

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу



## САДРЖАЈ

### ОСНОВНА ТЕМА

*Мирко* **ВАСИЉЕВИЋ**

Привреда и владавина права ..... 17

### ПРИВРЕДНА ДРУШТВА

*Стеван* **ШОГОРОВ**

Пренос и поништење сопственог удела друштва с  
ограниченом одговорношћу ..... 44

*Зоран* **АРСИЋ**

Председник скупштине акционарског друштва ..... 54

*Љубодраг* **ПЉАКИЋ**

Пренос радње на наследника правним послом међу  
живима ..... 65

*Марко* **РАЈЧЕВИЋ**, *Вишомир* **ПОПОВИЋ**

Правни статус јавних предузећа у Републици Српској ..... 72

*Зоран Р.* **ТОМИЋ**, *Нађаша* **ПЕТРОВИЋ** **ТОМИЋ**

О лиценцирању кандидата за чланове органа друштава  
осигурања – осврт на одлуке Уставног суда Србије ..... 91

<b>Александра ЈОВАНОВИЋ</b>	
Економија владавине права и Србија – отворена питања . . . . .	113
<b>Љубиша ДАБИЋ</b>	
Задруге као посебан правноорганизациони облик (упоредноправни приступ) . . . . .	126
<b>Соња БУНЧИЋ</b>	
Одређење појма мањински акционари и њихова класификација . . . . .	151
<b>Вук РАДОВИЋ</b>	
Права акционара у вези са дневним редом скупштине акционарског друштва . . . . .	162
<b>Таијана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ</b>	
Обавезно објављивање као инструмент заштите поверилаца у компанијском праву . . . . .	187
<b>Јос УИТДЕНААГ</b>	
Између правне традиције и модерне ефикасности: реформа извршног система Србије . . . . .	216
<b>Драгољуб СИМОНОВИЋ</b>	
Ко пише законе у Србији . . . . .	231
<b>Бранислав РАДУЛОВИЋ</b>	
Нормативно уређење финансијске контроле у Црној Гори . . . . .	242
<b>Слободан ИЛИЈИЋ</b>	
Правни аспекти корпоративног управљања у осигурању Србије . . . . .	263
<b>Соња СРЕЂКОВИЋ, Ненад КОВАЧЕВИЋ</b>	
Право преузимања у Србији – компаративна анализа и критички осврт . . . . .	277

## **СТЕЧАЈНО ПРАВО И ПРИВАТИЗАЦИЈА**

<b>Драјан РАКОЧЕВИЋ</b>	
Медијација у привредно-правним споровима и стечајним поступцима . . . . .	292

<b>Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ</b>	
Повериоци као подносиоци предлога за покретање стечајног поступка . . . . .	303
<b>Владимир ПОЗНАНИЋ</b>	
Реорганизација предузећа кроз стечај. . . . .	316
<b>Владимир КОЗАР</b>	
Поступак административног управљања над банком којој је одузета дозвола за рад . . . . .	326
<b>Младен НИКОЛИЋ</b>	
Одговорност државе за одређена потраживања запослених према друштвеним предузећима. . . . .	339
<b>Бранка ЖЕРАЈИЋ</b>	
Права стицаоца или наследника купца капитала из приватизационог уговора након једностраног раскида . . . . .	349
<b>Маријана ДУКИЋ-МИЈАТОВИЋ</b>	
Предлог плана реорганизације у светлу законских процедура стечајних закона у региону . . . . .	360
<b>Немања НИКОЛИЋ</b>	
Реструктурирање у поступку приватизације: како обезбедити заштиту поверилаца и правну сигурност?. . . . .	373

## ПОСЛОВНО ПРАВО ЕУ И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

<b>Свешислав ТАБОРОШИ, Таијана ЈОВАНИЋ</b>	
Тржишна регулација као метаправни систем и значај економске демократије. . . . .	389
<b>Блајоје С. БАБИЋ</b>	
Правна страна кризе Европске монетарне уније . . . . .	420
<b>Гордана ГАСМИ, Марија КОСТИЋ</b>	
Заштита основних људских права кроз принципе Лисабонског уговора о ЕУ . . . . .	436
<b>Розеџа КАРОВА</b>	
Атински процес – инструмент за увођење енергетског <i>acquis</i> -а ЕУ у земље западног Балкана. . . . .	447

