефикасност свога рада, те предлаже мере и активности за његово унапређење и о тим мерама извештава акционаре у оквиру скупштине?</p>	<p>10%</p>	<p>Оцењивање рада управног одбора и његових појединачних чланова може да пружи важан увид у јаке и слабе стране овог органа.</p>
<p>III 5. Да ли је члановима управног одбора обезбеђена континуирана едукација са циљем унапређења њихових знања и способности за обављање функције члана управног одбора?</p>	<p>5%</p>	<p>Корпоративна обука је веома важна у контексту привреда у транзицији где се регулатива често мења и постављају се захтеви за брзо усклађивање са најбољом праксом. У Србији, по правилу, нема континуиране едукације чланова управног одбора.</p>
<p>III 6. Да ли више од 1/3 састава управног одбора чине независни чланови чије је једина веза са друштвом чланство у управном одбору?</p>	<p>20%</p>	<p>Независни чланови дају кључан допринос приликом одлучивања о осетљивим питањима и дају сигурност екстерним инвеститорима да се важна питања решавају на непристрастан начин што је посебно важно у друштвима са великим/контролним акционарима. У Србији, често нема стварно независних чланова.</p>
<p>III 7. Да ли независни чланови управног одбора обавештавају друштво и акционаре о свим променама које могу утицати на њихов статус у погледу независности?</p>	<p>5%</p>	<p>Нема стварно независних чланова.</p>

III 8. Да ли висина накнаде чланова управног одбора зависи од њиховог доприноса достигању финансијских и нефинансијских резултата и пословних циљева друштва?	10%	Политици накнада чланова управног одбора се не посвећује довољна пажња што утиче на квалитет састава и рада управних одбора.
III 9. Да ли управни одбор ради повећања ефикасности и квалитета свог рада, поред законом обавезних, организује и друге посебне комисије као стручна саветодавна тела која су у стању доносити квалификоване, стручне, независне и професионалне анализе конкретних проблема?	10%	Комисије управног одбора дају могућност управном одбору да се бави већим бројем сложених питања на ефикаснији начин и развија стручност за послове друштва по посебним областима.

Учеснице у пилот пројекту оствариле су релативно слабије оцене у овом поглављу што је потврдило претпоставку *Scorecard* тима да је управни одбор једна од најслабијих карика у системима корпоративног управљања српских фирми. Иако детаљна анализа резултата пилот пројекта превазилази оквире овог рада, ипак, треба напоменути да готово ниједна компанија није прописивала потребне критеријуме за избор чланова управног одбора, нити је развила праксу самооцењивања рада овог органа. Такође, већина компанија није створила услове за континуирану едукацију чланова управног одбора, а најчешће није дефинисана ни адекватна политика награђивања. Простор за унапређење постоји и у делу формирања посебних комисија управног одбора. Детаљнија регулатива, јачи институционални надзор и постојање „*fit and proper*“ теста за чланове управног одбора условили су да су резултати овог поглавља по правилу бољи у компанијама из банкарског сектора.

Кратак извод најбољих пракси које би биле стандард за боље резултате у овој области обухватио би:

Квалификације чланова управног одбора. Статут треба детаљније да пропише критеријуме квалификованости чланова управног одбора руководећи се специфичним потребама компаније и водећи рачуна да састав управног одбора одражава равнотежу квалификација усклађену са структуром, делатношћу, те дугорочним плановима, циљевима и потребама компаније.

Самооцењивање и едукација. Најбоља пракса корпоративног управљања препоручује да управни одбор најмање једном годишње под-

носи скупштини извештај о оцени свог рада, рада комисија (одбора) које је образовао, рада извршног одбора и сваког појединачног члана управног одбора и предлаже мере за његово унапређење. Оцењивање управног одбора и његових чланова може да пружи важан увид у јаке и слабе стране одбора. Ове информације управни одбор може користити да би идентификовао потребе за допунским едукацијама. Корпоративна обука добија додатну важност у контексту привреда у транзицији, нарочито имајући у виду потребу управног одбора да стално буде упознат са, по правилу, честим променама регулаторног оквира, те развојем међународних искустава најбоље праксе.

Накнаде. Накнада која се плаћа члановима управног одбора треба да буду конкурентна, али истовремено у оквирима накнада које се исплаћују у сличним друштвима. Одређивање разумног нивоа накнада за чланове управног одбора нарочито је важно како се не би угрозио посебан статус независних чланова. Расуђивање члана управног одбора може да буде доведено у питање уколико знатан проценат његовог укупног прихода представља накнада коју прима као члан управног одбора. Управни одбор (у идеалном случају, комисија за накнаде у чијем су саставу искључиво независни чланови) треба редовно да преиспитује накнаде за чланове управног одбора. Друштво треба да објављује своју политику накнада и исплаћене накнаде за сваког од чланова управног одбора.

Комисије ујравној одбора. Искуства добре праксе корпоративног управљања препоручују управном одбору друштва да ради повећања ефикасности и квалитета свог рада образује комисије, као стручна саветодавна радна тела. Улога комисија управног одбора је да управном одбору у поступку одлучивања о појединим питањима омогући подршку стручњака различитих профила. На овај начин управни одбор је у могућности да се бави већим бројем сложених питања на ефикаснији начин и развија стручност за послове друштва по посебним областима. Оне доприносе и да се повећа објективност и независност мишљења управног одбора изолујући га од потенцијалног конфликта интереса. Приликом одлучивања да ли ће формирати комисије, и у ком броју, управни одбор треба да сагледа и потенцијално негативан утицај који би непримерено велики број комисија могао да има на ефикасност његовог рада и исте формира обазриво и постепено, почев од најкритичнијих области деловања.

VI Извршни органи и секретар друштва (релативна тежина поглавља – 15%)

Извршни органи управљају свакодневним пословима друштва. Они имплементирају стратешку оријентацију коју је поставио управ-

ни одбор и/или скупштина акционара и представљају суштински део структуре управљања друштва. Аспекти анализе извршних органа у систему корпоративног управљања обухватају њихове надлежности, састав, формирање и радне процедуре извршних органа, као и њихову интеракцију са управним одбором, њихове обавезе, одговорност, евалуацију и накнаде.⁶

Табела 4.

Scorecard – поглавље о извршним органима и секретару друштва

Питање	Тежина	Разлог за укључење питања
IV 1. Да ли су актима друштва јасно дефинисана овлашћења и одговорности извршног одбора, те разграничена његова овлашћења у односу на управни одбор друштва?	20%	Раздвајањем надлежности се спречава микроменаџмент управног одбора. Овим питањем се настоји утврдити да ли су извршни органи фокусирани на оперативни рад а управни одбор на стратегију и надзор.
IV 2. Да ли су актима друштва утврђени критеријуми којима се дефинишу потребна стручна знања и компетенције чланова извршног одбора?	20%	Циљ овог питања је да се утврди да ли генерални директор и сви чланови извршног одбора имају знање и вештине потребне за управљање друштвом, те да ли постоји транспарентна подела задатака између чланова извршног одбора.
IV 3. Да ли је успостављен и спроводи се процес евалуације рада чланова извршних органа друштва од стране управног одбора?	20%	Настоји се утврдити да ли у пракси српских компанија постоји свеобухватна, редовна оцена учинка извршних органа заснована на претходно установљеним кључним показатељима учинка.

⁶ Методологија је преузета од IFC-а. Види: International Finance Corporation, *Корпоративно управљање: Приручник*, Београд, 2008.

IV 4. Да ли се накнаде чланова извршног одбора састоје од фиксног и варијабилног дела у зависности од доприноса у остварењу финансијских и нефинансијских резултата и пословних циљева друштва?	10%	Настоји се утврдити да ли се приликом награђивања сагледава постигнути учинак у раду.
IV 5. Да ли друштво има успостављене ефикасне механизме за обезбеђење истинитог, благовременог, свеобухватног и равноправног извештавања чланова управног одбора од стране извршних органа друштва, о свим чињеницама и околностима које могу утицати на пословање, финансијски положај и потенцијалне ризике на стање имовине друштва?	15%	Настоји се утврдити да ли извршни органи редовно и адекватно обавештавају управни одбор о свим пословима друштва.
IV 6. Да ли је функција секретара друштва организована као техничка подршка друштву у смислу обезбеђења правне и организационе подршке органима управљања, развијања политике и праксе корпоративног управљања, заштите права акционара и слично?	15%	Настоји се утврдити да ли је ова релативно нова и значајна функција адекватно структурирана у фирми.

Резултати пилот пројекта су показали да компаније у Србији углавном имају добро структурирану функцију извршних органа. Ова област корпоративног управљања је у просеку добила најбоље оцене. Једино је већина компанија имала неадекватно постављену функцију секретара друштва, те је у том смислу и препорука за унапређење резултата овог поглавља фокусирана на значај и улогу секретара друштва.

Секретар друштва. Рад секретара друштва је суштински важан за управљање и руковођење друштвом, те именовање секретара друштва треба прихватити као добру пословну праксу. У пракси улога секретара друштва обухвата различите активности којима се омогућава: правна

и организациона подршка органима управљања у обављању њихових функција, праћење и развијање политике и праксе корпоративног управљања, старање о правима акционара, развој односа са инвеститорима и осталим носиоцима интереса у друштву, обезбеђење високог нивоа јавности и транспарентности пословања друштва, успостављање ефикасне интерне комуникације између органа и радних тела друштва, и друго. Функцију секретара друштва најбоље може да врши стално запослено лице, које је искључиво посвећено овом задатку. Секретара друштва треба да именује управни одбор. Наиме, да би у сваком тренутку радио у интересу друштва и његових акционара, секретар друштва мора бити заштићен од прекомерног утицаја управе и других лица. Када је реч о потребним квалификацијама и вештинама, пожељно је да секретар зна корпоративно право и право хартија од вредности, разуме делатност компаније, обраћа пажњу на детаље, буде флексибилан и креативан, посредује и постиже консензус, има „држање“ и добре вештине комуницирања итд. Такође, препоручује се да надлежности секретара друштва обухвате и послове везане за решавање потенцијалних сукоба између акционара и друштва.

VII Контролно окружење (релативна тежина поглавља – 20%)

Контролно окружење, односно систем за надзора и контроле важан је инструмент корпоративног управљања, који поред осталог доприноси и транспарентнијем и адекватнијем финансијском извештавању. Већи број интерних органа и лица и екстерних субјеката укључен је у надзор над финансијама и пословањем друштва. Ови механизми корпоративног управљања су разноврсни по природи, функцијама и линијама извештавања, и могу се категоризовати као:

1. интерни орган надзора,
2. екстерна ревизија,
3. адекватно дефинисана надлежност управног одбора у погледу установљавања механизма интерне контроле, управљања ризиком и функционална одговорност интерног ревизора управног одбору (Комисија за ревизију),
4. управљање ризицима,
5. усаглашеност пословања са прописима и интерним правилима, политикама и процедурама, (*Compliance*),
6. систем интерних контрола.

Табела 5. *Scorecard* – поглавље о контролном окружењу

Питање	Тежина	Разлог за укључење питања
V 1. Да ли је у друштву успостављен систем интерне контроле и управљања ризицима који обухвата надзор над законитошћу рада и поштовању и доследном спровођењу општих аката друштва?	15%	Већина друштава у Србији нема систем интерне контроле/ управљања ризицима нити на систематски начин прати усклађеност пословања са свом релевантном регулативом.
V 2. Да ли су актима друштва уређена питања надлежности, стручности, независности и међусобних права и обавеза органа интерног надзора и друштва?	15%	Функција интерне ревизије није адекватно установљена у великој већини српских компанија. Изузетак су банке.
V 3. Да ли су на нивоу друштва дефинисани механизми и правила спровођења надзора и контроле, и показатељи – индикатори активности који нарочито треба да укажу надзорним органима на потребу спровођења превентивног надзора и контроле?	15%	Управљању ризицима се не приступа систематски нити се предвиђа одговорност управног одбора за систем управљања ризицима.

<p>V 4. Да ли су системом контроле обухваћени и послови праћења спровођења обавеза друштва у вези са привилегованим информацијама, спречавање злоупотребе привилегованих информација, детектовање потенцијалних манипулација на тржишту, одобрење послова из сукоба интереса и механизме борбе против корупције?</p>	<p>10%</p>	<p>Дефинисањем адекватних интерних правила и процедура, и успостављењем ефикасног система контроле њиховог спровођења и изван законом прописаних минимума компаније могу значајно да утичу на спречавање негативних ефеката које за компанију, акционаре и друге носиоце интереса могу изазвати појаве наведене у овом питању. Истовремено, деловање компаније на интерном нивоу доприноси и успешнијој борби са овим незаконитим појавама од стране за то надлежних органа и институција.</p>
<p>V 5. Да ли екстерни ревизор присуствује сједницама скупштине у циљу пружања додатних информација акционарима у вези са извршеном ревизијом и израженим мишљењем?</p>	<p>15%</p>	<p>Иако је веома важно да екстерни ревизор буде присутан на седници скупштине када се уваја годишњи извештај и да пружи сва потребна објашњења акционарима, српске компаније, по правилу, не уговарају такву обавезу екстерног ревизора.</p>
<p>V 6. Да ли екстерни ревизор поред извештаја о ревизији израђује и посебан интерни документ намењен управи друштва (писмо управи) којим су обухваћене значајније слабости уочене у поступцима контроле, рачуноводственим и оперативним поступцима друштва, са сугестијама за њихово побољшање?</p>	<p>10%</p>	<p>Писмо управи је веома важан документ, међутим у пракси српских компанија се ретко среће. Ротација екстерног ревизора у реалном сектору је ретка.</p>

V 7. Да ли друштво јавно објављује назив екстерног ревизора као и износе накнада за додатне услуге које ревизор евентуално обавља за друштво?	10%	Корпоративни скандали су показали да је веома важно да екстерни ревизор не пружа услуге компанији које би довеле у питање његову објективност. Српске компаније по правилу не ангажују ревизоре за консултантске услуге.
V 8. Да ли друштво има развијене механизме у стварању сарадње између независних чланова управног одбора и надзорних органа друштва (на пример, комисије за ревизију, интерног ревизора и др.) са екстерним ревизором?	10%	Реч је о важној сарадњи али се она у српским компанијама ретко практикује.

Резултати пилот пројекта сугеришу да је стање функције надзора и контроле у просеку далеко боље у финансијском сектору где је ова област предмет детаљне регулативе и строгог надзора Народне банке Србије. У исто време, компаније у реалном сектору, највећи проблем имају са непостојањем или неадекватно дефинисаном функцијом интерне ревизије, изостанком писма управи и привилегованим информацијама. У том смислу, кратак извод најбољих пракси које би биле стандард за боље резултате у овој области обухватио би:

Интерни орган надзора. Добра пракса корпоративног управљања послове интерног надзора препознаје као део свеукупног система интерне контроле. У том смислу надлежности органа интерног надзора не покривају само финансијску функцију, већ и пословање и системе друштва. Важна улога органа интерног надзора је да оцењује и прати праксу друштва у погледу управљања ризиком, извештавања и ефикасности система интерне контроле на оперативном нивоу, као и да даје сугестије за њено побољшање. У циљу ефикасног вршења послова надзора и контроле за друштво би било корисно да дефинише и развије показатеље ризика чија би сврха била да лицима надлежним за послове надзора у друштву укажу на потребу преиспитивања појединих активности друштва (на пример: закључивање сложених пословних аранжмана без велике практичне сврхе; високи приходи остварени из трансакција закључених непосредно пред обрачунски период, недоследност и/или неслагање између извештаја руководства и финансијских извештаја, недовољно аргументована јавна саопштења којима се пројектује будући раст вредности друштва и др.).

Привилеђоване информације и манипулације на тржишћу хартија од вредности. Незаконита употреба привилеђованих информација, и радње које утичу на вештачко формирање цене хартија од вредности друштва могу да нанесу велику штету интересима акционара и да негативно утичу на финансијско стање и углед друштва, као и тржиште хартија од вредности уопште. У вези са датим питањима друштво би требало да усвоји и енергично спроводи и јасну политику и правила поступања запослених, руководиоца, чланова органа управљања и надзора, као и других лица која за друштво обављају послове од посебног интереса (на пример: екстерни ревизор, портфолио менаџер, финансијски аналитичари, правни саветници и др.). Послови интерног органа надзора требало би да обухвате и праћење и контролу поступања датих лица у складу са законом и усвојеним правилима и процедурама.

Екстерни ревизор. Добра пракса корпоративног управљања и реализација послова екстерне ревизије треба да обухвати и обавезе ревизора да:

- друштво, без одлагања, а преко надзорног органа, обавести о постојању разлога за изузеће или пристрасност који настану у току обављања ревизије, а који се не могу одмах отклонити,
- присуствује седницама скупштине акционара у циљу пружања додатних информација акционарима у вези са извршеном ревизијом и израженим мишљењем,
- уколико током ревизије открије потенцијалне грешке, злоупотребе положаја или кршења закона и интерних правила друштва о томе одмах обавести одговарајући надлежни орган друштва,
- поред извештаја о ревизији, израђује и посебан интерни документ намењен управном одбору друштва („писмо управном одбору“) којим су обухваћене значајније слабости уочене у поступцима контроле, рачуноводственим и оперативним поступцима друштва, са сугестијама за њихово побољшање.

Препорука је друштвима да ова питања регулиши и уговором којим уређују међусобне односе са ревизором.

VIII Транспарентност и јавност пословања (релативна тежина поглавља – 20%)

Квалитет транспарентности и јавности пословања компаније суштински одражава однос компаније према инвеститорима. Поверења инвеститора развија се управо кроз обезбеђење свеобухватне и истини-

те информисаности јавности о свим релевантним питањима од значаја за доношење инвестиционе одлуке. У том смислу ово поглавље блиско је везано и за претходни сегмент *Scorecard*-а које препознаје значај контролних механизма у поступку утврђивања веродостојних и свеобухватних информација које се дистрибуирају јавности.

Табела 6.

Scorecard – поглавље о транспарентности и јавности пословања

Питање	Тежина	Разлог за укључење питања
VI 1. Да ли друштво има јасно дефинисану и јавно доступну политику извештавања која дефинише принципе, правила и процедуре извештавања акционара, надлежних органа, јавности и свих интересних група?	15%	Усвојена и јавно доступна политика извештавања представља иницијалну информацију о односу компаније према инвеститорима и одражава њену спремност да обезбеди доследно извештавање јавности о свим информацијама од значаја за инвестиционо одлучивање.
VI 2. Да ли друштво објављује финансијске и пословне извештаје, те извештаје екстерног ревизора у складу са законом и правилима берзе?	5%	Минимални прописани услови финансијског извештавања.
VI 3. Да ли годишњи извештаји о пословању друштва садржи и „извештај руководства друштва“ којим се од стране менаџмента друштва даје квалитативно мишљење и анализа значајнијих питања која су определила пословање друштва у извештајном периоду, са виђењем и анализом значајнијих ризика пословања друштва и будућим дугорочним и краткорочним перспективама друштва?	10%	Анализа пословања од стране руководства друштва значајна је јер пружа увид у перцепцију основних носилаца пословних активности у друштву о свеукупном пословању, оствареним резултатима, ризицима и перспективама компаније.
VI 4. Да ли друштво утврђује и одмах јавно објављује податке који могу значајно утицати на цену акција друштва?	15%	Минимални прописани услови извештавања о материјалним информацијама (битним догађајима).

<p>VI 5. Да ли друштво сачињава и објављује листу инсајдера (лица која су по свом положају, функцијама и односу према друштву у прилици да дођу до привилегованих информација) и податке о броју акција/проценту акција друштва у њиховом власништву, те сваку промену тих података на <i>web</i> страници друштва или берзе?</p>	<p>10%</p>	<p>Ове информације од значаја су за инвеститоре јер одржавају однос лица са посебним овлашћењима према друштву и његовим дугорочним вредностима. Истовремено оне представљају значајне индикаторе праћења потенцијалних злоупотреба привилегованих информација.</p>
<p>VI 6. Да ли друштво објављује биографске податке о члановима управног одбора, извршних органа друштва и лица која обављају послове надзора и контроле?</p>	<p>5%</p>	<p>Свеобухватне информације о члановима управног одбора и носиоцима извршних и надзорних функција у друштву, укључујући њихова професионална знања и искуства, те потенцијалне сукобе интереса са друштвом омогућавају акционарима да сагледају стручности и компетентности кључних носилаца активности у друштву за дугорочно стабилно пословање и развој друштва.</p>
<p>VI 7. Да ли друштво објављује податке о трансакцијама с повезаним лицима и пословима с лицима и њима повезаним особама са посебним овлашћењима у друштву?</p>	<p>10%</p>	<p>Послови са повезаним лицима углавном имају легитимну сврху и могу бити повољни за друштво. Ипак они се могу лако злоупотребити и утицати на смањење вредности друштва и права акционара, те је стога важно да исти буду одобрени од стране надлежних органа, а акционари свеобухватно обавештени о битним елементима закључених (и одобрених) послова у извештајном периоду.</p>

VI 8. Да ли друштво извештава јавност о појединачно исплаћеним накнадама и другим финансијским и нефинансијским правима и користима које су остварили носиоци функција руковођења и надзора у друштву?	10%	Транспарентност информација о висини и начину утврђивања накнада које се исплаћују кључним носиоцима управљачких и пословних активности у друштву омогућава акционарима оцену оправданости накнада с обзиром на одговорност и учинак појединца. Такође, овим се омогућава и континуирана анализа евентуалне угрожености независности у одлучивању неизвршних чланова органа друштва.
VI 9. Да ли за објављивање свих релевантних информација друштво користи сопствену Интернет страницу?	10%	Интернет као средство комуникације омогућава најбржи, широко доступан начин дистрибуције информација уз истовремено обезбеђивање услова равноправне доступности информација свим интересним групама.
VI 10. Да ли се све релевантне информације објављују и на енглеском језику?	10%	Објављивање информација на енглеском језику значајно доприноси изградњи односа са страним инвеститорима.

Резултати пилот пројекта били су очекивани. Они су показали да се ниво транспарентности и јавности пословања компанија креће углавном у оквирима прописаних обавеза извештавања, те да постоји значајан простор за унапређење транспарентности и јавности како у квалитативном, тако и у квантитативном смислу. Ово додатно произлази и из околности да управо у овом сегменту корпоративног управљања компаније имају највећи „креативан“ простор да сопственим деловањима унапреде своју „изложеност“ јавности на начин препознатљив и прихватљив најширем кругу потенцијалних инвеститора. Стога су и препоруке у овој области конципиране на начин да поред искустава најбоље праксе укажу истовремено и на значај и могуће правце деловања у конкретним областима.

Политика извештавања. Друштвима се препоручује да усвоје политику извештавања коју би требало да одобри управни одбор и која би требало да буде обавезујућа за друштво. Нека од питања која

се препоручују да буду саставни део ове политике била би на пример: списак аката и информација које друштво објављује, правила за комуникацију са средствима јавног информисања, списак поверљивих информација и поступак за идентификовање и третман привилегованих информација и друго. Усвојена политика требало би да буде јавно доступна на Интернет страници друштва. Друштво би требало да дефинише и ефикасне контролне механизме којима се преко надлежних органа и лица у друштву обезбеђује њено ефикасно спровођење.

Извештај руководства друштва. Друштвима се препоручује да годишње извештавање о пословању друштва укључи и „извештај руководства друштва“ којим се од стране извршног одбора друштва даје квалитативно мишљење и анализа свих значајнијих питања која су определила пословање друштва и остварене резултата у периоду обухваћеном извештајем, те виђење будућег кретања пословања друштва са анализом свих релевантних ризика. Препоручује се да извештај садржи и анализу извештаја ревизора, а посебно евентуална неслагања извршних руководилаца са његовим мишљењем. У случају неслагања појединих чланова извршног одбора са ставовима изнетим у „извештају руководства друштва“, саставни део овог извештаја треба да буду и њихова издвојена мишљења о појединим питањима.

Трансакције са повезаним лицима. Добра пракса корпоративног управљања познаје обавезу друштва да у своје годишње извештаје укључе информације о правним пословима које је друштво закључило са повезаним лицима. Ове информације би требало да обухвате списак закључених правних послова са значајнијим условима и одредбама сваког од њих, те подацима о органу друштва који их је одобрио. Такође, друштва која желе да следе добру праксу корпоративног управљања би својим општим актима требало да прошире списак потенцијално повезаних лица са друштвом и изван законом утврђеног оквира. Овај круг би требало да обухвати и запослене који обављају послове руковођења појединим организационим јединицама друштва, као и остала лица која за друштво обављају послове од посебног интереса, односно лица са посебним овлашћењима.

Листе инсајдера. Друштва треба посебно да утврде круг лица која по природи својих функција и послова са посебним овлашћењима које обављају у друштву имају приступ могућим привилегованим информацијама, и обавезу их да без одлагања обавештавају друштво о свим личним трговањима хартијама од вредности које је друштво издало, а ако су у сазнању и трансакцијама са њима повезаних лица. Ове информације друштва треба да учине јавно доступним путем својих Интернет страница.

Информације о члановима органа управљања. Најбоља пракса корпоративног управљања указује на велики значај објављивања информација о носиоцима одлучивања и спровођења пословних активности друштва, чиме се поред осталог инвеститорима и акционарима омогућава да правилно сагледају и оцене њихово искуство и стручност. Према тој овај круг би поред чланова управног одбора и органа надзора требао да обухвати и друге кључне руководиоце друштва. Јавности би требало да буду доступне најмање њихове биографије укључујући информације о образовању, професионалном искуству, евентуалним (постојећим или потенцијалним) сукобима интереса са друштвом, који могу да утичу на њихову независност и непристрасност у процесу одлучивања. Такође, друштва треба да буду транспарентна не само у погледу висине и структуре исплаћених накнада овим лицима, већ и у погледу начина њиховог утврђивања.

Интернет страница друштва. Друштва би требало да за потребе брзе, равноправне и ефикасне дистрибуције информација користе своју Интернет страницу, и исту структурирају на начин који потенцијалним корисницима омогућава јасан преглед објављених информација, и једноставно проналажење и приступ конкретним подацима. Истовремено обезбеђивање ових информација и на енглеском језику представља додатну вредност у односу компаније према потенцијалним страним инвеститорима. На Интернет страници друштва, у међусобно одвојеним сегментима друштва би требало да објаве најмање:

- сва општа акта и проспекта друштва,
- годишње и периодичне извештаје о пословању и финансијске извештаје усвојене од стране надлежних органа, са мишљењем ревизора,
- свеобухватне податке о члановима управног и извршног одбора друштва, те члановима надзорних органа друштва,
- извештаје о битним догађајима, са посебно издвојеним сегментом информација о трговањима хартијама од вредности друштва од стране лица са посебним овлашћењима у друштву.

IX Закључак

Искуства израде и примене *Scorecard*-а показала су да је реч о документу велике употребне вредности који омогућава квалитетно вредновање праксе корпоративног управљања и истовремено представља и користан инструмент њеног унапређења. У погледу његове структуре и садржине може се констатовати да је он на оптималан начин препо-

знао ниво усаглашености постојећег привредног окружења са добром праксом корпоративног управљања, а критеријуме који излазе изван оквира законских минимума инкорпорирао у обиму који је прихватљив и лако достижан за компаније опредељене за унапређење овог сегмента. Додатну вредност представља и околност да су добре праксе корпоративног управљања на којима је базиран *Scorecard* великим делом већ инкорпориране у директиве ЕУ, те ће његова употреба додатно олакшати компанијама и усаглашавање са будућим изменама домаћег регулаторног окружења.

Пројекат израде и примене *Scorecard*-а даје одговор и на честу присутну дилему да ли је уопште могуће квантификовано вредновати праксу корпоративног управљања чији је квалитет углавном перципиран као немерљив. Наша искуства у том погледу говоре да јесте, и да ефекти примене *Scorecard*-а чине овај документ добрим алатом за разноврсне активности из области корпоративног управљања, које превазилазе оквире деловања самих компанија. Другим интересним групама (укључујући и регулаторне и надзорне органе) *Scorecard* може бити користан помоћни механизам у пословима као што су: анализа инвестиционих ризика, дефинисање и праћење испуњености критеријума транспарентности и јавности, успостављање минималних захтева и стандарда корпоративног управљања, процена кредитних способности и многим другим. При том, треба имати у виду и искуства пилот пројекта која су показала да квалитет примене *Scorecard*-а зависи и од едукованости самих корисника за оптимално коришћење овог инструмента. Коначно, ефикасна примена *Scorecard*-а подразумева и потребу његовог континуираног унапређења усаглашавањем његових елемената са развојем пракси корпоративног управљања у реалном окружењу и променама регулаторног оквира, те даљим постепеним увођењем нових и напреднијих глобално прихваћених стандарда и препорука.

Katarina ĐULIĆ, PhD
Associate Operations Officer, IFC

Lidija ŠEŠKAR
Legal Advisor, Belgrade Stock Exchange

CORPORATE GOVERNANCE SCORECARD IN SERBIA

Summary

The purpose of this article is to present the Corporate Governance Scorecard for listed companies, which was developed by Belgrade Stock Exchange, IFC and Securities Exchange Commission. The Scorecard follows international best practices. The most important aspect of the Scorecard is its contribution to implementation of principles and recommendations of good corporate governance beyond minimum requirements prescribed by the Serbian law. The Scorecard allows companies to assess their own CG practices, to compare their practices with practices of their peers and to use the Scorecard for improvement of the quality of their respective corporate governance systems. The Scorecard is also a useful tool for investors, analysts and the regulator. The presentation will also mention experiences of a pilot project in which 11 leading Serbian companies, from finance and real sectors, tested the Scorecard and provided a feedback on the design, quality and usefulness of the Scorecard.

Key words: *corporate governance, Scorecard, listed companies, shareholders, board of directors, transparency, Serbia.*

УДК 340.134:328.184(497.11)

мр **Ненаг ТЕШИЋ**
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

СРПСКИ ЗАКОНОДАВАЦ НА ПОТЕЗУ – ЈЕДАН „ЧИСТО ПРАВНИ“ ПРИСТУП ЛОБИРАЊУ

Резиме

Аутор у овом раду извештава јавности о актуелном „нормока-
лачком“ напору у Републици Србији у области оних друштвених одно-
са које обично називамо лобирање. Присуству лобистичкој активности
који аутор „крсти“ као „чисто правни“ (без политичких и других слич-
них утицаја) је овде представљен у форми „Скице за Закон о лобирању“.
Ова научна иницијатива узима у обзир нормативна решења других
земаља, пре свих: САД, Канаде и Немачке, али и наднационална пра-
вила промовисана на нивоу Европске уније. Како, ни у овом случају, „слепо
преисивање“ не може уродити дуорочним и поузданим резултатом,
Скица представља покушај да се просејавањем уредноправне праксе
понајбоља („златна“) правила извоје и уз неопходна прилагођавања
уведе у српско право.

Аутор предлаже да се активност овлашћених лобиста *de lege
ferenda* уреди на принципима јавности и забране недозвољеног утицаја.
Само на овај начин, лобирање у Србији може заживети као конструк-
тивно информисање доносиоца одлуке, у служби очувања демократије и
општите благодинања.

Кључне речи: Закон о лобирању, лобистичка активност, овлашћени
лобиста, доносилац одлуке, уговор о лобирању, Регистар
лобиста, извештај о лобирању, Комора овлашћених ло-
биста.

А. Увод

Друштво лобиста Србије¹ које је 2009. године основала група ентузијаста у циљу унапређења науке и вештине лобирања је исте године формирало Радну групу са задатком да по узору на правне системе у свету предложи за српско право нормативни оквир који би на примерен начин регулисао област лобирања. Као резултат активности ове групе настала је „Радна верзија предлога Закона о лобирању“ из јула 2009. године.²

Ова Радна група је, у нешто измењеном саставу, наставила своју активност и у 2010. години, с циљем унапређења првобитне верзије текста и усаглашавања ове иницијативе са упоредноправним тенденцијама. С тим у вези, сматрам нарочито корисним да се правничка јавност упозна са садржином „Скице за Закон о лобирању“ коју сам у оквиру Друштва лобиста Србије предложио као једно од могућих нормативних решења за регулисање активности лобирања у Републици Србији *de lege ferenda*.³

Б. Уместо образложења

Чини се да је у појашњењу потребе нормирања друштвених односа које обично називамо лобирањем од изузетне важности истаћи доминантне правно-политичке циљеве који би се у Републици Србији могли остварити усвајањем једног таквог закона.

• Заштита друштвеног интегритета

Национална стратегија за борбу против корупције коју је Влада Републике Србија усвојила 2005. године,⁴ у први план ставља потребу доношења одговарајућих антикорупцијских закона, али и развој друштвене свести о потреби сузбијања корупције. Ако је усвајање Закона о агенцији за борбу против корупције,⁵ једна страна медаље која пре свега регулише понашање јавних функционера и спречава сукобе интере-

1 Доступно на адреси: <http://drustvolobistasrbije.org> (13. мај 2010.).

2 Доступно на адреси: <http://www.drustvolobistasrbije.org/images/Zakon%20o%20lobiranju.pdf> (13. мај 2010.).

3 Овом приликом желим нарочито да захвалим: Љубици Милутиновић, др Балши Кашћелану, Мирославу Милетићу, Дејану Новаковићу, Горану Јефтићу, Тихомиру Хрњаку, Срђану Ђорђевићу који су корисним идејама и коментарима допринели коначном изгледу Скице.

4 Доступно на адреси: http://www.mpravde.gov.rs/images/ns_zaborbuprotivkorupcije_cir.pdf (13. мај 2010.).

5 Закон о агенцији за борбу против корупције (Сл. гласник РС, бр. 97/2008).

са, онда је законско нормирање активности лобирања друга страна ове борбе која чини доступним јавности поступање лица која приступају функционерима у намери да утичу на садржину закона и подзаконских аката.

• Приближавање Европској унији

Евалуација групе земаља за борбу против корупције Савета Европе (GRECO)⁶ и пролазна оцена ефикасности антикорупцијске стратегије у Републици Србији је један од битних услова за придруживање наше државе Европској унији.

Нарочито у том погледу треба узети у обзир да државе оснивачи: Немачка,⁷ Француска,⁸ Енглеска,⁹ у последње време показују живу активност на овом пољу, али и да су одговарајуће законе којим се уређује активност лобирања усвојиле државе које су не тако давно приступиле ЕУ: Литванија (2000), Пољска (2005), Мађарска (2006)¹⁰ и Словенија (2010).¹¹ Поред регулације активности лобирања на националном нивоу, у ЕУ је изражен нарочит интерес за нормирањем активности лобирања и на нивоу заједничких органа.¹²

6 Доступно на адреси: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp (13. мај 2010.).

7 О специфичним правилима лобирања у *Bundestag*-у вид.: R. Karsten, V. Schneider, „The Strange Case of Regulating Lobbying in Germany“, *Parliamentary Affairs*, бр. 51(4)/1998, стр. 559–567 и R. Chari, G. Murphy, J. Hogan, „Regulating Lobbyists: A Comparative Analysis of the United States, Canada, Germany and the European Union“, *Political Quarterly*, бр. 73:3, 2007, стр. 422–438.

8 French National Assembly: Motion for a Resolution on Lobbying (21. November 2006), доступно на адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/18/10/38944365.pdf> (13. мај 2010.).

9 House of Commons Public Administration Select Committee, „Lobbying: Access and influence in Whitehall“, First Report of Session 2008–09, Volume I, Ordered by the House of Commons to be printed 9. December 2008, доступно на адреси: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpublicadm/36/3602.htm> (13. мај 2010.).

10 Уопште о јачању активности лобирања у новим државама чланицама вид.: С. McGrath, „The development and regulation of lobbying in the new member states of the European Union“, *Journal of Public Affairs*, February/May (2008), стр. 15–32, доступно на адреси: www.euractiv.com/en/pa/...lobbying-new-eu.../article-176278 (13. мај 2010.).

11 Закон о интегритети и препрећанju корупције (ZIntPK), *Ur.l. RS*, št. 45/2010, 4.6.2010.

12 Вид.: European Parliament, *Development of the framework for the activities of interest representatives (lobbyists) in the European institutions* (INI/2007/2115) REG 045, 8th May 2008; European Commission, *Communication from the Commission: A framework for relations with interest representatives (Register and Code of Conduct)* (SEC (2008) 1926) 27th May 2008, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/transparency/docs/323_en.pdf; – Council of Europe, Parliamentary Assembly (2009): *Lobbying in a Democratic Society (European Code of Conduct on Lobbying)*, Report, Committee on Economic Affairs and

- **Привлачење директних страних инвестиција**

Инвеститори при избору привреде у коју улажу доносе коначну одлуку и на основу тога да ли у том правном систему постоје институти на које су навикли у својим правним системима. Законско регулисање лобирања има нарочито дугу традицију у: САД,¹³ Канади¹⁴ и Аустралији;¹⁵ јасно је стога да ће се „капитал“ који долази из ових земаља осећати далеко пријатније ако му на тржишту које жели да освоји, поред инфраструктурних претпоставки, стоји на располагању и стручна помоћ овлашћених лобиста.

- **Креирање правног и институционалног оквира за активност лобирања**

Пракса утицаја интересних група на садржину законских и подзаконских аката постоји у свим парламентарним демократијама. Усвајањем Закона о лобирању ова неформална активност се из „сиве зоне“ преводи у активност под „будним оком“ надлежних органа. Правилном да активност лобирања може преузимати само ималац лиценце, држава контролише стручност, али и достојност лица овлашћених да интересе привреде и грађана чине видљивим доносиоцима одлука.

- **Отвореност (енгл. *transparency*) утицаја на одлуке законодавне и извршне власти**

Скица за Закон о лобирању предлаже као начело забрану тајности у погледу активности лобирања. У складу са овим принципом нормирана је нпр. обавеза подношења годишњих извештаја о лобирању и доступност података из Регистра јавности путем Интернета.

- **Релативизација моћи политичких партија**

Еволуцију демократије у свету одликује јачање утицаја невладиног сектора и пословних асоцијација. Решење предложено у Скици омогућава да удружења и коморе добију значајнију улогу у политичком и привредном животу Републике Србије.

Development, Doc 11937 (June 5, 2009): 2; доступно на адреси: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc09/edoc11937.pdf>.

13 До регулисања одређених сегмената лобирања у САД долази већ 1938. године, када је донет „Foreign Agents Registration Act“ (FARA) који је и данас на снази. Први закон о лобирању „Lobbying Act“ (1946) је касније замењен са „Lobbying Disclosures Act“ (LDA) из 1995. године и „Honest Leadership and Open Government Act“ (HLOGA) из 2007. године.

14 Канадски закон о лобирању („Lobbying Act“), који је ступио на снагу 2. јула 2008. године, вид.: „Lobbyists Registration Regulations“ [SOR/2008-116], доступно на адреси: <http://laws.justice.gc.ca/PDF/Regulation/S/SOR-2008-116.pdf>.

15 „Lobbying Code of Conduct“ ступио на снагу 1. јула 2008. године, доступно на адреси: <http://lobbyists.pmc.gov.au/lobbyistsregister/index.cfm?event=contactWithLobbyistsCode>.

- **Развој лобистичке професије**

Стручна оспособљеност и обавеза сталног усавршавања коју Скица за Закон о лобирању захтева за овлашћене лобисте дугорочно омогућава нашој земљи стварање језгра врхунских стручњака из ове области, а самим тим и могућност њиховог ангажовања на заштити наших националних и пословних интереса у иностранству.

В. Скица за Закон о лобирању

I ОСНОВНЕ ОДРЕДБЕ

Предмет и циљ закона

Члан 1

Овим законом уређују се субјекти лобистичке делатности и активност лобирања, Регистар лобиста, оснивање, организација и надлежност Коморе овлашћених лобиста, лиценца за лобирање, као и надзор над делатношћу лобирања.

Циљ овог закона је да обезбеди заштиту друштвеног интегритета кроз контролу делатности лобирања, нарочито ради спречавања корупције и других недозвољених утицаја на доносиоце одлука у процесу усвајања закона и подзаконских аката.

II НАЧЕЛА ЛОБИРАЊА

Забрана тајности

Члан 2

Активност лобирања мора бити доступна јавности у складу са законом.

Забрана недозвољене лобистичке активности

Члан 3

Активност лобирања може предузимати само овлашћени лобиста.

Забрана непримереног утицаја

Члан 4

Забрањено је предузимање лобистичке активности противно циљу због кога је ово право законом признато.

Забрањено је било какво навођење доносиоца одлуке да поступи супротно Уставу и закону који су на снази у Републици Србији.

Начело савесности и сталног усавршавања**Члан 5**

Овлашћени лобиста је дужан да активност лобирања обавља савесно и да нарочиту пажњу посвети свом професионалном усавршавању.

III СУБЈЕКТИ**Лобисти****Члан 6**

Лобисти су правна лица регистрована у Републици Србији и то:

- 1) лобистичке канцеларије као привредна друштва чија је претежна делатност лобирање;
- 2) привредне и струковне коморе;
- 3) удружења.

Лобисти из тачке 2 и 3, ст. 1 овог члана делатност лобирања могу обављати искључиво у своје име и за свој рачун.

Овлашћени лобиста**Члан 7**

Овлашћени лобиста је физичко лице коме је у складу са законом издата лиценца за лобирање.

Лобиста мора ради предузимања лобистичких активности ангажовати на неодређено време најмање двоје овлашћених лобиста.

Странка**Члан 8**

Странка је правно лице (домаће или страно) чији интерес лобиста заступа и чини видљивим доносиоцу одлуке.

Доносилац одлуке**Члан 9**

Доносилац одлуке је лице које јавну функцију врши на основу избора, постављења и именовања у органе Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.

IV АКТИВНОСТ ЛОБИРАЊА**Појам лобистичке активности****Члан 10**

Лобистичка активност је правно допуштен утицај овлашћеног лобисте на садржину одређене одлуке законодавне или извршне власти.

Уговор о лобирању

Члан 11

Уговором о лобирању, обавезује се лобиста да ће заступати и учинити видљивим интерес друге уговорне стране – странке, неком трећем лицу – доносиоцу одлуке.

Члан 12

Уговор о лобирању мора бити закључен у писаној форми.

Члан 13

Уговор о лобирању обавезно садржи:

- 1) податке о уговорним странама (лобисти и странци);
- 2) податке о овлашћеном лобисти који ће предузимати активност лобирања;
- 3) опис активности лобирања;
- 4) накнаду за лобирање.

Активност лобирања се може уговорити тако да овлашћени лобиста преузима обавезу да у име и за рачун странке:

- 1) предочи интересе странке доносицу одлуке и аргументовано образложи предности доношења одлуке чија садржина одговара и интересима његове странке;
- 2) доставља доносиоцу одлуке: резултате истраживања и студије које говоре у прилог или против доношења одређене одлуке законодавне или извршне власти;
- 3) учествује у припремању нацрта закона и подзаконских аката, даје стручна мишљења и сугестије у погледу нацрта и предлога закона и подзаконских аката.

Активност која се не сматра лобирањем

Члан 14

Лобирањем се не сматра:

- 1) активност лица које по позиву од стране надлежних органа учествује у припреми и објашњењу нацрта и предлога закона и подзаконских аката, уз уговорену накнаду или без накнаде;
- 2) активност новинара и медија, која се односи на прибављање и објављивање информација о нацртима и предлозима закона и подзаконских аката;
- 3) активност лица које јавно износи своје политичко или стручно мишљење о нацртима и предлозима закона и подзаконских аката.

Ништавост**Члан 15**

Ништав је уговор којим се лице које према овом Закону не испуњава услове за обављање делатности лобирања обвезало да предузме било какву активност лобирања.

Ништав је уговор којим се комора или удружење обвезало да ће предузети активност лобирања у туђе име и за туђ рачун.

Ништава је одредба уговора о лобирању којом се накнада за извршене услуге везује за доношење одређене одлуке државног органа (резултат активности лобирања).

Дужности лобисте**Члан 16**

Лобиста је дужан да уговорену лобистичку активност предузме преко овлашћеног лобисте назначеног у уговору о лобирању.

Лобиста одговара за активности овлашћеног лобисте и свих других лица, која су по његовом налогу радила на послу који се обавезао извршити, као да га је сам извршио.

Лобиста је одговоран за штету коју нанесе странци за чији интерес лобира својим незаконитим поступањем према општим правилима о одговорности за штету.

Члан 17

Лобиста је дужан одбити захтев странке за предузимање лобистичке активности, ако је такав захтев противан принудним прописима, јавном поретку или моралу.

Лобиста је дужан обавестити лице које жели да са њим закључи уговор о лобирању, ако већ заступа супротне интересе друге странке.

Овлашћења странке**Члан 18**

Странка је овлашћена да врши контролу активности лобирања предузете у њеном интересу.

Странка је овлашћена да захтева прекид или обуставу активности лобирања, ако закључи да ова активност не одговара њеном интересу.

Дужности државних органа поводом активности лобирања**Члан 19**

Државни органи, организације и агенције чији је оснивач Република Србија су дужни да овлашћеном лобисти омогуће активност лобирања, ако овај поступа на начин и у складу са законом и Кодексом овлашћених лобиста.

Надлежно министарство ће одговарајућим подзаконским актом ближе уредити:

- 1) начин комуникације овлашћених лобиста са доносиоцима одлука (заказивање састанака, вођење записника и др.);
- 2) начин обавештавања овлашћених лобиста о иницијативама за доношење закона и подзаконских аката;
- 3) друга питања од значаја за остваривања права овлашћених лобиста.

V РЕГИСТАР ЛОБИСТА И ЛОБИСТИЧКИХ АКТИВНОСТИ

Оснивање и подаци који се евидентирају

Члан 20

Ради евиденције и праћења делатности лобирања, оснива се Регистар лобиста и лобистичких активности (у даљем тексту: Регистар).

У Регистар, који води надлежно министарство¹⁶ уписују се следећи подаци:

- а) о лобистима (пословно име, односно назив, седиште, ПИБ, матични број);
- б) о овлашћеним лобистима (лично име, пребивалиште, матични број, број лиценце за лобирање и време њеног трајања);
- в) пријаве о намери лобирања;
- г) о легитимацијама овлашћених лобиста;
- д) извештаји о лобирању.

Облик и начин вођења Регистра ближе прописује надлежни министар.

Упис у Регистар

Члан 21

Лобиста стиче право обављања делатности лобирања уписом у Регистар.

Уз захтев за упис у Регистар, лобиста подноси доказе о ангажовању двоје овлашћених лобиста и о испуњености других прописаних услова.

Решење по захтеву за упис у Регистар доноси надлежни министар.

16 У Скици смо избегли изричито навођење назива за „надлежно министарство“ остављајући тако ово правно-техничко питање отвореним. Ипак, чини се да би надлежност у погледу евиденције лобиста и надзора над овом услужном делатношћу требало поверити министарству надлежном за трговину и услуге. Међутим, законодавац неће погрешити ако ову надлежност преда у руке министарству правде или економије обзиром да делатност лобирања добрим делом улази и у њихов део.

Облик и садржај захтева за упис и прилога уз захтев, прописује надлежни министар.

Члан 22

Овлашћени лобиста стиче право на предузимање активности лобирања подношењем пријаве о намери лобирања у Регистар.

Пријава о намери лобирања садржи: податке о овлашћеном лобисти, податке о лобисти који је на неодређено време ангажовао овлашћеног лобисту, податке о странци чији интерес ће овлашћени лобиста заступати.

У прилогу пријаве о намери лобирања овлашћени лобиста подноси и захтев за издавање одговарајуће легитимације.

Легитимација

Члан 23

Надлежно министарство издаје овлашћеном лобисти исправу којом се он легитимише у остварењу законом признатих овлашћења (нпр. приступ просторијама државних, покрајинских и органа локалне самоуправе у складу са законом).

Легитимација се овлашћеном лобисти издаје на период од годину дана уз могућност продужења.

Решење о издавању, односно продужењу легитимације овлашћеног лобисте надлежни министар доноси у року од осам дана од подношења пријаве о намери лобирања.

Изглед и садржај легитимације прописује надлежни министар.

Промена података у Регистру

Члан 24

Лобиста и овлашћени лобиста су дужни да пријаве сваку промену података који се у погледу њих и странака чије интересе заступају уписују у Регистар и то у року од 15 дана од наступања промене.

Извештај о лобирању

Члан 25

Лобиста је дужан да надлежном министарству и Агенцији за борбу против корупције у писменој (или еквивалентној) форми достави годишњи извештај о лобирању за претходну календарску годину најкасније до 1. (првог) фебруара текуће године.

Извештај о лобирању обавезно садржи:

- 1) пословно име или назив, седиште, ПИБ и матични број лобисте;

- 2) лично име и број лиценце овлашћеног лобисте који је предузео активност лобирања;
- 3) податке о странци у чијем интересу је предузета активност лобирања;
- 4) списак одлука законодавне и извршне власти на чију садржину је усмеравана активност лобирања;
- 5) циљ активности лобирања;
- 6) накнаду за лобирање;
- 7) укупне трошкове и изворе финансирања предузете активности лобирања;
- 8) лично име и функцију доносиоца одлуке, његових саветника и службеника којима је предочен интерес странке у оквиру активности лобирања;
- 9) навођење поклона,¹⁷ донација и услуга учињених доносиоцу одлуке без одговарајуће накнаде као и другом лицу повезаном¹⁸ са доносиоцем одлуке.

Лобиста подноси извештај о лобирању посебно за сваку странку.

Овлашћени лобиста који је предузео наведену лобистичку активност својим потписом потврђује веродостојност поднетог извештаја.

Неподношење извештаја или лажно приказивање података у извештају о лобирању повлачи одговорност лобисте и овлашћеног лобисте у складу са законом.

Завршни извештај

Члан 26

Лобиста је дужан без одлагања обуставити све активности лобирања, уколико се појаве разлози услед који према Закону престаје

¹⁷ Државни службеник не сме да прими поклон у вези с вршењем својих послова, изузев протоколарног или пригодног поклона мање вредности, нити било какву услугу или другу корист за себе или друга лица. Вид: чл. 25, ст. 1 Закон о државним службеницима (*Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008 и 104/2009).

Функционер не сме да прими поклон у вези с вршењем јавне функције, изузев протоколарног или пригодног поклона, али ни тада ако је у новцу и хартијама од вредности. Вид: чл. 39, ст. 1 Закон о агенцији за борбу против корупције (*Сл. гласник РС*, бр. 97/2008).

¹⁸ „Повезано лице“ је супружник или ванбрачни партнер функционера, крвни сродник функционера у правој линији, односно у побочној линији закључно са другим степеном сродства, усвојитељ или усвојеник функционера, као и свако друго правно или физичко лице које се према другим основама и околностима може оправдано сматрати интересно повезаним са функционером. Вид: чл. 2, ст. 1, тачка 4 Закон о агенцији за борбу против корупције.

његово право да обавља делатност лобирања и о разлозима престанка делатности у писаној форми обавестити Регистар.

Лобиста који је прекинуо делатност лобирања мора најкасније у року од 15 дана од дана прекида делатности да поднесе извештај о лобирању за период од подношења последњег извештаја до престанка делатности лобирања.

Брисање из Регистра

Члан 27

Решењем надлежног министра, лобиста се брише из Регистра:

- 1) по службеној дужности:
 - а) ако се у поступку надзора утврди да лобиста не испуњава Законом прописане услове;
 - б) ако у законском року не поднесе извештај о лобирању;
- 2) на лични захтев.

Решењем надлежног министра, овлашћени лобиста се брише из Регистра:

- 1) по службеној дужности:
 - а) по истеку рока од годину дана од издавања легитимације из чл. 23 овог Закона, ако није поднет захтев за продужење легитимације;
 - б) по достављању обавештења од Коморе овлашћених лобиста да је овлашћеном лобисти престала лиценца или да му права из лиценце мирују на период дужи од шест месеци;
- 2) на лични захтев.

Брисањем овлашћеног лобисте из Регистра, у сваком случају, престаје да важи легитимација која му је издата на основу чл. 23 овог Закона.

Јавност Регистра

Члан 28

Регистар је јаван и свако може електронски приступити подацима из Регистра.

Надлежно министарство издаје заинтересованом лицу извод из Регистра.

Образац захтева и накнаду за издавање извода из Регистра прописује надлежни министар.

Поверавање вођења Регистра

Члан 29

Функцију вођења Регистра лобиста и извештаја о лобирању надлежно министарство може поверити Агенцији по закону надлежној за вођење Регистра функционера и Регистра имовине,¹⁹ или другој агенцији по закону надлежној за вођење јавних регистара.

VI КОМОРА ОВЛАШЋЕНИХ ЛОБИСТА

Оснивање Коморе

Члан 30

Ради заштите професионалних интереса овлашћених лобиста, едукације и спровођења стручних испита, давања и одузимања лиценци за овлашћене лобисте, као и ради остварења других допуштених циљева, овим Законом оснива се Комора овлашћених лобиста (у даљем тексту: Комора).

Комора је независна, професионална организација чијим оснивањем се уређује чланство у Комори, послови, организација Коморе, Суд части, поступак утврђивања одговорности као и друга питања од значаја за рад Коморе.

Члан 31

Комора је правно лице са седиштем у Београду.

Комора може образовати своје организационе јединице изван седишта.

Чланство у Комори

Члан 32

Чланство у Комори је обавезно за све овлашћене лобисте.

Комора може имати и почасне чланове и чланове донаторе који немају право одлучивања у органима Коморе.

Општи акти Коморе

Члан 33

Послови Коморе, органи, њихов састав и надлежност као и друга питања од значаја за функционисање Коморе ближе се уређују Статутом и општим актима Коморе.

Надлежно министарство даје сагласност на Статут коморе у року од 30 дана од дана његовог усвајања у органима Коморе.

19 Вид: Правилник о Регистру функционера и Регистру имовине (*Службени гласник РС*, бр. 110/2009) донет на основу чл. 15, 46 став 2 и 68 став 3 Закона о Агенцији за борбу против корупције.

Статут Коморе се по добијању сагласности од надлежног министарства објављује у „Службеном гласнику Републике Србије“.

Послови Коморе

Члан 34

Комора обавља следеће послове:

- 1) усваја Кодекса овлашћених лобиста и стара се о његовој примени;
- 2) усваја програм за полагање стручних испита, као и правила за континуирано професионално усавршавање овлашћених лобиста у складу овим законом и међународним стандардима за професионално оспособљавање у области лобирања;
- 3) врши обуку кандидата, организује стручне испите, издаје сертификате о положеном стручном испиту и води евиденцију издатих сертификата;
- 4) прописује услове за стицање, продужавање и одузимање лиценци за обављање активности лобирања у складу са овим Законом;
- 5) води евиденцију овлашћених лобиста и издатих лиценци за лобирање;
- 6) води евиденцију изречених мера у поступку утврђивања одговорности;
- 7) на захтев члана Коморе или другог правно заинтересованог лица издаје изводе о чињеницима о којима води евиденцију;
- 8) посредује у споровима између чланова Коморе;
- 9) иницира процес хармонизације лобистичке регулативе у Републици Србији са међународном регулативом у овој области;
- 10) сарађује са сродним међународним организацијама;
- 11) обавља послове поверене од стране међународних професионалних организација;
- 12) доставља надлежном министарству годишњи извештај о свом раду;
- 13) обавља и друге послове утврђене оснивачким актом Коморе.

Послове из става 1. тач. 1) до 7) овог члана Комора обавља на основу поверених овлашћења.

Органи Коморе

Члан 35

Органи Коморе су:

- 1) Скупштина;
- 2) Председник Коморе;
- 3) Управни одбор;
- 4) Надзорни одбор;
- 5) Суд части;
- 6) Повереник за примену Кодекса овлашћених лобиста.

Скупштина

Члан 36

Скупштина Коморе:

- 1) доноси Статут, Кодекс овлашћених лобиста и друге опште акте Коморе;
- 2) доноси програм за едукацију и професионално усавршавање лобиста;
- 3) прописује услове за стицање, продужавање и престанак лиценци за лобирање;
- 4) бира и разрешава све друге органе Коморе из реда овлашћених лобиста;
- 5) бира и разрешава председника и потпредседника Скупштине;
- 6) усваја извештаје о раду других органа Коморе;
- 7) доноси програм рада Коморе;
- 8) обавља друге послове у складу са Статутом Коморе.

Скупштина је највиши орган Коморе и чине је сви чланови Коморе.

Мандат председника и потпредседника Скупштине траје четири године, уз могућност поновног избора.

Управни одбор

Члан 37

Управни одбор:

- 1) спроводи одлуке Скупштине;
- 2) предлаже Статут и друге опште акте које доноси Скупштина;
- 3) предлаже програм за едукацију и професионално усавршавање лобиста;
- 4) образује комисију за спровођење стручних испита;
- 5) предлаже услове за стицање, продужавање и престанак лиценце за лобирање;
- 6) одлучује о износу чланарине, накнаде за полагање стручних испита и издавање лиценце за лобирање;

- 7) предлага поверника за примену Кодекса овлашћених лобиста;
- 8) обавља друге послове у складу са Статутом Коморе.

Мандат чланова Управног одбора траје четири године, уз могућност поновног избора.

Надзорни одбор

Члан 38

Надзорни одбор:

- 1) врши унутрашњи надзор законитости рада Коморе;
- 2) врши контролу пословања и располагања средствима Коморе;
- 3) обавља друге послове у складу са Статутом Коморе.

Мандат чланова и председника Надзорног одбора траје четири године, уз могућност поновног избора.

Председник Коморе

Члан 39

Председник Коморе:

- 1) представља и заступа Комору;
- 2) одговара за законитост рада и пословања Коморе;
- 3) припрема план и програм рада Коморе;
- 4) подноси управном одбору извештаје о остварењу резултата из плана и програма Коморе;
- 5) решењем издаје, обнавља, одузима и суспендује лиценцу за лобирање;
- 6) извршава одлуке скупштине, управног и надзорног одбора;
- 7) обавља друге послове у складу са Статутом Коморе.

Председник Коморе је уједно председник Управног одбора.

Мандат председника Коморе траје четири године уз могућност једног поновног избора.

Суд части

Члан 40

Суд части води поступак утврђивања одговорности овлашћених лобиста и изриче мере због несавесног предузимања лобистичке активности и повреде Кодекса овлашћених лобиста.

Суд части је независан у свом раду.

Комора ће Статутом и посебним правилником ближе уредити надлежност и састав Суда части као и поступак пред овим органом Коморе.

Повереник за заштиту угледа професије

Члан 41

Повереник за заштиту угледа професије (у даљем тексту: повереник):

- 1) стара се о заштити угледа лобистичке професије и савесном обављању активности лобирања;
- 2) предлаже измене и допуне Кодекса овлашћених лобиста;
- 3) подноси и заступа оптужни предлог у поступку утврђивања одговорности имаоца лиценце;
- 4) обавља друге послове у вези са применом и поштовањем Кодекса овлашћених лобиста.

Повереник је независан у своме раду.

Мандат повереника траје четири године уз могућност поновног избора.

Поступак утврђивања одговорности

Члан 42

Државни органи и органи Коморе су дужни да обавесте повереника о несавесном поступању овлашћеног лобисте и уоченој повреди Кодекса овлашћених лобиста уз навођење битних чињеница које то потврђују.

Ако су наводи из ст. 1 овог члана основани, повереник подноси суду части оптужни предлог за утврђење одговорности имаоца лиценце.

У случају утврђења одговорности имаоца лиценце, суд части може изрећи мере:

- 1) забрана активности лобирања (одузимање лиценце);
- 2) забрана активности лобирања у трајању до две године (суспензија лиценце);
- 3) забрана учешћа у раду органа и тела Коморе у трајању до шест месеци;
- 4) опомена;
- 5) јавна опомена.

Евиденција овлашћених лобиста и лиценци

Члан 43

Комора лобиста води именик овлашћених лобиста и лиценци који је јаван и електронски доступан.

Ималац лиценце чија лиценца престане брише се из именика Коморе, што се чини видљивим и у Регистру лобиста.

Средства за рад Коморе**Члан 44**

Комора стиче средства за рад од чланарине, накнада за едукацију, накнада за издавања сертификата и лиценци, накнада за упис у именик и давање података из евиденције коју води Комора, донација, дотација, поклона и других извора у складу са законом.

Средства за почетак рада Коморе могу се обезбедити из буџета Републике Србије.

VII ЛИЦЕНЦА ЗА ЛОБИРАЊЕ**Природа лиценце****Члан 45**

Лиценца за лобирање је исправа о професионалној оспособљености и достојности одређеног лица коме је дозвољено бављење активношћу лобирања.

Права из лиценце су везана за личност имаоца и не могу се преносити.

Лиценцу издаје и одузима Комора овлашћених лобиста.

Облик лиценце правилником ближе уређује председник Коморе.

Услови за издавање лиценце**Члан 46**

Лице коме се издаје лиценца за лобирање мора испуњавати следеће услове:

- 1) да је држављанин Републике Србије;
- 2) да има пословну способност;
- 3) да је стекао високо образовање на студијама другог степена (дипломске академске студије – мастер, специјалистичке академске студије, специјалистичке струковне студије), односно на основним студијама у трајању од најмање четири године;
- 4) да има положен стручни испит из области лобирања;
- 5) да није правноснажно осуђиван за кривично дело која га чине недостојним за бављење активношћу лобирања;
- 6) да му није изречена мера безбедности забране вршења позива и послова за који се лиценца издаје;
- 7) да у последњој години пре подношења захтева за издавање лиценце није прекршајно одговарао за неовлашћено предузимање лобистичке активности (надрилобирање);
- 8) да у последње две године пре подношења захтева за издавање лиценце није био ангажован на пословима који сходно 47. овог Закона подразумевају дужност заступања јавног интереса;

9) да је положио заклетву о поступању у складу са Кодексом овлашћених лобиста.

Садржину захтева за издавање лиценце ближе правилником уређује председник Коморе.

Заштита јавног интереса

Члан 47

Лице које је по закону дужно да заступа јавни интерес: функционер,²⁰ сходно закону којим је регулисана борба против корупције, шеф кабинета и саветник: председника Републике, члана Владе, градоначелника и гувернера Народне банке:

- 1) не може вршити права овлашћеног лобисте, нити имати управљачка права у лобистичкој канцеларији, комори или удружењу које обавља лобистичку делатност до истека рока од две године од престанка његове дужности да заступа јавни интерес.
- 2) мора да се периоду од две године по његовом избору, постављењу или именовању на функцију уздржи од било каквог утицаја на одлучивање у корист одређене странке ако је њене интересе претходно заступао као овлашћени лобиста.

Лица која су, сходно закону којим је регулисана борба против корупције повезана са: функционером, шефом кабинета и саветницима председника Републике, члана Владе, градоначелника и гувернера Народне банке не могу вршити права овлашћеног лобисте, нити имати управљачка права у лобистичкој канцеларији, комори или удружењу које обавља лобистичку делатност.

Државни службеник,²¹ односно лице запослено у државном органу²² не може вршити права овлашћеног лобисте, нити имати управљачка

20 „Функционер је свако изабрано, постављено или именовано лице у органе Републике Србије, аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе и органе јавних предузећа, установа и других организација чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе и друго лице које бира Народна скупштина.“ Вид.: чл. 2, ст. 1, тачка 2 Закон о агенцији за борбу против корупције (Сл. гласник РС, бр. 97/2008).

21 „Државни службеник је лице чије се радно место састоји од послова из делокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштва, Републичког јавног правобранилаштва, служби Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина (државни органи) или с њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова.“ Вид.: чл. 2, ст. 1 Закон о државним службеницима.

22 Вид.: чл. 1 Закон о радним односима у државним органима (Сл. гласник РС, бр. 48/91, 66/91, 44/98 – др. закон*, 49/99 – др. закон, 34/2001 – др. закон, 39/2002,

права у лобистичкој канцеларији, комори или удружењу које обавља лобистичку делатност.

Функционер (члан органа) политичке партије или синдикалне организације не може вршити права овлашћеног лобисте.

Трајање лиценце

Члан 48

Лиценца за лобирање траје четири године уз могућност продужења на захтев овлашћеног лобисте.

Престанак лиценце

Члан 49

Овлашћеном лобисти лиценца престаје:

- 1) по сили закона:
 - а) ако се утврди да је лиценца издата на основу неистинитих података;
 - б) ако престане неки од услова за издавање лиценце;
 - в) када истекне рок од четири година на који је лиценца издата, ако ималац лиценце није поднео захтев за продужење лиценце;
 - г) ако је имаоцу лиценце изречена мера одузимања лиценце у случају грубе повреде прописа о лобирању или Кодекса овлашћених лобиста;
- 2) на лични захтев.

Мировање права из лиценце

Члан 50

Права из лиценце за лобирање мирују:

- 1) по сили закона:
 - а) ако је овлашћеном лобисти забрањено предузимање активности лобирања, док траје разлог забране (сходно чл. 47 овог Закона);
 - б) ако је против овлашћеног лобисте покренут кривични поступак за кривично дело корупције, до правноснажног окончања кривичног поступка;

49/2005 – одлука УСРС, 79/2005 – др. закон, 81/2005 – испр. др. закона и 83/2005 – испр. др. закона). Даном ступања на снагу Закона о државним службеницима (1. јула 2006. године) престаје да се на радне односе у државним органима примењује Закон о радним односима у државним органима. Одредбе Закона о радним односима у државним органима настављају да се сходно примењују на радне односе запослених у органима аутономне покрајине и локалне самоуправе до доношења посебног закона.

в) ако је овлашћеном лобисти изречена мера суспензије лиценце услед повреде Кодекса овлашћених лобиста.

2) на лични захтев.

Мировање права из лиценце не утиче на продужење рока трајања лиценце из чл. 48 овог Закона.

Решење о лиценци

Члан 51

Решење о издавању и продужењу лиценце, њеном престанку и мировању права из лиценце доноси председник Коморе лобиста, о чему се без одлагања обавештава Регистар лобиста.

Решења из става 1 овог члана су коначна и против њих се може водити управни спор.

Дужности из лиценце

Члан 52

Овлашћени лобиста је дужан да лобистичку активност предузима савесно, чувајући углед професије у складу са Кодексом овлашћених лобиста.

Овлашћени лобиста је дужан да узме учешће у професионалном усавршавању које организује Комора овлашћених лобиста.

VIII НАДЗОР

Члан 53

Надзор над применом овог Закона и прописа донетих на основу овог Закона, као и надзор над радом и законитошћу аката донетих од организације којој су овим Законом поверена јавна овлашћења, врши надлежно министарство.

Надзор над применом члана 25–26 овог Закона (извештај о лобирању и завршни извештај) и чл. 47 овог Закона (заштита јавног интереса) врши независни државни орган – Агенција за борбу против корупције.

IX КАЗНЕНЕ ОДРЕДБЕ

Члан 54

Новчаном казном од 300.000 динара до 500.000 динара казниће се за прекршај:

- 1) лобиста који активност лобирања не обавља преко овлашћених лобиста ангажованих на неодређено време;
- 2) лобиста који није поднео извештај о лобирању, или је нетачно или лажно приказао податке у овом извештају у намери да

прикрије: доносиоца одлуке, његовог саветника или службеника коме је предочен интерес странке, странку чије интересе заступа, циљ лобистичке активности или накнаду за лобирање;

- 3) Комора или удружење које као лобиста делује у туђе име и за туђ рачун.

Новчаном казном од 200.000 динара до 300.000 динара казниће се за прекршај:

- 1) лице које фактички предузима лобистичке активности, иако му није издата лиценца за лобирање, као и лице које фактички предузима лобистичке активности, иако му је лиценца за лобирање престала или права из лиценце мирују („надрилобирање“);
- 2) лице који је фактички предузима лобистичке активности супротно законској одредби о заштити јавног интереса (члан 47. овог Закона);
- 3) овлашћени лобиста који је предузео лобистичку активност, а да није поднео пријаву о намери лобирања или је нетачно приказао податке у овој пријави;
- 4) овлашћени лобиста који је својим потписом потврдио веродостојност нетачно или лажно приказаних податка у извештају о лобирању у намери да прикрије: доносиоца одлуке, његовог саветника или службеника коме је предочен интерес странке, странку чије интересе заступа, циљ лобистичке активности или накнаду за лобирање.

Новчаном казном од 100.000 динара до 200.000 динара казниће се за прекршај лобиста или овлашћени лобиста који не пријави промену податка који се поводом њега као и странке чије интересе заступа евидентира у Регистру у року од 15 дана од наступања промене.

Х ПРЕЛАЗНЕ И ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ

Члан 55

Надлежно мистарство ће у року од 60 дана донети одговарајући подзаконски акт сходно чл. 19 овог Закона.

Регистар лобиста и Комора овлашћених лобиста ће почети са радом у року од шест месеци од ступања на снагу овог Закона.

Припреме за почетак рада Коморе овлашћених лобиста обавља стручна комисија коју формира надлежно министарство.

* * *

У држави са недовољно снажном културом дијалога и политичке комуникације активност лобирања неминовно очекује сучељавање са предрасудама. Законско уређење ове области у Републици Србији би свакако допринело бољем разумевању концепта лобирања као преовлађујућег начина за остварење легитимних интереса у савременом свету и прихватања једног новог мишљања које лобирање доживљава као вештину политичког убеђивања и легитимну демократску праксу.

Mag. Nenad TEŠIĆ

Junior Faculty Member at the University of Belgrade Faculty of Law

SERBIAN LAWMAKER ON THE MOVE – “PURE LEGAL” APPROACH TO LOBBYING

Summary

The author in this article informs the professional audience about actual efforts at suggesting norms activity related to lobbying. The accepted view that author describes as “pure legal” approach (i.e. without political or any other interference) is presented here in the form of the “Lobbying Act Draft”.

This scientific initiative takes into account the legislative solutions adopted in other countries, particularly in: USA, Canada and Germany, as well as the rules promulgated at the supranational/EU level. Naturally, like in any other case of law reform by legal transplantation, “mere copying” could not bring trustworthy and long-lasting results. Therefore, this Draft represents an attempt to integrate the best comparative practice and Serbian public law tradition.

Further, the author suggests that lobbying activity de lege ferenda should be regulated based on the fundamental principles of transparency and prohibition of undue influence. Only in this way, lobbying in Serbia could begin to live as a constructive activity of informing the public office holder, carried out protecting democracy and common welfare.

Key words: *Lobbying Act, lobbying activity, authorized lobbyists, decision makers, lobbying contract, Register of lobbyists, lobbying report, Chamber of authorized lobbyists.*

УДК 347.724

Јелена АДАМОВИЋ

студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

ИСТУПАЊЕ ИЗ ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Резиме

Институти испуњања члана из друштва с ограниченом одговорношћу регулисан је правилима нашеј модерној компанијској права. Као новину прописивао га је раније важећи Закон о предузећима из 1996. године, док је тренутно важећи Закон о привредним друштвима из 2004. године изменио до тада усвојена правила. Одредбама садржаним у Закону о привредним друштвима ојклоњене су мане које су се у пракси испољиле у примени до садашње регулативе. Међутим, збој комплексности овој институти, као и збој широкој спектра практичних ситуација у којима се заинтересоване стране на њега моју позвајти, може се јавити низ недоумица и дилема у његовој практичној примени. Тема овој рада јесте испитивање тих дилема, њихових повода и узрока, као и праваца у којима би било моуће тражити најооднија решења.

Кључне речи: друштва с ограниченом одговорношћу, испуњање, удео, Закон о привредним друштвима, практична примена.

I Уводна разматрања

Иступање је заправо једнострани прекид чланства у друштву с ограниченом одговорношћу од стране члана друштва.¹ Иако постоје правни системи која овакво право члана у овом типу друштва не предвиђају, иступање је, могло би се рећи, општеприхваћен институт у упоредном праву.²

Теоријско утемељење овог института се може наћи у чињеници да је саставни елемент уговора о оснивању друштва с ограниченом одговорношћу *affectio societatis* чланова, односно воља, намера да се оснује друштво у коме ће се радити на постизању заједничких циљева са осталим члановима друштва.³ Ова иницијална намера се током времена може променити, смањити или чак нестати због поремећаја у пословању друштва, и учинити да члан који је иницијално имао вољу да на заједничком послу сарађује са осталим члановима то више не жели. Разлози због којих *affectio societatis* члана може да нестане могу се тицати личности или понашања других чланова, околности које су у вези само са тим чланом или околности које нису у вези са ни са члановима ни са самим друштвом. Уколико је до поремећаја дошло због понашања лица која имају дужности према друштву, пре свега управе и контролних чланова, правно средство које члановима стоји на располагању могу бити индивидуалне и деривативне тужбе помоћу којих је вољу да се настави учествовање у заједничком послу могуће повратити.⁴ Понекад су међутим драстичније мере, као што је коначан прекид чланства у друштву, за члана једино решење.

Најефикаснији начин изласка из друштва за члана би била продаја удела. Чланови друштва с ограниченом одговорношћу имају, међутим, сужене могућности за продају свог удела због непостојања организованог тржишта за ову врсту „робе“, што њихову ситуацију чини тежом

1 С. Шогоров, „Основи за искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, *Српско право – некад и сад*, 2007, стр. 58.

2 Савезни Закон о предузећима из 1988. године није регулисао овај институт, видети: Радоје Прица, „Искључење и иступање из друштва са ограниченом одговорношћу из оправданих разлога“, *Правни живоић*, бр. 11/1995, стр. 43.

3 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 468/1998 од 22. септембра 1999. године; Решење Врховног суда Србије, Пзз. 33/03 од 15. јануара 2004. године; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 159; Мирко Васиљевић, „Право мањинских чланова (акционара) на покретање поступка ликвидације друштва капитала“, *Правни живоић*, бр. 11/2002, стр. 11; Р. Прица, *нав. чланак*, стр. 43.

4 Закон о привредним друштвима, чл. 31–39 (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 125/2004; даље у фуснотама: ЗОПД).

од оне у којој се налазе акционари акционарских друштава.⁵ При том су често ограничени и правом прече куповине самог друштва и осталих чланова друштва, док је оснивачким актом или уговором чланова могуће наметнути и друге препреке на путу изласка из друштва продајом удела.⁶ Ипак, у складу са принципом да нико без своје воље не може бити задржан у друштву када то не одговара његовим интересима, а посебно уколико му чланство у друштву доноси губитке и штету, многа права су признала различите механизме који таквом члану омогућавају заштиту чланских интереса.⁷ Право на иступање је један о њих.

II Иступање у складу са оснивачким актом

Правила о иступању било би најбоље прописати оснивачким актом или уговором чланова, као што је предвиђено Законом о привредним друштвима који даје слободу да се овим актима уреде основи, поступак и последице престанка својства члана.⁸ Приликом уређења овог института, слобода остављена члановима је широка, што је и логично с обзиром да би питања иступања требало прилагодити особеностима сваког друштва понаособ, зависно од његове величине, броја чланова, висине основног капитала, распореда удела између мањинских и већинских чланова, преовлађујућег присуства персоналних односно институционалних елемента итд. Једина императивна правила која морају бити поштована приликом уређења института иступања оснивачким актом јесу она која се тичу забране да се унапред искључи право члана на иступање из друштва и право друштва на искључење члана, као и права да се по овим основима истичу захтеви против друштва, односно члана.⁹

Треба нагласити да, уколико се чланови друштва одлуче да ову материју регулишу оснивачким актом, правила која сами одреде морају као минимум да садрже одређивање основа, поступка и последица

5 Због регулативе у Србији акцијама свих акционарских друштава може се трговати само на организованом тржишту, тако да су акционари заправо ограничени на овај начин, видети: Небојша Јовановић, *Берзанско љраво*, Београд, 2009, стр. 207.

6 Видети ЗОПД чл. 107, ст. 1, тач. 2 и чл. 106, ст. 2.

7 М. Васиљевић, *Компанијско љраво*, стр. 177. У теорији се истиче и принцип да код свих трајних уговорних односа мора да постоји и могућност изласка за уговорне стране, видети: Стеван Шогоров, „Основи за искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, стр. 57; Стеван Шогоров, „Искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право и љривреда*, бр. 5–8/2003, стр. 72; М. Васиљевић, *Компанијско љраво*, стр. 197.

8 Видети ЗОПД, чл. 177, ст. 1.

9 Видети ЗОПД, чл. 177, ст. 2.

престанка чланства. Изостанак правила по било ком од ових законом предвиђених елемената би могло да угрози примену аутономне регулативе до те мере да она у пракси не могу бити ефикасно спроведена. У таквом случају би у евентуалном спору морао решавати суд, што цео поступак компликује и успорава, док је свакако један од главних циљева аутономне регулативе његово олакшавање и убрзање.

Уколико чланови сами не одреде правила о иступању, примењује се општи режим прописан Законом о привредним друштвима.

III Законски режим иступања

У упоредном праву постоје разни режими за примену института иступања: од система иступања искључиво на аутономној основи тј. уз сагласност осталих чланова, или иступања уз обавезно учешће суда који о овоме одлучује својом одлуком, или комбинацијом ова два основа.¹⁰ У јурисдикцијама у којима је овај институт прихваћен, прописима су обично предвиђени услови, поступак и последице иступања који омогућавају члану друштва који не жели да више то да буде (а претпоставка је да удео не може ни да прода), да прекине своје чланство. Како је ово право изузетак од правила да у друштвима капитала члан не може да једнострано раскине однос са друштвом, оно се може користити само по испуњењу одређених претпоставки.