**Бранислава ЛЕПОТИЋ КОВАЧЕВИЋ**

Утицај Уговора о оснивању Енергетске заједнице на јавна  
предузећа у области енергетике у Републици Србији. . . . . 463

**Илија ЗИНДОВИЋ**

Систем ексклузивне и селективне дистрибуције и дејство на  
конкуренцију . . . . . 475

**Јелена ЂЕРАНИЋ**

Нови прописи о акредитацији и тржишном надзору у  
Европској унији и Србији. . . . . 487

**Ана КНЕЖЕВИЋ БОЈОВИЋ**

Појам пословног настањивања привредних друштава у  
Споразуму о стабилизацији и придруживању и привредно  
право Србије. . . . . 504

**Маја ЛУКИЋ**

Мешовити споразуми и развој спољних односа Европске  
уније – да ли оруђе раста може прерасти само себе? . . . . . 519

**ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА**

**Рајнер КУЛМС**

„Банке из сенке“ између иновације и регулације . . . . . 533

**Бранко ВАСИЉЕВИЋ**

Финансијске кризе и резистентност банкарских система . . . . 553

**Добросав МИЛОВАНОВИЋ**

Нова решења предлога Закона о тржишту капитала . . . . . 563

**Милош ЈАНКОВИЋ**

Антикризна регулација и владавина права на тржишту  
капитала. . . . . 580

**Нада ТОДОРОВИЋ**

Индивидуални инвеститори на финансијском тржишту. . . . . 590

**Јасмина ЛАБУДОВИЋ**

Проблеми финансирања малих и средњих предузећа . . . . . 601

**Слободан НЕНАДОВИЋ**

Банкарска тајна у упоредном и позитивном праву Републике  
Србије..... 614

**Мијаџ ЈОЦОВИЋ**

Нови трендови у развоју института инсајдерске трговине... 632

**Мирјана РАДОВИЋ**

Законити ималац дематеријализованих хартија од  
вредности..... 649

**Јелена ЛЕПЕТИЋ**

О појму *insider*-а у праву Европске уније..... 672

**Владимир ВРАЧАРИЋ**

Реформа система награђивања у финансијском сектору..... 688

**МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО**

**Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ**

О стандардизацији правила међународног трговачког  
права..... 702

**Александар ЂИРИЋ**

Методи утврђивања порекла робе у спољнотрговинском  
промету..... 718

**Јелена ПЕРОВИЋ**

Индијектна штета у међународној продаји робе..... 732

**Владимир ЧОЛОВИЋ**

Саосигурање као заштита од мултипликације ризика..... 744

**Предрај Н. ЦВЕТКОВИЋ, Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ**

Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања..... 758

**Иванка СПАСИЋ**

Правна регулатива о франшизингу (решења међународних  
унификацијских аката и преднацрта ГЗ Србије)..... 771

**Предрај ДЕДЕИЋ, Звонко БРЊАС, Иван СТОШИЋ**

Индустријске зоне у функцији регионалног развоја и  
привлачења директних инвестиција..... 784

**Сандра ФИШЕР-ШОБОТ**

Рок за преглед робе у праву међународне продаје..... 795

**Горан РАКИЋ**

Индириктна експропријација..... 810

**ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА**

**Слободан МАРКОВИЋ**

Јавни домен и право интелектуалне својине..... 819

**Божин ВЛАШКОВИЋ**

Тродимензионални жигови и жигови у боји..... 833

**Мирјана ПОЛЕНАК АКИМОВСКА, Гоце НАУМОВСКИ**

Основни правни оквир за „сајберсквотинг“ спорове:  
међузависност жига и назива домена ..... 845

**Јагранка ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА**

Утицај права конкуренције на промет права интелектуалне  
својине уговором о лиценци, према регулативи 772/2004  
Европске комисије..... 858