Наше модерно право које регулише привредна друштва полази од претпоставке да је иступање могуће, али само ако постоје „оправдани разлози“, што је решење које је махом прихваћено и у упоредном праву.¹¹ Овај институт је био предвиђен и у раније важећем Закону о предузећима, али на начин који је отежавао или чак онемогућавао његову примену у пракси.¹² Закон о привредним друштвима уноси измене у циљу олакшања примене законских правила, мада задржава кон-

10 Видети: Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 340; Р. Прица, *нав. чланак*, стр. 42.

11 Закон о трговачким друштвима Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07 и 146/08), чл. 400; Закон о привредним друштвима Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07 и 88/08), чл. 360; Закон о привредним друштвима Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 127/08 и 58/09), чл. 173; Закон о привредним друштвима Републике Македоније (Закон за трговачка друштва, *Сл. весник на Р. Македонија*, бр. 28/04, 84/05 и 87/08), чл. 207; Закон о привредним друштвима Словеније (*Zakon o gospodarskih družbah, Uradni list*, бр. 42/06, 60/06 и 10/08), чл. 501.

12 Закон о предузећима (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99 и 36/2002, даље у фуснотама: ЗОП).

цепцију да је иступање пре свега ствар сагласности чланова, а да је иступање по основу судске одлуке могуће уколико постоји спор између чланова о овом питању.

1. Раније решење Закона о предузећима

Према Закону о предузећима члан друштва је могао да иступи из оправданих разлога, уз сагласност осталих чланова. Уколико не би добио сагласност, имао је право да пред судом покрене поступак у циљу доказивања да постоје оправдани разлози за иступање.¹³ Ипак, из наведених правила није било јасно да ли члан прво мора да тражи сагласност пре него што се обрати суду (одговор правне теорија је да би морао).¹⁴

Додатно, било је нејасно да ли у ситуацији када се члан обрати најпре члановима за сагласност остали чланови сагласност могу дати само ако заиста постоје оправдани разлози, или је сама чињеница добијања сагласности довољан доказ да је иступање оправдано. Као логично решење истицан је став да је сагласност довољна, те да не би било потребно ни рационално захтевати да се утврђује постојање оправданих разлога, узимајући у обзир да, ако се чланови сагласе, не постоји интерес који је угрожен иступањем. У таквој ситуацији и члан који иступа и остали чланови па и само друштво имају могућност да заштите своје интересе.¹⁵

Закон о предузећима није ближе одређивао и дефинисао шта се може сматрати оправданим разлозима за иступање.

2. Решење Закона о привредним друштвима

Став према иступању као нередовном начину престанка чланства у друштву полазна је претпоставка и Закона о привредним друштвима. Ипак, новина коју је нови закон увео јесте навођење критеријума за процену да ли постоје разлози који се могу сматрати оправданим и довољним за иступање, што треба да допринесе доследнијој и предвидљивијој примени законских правила.

13 ЗОП, чл. 387; Секула Новаковић, „Права чланова друштва са ограниченом одговорношћу“, *Правни живоић*, бр. 11/2002 стр. 350.

14 Практичан проблем у примени правила о добијању сагласности постојао је због непостојања правила о томе ко би требало да буде адресат изјаве о иступању, као и ко је у друштву надлежан за давање сагласности, у ком поступку и којом већином, видети: Стеван Шогоров, „Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, стр. 114-116.

15 С. Шогоров, „Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, стр. 113-114.

За разлику од Закона о предузећима, Закон о привредним друштвима не помиње добијање сагласности осталих чланова као предуслов за иступање. Поставља се питање да ли је таква сагласност још увек потребна, посебно са становишта ефикасног спровођења поступка иступања.

а) Иступање уз сагласност осталих чланова друштва

Поступак иступања је у пракси окончан тек када иступајући члан буде избрисан из књиге удела друштва и регистрација његовог чланства буде избрисана из регистра привредних субјеката.¹⁶ Члан који иступа није овлашћен да спроведе ниједан од ових поступака брисања, већ је у ту сврху потребно поступање самог друштва и његових овлашћених представника.

Вођење књиге удела је у надлежности управе друштва, која одговара за тачност података који су у њој садржани.¹⁷ Регистрација података садржаних у књизи удела, и свих њихових промена па и иступање неког од чланова, врши се на основу регистрационе пријаве и одговарајућих докумената која су предвиђена прописима о регистрацији у регистар привредних субјеката. Закон о регистрацији привредних субјеката прописује да је за регистрацију престанка чланског односа у друштву с ограниченом одговорношћу потребно приложити и измене и допуне уговора о оснивању.¹⁸ Како су измене уговора о оснивању у надлежности скупштине друштва, а подношење регистрационе пријаве у надлежности управе, односно заступника друштва, јасно је да поступак иступања не може бити спроведен без активног учествовања осталих чланова и органа друштва. Надлежност органа друштва у поступку иступања зависи и од судбине удела члана који иступа, јер честа последица иступања неког од чланова јесте повлачење и поништење његовог удела уз одговарајуће смањење капитала друштва.

Да је сагласност осталих чланова на иступање још увек један од законских услова за иступање може се закључити и на основу одредбе члана 178, став 2 Закона о привредним друштвима, у којој се наводи да члан који жели да иступи суду подноси тужбу у циљу утврђења оправданости разлога за иступање тек уколико му се оспоравају оправдани разлози за иступање. Уколико оваквог оспоравања нема, не постоји по-

16 У складу са чл. 120, ст. 1 ЗОПД сматра се да је у односу на друштво члан лице уписано у књигу удела, док је у односу на трећа лица члан друштва лице које је као такво регистровано у надлежном регистру.

17 ЗОПД, чл. 119.

18 Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 55/04 и 61/05, даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 52, ст. 2.

треба за доношењем судске одлуке, те би у том случају члан могао да иступи само на основу сагласности осталих чланова који о овоме доносе одлуку. У овом случају је и постојање оправданих разлога ирелевантно, иако су они у закону наведени као услов за иступање. Другим речима, у пракси би сваки и било који разлог са којим су сагласни остали чланови о којима се иступајући члан договорио, били „други оправдани разлози“ који дају право на иступање, у складу са принципом да чланови могу да мењају иницијални оснивачки акт, уз поштовање правила о изменама и допунама садржаним у закону или самом оснивачком акту. Сагласност на иступање, о коме је одлучено у одговарајућем поступку и одговарајућом већином, може се по последицама изједначити са одредбом у оснивачком акту у коме се сваки разлог може прогласити довољним и оправданим (а у складу са овлашћењем датим члановима друштва да оснивачким актом уреде и основе за иступање).¹⁹

Одредбама Закона о привредним друштвима није регулисано ко је овлашћен на давање предметне сагласности. Наиме, обавеза давања сагласности одређена је негативно, као одсуство оспоравања оправданих разлога за иступање. Закон садржи пасивну формулацију, да члан покреће судски поступак „ако се његови разлози за иступање оспоравају“, из чега се не види ко може да буде субјект оспоравања: да ли је то управа друштва која је овлашћена на заступање, или су то чланови самостално и појединачно или кроз скупштину друштва. Чини се логично да је субјект оспоравања орган који је овлашћен да одлучује о давању сагласности на иступање, јер једино оспоравање тог органа може да буде ефикасно у пракси. Дакле, чланови друштва као такви немају могућност да оспоравају постојање оправданих разлога за иступање, обзиром да су за поступак иступања надлежни органи друштва који га у прописаном поступку могу законито спровести без обзира на став појединих чланова.²⁰

Међутим, одлука о давању сагласности на иступање члана из друштва није предвиђена као законски делокруг ниједног од органа друштва. Уколико питање надлежности није решено оснивачким актом, одлуку о овоме би требало да донесе скупштина друштва, обзиром да је скупштина орган овлашћен да донесе одговарајуће измене оснивачког акта које је потребно приложити регистру привредних субјеката у поступку брисања члана који је иступио. У складу са решењем Закона о привредним друштвима да је за измене оснивачког акта друштва потребна једногласност (ако тим актом није другачије одређено), за давање сагласности на иступање би практично била потребна пози-

19 ЗОПД, чл. 117; С. Шогоров, „Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, стр. 114.

20 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 159; М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 341.

тивна одлука свих чланова.²¹ У пракси би оваква ситуација довела до тога да неслагање било ког члана заправо значи да су разлози члана за иступање оспорени, те да је неопходно да о овом питању реши суд.

Дакле, одговор на питање који чланови имају овлашћење да утичу на одлуку о иступању крије се у већини потребној за измену оснивачког акта. Ако је потребна једногласност, било који члан који не гласа за одлуку у ствари оспорава оправданост разлога за иступање. Ако је за измену оснивачког акта потребна апсолутна или квалификована већина (што је у пракси чест случај, посебно за друштва са великим бројем чланова), онда мањински чланови не могу да се успротиве измени оснивачког акта, па ни да ефективно оспоре разлоге за иступање.²² Овакво тумачење иде у прилог ставу да, када члан који жели да иступи може да обезбеди довољну већину за измену уговора о оснивању, оправданост разлога није битна за могућност његовог иступања.

Несагласним члановима би у овој ситуацију стајала на располагању једино могућност да пред надлежним судом побијају предметну одлуку скупштине друштва, у складу са општим режимом о побијању скупштинских одлука.

б) Иступање уз одлуку суда

Уколико нема сагласности за иступање, тј. уколико иступајући члан не може да обезбеди већину за измену оснивачког акта, пресудни услов за иступање јесте постојање оправданих разлога. Уколико друштво не спроведе поступак иступања преко својих органа, члан који жели да иступи мора да се обрати надлежном привредном суду, који према задатим критеријумима утврђује да ли су његови разлози за иступање такве природе да оправдавају престанак његовог чланства.

Закон о привредним друштвима ближе одређује критеријуме на основу којих треба одредити разлоге који би се могли сматрати оправданим за иступање. Сви ови критеријуми су наведени *exempli causae*, и укључују следеће ситуације: (а) ако члану који иступа остали чланови или друштво својим радњама и поступцима проузрокују штету, (б) ако је члан спречен у остваривању својих права у друштву или (в) ако неки чланови друштва или друштво намећу несразмерне обавезе члану који иступа.²³

21 ЗОПД, чл. 173, ст. 1.

22 Међутим, треба водити рачуна да би овим изменама оснивачког акта требало да буде регулисана и судбина удела иступајућег члана, па је неопходна и већина потребна за доношење одлуке о том питању.

23 ЗОПД, чл. 178, ст. 1.

Поред наведених типичних ситуација, члан може иступити и из „других оправданих разлога“. Који ће то разлози бити ствар је процене околности сваког индивидуалног случаја. Међутим, уз ослонац на наведене типичне примере оправданих разлога, њихово присуство би требало да буде установљено у случајевима када су односи у друштву између члана који жели да иступи и осталих чланова толико нарушени да је њихово заједничко пословање постало нерационално или чак немогуће.²⁴ Присуство ових разлога је лако утврдити у ситуацијама када се остали чланови понашају непоштено и са намером да оштете неког од чланова, али је могуће утврдити њихово присуство и уколико се чланови или друштво понашају на начин који не подразумева њихову кривицу. Оправдан разлог могу бити околности које се тичу самог члана који жели да иступи, као што су болест, пресељење и сличне сметње које фактички онемогућавају члана да врши своја чланска права у друштву. Важан критеријум приликом ове процене требало би да буде степен угрожености економских интереса иступајућег члана, јер је због тих интереса он и приступио друштву.²⁵

Обзиром да је иступање једно од крајњих средстава који су на располагању члану који не жели да остане у друштву, за њим може досегнути само у случајевима када би „даље задржавање члана у друштву озбиљно штетило његовим интересима,“ а не постоји други начин изласка из друштва, пре свега продајом удела.²⁶ Дакле, члан не би могао да иступи у свакој ситуацији када то жели због својих личних преференција и планова (осим уколико не добије сагласност осталих чланова), јер би то било противно природи друштва с ограниченом одговорношћу.

Уколико суд утврди да не постоје оправдани разлози за иступање, а не постоји ни сагласност за иступање, члан друштва не би могао да се користи овим институтом. Једини пут ка изласку из друштва је у том случају проналажење купца за удео.

3. Последице иступања

а) Уопште о последицама иступања

Када чланство у друштву престане иступањем, престају и сва чланска, имовинска и неимовинска, права и обавезе члана који је иступио.²⁷ То је најважнија и нужна последица престанка чланства.

24 Р. Прица, *нав.чланак*, стр. 45.

25 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 26–27.

26 С. Шогоров, „Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, стр. 113.

27 Не престају, међутим, права и обавезе које члан има по основу индивидуалног односа са друштвом, односно она која не проистичу из његовог чланства, као што

Међутим, ова последица се даље рефлектује како на самог члана, тако и на друштво. Члан има право да му се надокнади вредност удела на коме је изгубио власничка права, у свим случајевима иступања, и то без обзира на разлог и на поступак који је спроведен, јер престанак чланства не би требало да има карактер казне (па не би требало да повлачи ни имовинске санкције).²⁸ Друштву које је остало без члана остаје његов удео о чијој се даљој судбини мора одлучити, јер престанком чланства једног члана његов удео не престаје да постоји аутоматски.²⁹ Стога, тај удео или мора бити повучен и поништен, или мора бити пренети на новог титулара.

б) Судбина удела

Како ће се располагати слободним уделом када престане чланство у друштву је свакако питање које може бити уређено интерним актима друштва.³⁰ Уколико то није случај, најпре треба разрешити ко је овлашћен да одлучује о судбини удела.³¹

У циљу пружања одговора на то питање, треба размотрити каква судбина удела може бити. У суштини, слободним уделом се може располагати на три начина: (а) удео могу да купе остали чланови друштва, пропорционално својим уделима или на неки други начин, или га може купити треће лице ван друштва; (б) удео може да откупи само друштво у складу са правилима и ограничењима о стицању сопствених удела, или (в) удео може бити повучен и поништен уз одговарајуће смањење основног капитала друштва.³² Уколико није другачије одређено оснивачким актима, одлучивање о свим овим питањима спада у надлежност

је на пример право на заступање по основу пуномоћства. Видети: Стеван Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, *Правни животић*, бр. 12/2007, стр. 76.

28 С. Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, 2007, стр. 76.

29 *Ibid.*, стр. 76, С. Шогоров „Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу“, 2002, стр. 116.

30 У складу са чл. 177, ст. 1 ЗОПД.

31 У Уједињеном Краљевству, када одлучује по тужби члана, суд има овлашћење да одлучује да ли ће да дозволи члану да иступи уз обавезу осталих чланова или друштва да купе његов удео, или ће одредити искључење тужиоца, па у том поступку одлучује и о судбини удела. Видети: Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*), чл. 996.

32 С. Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, 2007, стр. 78. Суштински, у случају иступања удео члана који се иступа се ставља друштву на располагање. Видети: Јакша Барбић, *Право друштва*, Загреб, 2005, стр. 1149.

скупштине, јер свакако има последице и на капитал друштва и на чланство у друштву.

У ком тренутку скупштина треба да донесе предметну одлуку зависи од тога на који је начин спроведен поступак иступања. У случају иступања уз сагласност друштва, пожељно је да скупштина реши о судбини удела истовремено са давањем сагласност члану да иступи, и да на одговарајући начин измени оснивачки акт, при чему треба водити рачуна о већини која је потребна за одлучивање о предметним питањима (нпр. може бити да је за одлуку о стицању сопствених удела потребна једногласност, док је за измену оснивачког акта у погледу чланства потребна апсолутна већина).

Ако је суд донео одлуку о иступању, остали чланови морају да се договоре кроз скупштину шта ће се догодити са његовим уделом, јер тај удео не може да остане без титулара. Предметна одлука мора да буде донета пре него што се региструје иступање члана у регистру привредних субјеката, како би све промене биле рефлектоване у изменама оснивачког акта, и поднета једна регистрациона пријава.³³

в) Накнада за удео и накнада шийеџе

Члан 180, став 3 Закона о привредним друштвима прописује да члан друштва с ограниченом одговорношћу коме престаје то својство има право на накнаду тржишне вредности свог удела у време престанка својства члана. При том, Закон о привредним друштвима у овом смислу не прави разлику између искључења и иступања, било из оправданих или неоправданих разлога. Међутим, уколико је у питању иступање из неоправданих разлога (или искључење из оправданих), вредност удела се пребија са накнадом за штету на коју друштво има право у случају неоправданог иступања.

1) Субјект одлучивања

У зависности од поступка престанка чланства иступањем зависи ко одлучује и по чијем захтеву о износу тржишне вредности удела и евентуалној штети по друштво.

У случају иступања, право на накнаду вредности удела има како члан који добије судску одлуку о постојању оправданих разлога за иступање, тако и члан коме разлози за иступање нису оспорени, без обзира да ли су они били оправдани или нису. Члан који је поднео туж-

33 Регистрациона пријава која се прилаже у циљу регистрације промене чланства мора да садржи податке о члану чије чланство престаје, и податке о структури капитала и процентима удела сваког члана пре и после промене чланства.

бу за иступање би могао да у тужбеном захтеву затражи и одређивање тржишне вредности свог удела који сам предложи.³⁴ Поступајући по оваквој тужби, висину накнаде одређује суд када утврди да су разлози оправдани и да иступање треба дозволити. Ако суд утврди да не постоје оправдани разлози за иступање, члан не би могао да иступи, па питање тржишне вредности удела постаје беспредметно.

С друге стране, када члан иступа уз сагласност, остали чланови истовремено треба да се договоре о тржишној вредности удела коју треба накнадити иступајућем члану. Недоумицу у овом сценарију може изазвати право друштва на накнаду штете уколико су разлози за иступање били неоправдани, у складу са чланом 178 став 4 Закона о привредним друштвима, у ситуацији када је члан ипак добио сагласност да иступи. Наиме, пошто није могуће иступање уз одлуку суда из неоправданих разлога, правило да друштво има право на накнаду штете у случају иступања из неоправданих разлога је применљиво једино у ситуацијама када је друштво вољно да члану да сагласност да иступи, али сматра да за то не постоје оправдани разлози. Тада би са иступајућим чланом остали чланови требали и о овоме да се споразумеју, при чему би евентуална штета утицала на висину накнаде коју ће члан добити за свој удео. Када не би постојала сагласност о висини накнаде штете на коју друштво има право јер разлози за иступање нису оправдани, о овоме би морао да одлучује суд по тужби друштва.

2) Одређивање тржишне вредности удела

Када о тржишној вредности удела одлучује било суд било друштво, потребно је одредити тренутак у коме треба радити процену вредности, као и сам метод процене.

Што се тиче тренутка процењивања, он је експлицитно одређен у члану 180, став 3 Закона о привредним друштвима као време престанка својства члана.

Много већи проблем може да буде одређивање тржишне вредности удела и примена одговарајућег метода процене који ће бити коришћен у ту сврху. Наиме, за разлику од акција, за уделе у друштвима с ограниченом одговорношћу не постоји тржиште на коме би била одређена њихова тржишна вредност.

И у ситуацији када члан иступа уз сагласност осталих чланова, као и када му чланство престаје по основу судске одлуке, члан и друшт-

34 Хрватским Законом о привредним друштвима, чл. 421, ст. 2, предвиђена је обавеза да се у тужби мора навести износ накнаде за удео и примерен рок за плаћање, па суд мора, уколико усвоји тужбени захтев, да одреди тржишну вредност пословног удела тужиоца.

во могу о овој вредности да постигну споразум. Уколико споразума нема, члан који је поднео тужбу за иступање, морао би да од суда тражи одређење вредности удела. Суд приликом одређивања тржишне вредности удела по правилу мора да се ослони на процену вештака одговарајуће струке. Закон о привредним друштвима има за циљ да прописивањем правила да вредност на коју члан има право јесте тржишна вредност пружи што боље смернице којима вештак треба да се води у припреми свог налаза. Наиме, ранији Закон о предузећима није помињао тржишну већ процењену вредност, што је израз који је још неодређенији од појма тржишна вредност.³⁵ У упоредном праву за одређење ове вредности користи се још и појам стварне вредности.³⁶

Сви начини одређивања вредности удела упућују на то да се до праве вредности не може доћи простим израчунавањем књиговодствене вредности удела на основу података из пословних књига друштва, или ослањањем на вредност улога коју је дотични члан унео у друштво. Ово становиште је потврђено и у нашој судској пракси.³⁷ Неопходно је стручном и детаљном анализом, уз поштовање свих правила струке, израчунати претежну вредност по којој би предметни удео могао бити продат на тржишту трећим лицима. У том циљу би, уколико је то у конкретном случају могуће, требало испитати колика је вредност самог друштва, његове имовине и дугова, каква је ситуација на тржишту и перспектива друштва, да ли постоје већ склопљени или планирани повољни уговори или планирани пословни пројекти и слично. Додатно, у обзир би могла бити узета и одредба из члана 445, став 3 Закона о привредним друштвима, која се односи на одређивање тржишне вредности удела у оквиру евентуалног права чланова на откуп њихових удела од стране друштва. Према овој одредби, тржишна вредност удела одређује се на основу процењене вредности капитала друштва применом одговарајућег метода процене.

Важно је напоменути да на висину тржишне вредност удела не би смела да утиче околност да ли је иступајући члан крив за престанак чланства, јер вредност накнаде мора бити утврђена објективно. Кривица члана је релевантна само у делу које се тиче права на накнаду штете на коју друштво има право за неоправдано иступање.³⁸

35 ЗОП, чл. 389, ст. 1.

36 С. Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, 2007, стр. 77.

37 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3121/2008 од 20. маја 2009. године.

38 С. Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, 2007, стр. 77.

3) Пребијање потраживања члана и друштва

Законско је правило да се потраживања која друштво има према члану који је иступио из неоправданих разлога, а која друштво има по основу дуговане накнаде штете и по основу неиспуњења неке друге обавезе пребијају са потраживањима која члан има према друштву по основу права на накнаду тржишне вредност удела.³⁹ Као резултат пребијања, друштво или члан ће овом другом дуговати разлику у вредности.

У примени овог правила јасно је да ће се потраживања која друштво има према члану састојати пре свега од накнаде штете коју је друштво претрпело због неоправданог престанка чланства. Какву то све штету друштво може да претрпи као последицу престанка чланства остаје отворено питање, у недостатку одговарајуће судске праксе. У том смислу теоријски је могуће да друштво постави захтев за накнаду штете која произлази из тога што улог није на време унет у друштво, па је због тога пословање друштва било смањеног обима, и следствено вредност целог друштва јесте мања у тренутку израчунавања вредности удела. Овај захтев би било могуће посматрати у контексту права на измаклу корист, у смислу члана 266, став 1 Закона о облигационим односима.⁴⁰ Такође, друштво би могло да претрпи и штету уколико је члан који није унео цео или део улога на основу правила оснивачког акта за време свог чланства остваривао сва или само нека права у друштву по основу свог уписаног, а не по основу уплаћеног/унетог улога. Додатно, требало би размотрити које су то друге обавезе које члан није испунио према друштву, те које стога представљају потраживања друштва према члану у тренутку када његово чланство престаје? Поред обавезе уноса улога, друге новчане обавезе члана које није испунио према друштву могле би да буду обавеза на споредне чинидбе уколико су имовинске природе, али и обавезе које не произлазе из чланског односа (као што су обавезе из уговора са друштвом у којима је члан дужник).

Ипак да ли би, уколико прихватимо ово становиште, члан имао право да пребија са друштвом само своје потраживање за вредност удела, или и друга потраживања која има према друштву а која не произлазе из чланства? Овде би у обзир дошла потраживања из уговора са друштвом у којима је члан поверилац, или потраживања из радног односа, уколико је члан истовремено био запослен у друштву а радни однос му је престао истовремено са чланством.

39 ЗОПД, чл 180, ст. 6.

40 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93).

Закон о привредним друштвима такође предвиђа ново правило да суд може суспендовати чланска права у друштву и одредити друге привремене мере у циљу обезбеђења исплате потраживања по основу иступања члана из друштва.⁴¹ Јасно је да се ова законска одредба примењује само уколико је покренут судски поступак за престанак чланства. Обзиром на то да није наглашено о којим се потраживањима ради, у обзир долазе како потраживања која друштво има према члану, тако и потраживања која члан има према друштву. О којим и чијим се пак чланским правима ради није разјашњено законом. Могуће би било да суд одреди привремену меру којом би осталим члановима друштва суспендовао право на исплату дивиденде и других примања, како би била обезбеђена исплата потраживања која члан има према друштву после престанка чланског односа. С друге стране, како чланско својство престаје у тренутку када одлука о иступању постане правноснажна, могуће је да суд суспендује имовинска чланска права члану коме тек треба да престане чланско својство, у току поступка по тужби за иступање.

и) Средства за исцлађивање вредности удела

Из којих средстава ће друштво члану коме је престало то својство да исплати тржишну вредност његовог удела, јесте питање директно повезано са питањем каква ће бити судбина удела који је остао без власника. Подсећања ради, удео може бити пренет у својину преосталих чланова друштва или трећих лица, или га друштво може држати као сопствени удео, или га може одмах повући и поништити. У првом случају, када се удео преноси на неког члана, старог ли новог, цена коју друштво добије као продавац може бити мања или већа од процењене тржишне вредности. Уколико је цена већа, друштво део који одговара износу тржишне вредности исплаћује бившем члану, а разлику задржава за себе. Спорна ситуација може настати уколико је друштво удео успело да прода за вредност мању од тржишне. Мањак до тржишне вредности би друштво могло да накнади из слободних средстава (резерви и нераспоређене добити) уколико их има. Уколико их нема, део накнаде би једино било могуће исплатити на терет основног капитала, у ком случају би морао да буде спроведен и поступак смањења капитала.⁴² Исто би важило и уколико друштво сопствени удео после одређеног времена одлучи да прода.

Уколико друштво сопствени удео не успе или неће да прода, већ одлучи да га поништи, као и у случају да одлучи да га повуче и по-

41 ЗОПД, чл. 180, ст. 8.

42 С. Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, 2007, стр. 78.

ништи одмах након престанка чланства неког од чланова, одговарајуће смањење основног капитала било би обавезно, осим уколико друштво не одлучи да изврши истовремено повећање капитала.⁴³

Закон о привредним друштвима прописује правило да се исплата не може вршити ако би се тиме повређивале одредбе закона о ограничењима плаћања члановима друштва.⁴⁴ Оно што може бити проблематично у вези са овим правилом је то да не постоји рок у коме је друштво дужно да исплати члана. До тренутка до кад би друштво било у могућности да изврши исплату, а да тиме не повређује правила о ограничењима плаћања, може проћи много времена. Како наш закон не садржи правило о томе, питање је да ли би члан имао право да му се за време које је чекао на исплату урачуна и одговарајућа камата.⁴⁵

g) Тренутак престанка чланства

Закон о предузећима је предвиђао правило да чланство у друштву с ограниченом одговорношћу престаје доношењем правоснажне судске одлуке о иступању, односно даном доношења одлуке о иступању ако спор није покренут.⁴⁶ Закон о привредним друштвима не прописује више овакво експлицитно правило. Међутим, конститутивно дејство иступања се није променило, па се још увек може везати за исте тренутке.⁴⁷

Декларативно дејство престанка чланства међутим настаје тренутком уписа одговарајућих промена у регистар привредних субјеката. Од тог тренутка чињеница престанка чланства има дејство према трећим савесним лицима.

IV Закључна разматрања

Питања постављена у овом раду су бројна. Док се нека могу разумети као више теоретски него практично занимљива, на нека је ипак приликом практичне примене правила Закона о привредним друштвима о иступању тешко дати коначне одговоре.

У циљу унапређења наших позитивно правних правила о иступању, може бити корисно размотрити следеће: (а) одређивање рокова

43 ЗОПД, чл. 113, ст. 3.

44 ЗОПД, чл. 180, ст. 7.

45 Такво правило садржи Закон о привредним друштвима Словеније, чл. 502, ст. 5.

46 ЗОП, чл. 389, ст. 2.

47 М. Васиљевић, *Коментар закона о привредним друштвима*, стр. 344; С. Шогоров, „Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, 2007, стр. 76.

у којима је друштво обавезно да члану исплати вредност удела који му дугује, као и евентуално предвиђање обавезе плаћања затезне камате за закаснела плаћања, (б) одређивање обавезног садржаја тужбеног захтева у судским поступцима за иступање, и евентуално прописивање преклузивних рокова за подношење тужбе и (в) увођење законских правила и претпоставки о судбини удела члана коме је чланство престало иступањем.

У примени законских решења, ма каква она била, пресудну улогу могу имати и судови надлежни за одлучивање по тужбама за иступање. Иако се чини претерано (и непримерено нашем правном систему) дати судовима преширока овлашћења, њихов допринос у овој области никако не сме бити занемарен. Неспорна је могућност њиховог позитивног утицаја на стварање што већег степена правне сигурности уколико законска правила тумаче и примењују доследно и аргументовано. Таква судска пракса свакако би допринела да дилеме и питања отворена у овом раду добију своја практична разјашњења и одговоре.

Jelena ADAMOVIĆ

PhD Student at the Faculty of Law University of Belgrade

WITHDRAWAL FROM MEMBERSHIP IN LIMITED LIABILITY COMPANY

Summary

The institute of withdraw from membership in limited liability company is regulated by the rules of our modern company law. As a new institute, it has been regulated by Law on enterprises from 1996, while in currently valid Law on business organizations from 2004 certain amendments were made. Provisions of the Law on business organizations remedied regulatory deficiencies that were causing problems in practical application of the respective rules. However, due to complexity of this institute, as well as due to wide spectrum of the practical situations in which the interested parties can rely on the respective legal provisions, a number of dilemmas can still arise in application of the law. The aim of the article is to analyze these dilemmas, their causes and reasons, as well as potential directions for searching the most appropriate solutions.

Key words: *limited liability company, withdrawal, share, Law on business organizations, practical application.*

Марко МАРЈАНОВИЋ
правни саветник у Агенцији за приватизацију

УСЛОВИ ЗА ПРОДАЈУ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА КАО ПРАВНОГ ЛИЦА ПРЕМА НОВИМ СТЕЧАЈНИМ ПРОПИСИМА

Резиме

Реформа стечајних процеса извршена доношењем новој Закона о стечају и пратећих подзаконских процеса, донела је и новине у погледу регулација института продаје стечајног дужника као правног лица. У уводном делу рада представљена су основна правила о начинима уновчења стечајне масе, и направљена је дисинкција између различитих предмета продаје у стечају. Поред тога, приказана су правила о продаји дужника као правног лица у стечају, садржана у раније важећим стечајним процесима, и да је крајак уредни предлог стечајних закона држава у региону у делу који се односи на тему овој рада. У наставку, аутор је детаљно анализирао услове који морају бити испуњени да би се могао применити овај облик продаје. На крају, аутор закључује да одређена решења прихваћена Законом о стечају и Правилником о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, иако инспирисана потребом за бољом и униформном заштитом поверилаца, могу произвести и нежељене последице у смислу ролонирања продајне процедуре и повећања трошкова стечајног процеса.

Кључне речи: стечајни дужник, банкротство, процес продаје, продаја дужника као правног лица.

I Уводна разматрања

1. Циљ и основна начела стечаја

Уновчење имовине која чини стечајну масу стечајног дужника је једна од најважнијих активности коју стечајни управник предузима у току стечајног поступка, јер од успешности овог поступка и обима реализованих новчаних средстава зависи степен намирења стечајних поверилаца. Примарни циљ стечајног поступка је најповољније намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.¹

У том смислу веома је важно да уновчење стечајне масе буде спроведено тако да се постигне највећа могућа продајна цена уз што ниже трошкове продаје (начело економичности),² и то, у што је могуће краћем временском периоду посматрано у односу на моменат од када се може приступити уновчењу стечајне масе, а који се везује за доношење решења о банкротству и уновчењу имовине.³ Брзо и ефикасно спровођење поступка уновчења стечајне масе је у складу са начелом хитности стечајног поступка, а има за циљ очување вредности стечајне масе која је, пре уновчења, изложена различитим ризицима (ризик уништења, крађе, пада цена на тржишту и сл.).

Осим тога, што се дуже имовина стечајног дужника задржава, то су виши трошкови одржавања имовине, који спадају у трошкове стечајног поступка и први се намирују.⁴

2. Методи продаје у стечају

Закон о стечају предвиђа три начина уновчења стечајне масе, и то – продају јавним надметањем, продају јавним прикупљањем писаних понуда и продају непосредном погодбом.⁵ Сваки од наведених начина продаје детаљно је регулисан Националним стандардом о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника.⁶ Доношење одлуке о

1 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009; даље у фуснотама: ЗС), чл. 2. За разлику од Закона о стечајном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 84/2004 и 85/2005, даље у фуснотама ЗСП), нови Закон о стечају, у основним одредбама, дефинише циљ стечаја и начела стечаја.

2 ЗС, чл. 5.

3 ЗС, чл. 131.

4 Мило Стевановић, *Приручник за стечајне управнике*, Београд, 2005, стр. 130.

5 ЗС, чл. 132 ст. 3.

6 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника (*Службени гласник РС*, бр. 13/2010).

начину продаје имовине стечајног дужника је у надлежности стечајног управника и одбора поверилаца.

Продају јавним надметањем организује и спроводи стечајни управник. Уколико продаја на првом јавном надметању не буде успешна, стечајни управник може, без претходне сагласности одбора поверилаца, да понови продају методом јавног надметања или методом јавног прикупљања понуда.⁷ Дакле, у овом случају стечајни управник самостално, без учешћа одбора поверилаца, спроводи продају и закључује купопродајни уговор са најбољим понуђачем.

Продају јавним прикупљањем понуда, такође спроводи стечајни управник, самостално, уз обавезу прибављања претходног мишљења одбора поверилаца.⁸ За разлику од продаје јавним надметањем, код продаје јавним прикупљањем понуда, може се догодити да најбоља достављена понуда буде нижа од 50% од процењене вредности имовине која је предмет продаје. У том случају, стечајни управник је дужан да најбољу понуду достави одбору поверилаца ради давања сагласности на прихватање такве понуде.⁹

Уколико се продаја врши методом јавног надметања или методом јавног прикупљања понуда, стечајни управник је дужан да оглас о продаји објави у најмање два високотиражна листа који се дистрибуирају на територији Републике Србије.¹⁰

У случају да стечајни управник одлучи да продају имовине стечајног дужника спроводи методом непосредне погодбе, потребна му је претходна сагласност одбора поверилаца.¹¹

3. Предмет продаје у стечају

У циљу постизања највеће продајне вредности, стечајни управник припрема стратегију продаје, односно, врши груписање имовине

7 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. V, ст. 1 и 21.

8 ЗС, чл. 40 ст. 1 тач. 1.

9 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. VI, ст. 1 и 11.

10 ЗС, чл. 132 ст. 6. Овом одредбом промењено је правило из претходног Закона о стечајном поступку, садржано у чл. 110 ст. 3, по којем се оглас о продаји обавезно објављивао у три високотиражна дневна листа. На овај начин значајно се смањују трошкови стечајног поступка.

11 ЗС, чл. 132 ст. 9; Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. VII, ст. 1.

стечајног дужника која ће бити понуђена на продају. Тако, стечајни управник може одлучити да се имовина продаје појединачно, да се формирају продајне целине које ће обухватати различиту имовину, да се на продају понуди целокупна имовина стечајног дужника као једна продајна целина, или да се продаје стечајни дужник као правно лице.

На овом месту потребно је нагласити да Закон о стечају, у више одредаба, јасно прави разлику између продаје целокупне имовине стечајног дужника и продаје стечајног дужника као правног лица. У одредби у којој је дато одређење појма банкротства, Закон прописује да се под банкротством подразумева намирање поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника, односно стечајног дужника као правног лица.¹² У норми у којој је прописан циљ стечаја, Закон прописује да је циљ стечаја најповољније колективно намирање стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.¹³ У делу Закона о стечају који регулише уновчење стечајне масе, прописано је да је стечајни управник дужан да изврши процену целисходности продаје стечајног дужника као правног лица, односно целокупне имовине стечајног дужника, у односу на продају имовине стечајног дужника у деловима.¹⁴

Из наведених одредаба може се закључити да се продаја стечајног дужника као правног лица не може изједначити са ситуацијом када се одједном продаје целокупна имовина стечајног дужника. Ово разликовање није било експлицитно изражено у претходном Закону о стечајном поступку, што је у пракси довело до одређених проблема, посебно у погледу пореског режима који се примењивао у случају продаје стечајног дужника као правног лица. Из тог разлога, законодавац је осетио потребу да посебно нагласи да се ради о различитим предметима продаје.

У теорији, пак, је и пре доношења Закона о стечају, било неспорно да између продаје стечајног дужника као правног лица и продаје целокупне имовине стечајног дужника, постоје значајне разлике.¹⁵ У ситуацији када се продаје целокупна имовина стечајног дужника, ради се о идентичном правном режиму који важи и у случају продаје појединачне имовине. Разлика је у томе што у првом случају, целокупна имовина стечајног дужника чини једну продајну целину, која се, у случају успешне продаје, преноси на једно лице – купца, док је у случају парцијалне продаје, имовина груписана у више продајних пакета, тако да се за сваки од њих спроводи процедура продаје и избора најбољег

12 ЗС, чл. 1 ст. 3.

13 ЗС, чл. 2.

14 ЗС, чл. 132 ст. 2.

15 Михаило Велимировић, „Уговор о продаји стечајног дужника“, *Правни живоић*, бр. 7–8/2004, стр. 144.

понуђача. Могуће је замислити ситуацију, да у случају парцијалне продаје, једно лице буде купац свих продајних целина, односно целокупне имовине стечајног дужника, када се заправо, постиже исти ефекат као и код продаје целокупне имовине стечајног дужника која чини једну продајну целину. Но, без обзира да ли се продаје целокупна имовина одједном или се имовина продаје појединачно, ради се о класичном уговору о купопродаји, који за предмет има непокретне и/или покретне ствари стечајног дужника. Дакле, предмет продаје је само објекат права, а не и субјекат права.¹⁶

Након уновчења целокупне имовине стечајног дужника, врши се деоба реализованих новчаних средстава и намирење поверилаца, а потом се поступак стечаја закључује, а стечајни дужник брише из регистра привредних субјеката, чиме престаје његово постојање као правног лица.

У случају продаје стечајног дужника као правног лица, предмет продаје је стечајни дужник као правно лице, који се идентификује његовим регистрационим подацима, са свим својим стварима и правима.¹⁷ У купопродајном уговору треба прецизно навести индивидуална обележја стечајног дужника који се продаје као правно лице и његову имовину (скуп имовинских права).¹⁸ Из наведеног проистиче да је предмет продаје субјекат права, који након продаје, наставља да постоји као правно лице, односно задржава постојећи правни субјективитет.

4. Продаја дужника као правног лица – историјат и упоредни преглед

Институт продаје стечајног дужника као правног лица познавао је и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1989. године. Према наведеном Закону, стечајно веће је, по претходно извршеној процени (вештачењу), и прибављеном мишљењу поверилаца и стечајног управника, могло донети одлуку да се стечајни дужник прода као правно лице, под условом да се на тај начин постигну повољнији услови за намирење поверилаца. Продаја се вршила методом јавног надметања или непосредном погодбом.¹⁹ Дакле, према Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, одлуку о продаји стечајног дужника као правног

16 М. Велимировић, *нав. чланак*, стр. 145

17 М. Велимировић, *нав. чланак*, стр. 146 и 147.

18 Дара Миленовић, „Продаја дужника у стечају“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1997, стр. 305.

19 Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (*Службени лист СФРЈ*, бр. 84/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/1993 и 28/1996; даље у фуснотама: ЗППСЛ), чл. 129 и 130.

лица, доносило је стечајно веће, а не стечајни управник и одбор поверилаца. Претходно мишљење поверилаца и управника које је стечајно веће морало прибавити није имало обавезујући карактер.

Закон о стечајном поступку из 2004. године задржао је могућност продаје стечајног дужника као правног лица. Овај Закон предвиђао је да предмет продаје, поред продаје имовине стечајног дужника, може бити и стечајни дужник као правно лице или његови делови који представљају функционалну целину.

Пре продаје, стечајни управник је морао да изврши процену вредности стечајног дужника као правног лица и да прибави сагласност одбора поверилаца.²⁰ По овом Закону, доношење одлуке о продаји стечајног дужника као правног лица је у надлежности одбора поверилаца, по предлогу стечајног управника. Правни режим који је важио у случају продаје стечајног дужника као правног лица, примењивао се и код продаје делова стечајног дужника који представљају функционалну целину (нпр. фабрика, погон, постројење и сл.), што је било лоше законско решење јер се ради о различитим предметима продаје. У случају продаје дела стечајног дужника који представља функционалну целину (нпр. продаја фабрике која обухвата земљиште, објекат и инсталирану опрему), заправо се ради о продаји имовине. У том смислу, наведено решење је неодрживо, посебно ако се имају у виду последице које настају након продаје стечајног дужника као правног лица, а које се не могу применити и на ситуацију када се продаје део стечајног дужника као функционална целина. Новим Законом о стечају, изједначавање наведене две ситуације је укинута, а као предмет продаје наводи се само стечајни дужник као правно лице.²¹

Стечајни прописи већине држава насталих на територији бивше СФРЈ, такође познају институт продаје стечајног дужника као правног лица, али користе различите термине за његово означавање. Тако Стечајни закон Републике Хрватске, предвиђа могућност „*отуђења њодузећа или њојона*“.²² Идентичну одредбу садржи и Закон о стечајном поступку Републике Српске,²³ као и Закон о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине.²⁴ Наведени закони не садрже детаљније одредбе о отуђењу предузећа у стечају, већ само прописују

20 ЗСП, чл. 112 и 113.

21 ЗС, чл. 135 ст. 1.

22 Стечајни закон Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 44/1996, 29/1999, 123/2003, 82/2006), чл. 159, 161 и 162.

23 Закон о стечајном поступку Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/2002, 77/2002, 38/03, 96/03 и 68/07), чл. 108 ст. 2 тач. 1.

24 Закон о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/2003), чл. 108 ст. 2 тач. 1.

могућност оваквог вида продаје. У сва три закона, отуђење предузећа у стечају, спомиње се у делу закона у којем је регулисано предузимање радњи од посебне важности, за које је потребна претходна сагласност одбора поверилаца.

Закон о стечају, принудном поравнању и ликвидацији у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине, садржи детаљније одредбе о продаји стечајног дужника као правног лица.²⁵ Према овом закону, одлуку о продаји дужника као правног лица доноси стечајни судија, уз претходно прибављену сагласност одбора поверилаца (ако је овај орган основан) и мишљење стечајног управника. Продаја се спроводи јавним надметањем, прикупљањем понуда или непосредном погодбом. Овај вид продаје може се одредити само уколико се на тај начин могу постићи повољнији услови за намирење поверилаца. Уговор о продаји дужника као правног лица закључује стечајни управник, као представник стечајног дужника. Када купац исплати целокупну купопродајну цену, стечајни судија доноси одлуку о предаји стечајног дужника купцу. Одлука о предаји се може донети и кад купац није исплатио целокупну цену, под условом да је пружио одговарајуће обезбеђење за плаћање цене (нпр. неопозива банкарска гаранција на први позив). Поред наведеног, закон регулише и последице које настају продајом дужника као правног лица (обустава стечаја против продатог правног лица и наставак према стечајној маси, третман потраживања насталих пре обуставе, третман излучних и различних права, судбину одлука о престанку радног односа).

Закон о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе, у делу који регулише продају имовине стечајног дужника, говори о продаји дела или укупне имовине из стечајне масе.²⁶ Из овакве формулације проистиче да црногорски стечајни прописи не предвиђају могућност продаје дужника као правног лица у стечајном поступку, али се увођење овог института очекује, с обзиром да је Влада Републике Црне Горе, на седници одржаној дана 9.9.2010. године, усвојила Предлог Закона о стечају, чије се усвајање очекује крајем 2010. године.²⁷ Наведеним предлогом, предвиђена је могућност продаје стечајног дужника као правног лица (чл. 144 и 145). Предлог Закона о стечају Републике Црне Горе, у погледу продаје дужника као правног лица, садржи решења која су у великој мери су слична правилима из Закона о стечају Републике Србије.

25 Закон о стечају, принудном поравнању и ликвидацији у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине (*Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ*, бр. 1/2002), чл. 84, 85 и 86.

26 Закон о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе (*Службени лист РЦГ*, бр. 6/2002, 1/2006, 2/2007, 62/2008), чл. 80 ст. 1.

27 Министарство економије Републике Црне Горе, Предлог Закона о стечају, доступно на адреси: <http://www.minekon.gov.me/biblioteka/predlozi-zakona>, 28.9.2010.

II Услови за продају стечајног дужника као правног лица

Да би се могло приступити продаји стечајног дужника као правног лица, потребно је да буду испуњени одређени услови. О њиховом испуњењу стара се стечајни управник уз учешће поверилачких стечајних органа, и ангажовање стручних лица (професионалних проценитеља).

1. Допуштеност продаје стечајног дужника као правног лица

Да би се овај начин продаје могао применити, пре свега, потребно је да Закон допушта такву могућност. Као што је напред наведено, у општем стечајном поступку, који је регулисан Законом о стечају, изричито је предвиђена могућност примене овог модела продаје.

С друге стране, у неким посебним стечајним поступцима, као што су поступци стечаја банака и друштава за осигурање, законом је изричито забрањена продаја дужника као правног лица.²⁸ Овакво решење прописано је због тога што се ради о специјализованим привредним друштвима, која обављају специфичну делатност, која подразумева рад са великим бројем клијената, и располагање са огромним износима средстава. Негативни токови у обављању делатности ових привредних субјеката могу имати утицаја на целокупну привреду једне земље. У том смислу, приликом оснивања, као и у току пословања ових друштава, потребно је предузети посебне мере контроле и надзора. Из наведених разлога, банке и друштва за осигурање се оснивају по систему дозволе. Дозволу за оснивање банака и друштава за осигурање издаје Народна банка Србије, након провере испуњености законских услова.²⁹ Стечају наведених субјеката претходи одузимање дозволе за рад од стране Народне банке Србије.³⁰ Имајући у виду да банка у стечају, односно друштво за осигурање у стечају, више не могу обављати своју делатност због тога што им је одузета дозвола за рад, то није могућа продаја банке у стечају као правног лица, нити друштва за осигурање као правног лица. Ово због тога што банка, односно друштво за осигурање, суштински,

28 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 61/2005 и 116/2008), чл. 12.

29 Закон о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005), чл. 18; Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004-испр., 61/2005, 61/2005-др. закон, 85/2005-др. закон, 101/2007, 63/2009-одлука УС и 107/2009), чл. 41.

30 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, чл. 2 ст. 1. Народна банка Србије доноси решење о одузимању дозволе за рад, а на основу њега и решење о испуњености услова за покретање стечајног поступка. Решење о испуњености услова за покретање стечајног поступка, Народна банка Србије доставља надлежном суду, који је дужан да најкасније првог наредног дана од дана пријема овог решења, донесе решење о покретању стечајног поступка.

више и не постоје, с обзиром на немогућност обављања делатности, која представља кључно обележје разликовања у односу на друга привредна друштва. Стога, чак и да је продаја ових правних лица дозвољена, купац правног лица, односно само правно лице које је предмет продаје, не би могло да обавља делатност банке, нити друштва за осигурање, већ би евентуално могло да настави рад као „обично“ привредно друштво. Међутим, како закон забрањује продају дужника као правног лица, то је и оваква могућност искључена.

2. Процена целисходности продаје стечајног дужника као правног лица

Стечајни управник је дужан да изврши процену целисходности продаје стечајног дужника као правног лица у односу на продају имовине стечајног дужника у деловима, и да о томе обавести одбор поверилаца.³¹ Суштина наведеног правила је у томе да се продаја стечајног дужника као правног лица може одредити само уколико се на тај начин постижу повољнији услови за намирење поверилаца у односу на уновчење имовине дужника. То је једини материјално-правни услов за продају дужника као правног лица, док су остали услови процедуралног карактера.³² Процена вредности стечајног дужника као правног лица, такође, мора да прикаже да је овај вид продаје повољнији у односу на продају имовине дужника.³³

Овај услов био је предвиђен и Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.³⁴ Закон о стечајном поступку није садржао овакву одредбу, али је раније важећим Националним стандардом о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, била предвиђена идентична одредба у погледу садржине процене вредности стечајног дужника као правног лица, из чега проистиче да је овај услов морао бити испуњен иако Законом није био изричито прописан.³⁵

Поставља се питање на основу којих критеријума треба вршити процену да ли ће намирење поверилаца у случају продаје стечајног

31 ЗС, чл. 132 ст. 2.

32 Слободан Спасић, „Продаја правног лица у стечају“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2003, стр. 939 и 940.

33 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. VIII, ст. 2.

34 ЗППСЛ, чл. 129 ст. 3.

35 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника (*Службени гласник РС*, бр. 43/2005), правило бр. 5.

дужника као правног лица, бити повољније у односу на намирење до кога би дошло уновчењем делова имовине стечајног дужника. Основни параметар који се мора узети у обзир јесте цена која се може постићи продајом дужника као правног лица, која се мора упоредити са ценом која би се могла постићи уновчењем делова имовине стечајног дужника. Поред тога, мора се водити рачуна и о ефикасности и економичности поступка продаје, јер није свеједно у ком року и са коликим трошковима ће продаја бити спроведена. По правилу, продаја имовине стечајног дужника по деловима остварује се у дужем временском периоду и уз више трошкове.³⁶ С једне стране, имовина се више пута оглашава и нуди на продају, све док се не уновчи целокупна стечајна маса или њен претежни део. С друге стране, непродата имовина ствара додатне трошкове који се односе на њено одржавање и чување (нпр. трошкови осигурања и обезбеђења имовине), а присутан је и ризик оштећења или уништења имовине. Код продаје стечајног дужника као правног лица, продаја се може обавити у релативно кратком временском периоду, с обзиром да је предмет продаје стечајни дужник као субјект права са целокупном имовином, при чему се спроводи само једна трансакција. У стручној литератури се истиче да је главна предност овог вида продаје управо ефикасност.³⁷ Након успешно реализоване продаје стечајног дужника као правног лица, посао стечајног управника фокусиран је на управљање новчаним средствима добијеним на име купопродаје цене, и на намирење поверилаца.

3. Процена стечајног дужника као правног лица

а) Процена извршена за потребе израде почетног стечајног биланса

Још у почетној фази стечајног поступка, приликом пописа имовине, за потребе израде почетног стечајног биланса и извештаја о економско-финансијском положају стечајног дужника, стечајни управник врши процену појединачних делова имовине, као и процену стечајног дужника као правног лица и то у случају када је делатност стечајног дужника таква да би продаја стечајног дужника као правног лица омогућила повољније намирење поверилаца.³⁸ Дакле,

36 Д. Миленовић, *нав. чланак*, стр. 306.

37 Daniel Fitzpatrick, *Защитыя интереса поверилаца у стечајном процесу*, Београд, 2008, стр. 130 и 131.

38 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о попису имовине, процени вредности и почетном стечајном билансу стечајног дужника, правило бр. III, ст. 5.

стечајни управник би већ у фази пописа имовине, требало да оцени да ли би продаја стечајног дужника као правног лица могла да омогући повољније намирење поверилаца у односу на продају појединачних делова имовине, и ако је одговор потврдан, да изврши процену стечајног дужника као правног лица применом приносног метода (метод дисконтовања новчаних токова). Национални стандард о попису имовине, процени вредности и почетном стечајном билансу стечајног дужника, као критеријум којим би стечајни управник требало да се том приликом руководи, наводи делатност стечајног дужника. По оцени аутора, делатност стечајног дужника нема значајнијег утицаја приликом доношења одлуке о томе да ли ће се имовина стечајног дужника продавати појединачно или ће се продавати стечајни дужник као правно лице. Уколико се стечајни поступак спроводи банкротством, обуставља се делатност стечајног дужника и започиње са уновчењем стечајне масе. У пракси, у великом броју случајева, привредна друштва над којим се отвара и спроводи поступак стечаја, су и пре отварања стечајног поступка обуставила своје пословање, технологија коју користе у обављању делатности је најчешће застарела, а производи неконкурентни. Осим тога, купац стечајног дужника као правног лица није, за разлику од приватизације, дужан да обезбеди континуитет делатности, већ исту може да промени након извршене продаје стечајног дужника као правног лица. У том смислу делатност стечајног дужника не може бити одлучујућа смерница приликом одлучивања о предмету и начину уновчења стечајне масе.

Процена вредности стечајног дужника као правног лица извршена у фази пописа имовине стечајног дужника је само прелиминарног карактера и није обавезујућа. Процена вредности стечајног дужника као правног лица сачињена за потребе продаје може се разликовати од процене вредности која је утврђена за потребе израде извештаја о економско-финансијском положају стечајног дужника.³⁹ Имајући у виду да је рок за спровођење пописа имовине стечајног дужника релативно кратак,⁴⁰ стечајни управник у овој фази поступка не располаже са довољно информација потребних за доношење коначне одлуке о начину уновчења стечајне масе. Штавише, у овој фази поступка није извесно ни то да ли ће се поступак одвијати у правцу банкрота стечајног дужника или његове реорганизације.

39 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. III, ст. 1.

40 ЗС, чл. 27 ст. 1 тач. 3.

б) Процена извршена за потребе продаје

Након доношења решења стечајног судије о банкротству и уновчењу стечајне масе, стечајни управник започиње са припремом продаје. Једна од важнијих припремних радњи јесте процена вредности стечајног дужника као правног лица.

Стечајни управник је дужан да изврши процену стечајног дужника као правног лица.⁴¹ Законом о стечају није прописана дужност стечајног управника да за потребе процене вредности стечајног дужника као правног лица ангажује стручно лице – проценитеља. Стечајни управник може ангажовати професионалне проценитеље, али му је за то потребна сагласност стечајног судије.

Међутим, у случају продаје стечајног дужника на чијој имовини постоје различна права, стечајни управник је дужан да ангажује стручно лице ради израде процене вредности стечајног дужника као правног лица и процене вредности имовине која је предмет различног права.⁴² Не само што је стечајни управник у овом случају дужан да ангажује професионалног проценитеља, већ је дужан и да спроведе прописану процедуру избора проценитеља, што је новина у односу на раније стечајне прописе. Наиме, у циљу избора проценитеља, стечајни управник је дужан да, у најмање једном високотиражном листу који се дистрибуира на територији Републике Србије, објави оглас којим позива стручна лица – овлашћене проценитеље, да доставе понуде за вршење процене. Након достављања понуда, стечајни управник сачињава листу свих пристиглих понуда, и исту доставља одбору поверилаца, који у року од 15 дана од дана пријема листе, доноси коначну одлуку о избору понуђача. При том, одбор поверилаца је дужан да избор проценитеља изврши искључиво међу проценитељима који су доставили понуде и који су уврштени у листу понуда, и не може позивати друге понуђаче да доставе понуде, нити може наложити стечајном управнику да понови поступак објављивања олгаса. Уколико одбор поверилаца у року од 15 дана од дана пријема листе понуђача, не донесе одлуку о избору проценитеља, избор проценитеља извршиће стечајни управник.

Може се констатовати да процедура избора проценитеља, у случају када на имовини стечајног дужника постоје различна права, није у складу са начелом хитности и начелом економичности стечајног поступка. Поступак избора проценитеља подразумева објаву олгаса са позивом

41 ЗС, чл. 135 ст. 2.

42 Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. VIII, ст. 3.

проценитељима да доставе понуде, достављање понуда у остављеном року, сачињавање листе достављених понуда од стране стечајног управника и доставу исте одбору поверилаца, одлучивање одбора поверилаца у року од 15 дана од дана пријема листе, достављање одлуке одбора поверилаца стечајном управнику, и најзад закључење уговора са изабраним проценитељем. Јасно је да све наведене радње није могуће предузети у кратком времену, посебно ако се има у виду да у поступку избора проценитеља учествују два органа стечајног поступка – стечајни управник и одбор поверилаца. Само за спровођење избора проценитеља у наведеном случају, биће неопходно барем 30 дана, што доводи до непотребног пролонгирања стечајног поступка. С друге стране, не треба занемарити ни трошкове објављивања огласа у најмање једном дневном високотиражном листу. Прописана процедура има за циљ спречавање злоупотреба од стране стечајног управника приликом ангажовања проценитеља. Ипак, обавеза објављивања огласа за позивом за достављање понуда, као и учешће одбора поверилаца у поступку избора проценитеља, не представљају довољну гаранцију да ће злоупотребе бити спречене. Напротив, постоји опасност да одбор поверилаца злоупотреби своја овлашћења приликом доношења коначне одлуке о избору проценитеља. Имајући у виду да негативне стране оваквог решења (пролонгирање поступка и стварање додатних трошкова) имају превагу над евентуалним позитивним ефектима, оцена аутора је да наведене одредбе треба мењати, у смислу поједностављења процедуре избора проценитеља.

У садржинском смислу, процена вредности мора да прикаже да је продаја стечајног дужника као правног лица, повољнији вид продаје у односу на продају имовине дужника. Другим речима, потребно је да из процене проистиче да је вредност дужника као правног лица већа од процене укупне вредности појединачних делова имовине. Како би овај захтев био задовољен, процена стечајног дужника као правног лица се мора састојати из два дела. У првом делу приказује се целокупна имовина стечајног дужника са проценом њене вредности ликвидационом методом, док се у другом делу врши процена дужника као правног лица методом дисконтовања новчаних токова. Уколико на одређеним деловима имовине стечајног дужника постоје разлучна права, као што је напред већ наведено, стечајни управник мора ангажовати професионалног проценитеља, који ће проценити вредност дужника као правног лица, затим, вредност имовине која је предмет разлучних права, и најзад утврдити процентуално учешће те имовине у укупној процењеној вредности дужника као правног лица. Ово је неопходно учинити како би се у фази намирења поверилаца, могао утврдити износ који се разлучним повериоцима приоритетно исплаћује, с обзиром да разлучни повериоци имају право на одвојено намирење само у сразмери у којој је оптерећена

имовина учествовала у укупној процењеној вредности дужника као правног лица.⁴³

4. Сагласност одбора поверилаца на продају дужника као правног лица

Да би стечајни управник могао да приступи продаји стечајног дужника као правног лица, неопходно је да одбор поверилаца претходно да сагласност на овај вид продаје.⁴⁴ Како би одбор поверилаца имао довољно информација за доношење одлуке, стечајни управник је дужан да одбору поверилаца достави процену целисходности продаје стечајног дужника као правног лица, као и процену вредности дужника. Као што је већ речено, одбор поверилаца има значајна овлашћења и у поступку избора процењивача, чиме се проширују контролна овлашћења овог органа.

5. Примена правила о заштити конкуренције

Закон о стечају уводи значајну новину у односу на претходни Закон о стечајном поступку, тако што изричито упућује на примену прописа о заштити конкуренције. Наиме, законом је прописано да продаја стечајног дужника као правног лица не може да се врши супротно одредбама Закона о заштити конкуренције, што подразумева спровођење одговарајућег поступка пред Комисијом за заштиту конкуренције.⁴⁵ Идентична одредба прописана је и у случају продаје целокупне имовине стечајног дужника или имовинске целине.⁴⁶ Комисија за заштиту конкуренције спроводи поступак са нарочитом хитношћу и у скраћеном поступку (без спровођења испитног поступка).⁴⁷ Наведене одредбе унете су у текст Закона о стечају на иницијативу Комисије за заштиту конкуренције.⁴⁸

Осим наведене начелне одредбе, Закон о стечају не садржи друге норме којима би се извршила конкретизација наведеног правила. У том

43 ЗС, чл. 136 ст. 6; С. Спасић, *нав. чланак*, стр. 941 и 942.

44 ЗС, чл. 135 ст. 1; Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом – Национални стандард о начину и поступку уновчења имовине стечајног дужника, правило бр. VIII, ст. 1.

45 ЗС, чл. 135 ст. 3.

46 ЗС, чл. 132 ст. 10.

47 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009), чл. 37.

48 Види: Мишљење Комисије за заштиту конкуренције бр. 1/0-06-230/09-3 из 2009. године.

смислу, поставља се питање шта тачно наведена одредба подразумева и који је њен домаћај. Да ли је стечајни управник дужан да се пре продаје стечајног дужника као правног лица обрати Комисији за заштиту конкуренције ради добијања мишљења или сагласности о допуштености продаје, или је пак, након извршене продаје, купац стечајног дужника као правног лица, дужан да се обрати Комисији, ради доношења одговарајуће одлуке? Ко сноси трошкове поступка пред Комисијом? Какве ефекте на извршену продају дужника као правног лица производи негативна одлука Комисије?

Мишљење аутора је да се поступак пред Комисијом спроводи након окончања процедуре одабира најбољег понуђача, а пре овере уговора о продаји стечајног дужника као правног лица. Циљ наведене одредбе Закона о стечају огледа се у томе да се спречи недозвољена концентрација на тржишту и повреда конкуренције,⁴⁹ а по логици ствари, ово питање се актуелизује тек у моменту када постане познато ко је купац стечајног дужника као правног лица. Купац правног лица би требало да Комисији поднесе пријаву концентрације.⁵⁰ Трошкове поступка пред Комисијом такође би требало да сноси купац, а ову купчеву обавезу требало би предвидети у огласу о продаји, у продајној документацији, као и у уговору о продаји.⁵¹ У случају негативне одлуке Комисије (решење о забрани концентрације), стечајни управник би требало да продају са конкретним купцем прогласи неуспешном. Дакле, позитивна одлука Комисије (решење о одобрењу концентрације) представља услов за пуноважно закључење уговора о продаји стечајног дужника као правног лица, односно има карактер сагласности трећег лица за закључење уговора.⁵²

Очигледно је да ће примена прописа о заштити конкуренције у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, за последицу имати, с једне стране, продужено трајање процедуре продаје, због потребе прибављања одлуке Комисије о одобрењу концентрације,⁵³ а с друге стране, високи трошкови у поступку пред Комисијом, које сноси купац стечајног дужника, могу деловати дестимулативно на потенцијалне инвеститоре.

49 Закон о заштити конкуренције, чл. 17 и 19.

50 Закон о заштити конкуренције, чл. 63.

51 Тарифник о висини накнада за послове из надлежности Комисије за заштиту конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 58/2006), чл. 2 ст. 1 тач. 8.

52 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 и 57/1989 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993), чл. 29.

53 Закон о заштити конкуренције, чл. 65. Комисија је дужна да донесе решење по пријави концентрације у року од месеца дана од дана подношења пријаве, а уколико решење не донесе у наведеном року, сматра се да је концентрација одобрена.

6. Заштита разлучних поверилаца

Уколико на имовини стечајног дужника постоје разлучна права, стечајни управник је дужан да у законом прописаном року пре продаје, разлучним повериоцима достави обавештење о намери, плану продаје, начину продаје и роковима продаје, као и обавештење о целисходности продаје дужника као правног лица.⁵⁴ Разлучни повериоци могу, у року од 10 дана од дана пријема обавештења о планираној продаји, да предложе повољнији начин уновчења имовине.⁵⁵ Уколико разлучни повериоци благовремено доставе стечајном управнику предлог повољнијег начина уновчења имовине стечајног дужника, а стечајни управник тај предлог не прихвати, дефинитивну одлуку о предлогу разлучних поверилаца доноси стечајни судија.⁵⁶

Приликом доношења одлуке, стечајни судија мора да размотри процену целисходности продаје дужника као правног лица, као и процену вредности стечајног дужника као правног лица.

Закон предвиђа да стечајни судија треба да оцени да ли је процена стечајног дужника као правног лица, односно процена имовине која је предмет разлучног права, извршена у складу са националним стандардима за управљање стечајном масом, и да ли се продајом дужника као правног лица постиже очигледно неповољније намирење разлучног повериоца у односу на одвојену продају оптерећене имовине. Овакво решење отвара неколико питања. Прво, како ће стечајни судија вршити анализу и својеврсну верификацију процене вредности дужника као правног лица, сачињене од стране професионалног проценитеља, када није квалификован да то чини. На овај начин, стечајни судија би за-

54 ЗС, чл. 133 ст. 1 и 2.

55 ЗС, чл. 133 ст. 6.

56 ЗС, чл. 135 ст. 1. Закон о стечају прописује да стечајни судија одлучује о предлогу разлучних поверилаца закључком у року од 5 дана, али не регулише од ког момента овај рок почиње да тече и каква последица наступа недоношењем закључка у прописаном року. Наведена одредба може се тумачити тако да су разлучни повериоци дужни да предлог повољнијег начина уновчења имовине стечајног дужника доставе стечајном суду у року од 10 дана од дана пријема обавештења стечајног управника о планираној продаји, који предлог стечајни судија прослеђује управнику ради изјашњења. По пријему изјашњења стечајног управника, којим се не прихвата предлог разлучних поверилаца, стечајни судија у року од 5 дана доноси закључак којим одлучује о предлогу. У случају да стечајни судија пропусти да одлучи о предлогу разлучних поверилаца у прописаном року, по мишљењу аутора, не би могло да се, по аналогији, примени правило из чл. 93 ст. 5 Закона о стечају, којим се уводи фикција по којој „ћутање“ стечајног судије има дејство усвајања захтева разлучних поверилаца, због тога што би таква последица морала изричито да буде прописана законом, посебно ако се има у виду да прописивање овакве фикције није карактеристично за судске поступке, већ за управни поступак.

право вршио ревизију извршене процене. Друго, правни стандард „очигледно неповољнијег намирења разлучног повериоца“, може бити различито тумачен. Да ли „очигледно неповољније намирење“ значи да мора постојати знатна разлика у висини намирења као последица примене различитих облика продаје, и да ли приликом тумачења овог правног стандарда треба имати у виду и временску димензију продаје. Најзад, веома је тешко замислити да ће стечајни судија, у овој фази поступка, уопште бити у могућности да прогнозира ефекте продаје дужника као правног лица, односно ефекте одвојене продаје имовине која је предмет разлучног права, у циљу њиховог упоређивања. Исход продаје зависи од више фактора (нпр. кретања на тржишту, тактика потенцијалних купаца и сл.), чије дејство није могуће унапред предвидети. С обзиром на наведено, проистиче да стечајни судија има дискреционо овлашћење да одлучи о предлогу разлучних поверилаца по слободној оцени, што може довести до опструкције поступка продаје дужника као правног лица, услед честих и неоснованих предлога разлучних поверилаца о повољнијем начину продаје, што није у интересу правне сигурности.

Уколико стечајни судија оцени да је предлог разлучних поверилаца основан и да га треба усвојити, може наложити стечајном управнику предузимање једне или више мера. Стечајни судија може наложити да се продаја одложи, да се изврши нова процена целисходности продаје дужника као правног лица, да се изврши нова процена вредности стечајног дужника као правног лица, односно имовине која је предмет разлучног права, да се имовина на којој постоји разлучно право издвоји из имовине стечајног дужника који се продаје као правно лице и потом прода одвојено. Поред наведених мера, стечајни судија може одредити и друге мере у циљу адекватне заштите интереса разлучног повериоца. Иако закон то изричито не предвиђа, у обзир би могле доћи и неке од мера које стечајни судија може одредити у случају укидања судског или законског мораторијума, јер им је циљ исти, а то је адекватна заштита имовине која је предмет обезбеђења.⁵⁷

Описане законске одредбе настале су услед потребе да се интереси разлучних поверилаца додатно заштите, посебно због тога што након продаје стечајног дужника као правног лица и исплате купопродајне цене, купац стиче предмет продаје без терета, а стечајни судија решењем налаже одговарајућем регистру брисање терета насталих пре извршене продаје.⁵⁸ Дакле, може се закључити, да продајом дужника као правног лица, престају разлучна права на имовини дужника. Слично решење садржао је и ранији Закон о стечајном поступку. С друге стране, Закон

57 ЗС, чл. 93 ст. 6.

58 ЗС, чл. 133 ст. 12.

о принудном поравнању, стечају и ликвидацији је прописивао да после продаје дужника као правног лица, различна права остају на снази, тачније, да престају у оној мери у којој ће бити остварена у настављеном стечајном поступку намирењем из стечајне масе, док у преосталом делу и даље терете имовину правног лица које је продато у стечају.⁵⁹

Може се констатовати да Закон о стечају, за разлику од претходног Закона о стечајном поступку, у случају продаје дужника као правног лица, с једне стране, у већој мери уважава интересе различних поверилаца, док с друге стране, стечајном судији даје значајна овлашћења у продајној процедури. Да ли ће наведене новине заиста допринети бољој заштити различних поверилаца, или пак, могу довести до пролонгирања продаје, зависи у првом реду од самих различних поверилаца, који дата процесна овлашћења не смеју злоупотребљавати. Поред тога, стечајне судије приликом одлучивања о предлозима различних поверилаца о повољнијем начину продаје, морају водити рачуна не само о интересима различних поверилаца, већ и о интересима стечајних поверилаца, о начелима стечајног поступка и циљу стечаја, како би донета одлука штитила интересе свих учесника поступка.

III Закључна разматрања

Анализом одредаба Закона о стечају и Правилника о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, у делу који се односи на продају стечајног дужника као правног лица, може се закључити да је законодавац, полазећи од проблема који су се јављали у пракси као последица непрецизне и непотпуне регулативе ранијег Закона о стечајном поступку, желео да овај специфичан вид стечајне продаје детаљније и прецизније уреди.

С једне стране, циљ законодавца је био да се потпуније заштите интереси поверилаца. У том смислу, у припремној фази продаје, појачана је улога стечајног судије и одбора поверилаца. Тако је одбору поверилаца, поред овлашћења за давање претходне сагласности на овај вид продаје, дато и овлашћење да доноси одлуку о избору проценитеља, у случају обавезне процене од стране овлашћеног проценитеља. Обавезно ангажовање професионалног проценитеља прописано је у случају продаје стечајног дужника на чијој имовини постоје различна права. Стечајном судији су дата значајна овлашћења у поступку по предлогу различних поверилаца за повољнији начин уновчења имовине, када стечајни судија врши својеврсну ревизију процене целисходности продаје дужника као правног лица, односно процене вредности стечајног

59 ЗППСЛ, чл. 130 ст. 5.

дужника као правног лица, и има могућност изрицања различитих мера. Може се констатовати да је проширивање овлашћења стечајног судије и одбора поверилаца у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, мотивисано првенствено заштитом интереса разлучних поверилаца, чија разлучна права на имовини дужника престају након извршене продаје стечајног дужника као правног лица, па је истима било неопходно пружити додатне механизме заштите.

С друге стране, законодавац је настојао да заштити и шире друштвене интересе, што проистиче из одредаба које упућују на примену прописа о заштити конкуренције. На овај начин законодавац је препознао потребу да се и у поступку продаје стечајног дужника као правног лица, морају предузимати мере у циљу заштите конкуренције. Ипак, по оцени аутора, регулатива је у овом сегменту морала бити детаљнија, с обзиром да су бројна процедурална питања која се односе на примену правила о заштити конкуренције, остала отворена.

Закључак је да нова стечајна правила, која регулишу услове за примену института продаје стечајног дужника као правног лица, имају теоријско утемељење, али ипак, остаје бојазан да ће у пракси, предвиђена решења имати и својих негативних страна.

Основано се може очекивати да ће трошкови продаје стечајног дужника као правног лица, бити значајно увећани, имајући у виду неопходност ангажовања професионалних проценитеља, у ситуацији када на имовини стечајног дужника постоје разлучна права, као и сам поступак избора проценитеља који је праћен одређеним формалностима, које изискују утрошак средстава. Не треба занемарити ни трошкове у поступку пред Комисијом за заштиту конкуренције, који ће теретити будуће купце, што је свакако фактор који на потенцијалне инвеститоре може имати дестимулативан утицај.

Поред тога, продајна процедура ће, код овог вида продаје, трајати дуже, с обзиром на обавезу спровођења поступка избора проценитеља, затим, поступка по предлозима разлучних поверилаца за повољнији начин уновчења имовине, и најзад, поступка пред Комисијом за заштиту конкуренције.

Какве ће ефекте новелирани стечајни прописи произвести у пракси показаће време. У крајњем, од самих учесника стечајног поступка, зависи да ли ће нова правила бити интерпретирана и примењивана на правилан начин, у духу основних начела стечајног поступка, или ће пак, што је до сада често био случај, бити основа за различите облике злоупотреба.

Marko MARJANOVIĆ
Legal Advisor, Privatization Agency

CONDITIONS FOR SALE OF BANKRUPTCY DEBTOR AS A LEGAL ENTITY UNDER NEW BANKRUPTCY REGULATIONS

Summary

The reform of bankruptcy regulations that has been applied with the implementation of the new Law on bankruptcy and its related by-laws, has brought innovations in regulating the sale process of the bankruptcy debtor as a legal entity. In the introductory part of this article, the general rules regarding the manner of realisation of bankruptcy estate were presented and distinction was clearly made concerning different objects of bankruptcy sale. Besides, the rules on bankruptcy debtor sale in former legal acts were presented as well as a short comparative overview of the bankruptcy laws of the neighbouring regional countries, in regard to this matter. Hereafter, the author analyzed in detail the condition that have to be set and fulfilled in order for this aspect of sale to be favoured. Finally, the author concludes that certain solutions that were offered in the Law on bankruptcy and in the Regulation establishing the national standards for administering the bankruptcy estate, even-though inspired by the need for the better and more complete protection of the creditors, could also produce some negative effects such as prolongation of the sale procedure and the increase of the expenses of the bankruptcy process.

Key words: *bankruptcy debtor, liquidation, sale procedure, bankruptcy estate, selling a debtor as a legal entity.*

ПРИЛОЗИ

др **Мирослав ПАУНОВИЋ**
адвокат у Београду

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

I Решавање међународних спорова

1. Нова *UNCITRAL*-ова арбитражна правила

Комисија УН за међународно трговинско право (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) објавила је јуна 2010. године нову верзију својих арбитражних правила (*UNCITRAL Arbitration Rules*).

UNCITRAL-ова арбитражна правила користе се за *ad hoc* арбитраже и у широкој су употреби. И многе арбитражне институције дозвољавају да се њихова правила замене *UNCITRAL*-овим правилима односно да се странке одреде за арбитражу под окриљем одређене институције, али и да, уместо правила те институције, уговоре примену *UNCITRAL*-ових правила. Алтернативну примену *UNCITRAL*-ових арбитражна правила предвиђају, поред Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (члан 46 Правилника), и Америчко удружење за арбитражу (*American Arbitration Association*), *The London Court of International Arbitration*, арбитраже при привредним коморама у Пољској и Бугарској, Спољнотрговинске арбитраже у свим бившим југословенским републикама, индијски *Council of Arbitration*, Арбитража Трговинске коморе Штокхолма, бечки Арбитражни центар. Друге институције предвиђају искључиву примену *UNCITRAL*-ова арбитражна правила као својих – на пример, Регионални арбитражни центри у Каиру и Куала Лумпуру, Центар у Хонг Конгу, Шпански арбитражни суд, Арбитражни центри у Мелбурну и Сиднеју. Постоји и трећа, малобројна

група арбитражних институција које су спремне само да преузму улогу тзв. органа именованга (*appointing authority*) по *UNCITRAL*-овим арбитражним правилима – Међународни арбитражни суд МТК, Удружење швајцарских трговинских комора, Удружење за трговинску арбитражу Јапана, те Немачки арбитражни институт.

Новом верзијом *UNCITRAL*-ових арбитражних правила ревидирају се постојећа правила, на снази од 1976. године. Измене се, између осталог, састоје и у следећем:

- измењена је листа докумената која морају да се доставе уз обавештење о арбитражи (*notice to arbitrate*), као и уз одговор на обавештење – члан 3(3)(a)-(g) и члан 4(2)(a)-(f);
- промењене су одредбе о вишестраначким споровима и о учешћу трећих лица у поступку – члан 17(5);
- унета су свеобухватнија правила о именовану и замени арбитра – чланови од 7 до 15;
- додате су нове одредбе о изузимању арбитра и осталих именованих учесника поступка (вештаци) од одговорности – члан 16;
- додата су детаљнија правила о одређивању привремених мера – члан 26;
- Правила су модернизована у погледу примене електронског комуницирања (члан 2) – тако је дозвољено да се документи између страна, укључујући и обавештење о арбитражи, достављају „свим средствима комуницирања која обезбеђују или дозвољавају да се њихов пренос забележи“.

2. Измена правила за спровођење доказног поступка у међународној арбитражи

Савет Међународног удружења правника (*International Bar Association – IBA Council*) усвојио је 29. маја 2010. године нова Правила за спровођење доказног поступка у међународној трговачкој арбитражи (*Rules on the Taking Evidence in International Commercial Arbitration*). Овим Правилима замењена су ранија правила истог назива из 1999. године, која су донета уместо до тада примењиваних правила од 1983. године (*Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*).