**Зоран МИЛАДИНОВИЋ, Синиша ВАРГА**

Право аутора на раскид уговора због невршења уступљених  
овлашћења..... 882

**Љиљана РУДИЋ-ДИМИЋ**

Посебан режим ауторског дела и поступак јавних набавки .. 897

**Видоје СПАСИЋ**

Дигитално управљање правима..... 909

**Душан ПОПОВИЋ**

Жигом заштићене ознаке, кључне речи и оглашавање на  
интернету..... 927

**Сања РАДОВАНОВИЋ**

Улога патентног права у одрживом развоју..... 948

**Соња СПАСОЈЕВИЋ**

Престанак жига због некорисћења..... 964



<b><i>Романа</i> МАТАНОВАЦ ВУЧКОВИЋ</b>	
Наčела правног уређења система жига заједнице. . . . .	974
<b><i>Свјејлана</i> ИВАНОВИЋ</b>	
Проширено колективно остваривање ауторског права . . . . .	996
<b><i>Иза</i> РАЗИЈА МЕШЕВИЋ</b>	
Конкуренција или монопол? Статус организација за колективно остваривање ауторског права и сродних права . .	1012
<b><i>Нега</i> ЗДРАВЕВА</b>	
Неколико опсервација о накнади штете за повреде патента . . . . .	1027
<b><i>Владимир</i> ЛЕПОСАВИЋ</b>	
Прилог о регулативи права Европске уније у области ауторског и сродних права . . . . .	1043
<b>УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ</b> . . . . .	1066

## TABLE OF CONTENTS

### MAIN TOPIC

*Mirko VASILJEVIĆ*

The Economy and the Rule of Law..... 17

### BUSINESS ORGANIZATIONS

*Stevan ŠOGOROV*

Transfer and Annulment of Own Shares in Private Company ... 44

*Zoran ARSIĆ*

Chairman of Corporation General Meeting ..... 54

*Ljubodrag PLJAKIĆ*

Transfer of a Business to a Successor by Means of a Legal  
Transaction between the Living ..... 65

*Marko RAJČEVIĆ, Vitomir POPOVIĆ*

Legal Status of Public Enterprises in Republic of Srpska ..... 72

*Zoran R. TOMIĆ, Nataša PETROVIĆ TOMIĆ*

About Licencing of the Candidates for Members of the Board  
and Supervisory Body of Insurance Companies – Some Remarks  
on Decisions of the Constitutional Court of Serbia. .... 91

<b>Aleksandra JOVANOVIĆ</b>	
Rule of Law Economics and Serbia – Open Issues .....	113
<b>Ljubiša DABIĆ</b>	
Cooperatives as a Special Legal-Organizational Form (a Comparative Law Approach) .....	126
<b>Sonja BUNČIĆ</b>	
Determination of Minority Shareholders and Their Classification.....	151
<b>Vuk RADOVIĆ</b>	
Shareholders' Rights Concerning the Agenda of the General Meeting.....	162
<b>Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ</b>	
Creditor Protection Through Mandatory Disclosure Rules .....	187
<b>Jos UITDEHAAG</b>	
Between Legal Tradition and Modern Efficiency: the Reform of the Serbian Enforcement System.....	216
<b>Dragoljub SIMONOVIC</b>	
Who writes the Laws in Serbia .....	231
<b>Branislav RADULOVIĆ</b>	
Normative Regulation Financial Control in Montenegro.....	242
<b>Slobodan ILIJIĆ</b>	
Legal Aspects of Corporate Governance in Insurance of Serbia.....	263
<b>Sonja SREĆKOVIĆ, Nenad KOVAČEVIĆ</b>	
Takeover Law in Serbia – Comparative Analysis and Critical Overview.....	277

## **BANKRUPTCY LAW AND PRIVATIZATION**

<b>Dragan RAKOČEVIĆ</b>	
Mediation in Commercial Disputes and Bankruptcy Proceedings.....	292