IBA правила су објављена са циљем да послуже као помоћ у спровођењу арбитражног поступка у фази извођења доказа и то на ефикасан и економичан начин. Правила садрже упутства и механизам

за доказивање путем испрва, извођење доказа као што су сведочење, доказивање путем вештака и увиђај, те саслушање самих странака. Комитет за арбитражу и алтернативне методе решавања спорова Међународног удружења правника (*Committee on Arbitration and Alternative Dispute Resolution*) оценио је, својевремено, да постојећи арбитражни правилници у овој материји имају пуно празнина, те да у пракси постоји доста лутања и несналажења странака, али и самих арбитра. Правила представљају комбинацију процедуралних норми из англосаксонског и континенталног права и могу бити, према творцима, од посебног значаја када странке и арбитра долазе из различитих правних система.

Правила су сачињена за употребу уз правилнике институционалних арбитража или уз *ad hoc* арбитражна правила односно клаузуле које сачињавају саме странке. Правила се могу преузети у арбитражне клаузуле у целини, или послужити странкама да израде сопствену процедуру коју ће арбитра следити. Правила користе и сами арбитра када треба да издају одређене процесне налоге у погледу достављања и извођења доказа.

Међународно удружење правника предлаже странкама одредбу којом ће, допуњавајући арбитражне клаузуле у уговорима, уговорити примену Правила за извођење доказа:

„[In addition to the institutional or ad hoc rules chosen by the parties], [t]he parties agree that the arbitration shall be conducted according to IBA Rules of Evidence as current [on the date of this agreement/the commencement of arbitration].“

У преводу на српски језик ова препоручена клаузула гласи:

„[Као допуну правила институционалне арбитраже или правила за ad hoc арбитражу која су странке изабрале], [с]транке уговарају да ће арбитра бити спроведена према Правилима за извођење доказа Међународног удружења правника која су на снази [на дан овог уговора/на дан отпочињања арбитраже].“

Правила усвојена 2010. године су заправо ревидирана правила Удружења из 1999. године. Ревизијом нису битније промењена ранија правила. Унете су измене које су се показале потребним на основу скоро десетогошње примене у пракси (поступак измена започет је 2008. године).

За домаће учеснике у међународној трговачкој арбитражи важно је да, уколико се у конкретном поступку предвиђа примена *IBA* правила, знају да у неким својим одредбама ова Правила одударују од онога што је познато у домаћој судској, па и арбитражној пракси – на пример, у погледу обавезе достављања доказа којима странка располаже и по-

следица пропуста да се докази обезбеде (члан 9 став 6 Правилника, и др.).

Правила су сачињена на енглеском језику, а *IBA* предвиђа да их преведе на неколико језика.

Правила се могу преузети на следећој Интернет адреси: <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines>.

II Међународна регулатива

Принципи међународних уговора као извор уговорног права

У писане изворе уговорног права улазе међународне конвенције, закони и подзаконски акти (док се у неписане изворе убрајају обичаји, општи правни принципи и пословна односно трговачка пракса). У новије време долази до својеврсне унификације уговорног права на међународном плану путем израде докумената који садрже једнообразне принципе односно општа правила уговорног права. Ови документи су произашли из потребе да се уједначе правила којима се уоквирују пословни односи. Њихов циљ је да се отклоне тешкоће до којих долази приликом закључења и испуњења уговора када су странке из различитих земаља односно када дођу до изражаја разлике у национални правним системима. Отуда, документи садрже униформне принципе за уговорне односе, издвојене од националних правних система (у њима су комбинована решења садржана у различитим националним законодавствима, али и у међународним конвенцијама и у трговачким обичајима. Њихова улога у развијању општих правила међународног уговорног права је значајна, мада још увек нема међународног обавезујућег извора који би регулисао општа питања међународног уговорног права.

Најпознатија су два извора уговорног права ове врсте (оба објављена у облику збирке уговорних правила, са детаљним коментарима).

Први документ су Принципи европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*). Сачинила их је Комисија за европско уговорно право, и то у неколико фаза (од 1995. до 2003). Претензија састављача је да ови Принципи представљају, као општа правила уговорног права, основ будућег грађанског или облигационог кодекса Европске уније.

Други документ су Принципи међународних трговачких уговора (*Principles of International Commercial Contracts*). Ове Принципе израдио је римски Институт за унификацију приватног права (*UNIDROIT*) 1994. године, а друго издање је објављено 2004. године.

Правна природа наведених докумената је јасна – они не представљају инструменте који се обавезно примењују. Ови Принципи нису, као што је то случај са међународним конвенцијама, по посебном, формалном поступку (ратификација) унети у националне правне системе. Основ њихове примене је добровољност, тј. стране се на њих позивају у својим уговорима или директно уносе у своје уговоре поједина решења садржана и разрађена у њима. Треба знати да до њихове примене може доћи и када их уговорне стране не помену директно, већ уговоре да ће се на њихов пословни однос примењивати опште норме уговорног права – на пример, формулацијама да ће се применити „општи принципи права“, или *lex mercatoria*, или употребом неког израза сличног значења (ова могућност је предвиђена у уводним деловима оба документа).

За праксу наших привредних субјеката је значајно и то што се у одредбама набројаних докумената (чак и када се не уговара њихова примена), као и у коментарима која прате одговарајућа решења у документима, могу наћи одговори на питања која поставља савремена међународна пословна пракса.

(Према књизи проф. др Младена Драшкића и проф. др Маје Станивуковић „Уговорно право међународне трговине“, стр. 59, те 148–152, као и књизи „Међународно привредно право“ проф. др Јелене Перовић, стр. 176).

III Из домаћег права пословања са иностранством

Законски оквир за уговоре о јавно-приватном партнерству

Појам јавно-приватног партнерства („ЈПП“; у енглеској пословној терминологији: *Private Public Partnership – PPP*), већ су познати у домаћој стручној јавности. У питању је модел сарадње (који има више облика) између, са једне стране, државе, органа локалне самоуправе или јавних предузећа, која у партнерство уносе постојећу инфраструктуру, као и конзументе – потрошаче, и са друге стране, лица из приватног сектора, која дају пре свега знања и искуства, те одређени новчани капитал. Модел има више појавних облика, те је и његово правно дефинисање односно одеђивање правне природе уговора несигурно. Овај концепт нарочито је привлачан за стране инвеститоре, јер не захтева обавезно формирање домаћег друштва за обављање делатности (мада је и то прихватљиво у неким формама). С друге стране, концепт ипак подразумева велики степен сарадње партнера, али она остаје на нивоу комерцијалног односа, и не представља директну инвестицију. Низ земаља у транзицији (па и у

непосредном окружењу) настојало је да законском регулативом уреди и овај концепт пословања односно остваривања инвестиционих подухвата. Одговор на питање да ли је у Србији могуће реализовати ЈПП није потврдан, односно до остваривања пословних подухвата овим методом мора се доћи посредним путем, уз тумачење више прописа за које се може сматрати да посредно уређују ову област. Дакле, на једноставно питање: да ли је ЈПП у Србији дозвољен и правом признат модел (правни посао, трансакција), нема једноставног и директног одговора.

Могло би се рећи да се донекле примењиве законске норме могу наћи у одредбама Закона о концесијама Србије. Међутим, прописана процедура за закључење уговора о концесији не одговара моделу ЈПП, а суштински одредбе овог Закона нису примењиве у ситуацији када инвеститор не жели да управља пројектом, већ само да испоручи опрему и *know how* те да финансира подухват (повољан кредит), као и да учествује у руковођењу радом пројекта на уговорној основи (чиме осигурава уредно функционисање изграђеног постројења у одређеном периоду), али без преузимања пројекта „у власништво“ и „враћање“ после истека тог периода (дакле, нема концесионе накнаде, али нема ни директног враћања уложених средстава из наплате комуналних услуга).

Неки проналазе правни оквир за ЈПП у прописима о локалној самоуправи, о комуналним делатностима и о јавним предузећима те обављању делатности од општег интереса. И прописи из области заштите природне околине (о управљању отпадом и др.) такође могу послужити као основ за ЈПП подухвате.

Међутим, прописи у наведеним областима често дају различите одговоре на важна питања (као што је, на пример, питање да ли постојећа законска регулатива дозвољава ЈПП у комуналним делатностима, а да то не буде према одредбама Закона о концесијама, те који су могући облици повезивања приватног партнера са јавним сектором). За сада, уређење ове области није јасно и свеобухватно, одредбе чија примена долази у обзир разасуте су у више прописа, поједина решења често су недоречена, а понекад и супротстављена другим правилима, а правна сигурност у пословању захтева јасне одговоре на које се улагачи, и уопште пословна пракса, могу ослонити. Потребно је, отуда, пронаћи начин да се, јасним законским регулисањем, без потребе да се пролази кроз лавиринт прописа, непосредно уреди ЈПП као концепт. На тај начин постигло би се да се у форми ЈПП, између осталог, омогући ефикасан рад јавних комуналних предузећа, прекине са њиховим буџетским субвенционирањем, спречи потпуно пропадање ионако застареле инфраструктуре и започне са њеним обнављањем, рационализује рад и потрошња комуналних предузећа и повећа ниво услуга. Мора се, дакле,

формирати правно одрживи оквир за ефикасну процедуру закључења и реализације уговора о ЈПП. При том, мора се имати у виду да је ЈПП јединствена, особена пословна трансакција, која захтева пажљиву анализу и прилагођавање законског оквира конкретним пословним аранжманима, уз поштовање интереса обе уговорне стране (транспарентност процеса одлучивања у органима „јавног партнера“ у подухвату се подразумева).

IV За документацију

Заложно право на уделима уписано у регистар

Заложно право на покретним стварима које се уписује у посебан регистар предвиђено је Законом о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Сл. гласник Р. Србије*, бр. 57/2003). Предмет заложног права које се уписује у Регистар код Агенције за привредне регистре може бити ствар, али и одређено право (на пример, удео у друштву са ограниченом одговорношћу, право потраживања, те друга права којима власник може слободно располагати).

Ова могућност за обезбеђење потраживања путем залагања покретних ствари и права, уз упис залог у регистар, све више се користи у пословној пракси с елементом иностраности у којој се као дужници обавезе појављују домаћи привредни субјекти.

Уговором о залози, којим се уговара регистровање залог, залогодавац се обавезује да повериоцу пружи обезбеђење за његово потраживање тако што ће омогућити да се повериочevo право залог на ствари или праву залогодавца упише у регистар залог.

Уговор о залози није довољан за стицање заложног права – уговор представља правни основ, а за стицање права потребно је да се изврши и упис права у регистар залог.

Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар садржи низ одредби о форми и садржини уговора о залози која се уписује у регистар, о правима и обавезама залогодавца, намирењу заложног повериоца, престанку заложног права, те о забрањеним одредбама уговора.

Стране у уговору о заложном праву су заложни поверилац и залогодавац. Залогодавац може бити сам дужник из облигационог односа са повериоцем, или треће лице (које није у односу са повериоцем), које дозвољава да се покретна ствар или право на коме има својину (право располагања) оптерети залогом ради обезбеђења повериочевог потраживања према дужнику).

Када је залогодавац сам дужник из облигационог односа (што се чешће среће у пракси), онда се одредбе о залози налазе у самом уговору о основном односу залогодавца и заложног повериоца.

Сами уговори садрже доста одредби којима стране уређују практична питања својих односа, те она питања на која изричито упућује Закон. У наставку се даје пример уговора о залози удела у друштву са ограниченом одговорношћу, где се као поверилац појављује страни правно лице.

Уговор о залози удела

закључен _____ 2010. године у Београду између
_____ индустрије а.д., Београд (у даљем тексту: Залогодавац) и
_____ Банке *Plc.*, _____ (у даљем тескту: Залогопримац)

Уговорне констатације и предмет уговора

1. Уговорне стране сагласно утврђују следеће:

1.1. да су дана _____ 2010. године закључиле уговор о кредиту бр. _____ (у даљем тексту: Уговор о кредиту) који се сматра приложеним уз овај уговор;

1.2. да је Залогодавац члан друштва _____ д.о.о., уписаног у Регистар привредних субјеката код Агенције за привредне регистре, са адресом _____ у Београду (у даљем тексту: Друштво), са уделом од 51%, као и да је Удео уписан у књигу удела Друштва под редним бројем 3;

1.3. да је Уговором о кредиту Залогопримац одобрио Залогодавцу кредит у износу од Евра _____ (у даљем тексту: Кредит);

1.4. да је Уговором о кредиту предвиђено да се главница Кредита враћа у 15 једнаких рата, с тим да прва рата доспева за плаћање 36 месеци од дана исплате Кредита, а последња 129 месеци од дана закључења Уговора о кредиту;

1.5. да је Кредит повучен дана _____ 2010. године;

1.6. да је Уговором о кредиту предвиђено да каматна стопа на Кредит буде шестомесечни *EURIBOR* + 0,30% годишње;

1.7. да је Уговором о кредиту предвиђено да се камата обрачунава шестомесечно и плаћа последњег дана шестомесечног каматног периода;

1.8. да је Уговором о кредиту предвиђено да се у случају закашњења са испуњењем обавеза плаћа камата по стопи која је једнака стопи уговорне камате увећане за 2% годишње;

1.9. да је Уговором о кредиту предвиђено да ће стране, пре повлачења Кредита, закључити уговор о залагању Удела на име обезбеђења

испуњења свих обавеза Залогодавца по Уговору о кредиту, те да овај уговор закључују у складу са том одредбом Уговора о кредиту;

1.10. да оснивачким актом Друштва није предвиђено ограничење преноса удела у Друштву трећим лицима нити право пречег стицања удела у Друштву у случају преноса удела, нити ограничење давања удела у залогу за обезбеђење обавеза чланова, те да није уређено питање права гласа и права управљања залогопримца у Друштву; и

1.11. да су се чланови Друштва сагласили са залагањем Удела по овом уговору.

2. С обзиром на констатације из члана 1, стране овим уговором уређују стављање залогe на Удео у корист Залогопримца.

3. Залагање Удела

3.1. У циљу обезбеђења потраживања Залогопримца по Уговору о кредиту овим уговором се заснива заложно право Залогопримца на Уделу.

3.2. Заложно право Залогопримца на Уделу, према ставу 3.1. има се уписати у регистар заложних права на покретним стварима, те у Књигу удела Друштва.

3.3. Уговорне стране су сагласне да се залога заснива као обезбеђење за повраћај Кредита у складу са Уговором о кредиту у износу од Евра _____, са уговорном каматом и затезном каматом предвиђеним Уговором о кредиту, чија се вредност, за сврхе уписа права залогe на Уделу у Регистар заложних права на покретним стварима, процењује на износ од Евра _____, тако да укупна сума која се обезбеђује залогом износи Евра _____ (у даљем тексту: Обезбеђени износ).

3.4. Даље залагање Удела од стране Залогопримца није дозвољено без претходне писмене сагласности Залогодавца.

4. Трајање залогe

Залога на Уделу, успостављена на начин и у складу са овим уговором, трајаће све до потпуне исплате Обезбеђеног износа.

5. Обавезе Залогодавца

5.1. Залогодавац се обавезује да заложени Удео за време трајања заложног права не отуђује нити оптерећује без претходне изричите писмене сагласности Залогопримца.

5.2. Залогодавац се обавезује да се за време трајања залогe уздржава од било ког посла или радње који би умањили вредност Удела.

5.3. Залогодавац је дужан да сарађује са Залогопримцем у поступку намирења његових потраживања по Уговору о кредиту реализацијом залогe.

5.4. Залогодавац је дужан да Залогопримца обавештава о свим околностима које утичу или могу да утичу на вредност Удела и на испуњавање права Залогопримца по овом уговору.

6. Права Залогопримца по основу zaloга

Залогопримац је овлашћен да, у случају пропуста Залогодавца да испуњава Уговор о кредиту, тражи исплату добити те да гласа на органима Друштва и испуњава друга права по основу Удела, као и да у случају стечаја или ликвидације Друштва пријави потраживање по основу Удела.

7. Реализација zaloга

7.1. У случају повреде из члана 5 овог уговора Залогопримац је овлашћен да целокупни Обезбеђени износ наплати пре доспелости.

7.2. У случају из става 7.1. као и у случају да Залогодавац не измири о доспелости Обезбеђени износ или његов део у складу са Уговором о кредиту, Залогопримац може приступити вансудској продаји Удела или његовог дела као предмета заложног права, а у складу са одредбама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар.

7.3. Поред Обезбеђеног износа, Залогопримац може из износа постигнутог продајом Удела да наплати и све трошкове настале продајом Удела односно намирењем Обезбеђеног износа.

7.4. Уколико у поступку продаје Удела буде постигнута цена која прелази Обезбеђени износ, Залогопримац ће, пошто намири Обезбеђени износ и трошкове продаје Удела, сав преостали износ (вишак) одмах исплатити Залогодавцу.

7.5. Залогопримац је дужан да писмено обавести Залогодавца о својој намери да своје доспело а ненамирено потраживање по Уговору о кредиту намири из вредности заложеног Удела. Залогопримац ће затражити и упис поступка намирења свог потраживања у Регистар заложних права на покретним стварима.

7.6. Залогопримац је овлашћен да у случајевима из ставова 7.1. и 7.2. Удео у целини или делимично прода, уступи или на други начин пренесе, да даје потребне односно корисне изјаве и потврде те испуни друге формалности које су по прописима неопходне за ваљани пренос Удела, укључујући и одговарајуће промене оснивачког акта Друштва.

8. Упис zaloга у Регистар

8.1. Залогодавац потписом овог уговор неопозиво и безусловно овлашћује Залогопримца да, без његове даље сагласности, обави све радње потребне за регистрацију успостављене овим уговором у Регистар заложних права на покретним стварима.

8.2. Залогодавац потписом овог уговор неопозиво и безусловно овлашћује Залогопримца да, без његове даље сагласности, обави све радње потребне за упис забележбе залогe успостављене овим уговором и регистроване у Регистру заложних права на покретним стварима у Регистар привредних субјеката.

За Залогодавца

за Залогопримца

(овера њојшиса у суду)

др Душан ПОПОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

– ХРОНИКА –

Период између два броја часописа „Право и привреда“ обележило је доношење још два подзаконска акта на основу овлашћења из Закона о заштити конкуренције Републике Србије.¹ Реч је о уредби о критеријума за одређивање мере заштите конкуренције и процесног пенала, као и о уредби о тзв. покајничком програму. Иако је чланом 79. Закона о заштити конкуренције прописано да ће Влада донети неопходне подзаконске акте до почетка примене Закона, тј. до 1. новембра 2009. године, поменуте уредбе су донете са вишемесечним закашњењем. Међутим, уколико узмемо у обзир чињеницу да Влада већину подзаконских аката на чије доношење ју је обавезивао претходни Закон о заштити конкуренције² није никада донела, можда би требало поздравити „ажурност“ са којом се сада сусрећемо. Поврх тога, Савет Комисије за заштиту конкуренције усвојио је одговарајуће смернице за примену ових уредби. С друге стране, у Хрватској је у међувремену ступио на снагу Закон о заштити тржишног натјечања, усвојен 2009. године.

I Влада Републике Србије донела Уредбу о критеријума за одређивање мере заштите конкуренције и процесног пенала

Влада Републике Србије донела је Уредбу о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима

1 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 51/2009.

2 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 79/2005.

за одређивање тих мера.³ Уредбом су прописани следећи критеријуми за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала: а) намера учесника на тржишту да изврши повреду конкуренције; б) тежина, последица и трајање повреде конкуренције; в) поврат учесника на тржишту; г) подстрекавање других учесника на тржишту на вршење радњи које за циљ или последицу имају или могу имати значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције; д) време обустављања радњи које представљају повреду конкуренције; ђ) предузимање мера за отклањање насталих последица учињене повреде конкуренције; е) сарадња учесника на тржишту у поступку утврђивања повреде конкуренције или спречавање или ометање спровођења процесних радњи које се спроводе у складу са Законом о заштити конкуренције. Савет Комисије за заштиту конкуренције усвојио је Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера.⁴ Смерницама је, између осталог, ближе одређено које чињенице ће Комисија за заштиту конкуренције ценити као олакшавајуће, а које као отежавајуће околности приликом одмеравања висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала. Као отежавајући критеријуми, наведени су: а) поврат учесника на тржишту; б) одбијање сарадње у поступку утврђивања повреде конкуренције; в) спречавање или ометање спровођења радњи Комисије у поступку утврђивања повреде конкуренције; г) ометање других радњи које се спроводе у складу са Законом; д) подстрекавање на вршење радњи повреде конкуренције. Као олакшавајући критеријуми, наведени су: а) престанак повреде пре сазнања учесника да је повреда откривена; б) престанак повреде након прве радње коју је предузела Комисија у складу са Законом; в) предузимање мера учесника за отклањање последица повреде; г) нехатна повреда конкуренције; д) изразито краткотрајна повреда конкуренције; ђ) незнатна повреда конкуренције; е) изостанак штетних последица повреде; ж) незнатност штетних последица; з) добровољна сарадња учесника са Комисијом у циљу бржег, ефикаснијег и економичнијег окончања поступка, отклањања последица повреде или откривања или доказивања повреда других учесника. Околности које могу бити цењене како као отежавајуће, тако и као олакшавајуће су: а) раније понашање учесника на тржишту; б) понашање учесника на тржишту након учињене повреде конкуренције; в) однос према лицима која су због повреде конкуренције претрпела штету.

3 Службени гласник Републике Србије, бр. 50/2010.

4 Смернице су доступне на веб-страници Комисије за заштиту конкуренције: www.kzk.gov.rs.

Најзад, Уредбом је ближе одређен начин одређивања рока за плаћање. Комисија за заштиту конкуренције ће рок за плаћање одредити у зависности од финансијске снаге учесника на тржишту коме је одређена мера заштите конкуренције, односно мера процесног пенала. У случају изрицања мере заштите конкуренције, рок за плаћање одређује се истим решењем којим је одређена та мера и не може бити краћи од три месеца, ни дужи од годину дана од пријема решења. У случају мере процесног пенала, рок за плаћање одређује се истим решењем којим је одређена та мера и не може бити краћи од једног ни дужи од три месеца од пријема решења. На образложени захтев учесника на тржишту, може се одобрити плаћање износа изреченог на основу мере заштите конкуренције у ратама. Чланом 4 Уредбе прописано је да ће се такав захтев уважити нарочито ако учесник на тржишту докаже постојање или учини извесним настанак значајних и трајних финансијских тешкоћа у свом пословању које би могле да имају за последицу стечај или дужи прекид пословања.

II Влада Републике Србије донела уредбу о тзв. покајничком програму

Влада Републике Србије донела је Уредбу о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције.⁵ Могућност ослобађања од ове обавезе прописана је чланом 69 Закона о заштити конкуренције. Иако је и претходни Закон о заштити конкуренције садржавао сличну одредбу, Влада никада није донела одговарајућу уредбу, тако да тзв. покајнички програм никада није био примењен. Уредбом су ближе одређени услови за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције. Тако се учесник у рестриктивном споразуму ослобађа ове обавезе ако: а) први пријави споразум о којем Комисија није имала ранија сазнања или није имала довољно доказа да покрене поступак; б) достави расположиве доказе о рестриктивном споразуму и/или укаже Комисији на место или лице код кога се ти докази налазе; в) није принудио или подстрекао друге учеснике на тржишту на закључење или спровођење рестриктивног споразума; г) није иницијатор ни организатор рестриктивног споразума. Поред испуњења ових услова, учесник у споразуму ослобађа се обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције и ако: а) потпише изјаву којом се обавезује да ће у доброј вери потпуно и стално сарађивати са Комисијом за заштиту конкуренције до правоснажности решења којим је изречена мера заштите конкуренције; б) достави све

5 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 50/2010.

информације које поседује или које су му доступне, укључујући и исправе и друге доказе у вези са пријављеним споразумом; в) без одлагања обустави даље учешће у рестриктивном споразуму, осим на основу одобрења и захтева Комисије, а у циљу прикупљања доказа.

Поврх тога, Савет Комисије за заштиту конкуренције донео је Смернице за примену члана 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције.⁶ Смерницама су, између осталог, ближе уређени услови под којима Комисија може смањити новчани износ обавезе учеснику у рестриктивном споразуму који не испуњава услове за ослобађање од обавезе. Поред тога што не испуњава услове за ослобађање од обавезе, такав учесник у рестриктивном споразуму треба и да: а) у току поступка поднесе захтев за смањење обавезе; б) не буде организатор нити иницијатор споразума; в) није принудио нити подстрекао друге учеснике на закључење или спровођење споразума; г) Комисији достави доказе који у том тренутку нису били доступни, а који омогућавају окончање поступка и доношење решења о повреди;⁷ д) у потпуности и континуирано испуњава све остале обавезе сарадње са Комисијом. Смерницама је предвиђена и могућност анонимног обраћања Комисији за заштиту конкуренције. Наиме, учесник у рестриктивном споразуму може анонимно доставити обавештење са кратким описом садржине споразума, листом доказа и информацијама којима располаже и кратким описом садржине доказа, при чему не мора открити свој идентитет, идентитет осталих учесника споразума и детаље споразума. У случају да Комисија нема сазнања о постојању таквог споразума и не располаже доказима довољним за покретање поступка, упутиће учесника у споразуму на подношење пријаве споразума са захтевом за ослобођење од обавезе. У случају да Комисија већ има сазнања о споразуму, упутиће подносиоца анонимног обавештења на подношење захтева за смањење обавезе. Анонимно обавештење не даје право подносиоцу да захтева утврђивање редоследа подношења пријаве (тзв. маркер). Могуће је, међутим, поднети претходну пријаву и захтевати утврђивање редоследа подношења пријаве. За разлику од анонимног обавештења, претходна пријава мора садржавати основне податке о садржини споразума и његовим учесницима.

Најзад, учеснику у споразуму који не испуњава услове за ослобођење од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције,

6 Смернице су доступне на веб-страници Комисије за заштиту конкуренције: www.kzk.gov.rs.

7 Под доказима који омогућавају окончање поступка подразумевају се докази који омогућају утврђивање релевантних чињеница које до тада нису биле утврђене или нису биле довољно утврђене, а које су неопходне за утврђивање повреде конкуренције.

а који је поднео захтев за смањење обавезе и испуњава предвиђене услове, Комисија може смањити обавезу: а) од 30 до 50% ако му је коначно признат статус првог подносиоца захтева за смањење обавезе; б) од 20 до 30% ако му је коначно признат статус другог подносиоца захтева за смањење обавезе; в) до 20 % ако му је коначно признат статус трећег и сваког наредног подносиоца захтева за смањење обавезе. Ослобођење или смањење обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције у поступку пред Комисијом за заштиту конкуренције не утиче на права других учесника на тржишту да покрену парнични поступак због накнаде штете настале повредом конкуренције, нити на кривичноправну одговорност подносилаца пријаве за ослобођење или смањење обавезе.

III Нови хрватски Закон о заштити тржишног натјечања

Првог октобра 2010. године ступио је на снагу Закон о заштити тржишног натјечања Републике Хрватске,⁸ усвојен још 24. јуна 2009. године.⁹ Најважнија новина коју у хрватско право конкуренције уноси овај закон тиче се надлежности за изрицање санкција због повреде конкуренције. Наиме, повреде прописа о заштити тржишне утакмице више се не сматрају прекршајима, већ повредама *sui generis*, а учиниоцима се изричу управно-казнене мере¹⁰ које обухватају новчане казне. Мере изриче Агенција за заштиту тржишног натјечања, а не прекршајни судови, како је до сада био случај. У том смислу, може се направити поређење са важећим српским Законом о заштити конкуренције, који је такође напустио систем прекршајних санкција за учеснике на тржишту који су повредили конкуренцију. Законом се укида институт појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума, тако да учесници у споразуму имају једино могућност изузећа по категоријама, на основу одговарајућих уредби. Разлози за укидање овог института нису најјаснији, јер се тиме одступа од решења каква познају право Европске уније и права већине европских земаља (па и Србије). Када је већ реч о рестриктивним споразумима, треба поменути да је овим Законом у хрватско право конкуренције уведен тзв. покајнички програм, о чему смо већ писали у делу хронике посвећеном српском праву конкуренције.

8 Народне новине Републике Хрватске, бр. 79/2009.

9 Одлагање примене новог Закона на период од више од годину дана од његовог усвајања образложено је потребом упознавања учесника на тржишту и јавности са новим институтима.

10 Термин који се користи у хрватском Закону.

У области контроле концентрација, Законом се уводи тест значајног ограничења конкуренције, чиме се напушта превазиђени тест доминантног положаја. Такође, уводи се скраћени поступак оцене допуштености концентрације. У процесном делу, Законом о заштити тржишног натјецања прописано је да се поступци оцене споразума и утврђивања злоупотребе доминантног положаја воде искључиво по службеној дужности, иако физичка и правна лица могу доставити иницијативу за покретање поступка. По тужбама против одлука Агенције за заштиту тржишног натјецања пред Управним судом Републике Хрватске поступаће се хитно.

мр Љубинка КОВАЧЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Непосредна законска забрана психичког узнемиравања на раду

1. Увод

За разлику од понашања која представљају опасност за телесни интегритет и физичко здравље запослених, која су, традиционално, правно санкционисана, понашања која повређују психичко здравље и достојанство запослених била су дуго времена толерисана као „сурова реалност“ и неизбежни део радног окружења. Потоњи закључак, нарочито, вреди за узнемиравање на раду, које обухвата читаву серију понашања, укључујући психичко, дискриминаторско и сексуално узнемиравање на раду. Наведени облици узнемиравања успостављају се понашањем које повређује достојанство запосленог, с тим што се разлики (мотиви) за његово предузимање разликују од једне до друге врсте узнемиравања. *Психичко узнемиравање на раду*, тако, може настати услед дејства различитих фактора, од намере послодавца да се, на овај начин, „реши“ запосленог за чијим је радом престала потреба и заобиђе класичан отказни поступак, преко испољавања репресије (нпр. према „непожељном“ синдикалном представнику), до изопачене жеље да се повреди психички интегритет запосленог или да се наштети његовој професионалној каријери.¹ Разлог за узнемиравање на раду може бити и пол, језик, раса, старосна доб, инвалидност, национална припадност или неко друго својство запосленог које чини основ дискриминације, када говоримо о *дискриминаторском узнемиравању*, док се узнемиравање

1 Philippe Ravisy, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas, Paris, 2002, стр. 60 и даље.

које се испољава као повреда достојанства запосленог у сфери полног живота означава као *сексуално узнемиравање*.

Први кораци у непосредном уређивању питања узнемиравања на раду учињени су 80-их година прошлог века, када је у Сједињеним Америчким Државама и Канади законом забрањено сексуално узнемиравање, док су у европским државама први извори права којима се забрањује сексуално, односно дискриминаторско узнемиравање, а, касније, и психичко узнемиравање на раду, усвојени тек у последњој деценији прошлог века. У упоредном праву, не постоји јединствени начин уређивања психичког узнемиравања на раду, већ се одговарајућа решења разликују од једне до друге државе: нека законодавства изричито забрањују психичко узнемиравање на раду (нпр. у Белгији, Великој Британији, Француској, Шведској), док се у многим државама ово питање уређује посредно, као саставни део заштите безбедности и здравља на раду, односно добробити запослених на раду.² Истовремено, ваља имати у виду да је, због чињенице да се у питању узнемиравања на раду сусрећу различити аспекти многих правних грана, одговарајућа материја уређена у низу различитих извора права, од закона о раду и закона о безбедности и здрављу на раду, преко кривичних закона, до закона о облигационим односима, док у једном броју држава ово питање представља предмет регулисања аутономних извора права, пре свега колективних уговора (нпр. у Немачкој) и кодекса понашања (нпр. у Ирској). Са друге стране, правнообавезујући међународни извори радног права уређују предметну материју само посредно, као интегрални део заштите безбедности и здравља на раду и права запослених на достојанство на раду. Изузетак, у том смислу, чини Ревидирана европска социјална повеља, која изричито забрањује психичко узнемиравање на раду, и то, као повреду права радника на достојанство.³

2. Уређивање психичког узнемиравања на раду у праву Републике Србије

У домаћем праву, основ за уређивање психичког узнемиравања на раду чини уставна гаранција неповредивости људског достојанства и права на поштовање достојанства на раду.⁴ Она се може разумети и као

2 Љубинка Ковачевић, „Појам узнемиравања на раду у домаћем, упоредном и међународном праву“, *Радно и социјално право*, бр. 1–6/2006, стр. 343.

3 Ревидирана европска социјална повеља (*Службени гласник РС*, бр. 42/09), чл. 26 ст. 2. Одговарајућа уговорна обавеза, међутим, не подразумева усвајање посебних закона којима би било забрањено психичко (и сексуално) узнемиравање на раду (чл. 26 ст. 1 Додатка уз Ревидирану европску социјалну повељу).

4 Вид. Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2005), чл. 23 ст. 1 и чл. 60 ст. 4.

посредна забрана узнемиравања на раду, будући да понашање којим се успоставља узнемиравање повређује достојанство адресата. Закон о раду непосредно забрањује дискриминаторско и сексуално узнемиравање, али не и психичко узнемиравање на раду, док посредна забрана психичког узнемиравања произлази из законских одредби којима је потврђено право запослених на заштиту личног интегритета и безбедност и заштиту живота и здравља на раду.⁵ Одговарајуће посредне гаранције садржане су и у Закону о безбедности и здрављу на раду,⁶ док је Законом о државним службеницима, поред права на услове рада који не угрожавају живот и здравље, државним службеницима признато и право на заштиту од претњи, напада и свих врста угрожавања безбедности на раду.⁷ Ове посредне гаранције заштите од психичког узнемиравања на раду употпуњене су усвајањем Закона о спречавању злостављања на раду, који се примењује од 4. септембра 2010. године, као и Правилника о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, који за искључиви предмет регулисања имају кључне аспекте спречавања психичког узнемиравања на раду и заштите адресата овог узнемиравања.⁸

3. Терминолошке дилеме

Могуће је претпоставити да је приликом конципирања законских решења, писац Закона о спречавању злостављања на раду био

- 5 Вид. Закон о раду (*Службени тласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/2009), чл. 12 ст. 1, чл. 16 тач. 2, и чл. 80.
- 6 Одредбама овог закона садржина права на безбедност и здравље на раду одређена је као „обезбеђивање таквих услова на раду којима се, у највећој могућој мери, смањују повреде на раду, професионална обољења и обољења у вези са радом и који претежно стварају претпоставку за пуно физичко, психичко и социјално благостање запослених“. Законодавац се, истовремено, опредељује за широку концепцију радне околине, одређујући као њене елементе не само радна места, радне услове и радне поступке, већ и *односе у процесу рада*. Радна околина, отуда, обухвата и одговарајуће менталне, психо-социјалне и социјалне компоненте, због чега забрану психичког узнемиравања на раду треба сматрати интегралним делом гаранције права на безбедност и здравље на раду. Вид. Закон о безбедности и здрављу на раду (*Службени тласник РС*, бр. 101/2005), чл. 4 тач. 4 и 7.
- 7 Закон о државним службеницима (*Службени тласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 и 104/09), чл. 12.
- 8 Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени тласник РС*, бр. 36/2010); Правилник о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду (*Службени тласник РС*, бр. 62/2010). Више о повезаности меродавних прописа од значаја за ову област вид. у: Предраг Јовановић, „Нормативни оквири мобинга“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2008, посебно стр. 59–68.

суочен са значајним изазовима и проблемима, почевши од оних терминолошких. Ово стога што се у правној литератури, за означавање психичког узнемиравања на раду користе бројни изрази међу којима доминирају термини „мобинг“ (енгл. *mobbing*) и „булинг“ (енгл. *bullying*).⁹ У упоредном праву, ови изрази се не користе као законски изрази, већ је та улога, редовно, поверена изразу „психичко узнемиравање“ (енгл. *moral harassment*, фр. *harcèlement moral*), који сугерише да се одређено понашање састоји у узрујавању неког лица непријатним поступцима који се понављају, по правилу, у дужем временском периоду, што, заједно са другим елементима предметног појма, има за последицу повреду његове добробити. Домаћи законодавац се, међутим, определио за израз „злостављање на раду“, чија је употреба, чини се, примерена само неким, и то, најтежим облицима психичког узнемиравања. Како означава рђаво или нечовечно понашање према другоме, односно мучење и малтеритрање другог, израз „злостављање“ чини нам се непримереним за означавање бројних случајева узнемиравања на раду, нарочито оних који се успостављају понашањем које, када се посматра изоловано, није довољно озбиљно за овако озбиљну квалификацију, иако, у неким случајевима, и систематско понављање наизглед безазленог понашања, заиста, може да се претвори у малтретирање (дакле, у „злостављање“, енгл. *abuse, ill-treatment*, фр. *maltraitement*). Ово тим пре што су Законом о раду изричито забрањени „узнемиравање“ и „сексуално узнемиравање“ (члан 21), као посебни облици дискриминације који се успостављају на врло сличан начин, производећи сличне штетне последице као и „злостављање на раду“ из Закона о спречавању злостављања на раду (понашање које има за циљ или представља повреду достојанства запосленог, а изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење), уз разумљиву разлику у мотиву за предузимање одређеног понашања. Стога нам се термин „психичко узнемиравање“ чини прихватљивијим, иако је од питања терминологије, свакако, важније питање значења одговарајућег појма. Ово, посебно, стога што његова правна дефиниција мора бити довољно флексибилна да обухвати најразличитије облике понашања на раду.

4. Дефиниција злостављања на раду

Злостављање на раду, у смислу одредби новог закона, чини „свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или

9 Vittorio Di Martino, Helge Hoel, Cary L. Cooper, *Preventing violence and harassment in the workplace*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2003, стр. 6.

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 раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор“, као и подстицање или навођење других на такво понашање.¹⁰

Из цитиране дефиниције произлази да злостављање на раду претпоставља најмање два учесника – адресата и извршиоца злостављања. *Адресати злостављања* је запослени у општем или посебном режиму радног односа или са њима изједначено лице (лице које ван радног односа ради за послодавца) против којег *извршилац злостављања* (послодавац са својством физичког лица, одговорно лице код послодавца – правног лица или запослени) предузима одређено понашање. Злостављање се може успоставити најразличитијим облицима вербалног, невербалног или физичког понашања, од утицаја на комуникацију и друге социјалне контакте запосленог (нпр. систематично искључивање запосленог из разговора о организацији рада у којима су сви запослени позвани да учествују или премештање запосленог у изоловану канцеларију), преко утицаја на углед запосленог (ширење гласина, збијање шала на његов рачун и сл.), до сталног неоправданог критиковања запосленог, недодељивања радних задатака и одузимања средстава за рад или одређивања задатака који не одговарају стручној спреми и радном искуству запосленог, било зато што су сувише једноставни или што су претешки и захтевају радне способности које запослени не поседује.