<b><i>Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ</i></b>	
Creditors as Applicants of the Petition for Commencing Bankruptcy Proceeding . . . . .	303
<b><i>Vladimir POZNANIĆ</i></b>	
Company Reorganization through Bankruptcy . . . . .	316
<b><i>Vladimir KOZAR</i></b>	
Procedure for the Administrative Control of the Bank which is revoked . . . . .	326
<b><i>Mladen NIKOLIĆ</i></b>	
Liability of the State for Certain Employee Claims towards State-Owned Companies . . . . .	339
<b><i>Branka ŽERAJIĆ</i></b>	
Rights of Legal Successor or Heir of Acquirer in a Privatization Contract after the Recision . . . . .	349
<b><i>Marijana DUKIĆ-MIJATOVIĆ</i></b>	
The Proposal of a Plan of Reorganization in Light of the Legal Procedures of Bankruptcy Laws in The Region . . . . .	360
<b><i>Nemanja NIKOLIĆ</i></b>	
Privatization Restructuring in Context of Creditor Protection and Legal Certainty . . . . .	373

## **EU BUSINESS LAW AND ANTITRUST LAW**

<b><i>Svetislav TABOROŠI, Tatjana JOVANIĆ</i></b>	
Market Regulation as Metalegal System and the Importance of Economic Democracy . . . . .	389
<b><i>Blagoje S. BABIĆ</i></b>	
Legal Aspect of the Crisis of the European Monetary Union . . . .	420
<b><i>Gordana GASMI, Marija KOSTIĆ</i></b>	
Protection of Fundamental Human Rights through Principles of Lisabon Treaty on EU . . . . .	436
<b><i>Rozeta KAROVA</i></b>	
Athens Process – Instrument for Introducing Energy Acquis of the European Union in the West Balcan Countries . . . . .	447

<b><i>Branislava</i> LEPOTIĆ KOVAČEVIĆ</b>	
Impact of the Treaty establishing the Energy Community to Public Enterprises in the Energy Sector in the Republic of Serbia.....	463
<b><i>Ilija</i> ZINDOVIĆ</b>	
System of Exclusive and Selective Distribution and the Effect of Competition.....	475
<b><i>Jelena</i> ĆERANIĆ</b>	
New Regulations on Accreditation and Market Surveillance in European Union and Serbia.....	487
<b><i>Ana</i> KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ</b>	
The Notion of Establishment of Companies in the Stabilisation and Association Agreement and Serbian Commercial Law.....	504
<b><i>Maja</i> LUKIĆ</b>	
Mixed Agreements and Development of EU External Relations – may a Tool for Growth outgrow Itself?.....	519

## **CAPITAL MARKETS**

<b><i>Rainer</i> KULMS</b>	
Shadow Banks between Innovation and Regulation.....	533
<b><i>Branko</i> VASILJEVIĆ</b>	
Financial Crises and Resiliency of Banking Systems.....	553
<b><i>Dobrosav</i> MILOVANOVIĆ</b>	
New Solutions of the Proposal of Law on Capital Market.....	563
<b><i>Miloš</i> JANKOVIĆ</b>	
Anti-Crisis Regulation and the Rule of Law in the Capital Market.....	580
<b><i>Nada</i> TODOROVIĆ</b>	
Individual Investors in the Financial Market.....	590
<b><i>Jasmina</i> LABUDOVIĆ</b>	
Problems of Financing Small and Medium Enterprises.....	601

<b>Slobodan NENADOVIĆ</b>	
Bank Secrecy in Comparative and Positive Law of the Republic of Serbia. ....	614
<b>Mijat JOCOVIĆ</b>	
New Trends in the Development of the Institute of Insider Trading .....	632
<b>Mirjana RADOVIĆ</b>	
Legal Title Holder of Dematerialised Securities.....	649
<b>Jelena LEPETIĆ</b>	
About the Concept of Insider in the European Union Law .....	672
<b>Vladimir VRAČARIĆ</b>	
Reform of Compensation System in Financial Sector.....	688

## INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

<b>Radovan D. VUKADINOVIĆ</b>	
Instead of a Conclusion – is there a Crisis of Identity of Internal Commercial Law Rules .....	702
<b>Aleksandar ĆIRIĆ</b>	
Methods of Determining Origin of Goods in Foreign Trade.....	718
<b>Jelena PEROVIĆ</b>	
Indirect Damages in the International Sale of Goods.....	732
<b>Vladimir ČOLOVIĆ</b>	
Coinsurance as Protection against Risk Multiplication.....	744
<b>Predrag CVETKOVIĆ, Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ</b>	
Public Private Partnership: Basic Considerations.....	758
<b>Ivanka SPASIĆ</b>	
Normative Regulation of Franchising (Concepts of International Unification Acts and Civil Code Draft of Serbia).....	771
<b>Predrag DEDEIĆ, Zvonko BRNJAS, Ivan STOŠIĆ</b>	
Industrial Zones and Their Influence on Regional Development and Raising Direct Investments.....	784

<b>Sandra FIŠER-ŠOBOT</b>	
Time Period for Examination of the Goods in International Law of Sales.....	795
<b>Goran RAKIĆ</b>	
Indirect Expropriation .....	810

## INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

<b>Slobodan MARKOVIĆ</b>	
Public Domain and Intellectual Property Law .....	819
<b>Božin VLAŠKOVIĆ</b>	
Three-Dimensional and Color Trademarks.....	833
<b>Mirjana POLENAK AKIMOVSKA, Goce NAUMOVSKI</b>	
Basic Framework of Cybersquatting Disputes: Trademarks and Domain Names Interdependence .....	845
<b>Jadranka DABOVIĆ-ANASTASOVSKA</b>	
The Influence of Competition Law on Licensing of Intellectual Property Rights, according to the Commission Regulation 772/2004 .....	858
<b>Zoran MILADINOVIĆ, Siniša VARGA</b>	
The Right of the Author to terminate the Agreement due to the Non-Executing of the Assigned Rights .....	882
<b>Ljiljana RUDIĆ-DIMIĆ</b>	
Special Regime of Work of Authorship and Public Supplies Procedure .....	897
<b>Vidoje SPASIĆ</b>	
Digital Rights Management .....	909
<b>Dušan POPOVIĆ</b>	
Trademarks and Internet Keyword Advertising.....	927
<b>Sanja RADOVANOVIĆ</b>	
The Role of Patent Law in Sustainable Development .....	948
<b>Sonja SPASOJEVIĆ</b>	
Termination of the Trademark due to Inactivity .....	964

<b>Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ</b>	
The Principles of the Legal Regulation of the Community Trade Mark System.....	974
<b>Svjetlana IVANOVIĆ</b>	
Extended Collective Management of Copyright.....	996
<b>Iza RAZIJA MEŠEVIĆ</b>	
Competition or Monopoly? Status of Copyright Collecting Societies.....	1012
<b>Neda ZDRAVEVA</b>	
Few Observations on Patent Infringement Damages in the Republic of Macedonia and the Republic of Serbia.....	1027
<b>Vladimir LEPOSAVIĆ</b>	
Contribution regarding EU Regulation in the Field of Copyright and Related Rights.....	1043
<b>INSTRUCTIONS FOR AUTHORS .....</b>	<b>1066</b>



---

# ОСНОВНА ТЕМА

---

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**  
професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРИВРЕДА И ВЛАДАВИНА ПРАВА<sup>\*</sup>

*„Циљ закона није да укине или оџраничи,  
већ да очува и увећа слободу  
шамо ђде нема закона нема ни слободе.“*

Џон Лок

### I О појму владавине права

Од када је света и века људи уопште и правници посебно су трагали за одговором на питање шта је прихватљивије: *владавина људи* или *владавина ђрава*. Разуме се да су аутократске владавине увек наметале концепт владавине људи (владара), док су демократске владавине нудиле потчињеност праву и тиме владавину права.<sup>1</sup> У првом случају радило се о незаконским државама, а у другом о законским државама.<sup>2</sup> Закон-

<sup>\*</sup> Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој ђравној сисџема Србије и хармонизација са ђравом ЕУ (ђравни, економски и социолошки асџекџи)*.

1 Интересантно је да је овај аспект владавине права био изражен у Законику цара Душана у средњовековној Србији (XIV век). „Ако успише писмо царства ми, или из срџбе, или из љубави, или из милости за некога, а то писмо ружи Законик, није по правди и закону, како Законик пише, судије том писму да не верују, него да суде и извршавају како је по правди“ (чл. 167). „Све судије да суде по закону, право како пише у Законику, а да не суде по страху од цара“ (чл. 168). Вид. *Душанов законик – Бисџрички ђрејис*, Београд 1999.

2 У стриктно правном смислу у правној и политичкоправној теорији има неслагања око изједначења појма „правна држава“ и појма „владавина права“. Део теорије који прави ту дистинкџију (Л. Баста, *Полиџика у ђраницама ђрава*, Београд 1984,

ска држава је израз немоћи позитивног права да се избори за природноправну вредност над свим вредностима – вредност правде, тако да је концепт владавине (позитивног) права слаба копија тих изневерених нада. Наиме, у својој теоријској равни, могло би се мислити да је држава у којој влада право,<sup>3</sup> у којој су сви једнаки пред законом, у којој је *и власт̄ӣ њо̄ӣчињена̄ њраву и одговорна̄ њред њравом*, истинска демократска држава у којој влада народ (преко прописа које доноси) по дефиницији њеног појма. Фактички проблем држава владавине права јесте, међутим, у томе што позитивно право (у својој најважнијој, државној, сфери) стварају људи, логиком политичког изборног система, чиме се уместо владавине народа обезбеђује владавина већине (која кроз парламентарни механизам доноси законе који су израз њене воље). Круг се тако опет затвара и враћа на мање или више огољен проблем владавине људи, а не на владавину права (с тим што у демократским државама то је увек нека већина, док је у недемократским државама то нека мањина).<sup>4</sup>

Идеја владавине права има свој општи и посебни изражај. Општи аспект те идеје и вредности има пре свега свој политички (материјални) аспект: *систӣем њоделе власт̄ӣи* (независност три власти: законодавна, судска и извршна)<sup>5</sup>, који својом трипартицијом, јесте гарант потчињености политике (извршне сфере власти) праву – *начело конњроле њолињичке власт̄ӣи њуњем њрава* (политика у раљама права).<sup>6</sup> Додатна гаранција за

---

113–118) полази од чињенице да не постоји јединствено гледање на однос права и државе (теорије о независности државе од права, теорије о првенству државе над правом, теорије о првенству права над државом, теорије о јединству државе и права, теорије о повезаности државе и права и теорије о релативној самосталности државе и права, док други део теорије, свестан тих различитих становишта о односу права и државе, ипак заузима став да „између правне државе и владавине права не постоје суштинске разлике, односно да су правна држава и владавина права исто“ – тако: Д. Митровић, *Правна њеорија*, Београд 2007, 158–164 и 171.

- 3 О концепцији права као интегритета, које обједињава законодавство и јуриспруденцију, те о праву које „само себе прочишћава“, односно о „царству права“ које „одређује став, а не територија, власт или процес“ („иако судије морају имати последњу реч, не значи да је то и најбоља реч“), говори: Р. Дворкин, *Царстњво њрава*, Београд 2003, 435–449.
- 4 Вид. Р. Лукић, *Правна држава – њорекло и будућност̄ӣ једне идеје*, Београд 1991b; Д. Баста, К. Чавошки, *Право као умеће слободе – о̄лед о владавини њрава*, Београд 1994; Д. Митровић (2007), 165–171; Д. Митровић, *Начело законњӣосњӣи – њојам, садржина, облици*, Београд 1996; Г. Вукадиновић, *Теорија државе и њрава, II*, Н. Сад 2007, 113–124; Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Н. Сад 1995.
- 5 „Народне судије су само уста, која изговарају речи закона; беживотна бића која не могу да му ублаже ни снагу ни строгост“ – Ш. Монтескје, *О духу закона*, Београд 1989, 183.
- 6 „Владавина права јесте атрибут ваљано уређене државе који је дефинише као вршење власти у границама права... није довољно да државна власт буде ограни-