Законодавац предвиђа да се злостављање успоставља понављањем одређеног понашања, што треба разумети као *учестало, у неким случајевима и систематично, иредузимање узнемиравајућих и понижавајућих активности*. Када се посматрају изоловано, ове активности могу изгледати чак и безазлено, али се њихова садржина и значење мењају, управо, услед учесталог понављања, тако да, акумулацијом, могу прерасти у неки облик насиља. С тим у вези, поставља се питање колико често, односно у ком временском периоду, адресат злостављања треба да буде узнемираван да би се сматрало да постоји злостављање на раду? Законодавац, с правом, не прецизира одговор на ово питање, док се у литератури не нуди јединствено решење, али се аутори слажу да је, редовно, реч о дужем временском периоду.¹¹ То, даље, значи да широка дефиниција злостављања на раду препушта пракси да, у сваком кон-

10 Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010), чл. 6 ст. 1–2.

11 Вид. Aleksej Cvetko, „Mobbing – posebna vrsta šikane v delovnih razmerjih“, *Podjetje in delo*, бр. 5/2003, стр. 898.

кретном случају, процени да ли је испуњен критеријум квалификације (временски услов) који се тиче понављања предметног понашања. У том смислу, интересантан извор за анализу представља француска судска пракса у којој је ове године, различито од увреженог схватања да је за узнемиравање потребно време, по први пут, афирмисан став да „чињенице које успостављају психичко узнемиравање могу да се догађају и у једном врло кратком периоду“.¹²

Између понашања извршиоца злостављања и повреде достојанства запосленог мора постојати *узрочна веза* која се, најпре, успоставља ако одређено понашање има за циљ наношење штете другоме, тј. ако извршилац делује са намером да запосленом нанесе штету. Осим тога, злостављање може бити успостављено и понашањем које производи наведене последице, чак и ако извршилац није желео те последице. С тим у вези, могуће је приметити да посебан проблем у квалификацији злостављања на раду представља значење синтагме *нейријателско, њонизавајуће или увредљиво окружење*, будући да домаће законодавство не садржи смернице о чињеницама због којих одређено понашање постаје довољно озбиљно да се због њих запослени осећа непожељно и непријатно на месту рада. Исти проблем постоји и у погледу дефинисања дискриминаторског и сексуалног узнемиравања, будући да Закон о раду не прецизира ову синтагму, а њено значење не може се открити ни из комунитарноправних правила која су послужила домаћем законодавцу као модел за дефинисање ових двају облика дискриминације (директиве 2000/43/ЕЗ, 2000/78/ЕЗ и 2002/73/ЕЗ).¹³

12 Овај став је заузет поводом спора који је покренуо запослени задужен за купопродају оштећених аутомобила, коме је, по повратку на рад после дужег боловања, послодавац поверио обављање споредних задатака који не одговарају пословима за које је засновао радни однос (скупљање кључева аутомобила, стављање пластичних цеграда, прање пристиглих аутомобила и други послови одржавања), иако је надлежни лекар проценио да је запослени способан да ради на пословима које је обављао до одласка на боловање. Осим тога, послодавац је забранио запосленом да два пута седмично одлази на терен ради тражења нових клијената, без чега није могао да обавља раније послове, а две недеље касније је и претио запосленом. Убрзо након тога, надлежни лекар је утврдио да запослени поново мора да користи боловање, сада, због привремене спречености за рад услед психичке трауме. Апелациони суд у Греноблу је одбацио захтев запосленог за накнаду штете због психичког узнемиравања, са образложењем да је спорно понашање послодавца трајало краће од месец дана, док је Социјално одељење француског Касационог суда утврдило да се послодавчево понашање може квалификовати као психичко узнемиравање, будући да законодавац не предвиђа никакав (минимални) временски услов за постојање узнемиравања, а све околности предметног случаја оправдавају такву квалификацију. Cour de cassation – chambre sociale, Arrêt du 26 mai 2010, n° 08–43152, <http://www.legifrance.gouv.fr>, 30. август 2010. године.

13 Значење непријатељског, понижавајућег или увредљивог радног окружења се, најчешће, „реконструира“ у светлу америчке концепције „непријатељског радног

5. Превенција злостављања и заштита његових адресата

Најзначајнија мера заштите од злостављања на раду јесте превенција, због чега законодавац утврђује обавезу послодавца да обавести запослене о забрани злостављања и да њих и њихове представнике обучава у циљу препознавања и спречавања злостављања на раду. Истовремено, послодавац је дужан да сваког запосленог заштити од злостављања. Он је, у складу са обавезом да осигура безбедне и здраве услове рада (као и у складу са начелом *cuius commoda, eius et incommoda*), одговоран за штету коју одговорно лице или запослени проузрокују другом запосленом вршењем злостављања. Са друге стране, законодавац утврђује одговорност запослених који врше злостављање, као и запослених који злоупотребљавају право на заштиту од злостављања, будући да они могу бити одговорни за непоштовање радне дисциплине, односно за повреду радне дужности.

Закон предвиђа више заштитних мера за случај злостављања на раду: прва од њих подразумева *заштити у оквиру интјерној њослјуйка код њослодавца*, који може да покрене запослени који сматра да је изложен злостављању, а, уз његову писмену сагласност, и представник синдиката или лице надлежно за послове безбедности и здравља на раду (чл. 13–28). Послодавац је дужан да, у року од три дана од пријема захтева за покретање поступка, предложи странама у спору да спор реше путем *њосредовања*, како би се, у року од осам радних дана од дана одређивања, односно избора посредника, постигао споразум о престанку одређеног понашања.

Ако поступак посредовања не успе, а постоји основана сумња да је злостављање извршено, послодавац је дужан да покрене *њослјуйак за утјврђивање одјоворностји зајосленој за њејослјовање радне дисциплјине, односно њовреду радне дужностји*. Истовремено, послодавац има право да, поред прописаних санкција, запосленом изрекне опомену, меру удаљења са рада без накнаде зараде или меру трајног премештаја у другу радну околину, а у случају да запослени, у року од шест месеци, поново изврши злостављање – и меру престанка радног односа. Ако, по мишљењу службе медицине рада, запосленом прети непосредна опасност по здравље или живот или опасност од настанка ненакнадиве штете, послодавац има законску обавезу да запосленог који се терети за

окурења“ (*hostile working environment*), које, према ставу америчких судова, ствара понашање које је довољно жестоко (*severe*) или раширено (*pervasive*) да може да деградира услове рада, имајући у виду социјални и културни контекст конкретног радног окружења. Carmen M. Alston, „Hostile Work Environment“ у Robert W. Kolb (ed.), *Encyclopedia of Business Ethics and Society*, SAGE Publications, 2007, http://www.sage-ereference.com/ethics/Article_n402.html, 4. април 2010. године.

злостављање премести у другу радну околину или удаљи са рада, и то, до окончања интерног поступка.¹⁴

Наредни ниво заштите остварује се пред судом. *Судска заштити-и-и* доступна је запосленом који није задовољан исходом интерног поступка за заштиту од злостављања, с тим што запослени који сматра да га злоставља одговорно лица код послодавца – правног лица, односно послодавац са својством физичког лица, може да покрене радни спор и без подношења захтева за покретање поступка посредовања код послодавца.¹⁵ Активно легитимисана лица могу истицати следеће захтеве: а) утврђење да је запослени претрпео злостављање; б) забрану злостављања; в) уклањање последица злостављања; г) накнаду (материјалне и нематеријалне) штете; д) објављивање пресуде. Имајући у виду тешкоће које у овим споровима настају у погледу доказивања злостављања, законодавац, с правом, одступа од класичних процесних правила и уводи *правило о иреношењу иерейи доказивања на ипослодавца*, што подразумева да тужилац (запослени) треба да учини вероватним да је извршено злостављање на раду, док тужени (послодавац) треба да докаже да злостављања није било.

6. Закључак

Усвајање Закона о спречавању злостављања на раду ваља разумети као допринос унапређењу положаја запослених у Републици Србији. Ово, превасходно, стога што су досадашња законска решења подразумевала само посредну забрану психичког узнемиравања на раду на основу гаранције права на заштиту личног интегритета и права на безбедност и заштиту живота и здравља на раду. У том смислу су и запослени који су сматрали да су изложени психичком узнемирању могли да захтевају накнаду нематеријалне штете због повреде права личности у складу са одредбама Закона о облигационим односима. Нови Закон, међутим, отвара могућност за делотворнију заштиту запослених за случај психичког узнемиравања, најпре, на основу одредби о поступку интерне заштите код послодавца, а, затим, и на основу одредби о прекршајној одговорности и судској заштити у хитном поступку у којем се може изрећи више привремених и заштитних мера, уз пребацивање терета доказивања на послодавца.

14 Подручје примене Закона о мирном решавању радних спорова, у делу који се односи на индивидуалне радне спорове, проширено је прошлогодишњом новелом и на спорове поводом злостављања на раду. Вид. Закон о мирном решавању радних спорова (*Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 104/09), чл. 3 ст. 1.

15 Вид. Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010), чл. 29–33.

Са друге стране, Закону о спречавању злостављања на раду може се приговорити да отвара *низ дилема, од адекватности и употребљене терминологије, до значења појма злостављања на раду*. Потоња дилема је, чини се, и најозбиљнија, будући да је најнепосредније скопчана са правном квалификацијом понашања којима се успоставља злостављање на раду, нарочито када је реч о учесталости и евентуалној дуготрајности овог понашања, као и о могућим тумачењима законске синтагме „непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“. Ове примедбе, у извесној мери, релативизује чињеница да законска дефиниција психичког узнемиравања на раду мора бити флексибилна, будући да је спектар понашања којима се успоставља узнемиравање врло широк, а перцепција допуштености тих понашања различита од једне до друге радне (и културне) средине.¹⁶ Извесну помоћ у идентификацији понашања којим се успоставља злостављање пружа и правилник који обезбеђује примену Закона о спречавању злостављања на раду, будући да је у њему утврђен *numerus clausus* аката и радњи које се не сматрају злостављањем, уз егземплифкативно набрајање понашања која би могла да укажу на злостављање.¹⁷ Упркос томе, може се очекивати да ће одредбе Закона о спречавању злостављања на раду суочити послодавце и запослене са бројним изазовима, од којих је централни – повлачење деликатне линије разграничења између обичног задиркивања или шале међу колегама, са једне стране, и увредљивог и неприхватљивог понашања, са друге стране. Са истим изазовом биће суочене и судије, тим пре што, уз изузетак судских одлука у којима је одлучивано о шикани, не постоји развијена судска пракса о психичком узнемиравању на раду.

16 V. Di Martino, H. Hoel, C. L. Cooper, *нав. рад*, стр. 47.

17 Вид. Правилник о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 62/2010), чл. 12–13.

мр *Нашаша* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО ОСИГУРАЊА

I На дневном реду у свету и код нас

1. „Уговорно право осигурања између пословног права и заштите потрошача“¹

Извештај о уговорном праву осигурања, припремљен од стране проф. др *Helmut Heiss*-а, поводом 18. међународног Конгреса о упоредном праву, одржаног у Вашингтону крајем јула 2010. године, носи наслов Уговорно право осигурања између пословног права и заштите потрошача.² Генерални извештај се заснива на подацима из 18 националних извештаја. Подносиоци националних извештаја су: Аустралија, Аустрија, Белгија, Бразил, Венецуела, Грчка, Данска, Енглеска, Италија, Јапан, Немачка, Норвешка, Португал, Сједињене Америчке Државе, Тајланд, Финска, Француска и Чешка Република. Ови извештаји нису ограничени на информације које се тичу развоја права осигурања појединих држава, већ описују и правне трендове региона којима те државе припадају.³ У оквиру регионалног развоја права, ефекат подстицања хармонизације права од стране Европске уније је посебно значајан. С

1 Генерални извештај о стању у праву осигурања представљен на годишњој скупштини међународне академије за упоредно право.

2 Insurance Contract Law between Business Law and Consumer Protection, General Report by Helmut Heiss, доступно на адреси: www.wcl.american.edu/event/2010congress/reports/General_Reports/III_A_4_Insurance_Conrtact_Law_between_Business_Law_and_Consumer_Protection.pdf?rd=1.

3 Тако се, примера ради, од извештача тражи не само да дискутују о економском значају комерцијалних и потрошачких осигурања у њиховим државама, већ и да размотре економски значај ових типова осигурања у регионима којима припадају.

тим у вези, у генералном извештају је посвећена пажња како постојећем европском праву осигурања (*acqui communautaire*), тако и Принципима европског уговорног права осигурања (*Principles of European Insurance Contract Law*), који још увек чине само пројекат, који тек треба имплементирати.

На почетку извештаја се истиче да је он у великој мери репрезентативан и да покрива различите регионе света у којима се осигурању придаје велики значај. Полазећи од класификовања националних извештаја према регионалном фактору и/или припадности породицама права, уочава се следеће: европско континентално право осигурања се према својим карактеристикама може сврстати у германски (Немачка, Аустрија, делимично Швајцарска и Грчка), романски (Белгија, Француска, Италија и Португал), нордијски (Данска, Финска и Норвешка) или централно европски (државе централне и источне Европе, чије је право осигурања још увек у периоду транзиције) модел. Што се тиче *common law*-а, у групу ових система, поред енглеског и америчког права, убраја се и аустралијско право. Азијско право је представљено правима двеју високо развијених држава: Јапана и Тајланда. Бразил и Венецуела су представници права Латинске Америке, док су арапско и афричко право остали без представника.

Сам наслов извештаја указује на то да се модерно уговорно право осигурања налази између пословног права и права заштите потрошача. То, наравно, не важи за реосигурање, које се увек сматра комерцијалном трансакцијом, будући да се закључује између две компаније. Како ни у ком случају не може имати обележја потрошачког уговора, реосигурање је изостављено из генералног извештаја. Насупрот реосигурању, директно осигурање се, у зависности од обележја ризика и уговорних страна, може сматрати потрошачким или комерцијалним уговором. Тако се неки ризици традиционално сматрају предметом комерцијалног осигурања. То је случај са: осигурањем превозних средстава, осигурањем робе у превозу или осигурањем од одговорности према трећима произашлој из превоза.⁴ Нека се, пак осигурања, попут животних или осигурања за случај повреде, увек закључују као уговори са слабијом страном. Иако се често дешава да оваква осигурања у форми колективних закључују правна лица тј. послодавци у име и за рачун својих запослених, она због тога не добијају карактер комерцијалних осигурања. Битно је да је ризик такав да се односи на приватну сферу појединца, а не на комерцијали ризик послодавца, који обезбеђује заштиту од њега. Најзад, не могу се занемарити осигурања која су на граници тј. која се некада

4 Иако није искључено да се транспортно осигурање закључи као потрошачки уговор, број оваквих уговора је занемарљив.

сматрају комерцијалним (на пример, ако се закључују као део пословне трансакције, тј. за комерцијалне сврхе), а некада потрошачким (на пример, ако се закључује као уговор за приватне потребе појединца). То је случај са осигурањем од одговорности и осигурањем имовине. Заправо, таквих осигурања је све више, због чега се мора истаћи *бийоларноси* модерног уговорног права осигурања.

Када је реч о економском значају делатности осигурања у целини, као и појединих сектора осигурања, у извештају се истиче да она може бити утврђена на основу различитих параметара. Поред премија, количина пружених услуга осигурања и профитабилност појединачних сектора су врло значајни индикатори. Генерални извештај се заснива на премијском доходу као кључном показатељу макроекономског утицаја осигурања. Извештај показује да је много већи удео премија потрошачких осигурања, међу којима предњаче неживотна осигурања. Економски подаци, заправо, откривају да су данас потрошачке трансакције истог значаја као комерцијална осигурања.

Што се тиче регулативе и проучавања уговора о осигурању, он се само у још неколико држава (Грчка, Јапан и Тајланд) сматра привредним уговором и проучава у оквиру пословног права. Друге државе показују тенденцију ка измештању права осигурања из пословног права и сврставању у опште приватно право (Бразил, Чешка, Данска, Финска) или ка креирању квази самосталне дисциплине (Белгија и Португал). Осамостаљивање права осигурања се сигурно може довести у везу са најновијим кодификацијама права осигурања (случај немачког и француског права). Пре него што се размотре разлике између уговора о осигурању као пословноправног и потрошачког уговора, упутно је позабавити се процедуралним аспектима. Питање је, заправо, да ли спорове из осигурања треба да решавају специјализовани (по правилу трговински) судови или је довољно задржати надлежност редовних судова?⁵ И каква су шансе алтернативних метода решавања спорова из осигурања? У највећем броју држава, спорови из осигурања су у надлежности редовних судова, с тим да постоје посебна већа задужена за решавања спорова из поморских осигурања. Изузетак у том смислу представљају аустријско и белгијско право, где специјализовани трговински судови решавају како спорове из комерцијалних, тако и из потрошачких

5 Јасно је да се од трговинских судова може очекивати већи степен специјализације и експертског познавања осигурања. Али, с друге стране, они су погоднији да осете смисао и дух комерцијалних трансакција, него да се баве заштитом потрошача као слабије стране. Решење сигурно не лежи у поверавању ових спорова судовима опште надлежности, који нити поседују специјализована знања, нити су комерцијално или потрошачки оријентисани.

осигурања.⁶ Када се ради о алтернативним методама решавања спорова, арбитражне клаузуле су саставни део скоро свих комерцијалних осигурања, док се медијација сматра начином решавања малих тј. потрошачких спорова (енгл. *small claims procedure*). Поред медијације, значајну улогу у решавању спорова из потрошачких осигурања има и омбудсман. Спорови из осигурања могу бити поверени специјалном омбудсману за осигурање, омбудсману за права потрошача или омбудсману надлежном за финансијске услуге. Значај омбудсмана је различит у појединим државама. Разлике се испољавају у три сегмента. Прво, у погледу броја случајева. Тако се у Енглеској скоро сви потрошачки спорови решавају од стране омбудсмана, док то није случај са немачким правом. Друго, надлежност и овлашћења омбудсмана се разликују од државе до државе. Они немају увек овлашћење за доношење одлука, а ако га и имају, квалитет одлука које доносе није исти (тј. зависи од тога да ли су обавезујуће за друштва осигурања). Треће, вредност предмета спора се разликује. Утицај потрошачког права се осећа и кроз увођење *class actions* као механизма заштите права осигураника и уопште корисника услуга осигурања. Надзор над пословима осигурања се спроводи у циљу заштите интереса осигураника, а да се, при том, не прави разлика између комерцијалних и потрошачких осигурања.

Преглед референтних законодавстава показује да је уговорно право осигурања данас предмет специјалног законодавства. Уговор о осигурању није регулисан у општем грађанском, нити трговачком законнику, већ у посебном закону о уговору о осигурању. Изузетак представља право Јапана, које традиционално регулише уговор о осигурању у трговачком законнику. Али, и овај изузетак више није актуелан будући да је 1. априла 2010. ступио на снагу Закон о осигурању. Овај принцип донекле релативизује поморско осигурање, које је уређено посебним законима (попут енглеског *Marine Insurance Act*) или (у неколико држава) трговачким закоником. У Шведској је, примера ради, 1980. године донет посебан закон о потрошачким осигурањима, чије су одредбе имплементирани у Закон о уговору о осигурању из 2005. године, који садржи посебан део посвећен управо овим осигурањима. Сличан развој постоји и у енглеском и шведском праву. 2009. су две правне комисије представиле извештај и нацрт закона који регулише предуговорну обавезу уговарача осигурања да пријави све околности значајне за оцену ризика у области потрошачких осигурања. Ако се овај закон усвоји, енглеско уговорно право осигурања ће бити подељено на три дела: опште уговорно

6 Наиме, у овим правима се уговор о осигурању увек сматра привредним уговором. Како је осигуравач трговац, уговор о осигурању је пословна трансакција, независно од тога да ли је закључен са неким другим трговцем или потрошачем.

право осигурања (претежно засновано на прецедентном праву), поморско осигурање (кодификовано Законом о поморском осигурању) и потрошачко право осигурања (за које важе посебна правила). Тенденцију ка увођењу потрошачке заштите у право осигурања показује и грчко право. Нешто другачији приступ негује аустралијско право, где се у закону наводи да је примена одређених одредби резервисана само за потрошачка осигурања. Ситуација је нешто другачија када питање заштите није регулисано у оквиру законодавства које се односи на осигурање, већ применом националног закона о заштити потрошача (као што је случај са Аустријом, Француском, Јапаном и Тајландом) или неког другог закона који садржи и одредбе применљиве на уговор о осигурању. Заправо, једна од законитости која се уочава у свим правима је да у мери у којој је опште потрошачко право применљиво на уговор о осигурању утолико се за њега може рећи да представља допунски извор права осигурања. На тај начин и у правима која не познају стриктну разлику између комерцијалних и потрошачких осигурања настаје потрошачко право осигурања, иако се често тако не зове. Ово важи и за осигурање Европске уније. Директива 1993/13/ЕЕС која се односи на потрошачке уговоре такође обухвата и осигурање. И док национални законодавци имају обавезу да имплементирају одредбе о заштити потрошача, ништа их не спречава да прошире опсег ове заштите и на непотрошаче попут малих и средњих предузећа.

И поред свих измена, у извештају се наглашава да уговорно право осигурања не постаје потрошачко право у формалном смислу. Недавно донети закони о уговору о осигурању или реформе постојећих закона јако повећају степен заштите уговарача осигурања, осигураника, као и средњих и малих предузетника и предузећа. Заправо, ако се ствари посматрају суштински, да се закључити да национални закони о уговору о осигурању усвајају типичне инструменте заштите потрошача и примењују филозофију заштите слабије стране.⁷ Заштита слабије стране, као крајњи циљ потрошачког права, представља основ модерних кодификација права осигурања. Типични примери утицаја конзумеризма на уговорно право осигурања су: заштита од некоректних уговорних клаузула, право уговарача осигурања на повлачење из уговора (тзв. *cooling off period*), право да добије информације и савете од осигуравача, агента или брокера, као и да добије одговарајуће исправе о осигурању на време и у писаном облику. Један од показатеља до каквих промена у уговорном праву осигурања је довело коришћење инструментата заштите пореклом из потрошачког права је чињеница да се да-

7 Другим речима, правила и институти потрошачког права све више продиру у уговорно право осигурања.

нас све више ограничава дужност пријављивања околности значајних за оцену ризика. Ова дужност уговарача осигурања (која је сигурно један од најзначајнијих механизма заштите осигураваача од уговарача осигурања, који је у информационој предности, што може довести до негативне селекције ризика) посматра се кроз призму заштите уговарача осигурања као слабије уговорне стране.

Разликовање потрошачких и комерцијалних осигурања нема смисла ако се не направи разграничење између „потрошачких“ и „комерцијалних“ ризика. Будући да национална законодавства по правилу не садрже ово разграничење, у те сврхе може послужити одредба Директиве 73/239/ЕЕС (прва неживотна директива).

2. Усвојене нове Институтске клаузуле за осигурање робе

1.1.2009. године усвојен је нови текст Клаузула за осигурање робе Института лондонских осигураваача. Тиме су престале да важе клаузуле из 1982. године, које су се примењивале скоро две деценије и којима је остварен значајан помак у смислу прилагођавања типских услова поморског карга потребама међународне трговине двадесетог века. Осим језичких дотеривања, нова верзија клаузула садржи и бројне измене постојећих клаузула, које их чине знатно јаснијим. Језичке интервенције у комбинацији са суштинским изменама треба да смање потенцијал за избијање спорова у вези са тумачењем клаузула карго осигурања и тако допринесу сигурности међународног промета. Што се тиче језичких измена, уместо термина роба (*goods*), користи се термин осигурани предмет (*subject matter insured*), за означавање осигураваача не користи се застарели израз *underwriter* већ *insurer*, лица чији се поступци приписују осигуранику су запослени (*employees*), а не службеници (*servants*). Када се ради о изменама супстанцијалне природе, реч је о следећем:

- Општа клаузула о искљученим штетама измењена је на следећи начин:
 - 1) губици, оштећења и трошкови услед мањкавог или неадекватног паковања или припреме осигураног предмета искључени су из покрића у два случаја: а) ако су паковање или припрема извршени од стране осигураника или његових запослених и б) ако су паковање или припрема извршени пре ступања на снагу осигурања. Заправо, најкрупнија и најдалекосежнија промена коју доноси нова формулација клаузуле 4.3. је придавање већег значаја паковању и припремању робе. Паковање и припрема робе морају бити извршени тако да гарантују да ће роба бити у стању да издржи уобичајене опасности осигураног путовања.

- 2) Губици, оштећења и трошкови изазвани закашњењем нису обухваћени покрићем, чак и када је закашњење изазвано осигураним ризиком. Једина новина ове клаузуле је изостављање речи непосредно (*proximately caused*), коју су многи коментатори старе верзије институтских клаузула помињали као потенцијални извор спорова.
 - 3) Искључење штета због инсолвентности или неизвршавања финансијских обавеза од стране власника брода, чартера и других лица је ограниченог домета. Наиме, осигуравач се може успешно ослонити на ово искључење само ако је осигураник био несавестан и знао да инсолвентност или неизвршење финансијских обавеза од стране неког од поменутих лица могу спречити нормално одбијање путовања. Насупрот томе, ако је осигураник био савестан или ако је извршен пренос полисе осигурања, ова искључена штета се не може применити.
 - 4) Искључење штета изазваних употребом нуклеарне или атомске фузије је формулисано на модернији начин и уз ширење могућности његове примене. Уместо речи произашлих (*arising from*), користе се речи директно или индиректно изазваних (*caused*) или произашлих (*arising from*). Уместо ратног оружја (*weapon of war*) творци клаузула из 2009. употребљавају израз било које оружје или справа (*any weapon or device*) под који се могу подвести и тзв. прљаве бомбе (*dirty bombs*) које често користе терористи како би изазвали велика загађења.
- Клаузула о неспособности брода за пловидбу се примењује ако:
 - 1) осигураник зна за неспособност или неподобност брода за пловидбу или другог возила у време укрцаја; 2) ако су контејнер или возило неприкладни за сигуран превоз робе, а утовар је извршен пре закључења осигурања или је извршен од стране осигураника или његових запослених коју су за ту неприкладност знали. Посебно значајна новина ове клаузуле је увођење заштите савесних лица, којима је полиса карго осигурања пренета као део обавезујућег уговора о продаји, јер се сматра да они нису у могућности да контролишу или проверавају оспособљеност брода за пловидбу, односно пригодност контејнера. У крајњој линији, шансе осигуравача да се успешно позива на ову клаузулу су знатно мање, што је у несумњивом интересу осигураника. Он, осим тога, може

одустати од позивања на кршење прећутног јемства да је брод способан за пловидбу и подобан да превезе осигурану робу до одредишта.

- Клаузула о искључењу ризика штрајка је проширена. Ризик штрајка је дефинисан на уобичајени начин, али је искључење тероризма шире формулисано, тако да обухвата широки дијапазон претњи које се могу јавити, као и различите мотиве који могу бити позадина терористичког напада.
- Клаузула о трајању осигурања почетак осигурања не везује за моменат када роба напусти складиште (*from the time the goods leave the warehouse*), већ за моменат када се она први пут помери у складишту... зарад укрцавања (*from the time the subject matter insured is first moved in the warehouse... for the purpose of the immediate loading*). Реч је о значајној новини, јер за разлику од старих клаузула по којима је покриће почињало тек када роба напусти складиште, нове клаузуле омогућавају деловање осигурања и у току самог ускладиштења, под условом да је започело предузимање радњи неопходних за укрцај. Покриће се, дакле, не односи на цео период ускладиштења који претходи операцији превоза, већ само на онај део који непосредно претходи укрцају на брод или друго превозно средство. Новина је да осигурање престаје ако роба остане на броду и осигураник, односно његови запослени одлуче да брод искористе за ускладиштење изван уобичајеног тока превоза. Клаузула из 1982. је била ужег домета, јер се тицала само осигураника који је донео одлуку у вези са ускладиштењем или доставом и расподелом. Будући да су сада изричито поменути и запосленици осигураника, они морају постати свесни утицаја својих одлука на доступност покрића.
- Клаузула о промени путовања је знатно проширена. У првом делу, који је делимично преузет из старе верзије, а делимично измењен, избегава се коришћење израза *held covered*, који је био извор наспоразума и спорова у међународном промету. Клаузула врло прецизно упућује осигураника шта треба да учини уколико се, након закључења уговора о осигурању, јави потреба за променом места опредељења. При том се прави разлика између случаја када је до те промене дошло на основу његове воље, односно без његовог или без знања његових запослених. Нарочито је значајна новина уведена регулисањем другог случаја. Њоме се, наиме, могу обухватити све ситуације тзв. фантомских бродова (*phantom ships*). У међународном промету није тако рет-

ко да брод, снабдевен лажном документацијом, преузме робу и превезе је до другог места опредељења и тамо прода. Да се не би дешавало да савесни осигураник, који је уредно платио премију, остане без покрића, ова клаузула предвиђа екстензију осигурања и на промењено путовање.

- Клаузула о користи из осигурања је формулисана на много јаснији начин, што ће несумњиво допринети сигурности међународног промета. Основна новина је уметање дефиниције осигураника у клаузулу, што може бити корисно и приликом примене других клаузула ове верзије. Осигураником се, дакле, не сматра само лице које је закључило уговор о осигурању робе, већ и лице у чију корист је уговор закључен, као и лице коме је уговор пренет као део посла међународне продаје робе. Уговор не може донети користи превозиоцу, јер је за њега *res inter alios acta*, нити осталим трећим лицима (у новој верзији се изричито не помињу складиштари, али је јасно да су и они обухваћени појмом остала трећа лица).

3. Представљен Нацрт српског Закона о јавним бележницима (нотарима)

Под окриљен Министарства правде представљен је Нацрт Закона о јавним бележницима, којим се после неколико деценија дисконтинуитета, уводи ова тако значајна функција у наш правни поредак. Увођење јавних бележника, који треба да допринесу растерећењу државног правосудног апарата, отвара питање начина на који је, у тренутку увођења института, најпогодније регулисати питање њихове одговорности. У вези са тим је и питање осигурања од одговорности јавних бележника. Нацрт се опредељује за увођење овог осигурања као обавезног и прописивање минималних сума на које се оно закључује. Овај сегмент нацрта сматрамо јако значајним у фази установљавања функције јавног бележника и стварања претпоставки за успешно обављање поверених функција. С обзиром на недовољно искуство првих носилаца јавнобележничких функција и бројност поверених послова, за очекивати је – бар у првим годинама – настанак штетних последица грађанима корисницима њихових услуга. Зато је било неопходно уредити осигурање од одговорности јавних бележника као обавезно.

Према тексту Нацрта, јавни бележник је дужан да пре почетка рада закључи уговор о осигурању за штету коју би могао проузроковати трећем лицу обављањем делатности.⁸ Осигурање од одговорно-

8 Нацрт, чл. 63.

сти јавних бележника је, дакле, конципирано као услов за отпочињање рада, тј. за добијање лиценце. Оно се, при том, односи и на радње јавнобележничког заменика, кандидата, приправника и других лица која раде код јавног бележника. Ради обезбеђења што веће сигурности, најнижи износ суме осигурања одређује јавнобележничка комора (даље: Комора) уз сагласност Министарства правде (даље: Министарство). Осим директног закључења уговора о осигурању, јавни бележници се могу осигурати и преко Коморе, у ком случају су дужни да плаћају Комори накнаду за утврђену висину осигурања од одговорности, а под условима које одреде осигуравајућа друштва, Комора и министарство, односно у складу са уговором о колективном осигурању који комора закључи са осигуравајућим друштвом. Значајно је да јавни бележник може уживати погодности осигуравајуће заштите од момента када је поднео захтев за осигурање преко Коморе, ако је пре настанка штете закључен уговор о колективном осигурању.

II Речник и појмови осигурања

Уговорена вредност

У области имовинских осигурања важи начело обештећења које захтева да сваки предмет који се осигурава има одређену имовинску (материјалну) вредност. Иако је постојање материјалне вредности осигураног предмета предуслов закључења уговора, јер без ње не може бити речи ни о постојању осигураног интереса, осигураник није обавезан да, приликом закључења уговора о осигурању, обавести осигуравача о вредности осигураног предмета. Довољно је да га обавести о висини суме на коју жели да закључи осигурање. Тек када дође до наступања осигураног случаја и подношења одштетног захтева осигураник треба да пружи податке о вредности осигураног предмета. Али, иако позитивно право не условљава закључење уговора о осигурању одређивањем вредности осигураног предмета, осигураници код одређених врста осигурања (попут осигурања робе) редовно одређују вредност осигураног предмета у споразуму са осигуравачем. У том случају говоримо о уговореној вредности. Полисе које садрже уговорену вредност називају се валутиране (таксиране) полисе, док се оне које не садрже уговорену вредност називају невалутиране (нетаксиране) полисе.

Уколико је вредности уговорена, то у полиси треба изричито навести. Ово стога да би се избегла било каква забуна, јер се у сваку полису, како таксирану, тако и нетаксирану, уноси одредба о износу на који је осигурање закључено. Док уношење одредбе о висини осигуране суме

има за циљ недвосмислено одређивање горње границе обавезе осигуравача и не представља доказ о вредности осигураног предмета, уговорена вредност у односима осигуравача и осигураника *служи као дејтерминанција вредности осигураног предмета*. Да ли износ одређен уговором о осигурању представља суму осигурања или уговорену вредност утврђује се тумачењем полисе осигурања. Основна погодност коју осигуранику доноси уговарање вредности састоји се у томе да *он може унапред знати од које вредности ће се њој приликом израчунавања накнаде*. Будући да је, осим у изузетним случајевима, уговорена вредност обавезујућа за обе стране, осигураник може да буде сигуран да ће се управо она узети у обзир приликом ликвидације одштетног захтева. Уколико, међутим, пропусти да одреди вредност осигураног предмета у споразуму са осигуравачем, он преузима на себе ризик и све тешкоће које са собом носи одређивање његове стварне вредности. Друга, још значајнија предност, коју пружа уговорена вредност је могућност да се осигурањем обухвати не само *вредности осигураног предмета на почетку периода осигурања*, већ и *различити интереси* које у вези са њим *осигураник има или може очекивати да ће стићи* (ово је нарочито погодно за осигуранике који осигуравају велики број пошиљака робе које се превозе на њихов ризик и који настоје да осигурањем покрију и различите трошкове које у вези са тим могу имати).

ПРАВНА ПРАКСА

Милица ЂОСОВИЋ-КИТИЋ
секретар Суда части при Привредној комори Београда

ИЗВОД ИЗ ПРАКСЕ СУДА ЧАСТИ ПРИ ПРИВРЕДНОЈ КОМОРИ БЕОГРАДА

1. Неоснован је захтев оштећеног за накнаду трошкова које је имао у поступку пред Судом части, који је обустављен услед одустанка тужиоца Суда части од тужбеног захтева због закљученог судског поравнања.

Образложење:

У поступку пред Судом части окривљени и оштећени споразумели су се да спор реше мирним путем, тако што ће окривљени да исплати, на име претрпљене штете, оштећеном као кориснику услуге одређени новчани износ, па је закључено судско поравнање, које је суд одобрио. Оштећени је пред судом изјавио да нема других потраживања према окривљеном и да може да се сматра да је спорни однос решен у целини. Обе стране су потписале тако закључено поравнање, након чега је окривљени оштећеном исплатио, одмах пред судом новац на име накнаде, што је оштећени примио, без примедби.

Након овако решеног спорног односа, тужилац Суда части је одустао од оптужног предлога и даљег гоњења, обзиром да није била у питању повреда јавног интереса а да су се спорне стране договориле и договор реализовале, па је веће Суда части поступак обуставило у складу са чл. 31 Правилника о организацији, саставу и раду Суда части (*Сл. лист* *Града Београда*, бр. 16/03 и 6/09).

Оштећени је благовремено изјавио жалбу на решење о обустави поступка у делу који се односи на трошкове поступка, којом је тражио

да суд обавезе окривљеног да му накнади трошкове поступка које је имао.

Другостепено веће након разматрања навода у жалби, нашло је да жалба није основана. Наиме, у чл. 92 став 1 Правилника о организацији саставу и раду Суда части (у даљем тексту: Правилник), прописано је да трошкове поступка сноси окривљени ако је оглашен кривим. Обзиром да у конкретном случају окривљени није оглашен кривим, већ је поступак окончан обустављањем судског поступка после повлачења оптужног предлога од стране тужиоца Суда части (због закљученог судског поравнања) и изјаве оштећеног-жалиоца да не преузима даље гоњење, коју је дао на рочишту за главни претрес, то не постоји правни основ за признавање трошкова оштећеног-жалиоца, после повлачења оптужног предлога уз безусловну сагласност жалиоца на овакав исход спора.

На основу свега изнетог и чл. 78-90 Правилника, донета је наведена одлука.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 147/07 од 9.6.2008. године и одлука Другостепеног
већа Дв. бр. 26/08 од 18.7.2008. године)

2. Привредни субјект који се бави продајом робе има право, када за то постоји основана сумња, да изврши контролу ствари остављених, односно унетих у продавницу као и ствари које се из ње износе од стране потрошача, али је дужан да обавести о томе да ће приступити контроли и при том покаже пажњу и стрпљење, а у случају грешке дужан је да се извини потрошачу, у супротном чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.

Образложење:

Против окривљеног као продавца покренуо је поступак тужилац Суда части због тога што је у његовом продајном објекту, оштећени после плаћања купљених артикала на каси, на груб, неуљудан и непрофесионалан начин заустављен од стране запосленог у продајном објекту, речима „стани“ и одмах га оптужио да је узео неки артикал, захтевао да покаже шта има у џеповима. Како није ништа пронашао, без речи извињења, окренуо је леђа оштећеном и напустио место догађаја. Када је оштећени покушао да се притужи на такав поступак код пословође, пословођа није оштећеном упутио извињење већ је правдао поступање запосленог.

Окривљени се у поступку пред судом бранио тако што је истакао да се радило о неспоразуму. Сматра да понашање радника обезбеђења који се грубо обратио оштећеном и на непрофесионалан начин, нису

оправдани али је пракса да сумњиве особе, или које су затечене у крађи зауставља радник обезбеђења, а да је ово је први пут да је дошло до грешке зато што је замењена особа. Сама чињеница да некога треба зауставити ради провере није пријатна околност и да је пракса показала да је тешко очекивати љубазност у таквој ситуацији, али да ће уколико се утврди да се запослени радник обезбеђења није извинио оштећеном, а обзиром да је очигледно погрешну особу претресао, против њега бити покренут дисциплински поступак.

Замолио је суд да узме у обзир и чињеницу да је такво понашање ствар личне културе и васпитања и да је таквим понашањем угрожен и пословни углед окривљеног.