то потчињавање политичке власти праву јесте и судска независност. Све три власти су једине власти у својој сфери, ограничене су правом које им пружа гаранцију слободе у својој сфери неограничене суверености. Сходно томе, право у нормативном смислу нема проблема само са собом у овом домену и ту свакако тријумфује. Право, међутим, има проблема што је управо овде најчешће и најлакше рањиво, тако да се сукобљава са животом („право иде друмом, а живот шумом“!).<sup>7</sup> Манифестације неживотности те велике нормативне победе правне цивилизације на терену и уставне гаранције су врло честе у земљама у којима се „демократија осваја“: улазак извршне сфере власти (политике) у законодавну сферу власти и неовлашћено преузимање парламентарних овлашћења (систем владања уредбама уместо законима – сфера приватизације мотивисана приземном идејом *имаџи*, уместо велике филозофске тековине *биџи* јесте трајни споменик доминације „сфере чулности“ над „сфером умности“ вршилаца политичке власти; систем владања ставовима извршне и управне власти уместо законима, итд.); јавне манифестације политичке моћи извршне власти у односу на судску власт (не само начелне и опште, већ и врло конкретне и у смислу објекта и у смислу субјекта); компромитација законодавне власти доношењем „нетолерантно“ неправедних (па и неуставних и нелегалних) закона (ограничавање слободе говора и информисања, као недемократска легитимација демократских власти и израз „владавине политике над правом“, на пример).

Општи аспект владавине права има свој посебан изражај на плану сврсисходности (целисходности) права, који представља индивидуализацију права (општег, апстрактног) на конкретан случај, што је и смисао примене права и посебно улоге судске власти. Правне вредности, попут правде и правне сигурности, како је то писао Г. Радбрух,<sup>8</sup> могу бити у сукобу са сврсисходношћу, те се поставља питање предности кад постоје ове антиномије права. *Сврсисходноста може биџи љавна вредност* ако у стварности спроводи своју мисију индивидуализације опште законске норме на конкретан случај, али она је у опасној „сивој“ зони, у којој политичка (страначка, владајућа) власт, иако је кроз парламентарни механизам „прописала право“ може проценити да није политички целисходна одређена примена баш тог права („неједнако поступање у једнаким

чена правом; битно је и то да право буде ваљано по садржини.“ Тако: Р. Васић, „Принцип владавине права“, *Уставности и владавина љрава* (приредио: К. Чавошки), Београд 2000, 15–16.

7 „Појам права није никакав логички појам, већ је појам силе. Зато Правица, која у једној руци држи теразије којима мери право, у другој руци држи мач којим га брани. Мач би без теразија био гола сила, а теразије без мача немоћ права“ – Р. Јеринг, *Борба за љраво*, Београд 1998, 16.

8 Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, Београд 1980, 94–100.

случајевима“ или „једнако поступање у неједнаким случајевима“, као повреда уставних принципа једнакости пред законом и повреда опште правне вредности правде и правне сигурности). У том случају не може се говорити о сврсисходности као правној вредности и о владавини права, то јест политици у раљама права, већ обрнуто, о праву у раљама политике (*владавина власици, а не владавина йрава*). С гледишта „објективног права оправдана је само она сврха и она сврсисходност која одговара објективном праву“.<sup>9</sup>

*Формални асијекти владавине йрава* у континенталноправном смислу везује се за *йринцип законийосици*: сагласност свих хијерархијски нижих општих правних аката са вишим правним актима, као и сагласност свих појединачних правних аката са законом у ширем смислу. У англосаксонском правном смислу појам владавине права поклапа се са континенталним у смислу општег (политичког) или материјалног аспекта, док се формални аспект сматра превише „позитивистички“ или „догматски“. Интересантно је да у новије време постоји померање тежишта појма владавине права и у материјалном (политичком, општем) смислу од принципа поделе власти и потчињености сваке власти праву, као и једнакости свих пред законом, *ка слободи, људским йравима, блајосићању и йравди*.