На основу изведених доказа и навода, суд је утврдио да су се у радњама окривљеног стакла сва битна обележја повреде добрих пословних обичаја и пословног морала, а из разлога што је током поступка несумњиво утврђено да окривљени није поступио у складу са Кодексом пословне етике.

Према одредбама Кодекса пословне етике (у даљем тексту: Кодекс), продавац има право, када за то постоји основана сумња, да изврши контролу ствари које потрошач унесе у продавницу или из ње износи али је дужан да то чини уз претходно обавештење власника ствари, односно потрошача и у његовом присуству изврши контролу. У чл. 38. Кодекса прописана је обавеза продавца да у опхођењу са потрошачима покаже стрпљење и пажњу а у случају грешке, истом се извини, као и због поступка његовог запосленог, на чији рад је притужба била оправдана.

Како је окривљени повредио одредбе Кодекса и добре пословне обичаје, оглашен је кривим и изречена му је адекватна мера друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 25/09 од 18.6.2009. године)

3. Привредник који приликом извођења инсталатерских радова у стану корисника услуге, угради половне делове без знања и сагласности корисника услуге, а нове делове које је претходно корисник услуге набавио за уградњу, неовлашћено присвоји и изда рачун са нетачним означањем валуте у којој је услугу наплатио, чини више повреда добрих пословних обичаја и пословног морала.

Образложење:

Оптужним предлогом тужиоца Суда части окривљеном је стављено на терет да је учинио повреду добрих пословних обичаја и

пословног морала из области пржања занатских услуга зато што је кориснику-наручиоцу услуге неквалитетно извео радове у стану, и то: кухињи и купатилу, направио многе пропусте а рекламацију није уважио.

Окривљени је оспоравао наводе из оптужног предлога наводећи да није спорно да је изводио радове код оштећеног у стану, и то у купатилу и кухињи, тако што је инсталирао у купатилу лавабо, WC шољу, туш, у кухињи славине. Тврдио је да је посао урадио квалитетно и да је наплатио у динарима и издао рачун.

На основу изведених доказа суд је утврдио да су се окривљени и оштећени договорили да окривљени изведе инсталтерске радове у стану оштећеног. Договор је био да све потребно за извођење радова набави оштећени, што је он и учинио. Договорили су се и за цену радова у одређеном динарском износу.

Након што је окривљени завршио са радовима, оштећени је приметио да радови нису изведени сходно договору, да нису уграђени сви елементи које је он набавио у договору са окривљеним, односно да су уграђени елементи који нису његови.

Оштећени је приговорио на уочене недостатке, на шта је окривљени изјавио да делови које је купио оштећени нису исправни, па је зато уградио своје. На инсистирање оштећеног, вратио је претходно узете делове (армалове славине и пратеће делове који служе њиховј уградњи), а све након неколико дана и већих непријатности, а такође и рачун који је издао накнадно, и то, поново на инсистирање оштећеног, нетачно је попунио.

Ценећи утврђено чињенично стање суд је нашао да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја јер је поступио непоштено, супротно правилима стукe, понашао се грубо и безобзирно, одбио све рекламације, па како се ради о повећаној опасности да ће и убудуће чинити овакве и сличне повреде, суд му је изрекао меру јавне опомене са објављивањем у средствима јавног информисања.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр.148/08 од 21.1.2010. године)

4. Продајом техничке робе без атеста и декларације привредно друштво чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.

Образложење:

На бензијској станици окривљеног, оштећени је купио плинску боцу са неисправним вентилом, без атеста и декларације. Боцу је пу-

стио у употребу, и после неколико дана осетио је мирис из боце, и одмах је рекламирао. Није проверавао исправност вентила приликом куповине, јер сматра да то није на њему као потрошачу, а тврди да је он лично предузео све радње које иначе предузима приликом замене боце.

На основу изведених доказа суд је утврдио да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања услуга а која се састоји у продаји плинске боце са неисправним вентилом без атеста и декларације.

Суд је ценио одбрану окривљеног у делу у којем наводи да купац осим фискалног рачуна није имао други доказ да је баш ту плинску боцу купио код окривљеног и да је иста била неисправна у тренутку продаје и предаје оштећеном, али налази да су ти наводи срачунати у циљу избегавања одговорности окривљеног. Такође, суд је имао у виду и наводе окривљеног да се на бензинској станици не врши пуњење боца већ само њихова продаја, да он боце набавља од добављача и такве продаје, те да за исправност није он крив, али суд је нашао да је окривљени одговоран за робу коју продаје по принципу објективне одговорности, а посебно што се ради о опасној и лако запаљивој ствари па је био дужан да поступи са дужном пажњом, да боце провери и да уколико увиди да су исте неисправне врати добављачима.

Имајући у виду да је окривљени предузео све мере у погледу провере исправности преосталих боца, да је променио начин набавке и добављача тако што ће у будуће набављати херметички затворене боце и да је рекламацију оштећеног благовремено решио, суд је одлучио да га блаже казни за учињене повреде одредаба Кодекса.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 132/09 од 25.2.2010. године)

5. Продавац чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, када ускрати потрошачу да узме робу чију цену жели да плати чеком грађана, само зато што је потрошач одбио да напише на полеђини чека, поред имена и броја личне карте и свој број телефона.

Образложење:

Окривљени је оглашен кривим зато што је захтевао у свом мало-продајном објекту од потрошача, приликом плаћања цене за купљену робу, да на полеђини чека напише име, број личне карте и број телефона, иако је оштећени касирки омогућио увид у личну карту, из које су уписана прва два податка, а одбио да саопшти свој број телефона, при чему му је касирка саопштила да неће добити робу, па како је оштећени

остао доследан у својој намери, ускраћено му је да купи робу коју је имао намеру да плати чеком.

Окривљени се бранио наводећи да је велики трговински ланац и да је својим потрошачима омогућио одложено плаћање робе чековима грађана, и да се услед тога свакодневно среће са злоупотребама плаћања чековима грађана (украденим чековима, неважећим, односно погрешно попуњеним услед чега се јавља проблем реализације чека, тј. уновчавање код пословних банака), као и немогућност да са потрошачем ступи у контакт или провери индентитет на основу броја личне карте.

Међутим, окривљени ниједним својим актом није условио или обавезао своје запослене да онемогуће куповину робе, уколико потрошач не жели да на полеђини чека остави своје додатне податке.

На основу изведених доказа и навода у одбрани суд је утврдио да је оштећени на каси предао личну карту из које је касирка узела податке и исте написала на полеђини чека, којом приликом је оштећени одбио да касирки саопшти свој број телефона јер се ради о приватној ствари. Касирка је позвала шефицу како би изнудила број телефона својим ауторитетом, па како је оштећени остао доследан, позван је шеф смене, а све то време оштећеног је чувало обезбеђење окривљеног, како се не би удаљио са робом.

Након спроведеног поступка суд је нашао да су се стекла сва обележја повреде добрих пословних обичаја и пословног морала из области промета роба и услуга, из разлога што је окривљено правно лице поступило супротно одредби чл. 1 Закона о чеку, којим је прописано шта чек мора да садржи да би вредео као чек. Наиме, законом је прописано да чек садржи означавање да је чек, безусловни упут да се плати одређена свота новца из трасантовог покрића, име оног који треба да плати (трасат), место где треба да плати, означавање дана, места издавања чека и потпис онога који је издао чек.

Окривљени је захтевајући од потрошача да приликом плаћања цене за купљену робу, на полеђини чека напише име, број личне карте и број телефона, ускратио куповину робе оштећеном као потрошачу, чиме је повредио добре пословне обичаје и пословни морал, али и свој углед.

Суд је окривљеног огласио кривим и изрекао адекватну меру друштвене дисциплине.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 141/09 од 31.3.2010. године)

6. У радњама овлашћеног сервиса који приликом пријема мобилног телефона на сервисирање, уредно испоштује све фазе у сервисирању како је то прописано општим актом о рекламацији окривљеног и позитивним прописима, па се установи да је апарат оштећен услед нестучног руковања и отварања у гарантном року, нема повреде добрих пословних обичаја и пословног морала на страни сервисера.

Образложење:

Против окривљеног покренут је поступак оптужним предлогом Суда части зато што је кориснику услуге, приликом сервисирања мобилног телефона марке „Нокиа 6070“, који се након краће употребе покварио у гарантном року, укинуло гаранцију уз наводно образложење, да је телефон отворан од стране неовлашћеног лица.

Окривљени је оспорио наводе у оптужном предлогу, наводећи да је предметни телефон, донет у сервис од стране власника телефона, са описом квара „не пали“. Приликом пријема у сервису окривљеног, телефон није отворан јер запослени код окривљеног који ради на пријему није овлашћен да установљава квар. Након прегледа од стране овлашћених радника сервиса-комисије, установљено је да је телефон отворан од стране неовлашћеног лица, о чему је писмено обавештен корисник услуге уз напомену да је гаранција укинута и апарат је враћен власнику, са извештајем и фотодокументацијом у прилогу.

Након два месеца власник апарата је поново донео апарат у сервис са молбом да се покуша отклањање квара у чему се није успело, па је враћен власнику који је, незадовољан одговором, поднео пријаву инспекцији.

Окривљени се бранио наводећи да је овлашћени сервисер за апарате „Нокиа“ и за случај да се апарат поправља у гарантном року и квар буде такав да није могућа поправка, „Нокиа“ му као сервисеру признаје све трошкове сервисирања, тако да није било разлога да се апарат не поправи. Међутим, ово не важи у случају када се гаранција поништи због поправке од стране неовлашћеног лица или сервиса.

Суд је ценио наводе окривљеног као и одредбу у гарантном листу којом је прописано да гаранција престаје да важи, између осталог, ако се установи да је у гарантном року апарат отворан од стране нестучног и неовлашћеног лица. Из приложене фотодокументације се јасно види да су на телефону изгребани контакти и трагови лемне пасте, са којих разлога је гаранција и укинута.

Правилником окривљеног, који регулише поступање по рекламацијама потрошача, прописано је да ако се приликом прегледа рекламационог телефона, утврди да је оштећење настало из наведених разло-

га, телефон фотографише и фотографије чувају у архиви. Телефонски апарат се, по Правилнику прегледа комисијски, сачињава извештај по утврђеним правилима са објашњењима и фотодокументима, гаранција укида и о томе обавештава корисник услуге.

Како је током поступка утврђено да је окривљени, након пријема телефона на сервис, уредно испоштовао све фазе у сервисирању, онако како то предвиђају правилници окривљеног и позитивни прописи, а имајући у виду утврђено чињенично стање, па како нема доказа да је окривљени на било који начин поступио супротно одредбама Закона о заштити потрошача, Кодексу пословне етике, а како се се квар у виду оштећења основне плоче није могао уочити голим оком без отварања апарата, па самим тим ни констатовати приликом пријема апарата на сервис, то је суд нашао да нема доказа да је окривљеи учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, па га је ослободио од оптужбе.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 35/08 од 27.10.2008. године)

7. Туристичка агенција није поступила у складу са добрим пословним обичајима када је на путовању у иностранство у њеној организацији, игнорисала молбу путника да им помогне да заштите своје интересе приликом обијања аутобуса којим је обављено путовање, док је био на паркингу у Шпанији, којом приликом су им нестале ствари из аутобуса.

Образложење:

Окривљена туристичка агенција организовала је путовање у Шпанију. Док се група путника налазила у Шпанији, близу Барселоне у посети тржном центру, на паркингу испред самог тржног центра обијен је аутобус, којом приликом су нестале ствари оштећенима.

Вођа пута обавестио је обезбеђење тржног центра али је добио обавештење да полиција не долази на лице места и да би морали да оду до полицијске стнице и пријаве догађај, о чему је водич обавестио путнике.

Суд је ценио контрадикторну одбрану окривљеног, да су путници одбили да иду у полицију и инсистирали да се настави путовање. Посебно су оштећени били против одласка у полицију, и тражили да се путовање настави објашњавајући да ће насталу штету да им надокнади превозник „Ласта“. Међутим не споре, да се према казивању водича, путовање претворило у агонију, због огорчености оштећених, који су бојкотовали путовање и били врло незадовољни понашањем орга-

низатора путовања, о чему су писали и преко Интернета, по повратку с пута. Одбрана окривљеног није поткрепљена ниједним доказом, а на претресу није било никаквих питања нити контра аргумената на исказе сведока.

На основу изведених доказа суд је утврдио да се за време туристичког путовања у Шпанију, у организацији окривљеног, десило обијање аутобуса док се налазио на паркингу испред тржног центра у Шпанији и да су нестале ствари оштећенима између осталог камера, фото апарат, мобилни телефон и сл. Оштећени су тражили од туристичког водича да предузме све радње које треба да предузме и да случај пријави полицији. Од водича је добијен одговор да је то компликован и дуг процес, и да тамошње власти ништа неће предузети по пријави.

Суд је нашао да је окривљени поступио непрофесионално, игнорисао захтеве оштећених и није им помогао у страниој држави, коју водичи боље познају, односно по природи посла знају институције којима се могу и треба да обрате у таквој ситуацији и на крају знају језик и лакше могу да остваре комуникацију, што су требали и да учине у име оштећених, јер је то у сладу са добрим пословним обичајима и пословним моралом.

Окривљени је оглашен кривим и изречена му адекватна мера друштвене дисциплине у складу са Правилником.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда
С. бр. 69/08 од 18.11.2009. године)

Бојан ЈОВАНОВИЋ, дипл. правник
стручни сарадник за имовинско осигурање,
Енергопројект Гарант а.д.о.

НЕКА ПИТАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ ИЗ ОБАВЕЗНОГ ОСИГУРАЊА У САОБРАЋАЈУ

I Уводне напомене

Са развојем модерне људске заједнице повећавао се и број начина на који се људском телу и имовини може нанети штета. То је довело до развоја посла осигурања који се од почетних видова поморских осигурања¹ до данас развио у посао без којег се живот тешко може замислити. Данас је све више осигурања која се обавезно закључују,² а као једно од оних које можда и најдуже носи тај епитет „обавезног“, јавља се осигурање власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима.

Сасвим је разумљиво да у време које и није тако давно за нама, када се нису возила скупоцена и брза возила, није ни било потребе за овом регулативом која ће се бавити обавезним осигурањем од одговорности за штету која се наноси трећим лицима у случају да се употребом моторних возила та штета и проузрокује.

Први прописи у области обавезног осигурања од одговорности се јављају у скандинавским земљама 20-их и 30-их година прошлог века.³

1 Види: Предраг Ж. Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 1980, стр. 36–38.

2 Види: Слободан Станишић, *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење и оштраживања*, Београд, 2010, стр. 542–557.

3 Према: Катарина Иванчевић, „Накнада нематеријалне штете“, *Избор радова са саветовања Удружења за одишејно право*, Београд, 1998–2008, Београд, 2009, стр. 277.

Данас, нико не може да оспори потребу за овом регулативом. Она је постала темељ сваког модерног друштва, темељ који сваком учеснику у саобраћају, био он пешак или возач, пружа преко потребну сигурност, да ће у случају настанка несрећног случаја и штете која као последица истог настане, добити макар одговарајућу материјалну накнаду. Ово је разлог зашто правна наука, законска регулатива и судска пракса континуирано унапређују правни систем заштите људских вредности од штета које на њима могу настати и као таквом му омогућава да обавезу санирања штетних последица под одређеним условима са учиниоца штетне радње пренесе на неког другог субјекта који ће бити организационо и материјално способан да ту штету накнади.

У нашем праву ова област, чијим делом ће се бавити овај рад, била је до скоро регулисана одредбама Закона о осигурању имовине и лица који је ове односе регулисао све до доношења данас актуелног Закона о обавезном осигурању у саобраћају, којим је ова област још прецизније уређена, и то у складу са важећим европским нормама и под претпоставком уласка наше земље у Европску унију.

II Раније важеће позитивно законодавство

По нашем раније важећем позитивном законодавству, обавезно осигурање од аутоодговорности се односило на путнике у јавном саобраћају од последица несрећног случаја, власнике односно кориснике моторних и прикључних возила од одговорности за штете причињене трећим лицима, власнике, односно кориснике ваздухоплова од одговорности за штете причињене трећим лицима и депозите грађана код банака и других финансијских организација. Гарантни фонд, који није био правно лице, чинила су средства која су се образовала доприносом организација за осигурање ради економске заштите путника и трећих оштећених лица, а средства фонда су се користила за накнаду штете:

1. проузроковане употребом моторног возила, ваздухоплова или другог превозног средства за које није био закључен Уговор о обавезном осигурању;
2. због смрти, повреде тела или нарушавања здравља проузрокованих употребом непознатог моторног возила или ваздухоплова;
3. проузроковане употребом моторног возила, односно ваздухоплова, за који је закључен уговор о обавезном осигурању са Организацијом за осигурање над којом је отворен стечајни поступак.

Оно што је била специфичност ове законске регулативе је да Гарантни фонд није имао својство правног лица, које решењима нашег позитивног законодавства добија, а које је донето у складу и са циљем имплементације одредби донетих у директивама Европске економске заједнице.

III Међународна правна регулатива

Европска економска заједница је временом доносила директиве које су постепено имплементирани у законодавства држава чланица.

Те директиве су следеће:⁴

1. Прва директива (72/166/ЕЕЗ), уводи обавезно осигурање за штете причињене моторним возилима у свим државама чланицама.
2. Друга директива (84/5/ЕЕЗ) уводи обавезу формирања гарантног фонда, обавезно покриће штете коју претрпе сродници осигураног возача и забрану истицања одређених приговора оштећеном лицу (вожња без возачке дозволе и сл.).
3. Трећа директива (90/232/ЕЕЗ) уводи проширење овог осигурања у све земље чланице ЕЕЗ, са могућношћу избора веће суме осигурања код међународних саобраћајних незгода и побољшање услова за накнаду штете од гарантног фонда.
4. Четврта директива (2000/26/ЕЕЗ) донела је побољшање положаја оштећеног који је претрпео штету у другој држави, односно изван државе где му је боравиште, па се тако уводи и обавеза формирања информационог центра, именовање представника за регулисање штета и службе за накнаду штете уз прописивање поступка решавања одштетних захтева.
5. Пета директива (2005/14/ЕЕЗ), којом су измењене све претходно донете директиве (уз обавезну имплементацију у року од две године, односно до 11.6.2007. године), доноси низ правила, чији је циљ да се побољша положај оштећеног лица, као што је одређивање минималне суме осигурања за штету на стварима и на лицима, право на накнаду штете на стварима коју је проузроковао возач непознатог возила, ако је некој од жртава из исте незгоде већ исплаћена накнада за тешке телесне повреде, уз могућност да се висина штете ограничи на износ до 599 евра, забрану истицања приговора саодговорности због при-

4 Према: Катарина Иванчевић, *нав. рад*, стр. 278.

станка на возњу с возачем, који је под утицајем алкохола или других омамљујућих средстава, проширење примене рокова за обраду штета прописаних Четвртом директивом на све захтеве за накнаду штете, давање могућности оштећеном да осигуравача штетника тужи у држави у којој сам има пребивалиште или пак у држави у којој је штета настала.

Садржај свих ових директива и оно што се њима желело постићи је данас обједињено у посебном поглављу најновије директиве⁵ чијим чланом 29. престају да важе раније поменуте директиве.

Ове директиве су извршиле снажан утицај и на законску регулативу Републике Србије тако да у нашем позитивном праву нема правила која би ометала сарадњу са државама чланицама ЕУ.

IV Важећи Закон о обавезном осигурању у саобраћају

Према позитивним прописима Републике Србије ова тематика је обухваћена важећим Законом о обавезном осигурању у саобраћају (у даљем тексту: Закон), који је ступио на снагу дана 12.10.2009. године, а којим су стављене ван снаге одређене одредбе Закона о осигурању имовине и лица.⁶ Овај закон је рађен по угледу и у складу са директивама ЕЕЗ које су донете у циљу хармонизације права држава чланица и по којима се постепено у државама имплементирају правила донесена у њима. Закон уређује обавезно осигурање у саобраћају, оснива гарантни фонд, уређује његову надлежност и начин финансирања и поверава јавна овлашћења Удружењу осигуравача Србије.⁷ Врсте обавезног осигурања у саобраћају (у даљем тексту обавезно осигурање), у смислу овога закона су следећа:⁸

- 1) осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја;
- 2) осигурање власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима;

5 Директива Скупштине и Савета Европе 2009/103/ЕЗ, од 16.9.2009. г.

6 Закон о обавезном осигурању у саобраћају (*Службени гласник РС*, број 51/09), ступио на снагу 12.10.2009. године и по члану 118 тог закона, даном ступања на његову снагу престале су да важе одредбе о обавезном осигурању (чл. 73 до 108, чл. 111 и 112) и одредбе чл. 143 до 146 Закона о осигурању имовине и лица (*Службени лист СРЈ*, број 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99 и *Службени гласник РС*, број 55/04), а које су се односиле на обавезно осигурање осим одредбе члана 86 тог закона које престаје да важе по истеку три године од дана ступања на снагу овог закона.

7 Закон о обавезном осигурању у саобраћају, члан 1.

8 Закон о обавезном осигурању у саобраћају, члан 2.

- 3) осигурање власника ваздухоплова од одговорности за штету причињену трећим лицима и путницима; и
- 4) осигурање власника чамаца од одговорности за штету причињену трећим лицима.

У овом раду ћемо се фокусирати на улогу Гарантног фонда у овом виду обавезног осигурања и покушати да прикажемо евентуалну могућност примене досадашње судске праксе базиране на Закону о осигурању имовине и лица и на позитивни Закон.

Пре него ли се окренемо приказу судских одлука, морамо видети у којим случајевима овог осигурања од одговорности наступа обавеза Гарантног фонда као и објаснити основне појмове везане за ово осигурање.

V Гарантни фонд по закону

По важећем закону, обавеза Гарантног фонда на накнаду штете оштећеном лицу наступа у три случаја:

- 1) уколико је штета причињена употребом неосигураног возила,
- 2) уколико је штету причинило непознато возило,
- 3) уколико дође до покретања стечајног поступка над осигуравајућом компанијом код које је осигураник имао закључен уговор о осигурању.

На овај начин се путем Гарантног фонда пружа сигурност трећем лицу да ће му настала штета чак и у овим случајевима бити накнађена. Међутим, иако ова одредба има један племенити циљ, а то је накнада штете трећим лицима, законом су прописана и одређена искључења из осигурања,⁹ тј. тачније из обавезе накнаде штете, којима се оправдано желело стати на пут злоупотреби ове одредбе и у којим случајевима Гарантни фонд није обавезан да насталу штету накнади.

За разлику од ранијег правног режима, садашњим законом, Гарантном фонду је дато својство правног лица које стиче даном уписа у регистар. Ова новина представља можда и највећу дистинкцију у односу на одредбе Закона о осигурању имовине и лица које су се бавиле овом тематиком.

Оно што је битно поменути је да се многи стручњаци не слажу да ће ова новина донети пуно доброг и склони су оштром критиковању ове нове одредбе.¹⁰

9 Види: Закон о обавезном осигурању у саобраћају, члан 21.

10 Види: Јован Славнић, *Ревизија за право осигурања* 3/2010, стр. 11–14.

VI Стране потписнице уговора о осигурању

Код обавезног осигурања од аутоодговорности се као и код већине уговора о осигурању срећу две уговорне стране.

Једна је осигуравач, а то је осигуравајућа кућа која издаје полису осигурања и гарантује да ће у случају настанка штете коју њен осигураник проузрокује трећем лицу, штету накнадити. Осигуравач свој фонд из којег ће штету исплаћивати образује наплаћивањем премија осигурања од великог броја уговарача осигурања и тако постаје способан да у случају настанка штете исту и накнади.

Друга страна је осигураник, тј. лице које са осигуравајућом кућом закључује овај уговор и за то плаћа премију осигурања као противуслугу за горе наведену гаранцију осигуравајуће куће.

VII Појам трећег лица код осигурања од аутоодговорности

Једно веома занимљиво питање се поставља када је у питању дефинисање појма трећег лица у обавезном осигурању од аутоодговорности.

Трећим лицем се са становишта облигационог права сматра лице које није уговорна страна предметног уговора, док се оно у осигурању обично дефинише као лице које није субјект уговора о осигурању, односно лице чија одговорност није покривена осигурањем.

Уколико би се на овај начин дефинисало и треће лице у овој врсти обавезног осигурања, онда би оно обухватало шири круг лица него што би ово осигурање требало да штити.

Ово се дешава због једне специфичности ове врсте осигурања, а она је садржана у одредби закона која каже да се обавеза Гарантног фонда на накнаду штете трећим лицима јавља и у случају да се штета причини неосигураним возилом. Овде долазимо до апсурдне ситуације да се и штетник може сматрати трећим лицем и да као такав, иако крив за насталу штету и незакључено осигурање од аутоодговорности, може од Гарантног фонда тражити накнаду штете.

Што се тиче овог проблема, једно од владајућих а и прихватљиво мишљење у теорији, тренутно је, да се једино осигураник који је одговоран за начињену штету неће сматрати трећим лицем. У свим осталим случајевима па чак и када је штету претрпео осигураник који за насталу штету није крив, својство трећег лица, па самим тим и права која из тог својства произилазе, треба признати.¹¹

11 Види: С. Станишић, *нав. дело*, стр. 551–553.

VIII Пракса судова у решавању спорних питања накнаде штете

У даљем излагању биће представљени судски предмети по захтевима за накнаду штете из обавезног осигурања, са анализом основних чињеница и правним мишљењима Врховног суда Србије.

1. Први случај

а) Околности предмета

У првом случају који ће бити приказан, тужилац је повређен као пешак у саобраћајној незгоди када је на њега, који се кретао путем поред коловоза аутопута, налетело непознато возило које се није зауставило. Тужилац је од туженог, Гарантног фонда, потраживао накнаду материјалне и нематеријалне штете коју је претрпео у овој саобраћајној незгоди. Тужени је сматрао да је у обавези да тужиоцу накнади само нематеријалну а не и материјалну штету (изгубљену зараду).

б) Мишљење из одлуке

Судови утврђују да Гарантни фонд одговара за накнаду материјалне и нематеријалне штете која је настала због телесних повреда употребом непознатог моторног возила.¹²

12 Пресуда ВСС, Београд, Рев 893/08 од 12.6.2008. године, *Билтен судске праксе ВСС*, бр. 2/2009. „Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је повређен као пешак у саобраћајној несрећи која се догодила 1.11.2001. године, када је на њега који се враћао са посла, крећући се земљаним путем поред коловоза аутопута, налетело непознато возило које се није зауставило. Од последица тог удара, тужилац је задобио тешке телесне повреде прелома потколеничне кости на ноzi, смрскано стопало и прелом зглоба десне руке. Тужилац је по занимању возач друмског возила и пре штетног догађаја је био запослен у предузећу где је остваривао примања од 18.000,00 динара. После ове саобраћајне незгоде није могао нигде да се запосли, с тим што му је од 27.6.2003. године, признато право на инвалидску пензију. На основу налаза и мишљења вештака судско-финансијске струке утврђена је висина износа изгубљене тужиоачеве зараде за период од повређивања до 27.6.2003. године, а од тада у висини математичке разлике те зараде и остварене инвалидске пензије, све у капитализираном износу до дана вештачења, а убудуће у висини месечне ренте. Правилно применивши материјално право на утврђено чињенично стање, нижестепени судови су заузели правно становиште да је тужени Гарантни фонд у смислу члана 99 став 2 тачка 2 Закона о осигурању имовине и лица („Службени лист СРЈ“, број 30/96 од 28.06.1996. године са изменама и допунама), у обавези да тужиоцу накнади материјалну штету која је настала због његових телесних повреда проузрокованих употребом непознатог моторног возила, а која су резултирала губитку његове зараде, на основу члана 195 став 2 Закона о облигационим одно-

2. Други случај

а) *Околности и предмет*

У другом случају тужилац је потраживао накнаду штете од Удружења осигуравајућих организација – Гарантног фонда која му је причињена у саобраћајној незгоди од нерегистрованог трактора.

б) *Мишљење из одлуке*

Оно што је овде битно навести је да обавезном осигурању подлежу они трактори када се исти региструју уз обавезу продужења саобраћајне дозволе у роковима не дужим од 12 месеци. То није случај са тракторима који не подлежу обавезној регистрацији сваких 12 месеци. Ту спадају трактори који се користе у пољопривредне намене, и они подлежу поновној регистрацији само у случају промене његовог власника или пребивалишта власника. То даље значи, да не постоји обавеза осигуравајуће организације да накнади штету причињену употребом трактора који не подлеже обавезној регистрацији у роковима не дужим од 12 месеци. Дакле, одговорност Гарантног фонда за накнаду штете проузроковане употребом нерегистрованог трактора условљена је постојањем, односно непостојањем обавезе регистрације трактора у роковима не дужим од 12 месеци.¹³

сима. Исправно одмеривши њену висину у обиму капитализиране новчане ренте до дана вештачења, а потом у висини месечне новчане ренте у смислу члана 188 став 1 и 2 ЗОО. С тим што је са становишта Врховног суда та накнада правилно одмерена у смислу члана 105 став 1 Закона о осигурању имовине и лица, до износа на који је овим законом ограничена обавеза Организације за осигурање, за штете проузроковане употребом путничког возила, сходно члану 86 став 1 цитираног Закона. Ревидент неосновано сматра да су нижестепени судови погрешно применили материјално право истичући да одредба члана 99 став 2 тачка 2 Закона о осигурању имовине и лица говори о штети насталој због смрти, повреде тела или нарушавања здравља (проузроковане употребом непознатог моторног возила), што по њему имплицира на закључак о нематеријалној, а не материјалној штети, која је овде досуђена. Ово стога, што за оштећено лице због смрти, повреде тела или нарушења здравља, може наступити нематеријална али и материјална штета, због чега језичко тумачење цитиране законске одредбе којом је регулисано да се средства из гарантног фонда користе поред осталог и за накнаду штете због смрти, повреде тела или нарушења здравља (проузроковане употребом непознатог моторног возила), води закључку о непостојању дистинкције између тако настале нематеријалне и материјалне штете. Заправо, апострофирана законска одредба сублимира обе ове врсте штете, када је она настала на наведени начин, као последица повреде тела оштећенога.“

- 13 Решење ВСС-а, Прев 5/06 од 25.6.2006. године, *Билтен судске праксе ВСС*, 4/2006. „Из образложења – другостепени суд је усвојио тужбени захтев и према туженом – Удружењу осигуравајућих организација Србије и Црне Горе – Гарантни фонд,

3. Трећи случај

а) Околности предмета

У овом случају треће лице је тражило накнаду штете из средстава Гарантног фонда пошто му је штета причињена радњом лица (штетника), који је имао закључен уговор о обавезном осигурању са осигуравајућом организацијом над којом је обустављен поступак стечаја.

б) Мишљење из одлуке

Поступак стечаја над дужником (осигуравачем), је обустављен у фази претходног поступка по законској норми којом је прописано да се стечајни поступак покреће предлогом овлашћеног лица, односно органа, а ако орган (предлагач), повуче предлог за отварање стечајног поступ-

јер налази да је у саобраћајној незгоди учествовао и неосигурани трактор којим је управљао З.О. Овакво становиште се темељи на одредби члана 83 Закона о осигурању имовине и лица („Службени лист СРЈ“, број 30/96... 55/98), јер је том одредбом прописано да је и власник – односно корисник моторног и прикључног возила дужан да закључи Уговор о осигурању од одговорности за штету коју употребом тог возила причини трећим лицима услед смрти, повреде тела, нарушења здравља, уништења или оштећења ствари, осим за штету на стварима које је примио на превоз. Сходно одредби члана 84 цитираног Закона под моторним возилом се сматра и трактор који према прописима о регистрацији друмских возила мора имати саобраћајну дозволу. У конкретном случају трактор којим је управљао З.О. није био осигуран на дан саобраћајног удеса 11.6.2001. године. Зато је другостепени суд на темељу одредбе члана 99 Закона о осигурању имовине и лица усвојио тужбени захтев и према туженом Удружењу осигуравајућих организација Србије и Црне Горе – Гарантном фонду. Врховни суд је мишљења да се изнето правно схватање, за сада не може прихватити. Није спорно да обавезном осигурању подлежу и трактори, али само у случају када се исти региструју уз обавезу продужења саобраћајне дозволе у роковима не дужим од 12 месеци. Међутим то није случај и са трактором који не подлежу обавезној регистрацији сваких 12 месеци. У ту категорију спадају трактори који се користе искључиво у пољопривредне сврхе. Такви трактори подлежу поновној регистрацији само приликом промене сопственика, односно носиоца права коришћења, или промене пребивалишта сопственика. То је изричито прописано одредбом члана 135 Закона о безбедности саобраћаја на путевима („Службени гласник СРС“, број 58/82... 21/90, „Службени гласник РС“, број 28/91... 101/2005). У том случају, а сходно одредби члана 84 став 3 Закона о осигурању имовине и лица не постоји обавеза организације за осигурање да накнади штету причињену употребом трактора који не подлеже обавезној регистрацији у роковима не дужим од 12 месеци. Према томе, одговорност удружења осигуравајућих организација Србије и Црне Горе – Гарантни фонд за штету која је предмет овога спора условљена је постојањем, односно непостојањем обавезе регистрације трактора који је учествовао у саобраћајној незгоди. Због погрешне примене материјалног права ова одлучна чињеница за пресуђење није утврђена.“

ка, суд ће обуставити поступак. То даље значи, да је поступак стечаја обустављен пре доношења решења о отварању стечајног поступка, па следом тога произилази закључак да над осигуравајућом организацијом није ни отворен поступак стечаја. Дакле, „обуставом поступка стечаја над осигуравачем, са којим је штетник имао закључен уговор о обавезном осигурању од аутоодговорности искључује се и могућност да се по том основу причињена штета трећим лицима накнади из средстава Гарантног фонда“.¹⁴

4. Четврти случај

а) *Околности и предмет*

Тужилац је повређен 1992. године у саобраћајној незгоди коју је скривио возач моторног возила које је било осигурано од аутоодговорности код осигуравајуће организације над којом је отворен стечајни поступак 1997. године, а закључен 1998. године. Потраживање тужиоца није наплаћено из стечајне масе. Тужилац тражи накнаду ове штете од Удружења осигуравајућих организација – Гарантног фонда.

14 Пресуда ВСС-а, Рев 1443/2005 од 10.6.2005. године, *Билтен судске праксе ВСС*, 4/2005. „Из образложења – Одредбом члана 99 став 2 тачка 3 Закона о осигурању имовине и лица („Службени лист СРЈ“, број 30/96), који се има применити у овом случају, обзиром на време настанка штете, предвиђено је да се средства Гарантног фонда користе за накнаду штете проузроковане употребом моторног возила, ваздухоплова или другог превозног средства за који је закључен Уговор о обавезном осигурању са Организацијом за осигурање над којом је отворен стечајни поступак. Према члану 106 истога Закона, штета проузрокована употребом моторног возила, ваздухоплова или другог превозног средства, а Уговор о обавезном осигурању је био закључен са организацијом за осигурање, над којом је отворен поступак стечаја, која није накнађена из стечајне масе, односно део штете који није накнађен из стечајне масе, накнађује се из средстава Гарантног фонда. У конкретном случају, из образложења решења Привредног суда у Б.П. Ст. бр. 170/02 од 26.3.2003. године, произилази да је поступак стечаја над дужицом А.Д. „П“ из Б.П. обустављен у фази претходног поступка и на основу члана 71 став 2 у вези члана 74 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији („Службени лист СФРЈ“, број 84/89 и „Сл. лист СРЈ“, број 37/93 и 28/96), којим је предвиђено да се стечајни поступак покреће предлогом овлашћеног лица, односно органа (предлагач), а ако предлагач повуче предлог за отварање стечајног поступка, суд ће обуставити поступак. Значи, поступак стечаја је обустављен пре доношења решења о отварању стечајног поступка из члана 84 став 2 истога закона, из чега даље произилази да над организацијом за осигурање А.Д. „П“ није ни отворен поступак стечаја. Зато се нису стекли услови из члана 106 у вези члана 99 став 2 тачка 3 Закона о осигурању имовине и лица да се настала штета за тужиоце накнади из средстава Гарантног фонда. То указује да је ревидентов приговор недостатка пасивне легитимације био основан и да је тужбени захтев према њему неоснован.“

б) Мишљење из одлуке

Битна околност за установљење одговорности Гарантног фонда није време настанка штетног догађаја, него време отварања стечајног поступка над осигуравајућом организацијом са којом је закључен уговор о обавезном осигурању. За активирање средстава Гарантног фонда треба да се испуне следећи услови: а) да је над осигуравајућом организацијом, која је одговорна за штету по основу уговора о обавезном осигурању отворен стечајни поступак, и б) да то потраживање пријављено у стечајном поступку није намирено из стечајне масе. Питање времена настанка штетног догађаја није значајно за настанак одговорности Гарантног фонда. Дакле, за активирање обавезе Гарантног фонда, релевантно је време, када је отворен стечајни поступак, а не време настанка штетног догађаја.¹⁵

- 15 Решење ВСС-а, Рев 388/01 од 8.2.2002. г. „Из образложења – Према утврђеном чињеничном стању тужилац је повређен 5.2.1992. године у саобраћајном удесу до кога је дошло и кривицом возача моторног возила које је било осигурано од одговорности за штету причињену трећим лицима код ДД. За осигурање „М“, а над којим је отворен стечајни поступак 14.10.1997. године, и закључен 30.4.1998. године, а потраживање тужиоца није наплаћено из стечајне масе. Тужбени захтев тужиоца је одбијен као неоснован са образложењем да је штета настала пре ступања на снагу одредби Закона о осигурању имовине и лица које се односе на коришћење средстава Гарантног фонда за накнаду штете причињене употребом моторног возила за које је закључен Уговор о обавезном осигурању са Организацијом за осигурање над којом је отворен стечајни поступак. Врховни суд Србије налази да се овакво становиште нижестепених судова не може прихватити. Ово из разлога, што одлучна чињеница за установљење одговорности Гарантног фонда по одредби члана 99 став 2 тачка 3 Закона о осигурању имовине и лица није време настанка штетног догађаја, већ датум отварања стечајног поступка над осигуравајућом организацијом са којом је закључен Уговор о обавезном осигурању. На то упућује језичко значење наведене одредбе Закона које указује да се средства Гарантног фонда користе за накнаду штете проузроковане употребом моторног возила за које је закључен Уговор о обавезном осигурању са организацијом за осигурање над којом је отворен стечајни поступак. То даље значи да је активирање средстава Гарантног фонда условљено кумулативним испуњењем два услова и то првог да је над Организацијом за осигурање која је одговорна за штету по основу Уговора о обавезном осигурању отворен стечајни поступак и друго да потраживање пријављено по том основу у стечајном поступку није намирено из стечајне масе. Циљ успостављања могућности намирења штете из средстава Гарантног фонда је заштита права осигураника од негативних последица стечаја отвореног над Организацијом за осигурање са којом је закључен Уговор о обавезном осигурању, тако да се питање постојања одговорности Гарантног фонда по том основу мора ценити у односу на време када је отворен стечајни поступак над осигуравајућом организацијом штетника, а не у односу на време када је штетни догађај настао. Питање времена настанка штетног догађаја и висина накнаде причињене штете оштећеном од значаја је само за оцену основаности његовог пријављеног потраживања у стечајном поступку. Међутим, ако је признато потраживање у стечајном поступку остало у потпуности или делимично ненамирено, онда је

5. Пети случај

а) Околности и предмета

Тужиља је повређена у саобраћајној незгоди као треће лице у возилу које је било осигурано код тужене осигуравајуће организације, и према тој организацији поставља одштетни захтев. Критичном приликом до судара моторних возила у покрету је дошло не кривицом осигураника тужене осигуравајуће организације већ кривицом возача другог возила над чијом осигуравајућом организацијом је отворен стечајни поступак.

б) Мишљење из одлуке

Закон о облигационим односима (види члан 178), садржи посебна правила о одговорности за штету насталу у случају удеса изазваног моторним возилом у покрету. По тој законској норми, за штету коју претрпи трећа лица, имаоци моторних возила одговарају солидарно. Тужиља је у овом случају одштетни захтев истакла директно према туженој осигуравајућој организацији, као осигуравачу једног од ималаца сударених возила. Пошто имаоци моторних возила трећем лицу одговарају солидарно, тужена осигуравајућа организација је дужна накнадити тражену штету у границама суме осигурања, без обзира што њен осигураник није крив за судар у коме је тужиља претрпела ову штету чију накнаду потражује, односно, „обавеза осигуравача за штету коју претрпи треће лице у судару моторних возила солидарна је и он одговара за целу штету у границама осигурања и онда када његов осигураник није крив за судар моторних возила“.¹⁶

основаност захтева за остваривање истог из средстава Гарантног фонда условљено само чињеницом да ли је датум отварања стечајног поступка над осигуравајућом организацијом штетника настао пре или после датума ступања на снагу одредби члана 99 до члана 107 Закона о осигурању имовине и лица.“

16 Решење ВСС-а, Рев 2333/03 од 22.10.2003. године, *Билтен судске праксе ВСС*, 1/2004. „Из образложења – Према утврђеним чињеницама тужиља је повређена у саобраћајној незгоди као треће лице у возилу које је било осигурано код туженог. До незгоде је дошло тако што је возач возила које је било осигурано код осигуравајуће организације Стари град АД из Ковина, прешао на леву страну коловоза и на истој страни сударио се са возилом које му је долазило у сусрет а којим је управљао осигураник туженог, а у ком возилу је била тужиља као сувозач. Над осигуравајућом организацијом Стари град из Ковина отворен је стечајни поступак. На основу тако утврђених чињеница првостепени суд је закључио да за штету коју је претрпела тужиља као треће лице солидарно одговарају како осигуравач возила које је изазвало удес тако и осигуравач возила у коме се налазила тужиља и то по начелу објективне одговорности, па је обавезао туженог као осигуравача да тужиљи накнади штету. Одлучујући о жалби туженог, другостепени суд је, насупротив схватању

6. Остала пракса

Нека од такође занимљивих спорних питања са којим се пракса судова сусрела, а која ћемо због ограничености дужине рада само поменути а не и поткрепити примерима, су следећа:

1. Да ли се одредбе о Гарантном фонду односе и на облигационе односе, засноване штетним догађајем, који је настао пре датума њихове примене?
2. Када доспева захтев за накнаду штете из средстава Гарантног фонда?

првостепеног суда, сматрао да у случају удеса изазваног моторним возилима у покрету који је проузрокован искључивом кривицом једног имаоца, за штету коју претрпе трећа лица, имаоци моторних возила не одговарају солидарно (став 4 члана 178 ЗОО), већ по основу кривице (став 1 члана 178 ЗОО). Како је у поступку утврђено да осигураник туженог није крив за удес, то ни тужени као осигуравач није у обавези да тужиљи надокнади штету. Из наведених разлога, другостепени суд је преиначио првостепену пресуду и тужбени захтев тужиље у целисти одбио. Основано у ревизији тужиља истиче да је овакав став другостепеног суда заснован на погрешној примени материјалног права. Закон о облигационим односима у члану 178 садржи посебна правила одговорности за штету насталу у случају удеса изазваног моторним возилом у покрету. Према ставу 1 и 2 тог члана, важи начело да имаоци опасних возила у међусобним односима одговарају по начелу скривљене одговорности (субјективна одговорност, а што значи да одговорност зависи од кривице за удес). Када нема кривице долазе у обзир други критеријуми, у начелу странке носе штету на равне делове ако је то правично (став 3 члана 178). Међутим, ова правила о накнади се према одредби става 4 члана 178 не примењују, према трећим лицима, јер према трећем оштећеном лицу имаоци моторних возила одговарају независно од кривице и то солидарно. Сваки од њих дугује накнаду целе штете и не може се бранити тиме да је други ималац искључиво или делимично крив за удес. Трећем лицу је признато право да захтева пуну накнаду од сваког имаоца, а ови имају могућност да траже обештећење један од другог у регресном поступку. Имаоци моторних сударних возила могу се од оштећеног бранити приговором о постојању ма којег основа који њихову објективну одговорност искључују, па и кривицом трећих лица, с тим што се они не сматрају трећим лицима у односу један на другог. Тужиља је као треће оштећено лице у суду два возила, према одредби члана 940 и 941 ЗОО, захтев за накнаду штете истакла директно тужбом против туженог као осигуравача једног од имаоца возила. Како имаоци моторних возила за штету коју претрпе трећа лица одговарају солидарно, то је и обавеза туженог као осигуравача солидарна и он одговара за целу штету у границама суме осигурања, без обзира што његов осигураник није крив за судар у коме је штету претрпела тужиља као треће лице. Из наведених разлога, не може се прихватити став другостепеног суда да тужени као осигуравач није у обавези да тужиљи накнади штету на основу одредбе члана 178 став 4 Закона о облигационим односима. Како због погрешно израженог става другостепени суд одлучујући о жалби туженог није оценио жалбене наводе и првостепену пресуду у погледу висине досуђене накнаде штете тужиљи, то је другостепена пресуда укинута и предмет враћен другостепеном суду на поновно одлучивање о жалби туженог.“

3. Да ли се накнада штете може остварити из средстава Гарантног фонда и у случају када то потраживање није пријављено у поступку стечаја над организацијом за осигурање са којом је закључен уговор о обавезном осигурању?
4. Да ли се из средстава Гарантног фонда може намирити и ненакнађена штета у поступку стечаја који је закључен над осигуравајућом организацијом пре 6.7.1997. године?
5. Да ли се из средстава Гарантног фонда може намирити и потраживање за накнаду штете која је због непријављивања остала неизмирена у поступку ликвидације осигуравајуће организације са којом је закључен уговор о обавезном осигурању?

Као одговоре на ова питања, Врховни суд Србије, који по закону има обавезу да прати праксу судова и да обезбеђује јединствену примену права и тиме пружа правну сигурност, ове правне дилеме је решио утврдивши следећа правна схватања:¹⁷

1. „Право на накнаду штете из средстава Гарантног фонда могу остварити оштећена лица којима је штета причињена моторним возилом за које је уговор о обавезном осигурању закључен са осигуравајућом организацијом над којом је постојао отворен поступак стечаја на дан почетка примене одредби о Гарантном фонду – 6.7.1997. године, независно од чињенице да ли је штетни догађај настао пре или после тог датума.“
2. „Захтев оштећеног лица за накнаду штете из средстава Гарантног фонда доспева према Удружењу осигуравајућих организација даном закључења стечајног поступка над осигуравајућом организацијом са којом је штетник имао закључен Уговор о обавезном осигурању моторног возила.“
3. „Пријава потраживања није услов за остварење права према Удружењу осигуравајућих организација, али се из средстава Гарантног фонда може намирити само део признатог потраживања који је остао ненакнађен из стечајне масе осигуравајуће организације, односно део накнаде штете који би остао ненакнађен и у случају да је оштећено лице такво потраживање благовремено пријавило у поступку стечаја.“
4. „Штета која је остала ненакнађена у поступку стечаја закљученом над осигуравајућом организацијом пре 6.7.1997. године, не може се намирити из средстава Гарантног фонда.“

17 Види: *Билтен судске праксе ВСС*, 3/2005, стр.100–106.

5. „Штета која је због непријављивања потраживања остала ненакнађена у поступку ликвидације спроведеном над осигуравајућом организацијом са којом је штетник имао закључен Уговор о обавезном осигурању, не може се намирити из средстава Гарантног фонда.“

IX Закључне напомене

Циљ овог рада је да се правним стручњацима и стручној јавности презентују нека од добрих решења о накнади штете из примене раније важећег Закона о осигурању имовине и лица, која би могла представљати полазну основу у примени новог, сада важећег Закона о обавезном осигурању у саобраћају.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

мр *Ивана РАКИЋ*
стипендиста Министарства за науку и технолошки развој
ангажована у Институту за упоредно право
докторант Правног факултета Универзитета у Београду

КОНТРОЛА КОНЦЕНТРАЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТскоЈ

Резиме

Контрола концентрација у Републици Хрватској је веома важан део права конкуренције чијим спровођењем се сјречава настајање нејовољних тржишних структура, као основе за неконкурентна понашања тржишних учесника.

Контрола је уређена по уледу на право Европске уније и заснива се на обавезном пријављивању концентрације и добијању одобрења за њено спровођење. Под условом да прелазе прагове за ноификацију, контроли подлежу сјајања тржишних учесника, преузимања контроле и одређени облици заједничкој улања.

Агенција за заштитиу тржишној најјецања, као надлежни орган, одлучује о дозвољености концентрације на основу критеријума значајној нарушавања конкуренције, а у постојку контроле има значајна исјражна овлашћења, као и овлашћење да изриче новчане казне и одређује грује мере за заштитиу конкуренције.

Кључне речи: *контрола концентрација, право конкуренције, Република Хрватска.*

I Уводне напомене

Контрола концентрација у Републици Хрватској представља део свеобухватног правног оквира заштите конкуренције и изузетно важан инструмент чијом применом се спречава настајање неконкурентних тржишних структура. Њеним спровођењем се заправо спречава стицање и злоупотреба превелике тржишне моћи привредних субјеката и тако штити конкуренција на тржишту.

У право Хрватске, контрола концентрација је уведена 1995. године, усвајањем Закона о заштити тржишног натјецања (*Narodne novine*, бр. 48/95, 52/97, 89/98), тако да је реч о релативно новом правном институту који је уређен по угледу на право Европске уније и контролу концентрација са комунитарном димензијом.

Као и друге транзиционе државе у региону, Хрватска је подредила спровођење политике конкуренције не само заштити и очувању конкуренције у циљу економског благостања, већ и свом политичком циљу – учлањењу у Европску унију. Отуда је разумљиво што је и контрола концентрација уређена у складу са правом ЕУ, чиме је настављен процес приближавања правном систему ЕУ у области права конкуренције.

Поступак контроле се заснива на обавезној претходној пријави (нотификацији) концентрације која испуњава услове у вези са тзв. финансијским праговима, па контроли подлежу све концентрације које прелазе законом прописане износе у вези са годишњим приходом свих учесника у концентрацији. То значи да се контрола врши у моменту када концентрација још није спроведена, што је у складу са превентивним карактером контроле, чиме се спречава спровођење концентрација које би због својих негативних последица значајно нарушиле конкуренцију на тржишту. Због тога се и прописује забрана спровођења концентрације до доношења одлуке надлежног органа којом се она одобрава.

Нови Закон о заштити тржишног натјецања (*Narodne novine*, бр. 79/09, даље у тексту: Закон), који је ступио на снагу 1. октобра 2010. године и чије одредбе регулишу поступак контроле, уноси одређене новине у погледу контроле концентрација, па се у раду даје приказ одредаба новог закона, уз напомену о којим новинама је реч.¹

1 Ступањем на снагу новог закона престао је да важи Закон о заштити тржишног натјецања из 2003. године (*Narodne novine*, бр. 122/03) који је углавном био усклађен са комунитарним правом, али је имао и одређене недостатке. Наиме, у пракси се показало да постоји низ проблема у његовој примени чији је резултат био недовољно ефикасан систем заштите конкуренције који није подстицао јачање привредних активности учесника на тржишту, нити је доносио користи потрошачима у мери у којој је то случај у државама чланицама ЕУ. Вид. *Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, s Konačnim prijedlogom zakona*, Zagreb,

II Појам концентрације

Како би се обухватила сва понашања учесника на тржишту која имају за последицу губитак правне или економске самосталности других учесника на тржишту, Закон предвиђа да концентрација учесника на тржишту настаје променом контроле над учесником на тржишту на трајној основи која се стиче:

- 1) припајањем или спајањем два или више независних учесника на тржишту или делова тих учесника;
- 2) стицањем директне или индиректне контроле или одлучујућег утицаја једног, односно више учесника на тржишту над другим, односно више других учесника или над делом, односно деловима других учесника и то: стицањем већине акција или удела, стицањем већине права гласа, или на други начин у складу с одредбама Закона о трговачким друштвима и другим прописима.² Стицање контроле се остварује преносом права, уговора или других средстава којима један или више учесника, било појединачно, било заједнички, узимајући у обзир све правне или чињеничне околности, стичу могућност остваривања одлучујућег утицаја над једним или више учесника на трајнијој основи;³
- 3) стварањем заједничког подухвата (*joint venture*) од стране два или више независних учесника на тржишту, који на трајнијој основи делује као независан привредни субјект.⁴ Уколико је циљ или учинак оваквог заједничког подухвата значајно ограничавање конкуренције путем усклађених поступања на тржишту између наведених, међусобно независних учесника, такав заједнички подухват се неће сматрати концентрацијом, већ споразумом између учесника на тржишту у смислу законских одредаба о забрањеним споразумима.⁵

2009, доступно на адреси: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=28539>, 8.10.2010, стр. 2; Младен Церовац, „Нови Закон о заштити тржишног нагјецања: значајне новине“, Загреб, 2009, доступно на адреси: http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mladen_cerovac/1_mc.pdf, 8.10.2010, стр. 3.

2 Чл. 15 ст. 1 Закона.

3 Чл. 15 ст. 2 Закона.

4 Чл. 15 ст. 3 Закона.

5 Чл. 15 ст. 6 Закона. Закон је предвидео и случајеве у којима се сматра да није настала концентрација:

1) када кредитне или друге финансијске институције, инвестициони фондови или друштва за осигурање, у свом редовном пословању, које укључује промет и посредовање хартијама од вредности, за свој рачун или рачун трећих, при-

III Пријава концентрације

Обавезу пријаве концентрације имају учесници у концентрацији ако укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен продајом роба и/или услуга (*укупан њриход*) на светском тржишту износи најмање једну милијарду куна (ска 140.000.000 евра) у складу са финансијским извештајима за финансијску годину која је претходила концентрацији, ако најмање један учесник има седиште и/или филијалу у Републици Хрватској, и ако укупан приход сваког од најмање два учесника, у Републици Хрватској, износи најмање 100.000.000 куна (ска 14.000.000 евра) у финансијској години која је претходила концентрацији.⁶ Пријава се подноси Агенцији за заштиту тржишног натјецања која је надлежна за спровођење поступка контроле и примену прописа о заштити конкуренције.⁷

За разлику од Закона из 2003. године, нови закон не предвиђа рок за пријаву концентрације, већ само обавезује учеснике да пријаве намеру концентрације након закључења уговора којим се стиче контрола или одлучујући утицај над учесником на тржишту или над делом учесника, односно након објављивања јавне понуде, а пре спровођења концентрације.⁸ Пријава се може поднети и пре закључења уговора, односно објављивања јавне понуде, под условом да учесници у доброј вери докажу стварну намеру закључења уговора или јавно огласе намеру објављивања јавне понуде – *њрејходна њријава*.⁹ Претходна пријава је

времено, али не дуже од 12 месеци, стекну или држе акције или уделе ради даље продаје и то, ако не користе право гласа на основу тих акција или удела на такав начин да то утиче на конкурентно понашање тог учесника. На захтев, Агенција за заштиту тржишног натјецања може продужити рок од 12 месеци ако учесник на тржишту докаже да таква продаја није била могућа у предвиђеном року;

- 2) стицање акција или удела које је последица интерног реструктурирања учесника на тржишту повезаних контролом (припајање, спајање, пренос власништва и сл.);
- 3) када је контрола над учесником на тржишту пренесена на стечајног или ликвидационог управника у складу са одредбама Стечајног закона и Закона о трговачким друштвима (чл. 15 ст. 5).

6 Чл. 17 ст. 1 Закона.

7 Агенција је правно лице с јавним овлашћењима које самостално и независно обавља послове у оквиру надлежности одређених Законом о заштити тржишног натјецања и Законом о државним потпорама и за свој рад одговара Хрватском сабору.

8 Чл. 19 ст. 3 Закона. Закон из 2003. године је предвиђао да се концентрација мора пријавити у року од осам дана од дана објављивања јавне понуде или дана склапања уговора којима се остварује контрола или одлучујући утицај над учесником на тржишту, у зависности од тога шта наступи раније (чл. 22 ст. 2).

9 Чл. 19 ст. 4 Закона.

изричито предвиђена новим законом како би се учесnicима на тржишту омогућило да траже одобрење за спровођење концентрације на почетку преговора о њиховом повезивању.

Уз пријаву концентрације, подносилац пријаве је дужан да достави документ из којег се види правни основ концентрације, годишње финансијске извештаје учесника у концентрацији, као и остале документе и податке прописане уредбом Владе Републике Хрватске којом се уређује садржај и начин пријаве концентрације.¹⁰ На захтев учесника, Агенција за заштиту тржишног натјецања може у оправданим случајевима одлучити да не постоји обавеза достављања докумената и података предвиђених уредбом, ако утврди да они нису неопходни за оцену концентрације.¹¹

Значајна новина коју Закон уноси у поступак контроле концентрација односи се на могућност подношења пријаве у краткој форми (енгл. *short-form notification*) и на спровођење скраћеног поступка оцене концентрација.¹²

Према чл. 20. ст. 4. Закона, пријава се може поднети уколико је испуњен један од следећих услова:

- 1) ниједан од учесника у концентрацији не делује на истом релевантном тржишту производа и релевантном географском тржишту, па међу њима нема хоризонталног преклапања, или када ниједан учесник не делује на тржишту које је узлазно или силазно у односу на тржиште на којем делује други учесник у концентрацији, па међу њима нема вертикалне повезаности;
- 2) два или више учесника у концентрацији делују на истом релевантном тржишту производа и релевантном географском тржишту, али њихов заједнички тржишни удео износи мање од 15%, и/или када један или више учесника делују на релевантном тржишту производа које је узлазно или силазно у односу на релевантно тржиште на којем делује било који учесник у

10 Рок за доношење ове уредбе је три месеца од дана ступања на снагу новог закона, а до тада ће се примењивати Уредба о начину пријаве и критеријумима за оцену концентрација подузетника (*Narodne novine*, бр. 51/2004), усвојена на основу Закона из 2003. године.

11 По пријему потпуне пријаве концентрације, Агенција ће на својој Интернет страници свим заинтересованим лицима објавити јавни позив за достављање писаних примедба и мишљења о концентрацији, како би тако прикупљени подаци допринели појашњењу, односно бољем разумевању односа и стања на релевантним тржиштима.

12 Нова уредба о начину пријаве концентрација ће детаљно уредити начин подношења пријаве у краткој форми, а с обзиром на то да се ради о новом институту, Уредба из 2004. године ће бити значајно измењена.

- концентрацији, али њихов појединачни или заједнички тржишни удео ни на једном тржишту не износи 25% или више;
- 3) учесник у концентрацији самостално стиче контролу над учесником над којим већ има заједничку контролу;
 - 4) два или више учесника стичу контролу над заједничким подухватом (*joint venture*) који нема значајнијих активности у Републици Хрватској, или када се такве значајније активности не предвиђају у разумно време.¹³

Учесницима у концентрацији је на овај начин олакшано пријављивање концентрације, пошто не морају да доставе сва тражена документа и податке, а Агенцији омогућено да убрза поступак спровођењем скраћеног поступка контроле концентрације за коју се процењује да не нарушава конкуренцију. Изузетно, скраћени поступак се неће спровести ако Агенција процени да постоји довољно индиција о негативним ефектима пријављене концентрације, па ће и од учесника тражити потпуну пријаву концентрације.¹⁴

IV Оцена концентрације

Концентрације саме по себи нису забрањене, тако да Агенција мора да процени утицај одређене концентрације на конкуренцију и на основу те процене да донесе одлуку о допуштености концентрације. Закон изричито предвиђа да се за оцену дозвољености концентрације користи критеријум значајног нарушавања конкуренције (тзв. *SIEC test*), чиме се напушта тзв. критеријум доминантности који је предвиђао Закон из 2003. године. Тако је према чл. 16 Закона, забрањена је она концентрација која може значајно нарушити конкуренцију, а посебно

- 13 Према Закону, релевантно тржиште одређује се као тржиште одређене робе и/или услуга које су предмет обављања делатности учесника на тржишту на одређеном географском подручју. Релевантно тржиште производа обухвата све робе и/или услуге за које потрошачи сматрају да су међусобно заменљиве с обзиром на њихове битне карактеристике, цену или начин употребе. Релевантно географско тржиште обухвата географско подручје на којем учесници на тржишту учествују у понуди или потражњи робе и/или услуга (чл. 7). Према Уредби о начину утврђивања релевантног тржишта (*Narodne novine*, бр. 51/2004) коју је Влада донела на основу Закона из 2003. године, при утврђивању релевантног тржишта полази се од критеријума заменљивости потражње за одређеним производом односно од заменљивости понуде за одређеним производом, а по потреби и од критеријума постојања потенцијалних тржишних конкурената односно препрека приступу тржишту.
- 14 Агенција може покренути поступак оцене допуштености концентрације и по службеној дужности ако учесници не пријаве концентрацију, у случају укидања или измене решења о концентрацији, те у случају одређивања мера након спровођења недопуштене концентрације.

ако је такво нарушавање последица јачања постојећег или стварања новог доминантног положаја учесника у концентрацији (чл. 16).

Приликом процене утицаја концентрације на конкуренцију, Агенција ће, осим критеријума јачања или стварања доминантног положаја (као најчешћег примера угрожавања конкуренције), нарочито узети у обзир:

- 1) структуру релевантног тржишта, постојеће и могуће будуће конкуренте на релевантном тржишту на територији Хрватске или изван ње, структуру и избор понуде и потражње на тржишту, њихове трендове, цене, ризике, економске, правне и остале препреке за улазак на тржиште или излазак са тржишта;
- 2) положај, тржишне уделе, економску и финансијску снагу учесника на релевантном тржишту, ниво конкурентности учесника у концентрацији, могуће промене у њиховом пословању и алтернативне изворе набавке за купце који настају као последица концентрације;
- 3) последице концентрације на друге учеснике на тржишту или на потрошаче, као што су краћи путеви дистрибуције, снижење трошкова транспорта или дистрибуције, специјализација у производњи, технолошке иновације, снижење цена производа и/или услуга, као и друге предности које директно произлазе из спровођења концентрације.¹⁵

V Поступак оцене концентрације

Након подношења пријаве концентрације, Агенција приступа одлучивању и дужна је да у прописаним роковима процени последице концентрације и донесе своју одлуку. У поступку се, уколико другачије није прописано Законом, примењује Закон о општем управном поступку и Прекршајни закон.

Агенција врши процену на основу докумената и података достављених уз пријаву и на основу других расположивих података и сазнања којима располаже, и има рок од 30 дана од подношења потпуне пријаве да донесе закључак о покретању поступка оцене допуштености концентрације. Ако у том року Агенција не донесе закључак, а процени да се може разумно претпоставити да није реч о забрањеној концентрацији, сматраће се да је концентрација допуштена, и на писани захтев учесника у концентрацији издаће се потврда (обавештење) о

¹⁵ Чл. 21 ст. 3 Закона.

допуштености концентрације. Међутим, ако Агенција процени да би спровођење концентрације могло имати значајан утицај на конкуренцију, а посебно ако се том концентрацијом ствара нови или јача постојећи доминантан положај њених учесника, донеће закључак о покретању поступка оцене допуштености концентрације.¹⁶ У том случају, Агенција има рок од 3 месеца од дана доношења закључка да донесе решење о оцени концентрације којим се она оцењује допуштеном или забрањеном.¹⁷ Међутим, Закон није уредио ситуацију која настаје када Агенција не донесе решење у року од 3 месеца, због чега се мора применити правило према којем се „ћутање управе“ изједначава са одбијањем захтева странке. Овакво решење може дестимулисати привредне субјекте, посебно ако се има у виду да се у упоредном праву у поступку контроле концентрација редовно прописује супротно правило – сматра се да је пропуштањем доношења решења у утврђеним роковима концентрација одобрена.¹⁸

Агенција може и условно одобрити концентрацију ако процени да се концентрација може одобрити само уз испуњавање одређених мера и услова и о томе ће обавестити подносиоца пријаве. Подносилац је обавезан да у року од месец дана од пријема обавештења предложи одговарајуће мере праћења пословања и/или структурне мере, и услове којима би се отклонили негативни ефекти пријављене концентрације. Наведене мере и услове подносилац може предложити и раније, па и у самој пријави, а Агенција је овлашћена да сама одреди и друге мере и услове и рокове за њихово испуњење уколико не прихвати или само делимично прихвати мере, услове и рокове предложене од стране учесника у концентрацији.¹⁹

16 Чл. 22 ст. 1–3 Закона.

17 Агенција може продужити рок за доношење решења на рок од 3 месеца уколико процени да је за утврђивање чињеничног стања и оцену доказа потребно извршити допунска вештачења и анализе, о чему је обавезна да обавести странку у поступку пре истека рока (чл. 57 ст. 6 Закона).

18 Дијана Марковић-Бајаловић, „У сусрет новом Закону о заштити конкуренције“, у: Наташа Стојановић, Срђан Голубовић (ур.), *Право Републике Србије и право Европске уније – сјање и њерсекејиве*, свеска 2, Ниш, 2009, стр. 474. Према Закону о управним споровима (*Narodne novine*, бр. 53/91, 9/92, 77/92), странка може покренути управни спор ако на њен захтев првостепени орган није у предвиђеном року донео решење против кога није дозвољена жалба (чл. 26 ст. 2). Према новом Закону о управним споровима (*Narodne novine*, бр. 20/2010), који ступа на снагу 1. јануара 2012. године, управни спор се може покренути тужбом због пропуштања доношења појединачне одлуке или поступања јавноправног тела у законом прописаном року (чл. 12. ст. 2. т. 3).

19 Решење о концентрацији се може укинути ако је решење донесено на основу нетачних или неистинитих података који су били од одлучујућег утицаја за његово доношење, и/или ако било који од учесника у концентрацији није испунио мере и

Закон у чл. 24 прописује да Агенција има овлашење да одреди и тзв. мере деконцентрације, како би се у случају спровођења недопуштене концентрације спречиле или отклониле њене штетне последице. Реч је о мерама праћења пословања или структурним мерама потребним за успостављање конкуренције које се одређују у случајевима када је концентрација спроведена противно решењу Агенције којим се она одређује забрањеном или када је концентрација спроведена без подношења обавезне пријаве. Агенција ће ове мере одредити посебним решењем и нарочито може наложити продају или пренос стечених акција или удела, или забранити или ограничити остваривање права гласа по основу акција или удела у учесницима концентрације и наредити престанак заједничког подухвата (*joint venture*) или других облика стицања контроле који су довели до недопуштене концентрације.

VI Овлашћења Агенције за заштиту тржишног натјечања

У поступку оцене допуштености концентрације, Агенција има значајна истражна овлашћења која се односе на прикупљање свих података и докумената неопходних за правилно утврђивање чињеничног стања. Агенција је овлашћена, пре свега, да писаним путем захтева од странака у поступку, као и од других правних или физичких лица, струковних или привредних удружења, односно привредних комора, удружења потрошача, државних органа, органа локалне и регионалне самоуправе, сва потребна обавештења, у писаном облику или у облику усмених изјава, и достављање на увид потребних података и документације; затим, да захтева од странака у поступку да јој омогуће непосредан увид у све пословне просторије, сву непокретну и покретну имовину, пословне књиге, базе података и другу документацију, као и да захтева од странака обављање других радњи које сматра потребним за утврђивање свих релевантних података.²⁰

Агенција има и овлашћење да по налогу Управног суда Хрватске спроведе ненајављено претресање пословних просторија, земљишта и превозних средстава, докумената, исправа и ствари које се тамо налазе, као и печатење, и привремено одузимање доказа, а о чему се странка обавештава на месту догађаја и у тренутку спровођења претраге.²¹ Овлашћена лица која спроведе ненајављено претресање могу:

услове у роковима одређеним решењем Агенције. Решење се може и изменити ако странке не могу испунити неки од услова или их не могу испунити у одређеним роковима, због околности које се нису могле предвидети ни избећи и које не зависе од воље странака (чл. 23).

20 Вид. чл. 41 Закона.

21 Вид. чл. 42 Закона.

- 1) ући и спровести претресање свих пословних просторија, земљишта и превозних средстава у седишту учесника против којег се води поступак, као и на свакој адреси на којој тај учесник делује;
- 2) прегледати пословне књиге и другу документацију која се односи на пословање учесника на тржишту, без обзира на начин на који се те књиге и документација чувају;
- 3) одузети и/или направити копије пословних књига и друге документације или њихових делова, у електронском или другом облику;
- 4) одузети потребну документацију и задржати је колико је потребно за израду њених копија, уколико из техничких разлога то није могуће учинити у току поступка, о чему је овлашћено лице дужно саставити службену белешку;
- 5) запечатити просторију и/или пословну књигу или документацију за време претресања и у обиму неопходном за спровођење претреса;
- 6) затражити од заступника учесника на тржишту или његових запослених усмено изјашњавање о чињеницама или документима који се односе на циљ и предмет претресања, а добијене одговоре забележити;
- 7) затражити достављање писаних изјава о чињеницама или докумената који се односе на циљ и предмет истраге, и одредити рок у којем је потребно доставити те изјаве;
- 8) обављати и друге радње потребне за постизање циља претресања.

Уколико се учесник на тржишту противи спровођењу претресања, овлашћена лица могу, уз помоћ полиције, и против воље учесника на тржишту ући у пословне просторије и извршити увид у пословне књиге и другу документацију. Ако постоји основана сумња да се пословне књиге или друга документација налази код учесника на тржишту против кога није покренут поступак, или у стану или другој просторији сличне или повезане намене, а који припадају члановима управе учесника против којег је покренут поступак или његовим запосленим, ненајављено претресање се мора спровести у присуству два пунолетна сведока. Уколико постоји опасност од значајне и непоправљиве штете за конкуренцију, Агенција може донети решење о привременој мери у хитним случајевима, којим налаже престанак вршења одређених радњи, испуњење посебних услова или друге мере потребне за уклањање штетних последица нарушавања конкуренције.

VII Управно-казнене мере

Кажњавање учесника на тржишту који повреде прописе о контроли концентрација био је велики проблем у поступку контроле, пошто је Агенција имала само овлашћење да након утврђене повреде поднесе захтев за покретање прекршајног поступка. Нови закон, међутим, уноси новину и омогућава Агенцији да изриче управно-казнене мере чији је циљ осигурање ефикасне конкуренције, кажњавање учинилаца повреда Закона, отклањање штетних последица таквих повреда и одвраћање других учесника на тржишту од кршења одредаба Закона.²²

Управно-казнена мера за тешке повреде прописа о конкуренцији, у облику плаћања новчаног износа до 10% укупног годишњег прихода, одредиће се учеснику на тржишту који учествује у спровођењу забрањене концентрације и учеснику на тржишту који не поступи по решењу Агенције којим се одређују мере деконцентрације или привремене мере. За лакше повреде прописа о конкуренцији, новчана казна до 1% укупног годишњег прихода изриче се учеснику-странци у поступку који Агенцији не поднесе обавезну пријаву концентрације; учеснику који Агенцији поднесе нетачне или неистините податке у поступку оцене концентрације; учеснику који не поступи по захтеву Агенције у вези са прикупљањем података; и учеснику који омета извршење налога Управног суда за ненајављено претресање пословних и других просторија, земљишта и превозних средстава, као и печећење, и привремено одузимање предмета.²³

Закон у чл. 64 прописује и критеријуме за изрицање управно-казнене мере и обавезује Агенцију да узме у обзир све олакшавајуће и отежавајуће околности као што су тежина повреде, време трајања повреде и последице те повреде за друге учеснике на тржишту и потрошаче. При томе се примењује двостепена методологија утврђивања износа управно-казнене мере тако што се прво утврђује основни износ, а затим се тај износ смањује или повећава у зависности од утврђених олакшавајућих и/или отежавајућих околности. Агенција може повећати основни износ и уколико је то потребно за одузимање имовинске користи коју је учесник на тржишту остварио повредом Закона, под условом да је ту корист могуће проценити. Агенција може и да додатно смањи утврђени износ учеснику који се налази у тешкој финансијској ситуацији, ако он поднесе релевантне доказе да би изрицање мере не-

22 Чл. 60 Закона.

23 Вид. чл. 61 и 62 Закона. Управно-казненом мером од 10.000,00 до 100.000,00 куна казниће се и учесник на тржишту који нема положај странке, а који не поступи по захтеву Агенције у вези са прикупљањем података (чл. 63).

повратно угрозило његову економску одрживост и довело до потпуног губитка вредности његове имовине.

VIII Контрола одлука Агенције за заштиту тржишног натјецања

Контрола законитости одлука Агенције у надлежности је Управног суда Републике Хрватске, па се против решења Агенције којим се утврђује повреда Закона и изричу управно-казнене мере може покренути управни спор пред Управним судом у року од 30 дана.²⁴ Законом је проширена надлежност Управног суда у контроли одлука Агенције, па се контрола односи и на утврђену повреду прописа и на изречену управно-казнену меру.

Тужбу може поднети незадовољна странка у поступку због:

- 1) повреде прописа материјалног права о тржишној конкуренцији;
- 2) битне повреде одредаба о поступку;
- 3) погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања;
- 4) погрешне одлуке о управно-казненој мери и другим питањима о којима одлучује Агенција.

Значајне новине у Закону се односе на суспензивно дејство тужбе поднете Управном суду и на одредбу о хитном поступку пред Судом. Наиме, према чл. 67 ст. 4 Закона, подношење тужбе Управном суду задржава извршење решења Агенције, а према чл. 69 ст. 1 сви спорови пред Судом су хитни. Одреба о хитном поступку је значајна с обзиром на дужину трајања управних спорова и с обзиром на то да је у интересу привредних субјеката да се поступак што брже спроведе.

IX Закључак

Усвајањем новог Закона о заштити тржишног натјецања, у Републици Хрватској је учињен значајан напредак у погледу контроле концентрација и заштите конкуренције, пошто су отклоњени бројни недостаци претходног закона. Истовремено, прихватањем одређених решења олакшано је међусобно повезивање тржишних учесника, што ће повољно утицати на њихово пословање.

24 Решења Агенције се достављају странкама у поступку и објављују на Интернет страници Агенције. Изреке решења Агенције се објављују у *Народним новинама*, а одлуке Управног суда поводом тужби на та решења се објављују на интернет страници Агенције.

Прихватањем европског модела контроле концентрација, Хрватска се одлучила да усвоји савремена решења и проверен систем заштите конкуренције од повреда које могу настати спровођењем концентрација, па се може закључити да прописи Хрватске и Босне и Херцеговине, и поред одређених недостатака, свеобухватно регулишу осетљиву област контроле концентрација и доприносе бољој заштити конкуренције и развоју тржишне привреде ових земаља.

Mag. Ivana RAKIĆ

PhD Student of Faculty of Law, University of Belgrade

Scholar of Ministry of Science and Technological Development

CONTROL OF CONCENTRATIONS IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

Control of concentrations in the Republic of Croatia is a third component of system of competition law and important instrument for the maintenance of a competitive market structure. Its purpose is to prevent the creation of market power by undertakings and to maintain a market structure that is capable of delivering the benefits from competition in the market.

Control is based on European merger control rules which impose prior notification and control. All mergers, acquisitions of control and certain joint ventures above specified thresholds of income are subject to prior control and have to be notified before implementation.

Concentrations are permissible, unless the Croatian Competition Agency decides that they would prevent, restrict or distort competition on the relevant market. During the appraisal procedure, the Agency has a broad powers of investigation, as well as powers of directly imposing sanctions for distortions of competition and infringements of competition rules.

Key words: *control of concentrations, merger control, competition law, Republic of Croatia.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

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, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска 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 њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.
Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.
- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.
Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.
- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:
пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.
Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.
- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

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 курсивом, 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.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

И

ЧАСОПИС „ПРАВО И ПРИВРЕДА“

**организују јубиларни Двадесети сусрет
правника у привреди Србије
са уобичајеним тематским областима**

Време: 24–27. мај 2011. године

Место: Врњачка Бања – конгресни центар хотела „ЗВЕЗДА“

Уредник Сусрета: проф. др Мирко Васиљевић

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

ЧЛАНЦИ:

Гордана Илић-Попов

Фискална одговорност предузећа у еколошкој заштити у Републици Србији

Небојша Јовановић

Оспорљивост „извршних“ потраживања у стечају

Миле Врањеш

Реформа пензијског и инвалидског осигурања у Србији

Радивоје Петрикић, Рашко Радовановић

Спровођење увиђаја према новим прописима о заштити конкуренције

Гордана Ајнхилер Поповић

Могућност компензације у току стечаја

Татјана Јевремовић Петровић

Утицај праксе суда ЕУ на заштиту поверилаца у компанијском праву

Катарина Ђулић, Лидија Шешкар

Scorecard корпоративног управљања у Србији

Ненад Тешић

Српски законодавац на потезу – један „чисто правни“ приступ лобирању

Јелена Адамовић

Иступање из друштва с ограниченом одговорношћу

Марко Марјановић

Услови за продају стечајног дужника као правног лица према новим стечајним прописима

Претплата за 2010. годину

- правна лица 9.100 динара
- физичка лица . . . 4.550 динара
- иностранство . . . 100 САД долара

Претплата се врши на текући рачун

Удружења правника у привреди Србије

број: 355-1028874-46, Војвођанска банка, уз назнаку:

Претплата за часопис „Право и привреда“