Тако, за Ролса „владавина права је очигледно тесно повезана са слободом“, коју чини „комплекс права и дужности одређених установа“. Ролс сматра да поред слободе, владавина права захтева и испуњење других захтева: 1) да слични случајеви буду третирани слично, 2) да власти доносе законе и издају наредбе у доброј вери, 3) да судски процес поседује суштински интегритет, 4) да нема прекршаја без закона, 5) да *слобода води одговорности* (аргументи за ограничавање слободе проистичу из саме слободе), 6) да правила одреде „појам природне правде“ и да обезбеде да се правни поредак непристрасно и правилно одржава.<sup>10</sup>

За разлику од Ролса, владавина права „нема никакве везе“ са слободом, јер слобода доводи до неједнакости међу људима – Хајек каже да је, *йојам „владавина йрава“ у неку руку йрошивречан, јер „закон не може сам да влада“, јер „само људи моју да имају моћ над дружим људима“*. Закључује, отуда, да слобода у том смислу не може да представља највећу вредност (позната је његова мисао да све већим ограничавањем административне власти слободе појединаца постају све веће), већ благостање људи, које је по његовом мишљењу „крајњи циљ права и закона“.<sup>11</sup> Тако се практично и формални аспект владавине права у континенталноправном смислу (законитост) у англосаксонском поимању не схвата толико

9 Тако: Р. Лукић, *Систем филозофије йрава*, Београд 1995b, 523–524.

10 Џ. Ролс, *Теорија йравде*, Подгорица 1998, 221–228.

11 Ф. Хајек, *Политички идеал владавине йрава*, Загреб 1994, 19.

формално у смислу законитости (формалне сагласности са законом и хијерархија прописа), посебно са становишта Келзенове „чисте теорије права“, која се логички своди на затвореност правног система.<sup>12</sup> Уместо таквог позитивизма и догматизма пледира се за сагласношћу закона и одлука, донетих на основу њега, са вредностима које се постављају као неопходне за постојање и развој слободног друштва.

## II Регулатива привреде и владавина права

Светом данас, без сумње, влада озбиљна економска криза, која се одражава на стање привреде. Економисти и политичари се из петних жила упињу да проникну у њене узроке, како би трасирали путеве изласка. На овој основи настао је и спор присталица тзв. филозофије либералне (и неолибералне) економије („невидљива рука тржишта као регулатор“) и присталица државе са снажнијом регулаторном функцијом и снажнијом мониторинг функцијом у функционисању прописаних правила („невидљива рука државе“). Тврдокорност неолибералног прилаза не хаје много за берзанске крахове упоредиве са економском кризом тридесетих година прошлог века, покушавајући да то опет припише *слабости државе, а не слабости тржишта*, истрајавајући и даље на логици „тржишног фундаментализма“.<sup>13</sup> Разлози за невиђен економски суноврат траже се у грешци државе и њеној регулативи, као и непоштовању регулативе (похлепни брокери и банкарски у „унутрашњим“ редовима), а не у грешци система неолибералног капитализма.<sup>14</sup> То изгледа има доста сличности са марксистичком крилатицом да ако ишта „може доћи главе комунизму, то су мангупи у његовим редовима“. Чини се да ово стање најбоље објашњава Штиглицова опаска да је „пад Берлинског зида показао да комунистичка економија не може функционисати, а пад *Leman Brothers* да исто тако не може да функционише ни необуздани капитализам“. Управо је Џ. Штиглиц својим капиталним делом о противречностима глобализације показао погубност такве економске и законодавне политике (посебно је форсира ММФ), тзв. „шок терапије“ брзе приватизације, без обзира на националне специфичности и недостатак институционалног капацитета држава за регуларност процеса и за заштиту својинских и уговорних права, како би се што пре успоставило исто економско и правно окружење („турбо капитализам“).<sup>15</sup>

12 Вид. Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд 2007, 53-62.

13 Вид. М. Фридман, *Капитализам и слобода*, Н. Сад 1996; В. Вукотић, „Филозофија историје кризе“, *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009, 11-25.

14 К. Прерадовић, „Суноврат неолиберализма“, *НИН*, 3141/10.3.2011, 24-27.

15 Џ. Штиглиц, *Противречности глобализације*, Београд 2004, 175-261.

Светска економска криза и посебно националне кризе почетком двадесет првог века указале су на потребу тражења „новог пута“ са „људским ликом“ („нови капитализам“, „морални капитализам“, „државни капитализам“, „хумани капитализам“). На том путу време је за преиспитивање и улоге тржишта и улоге државе.<sup>16</sup> О тој дилеми Штиглиц каже: „Показало се да је доктрина ‘тржиште је најбољи регулатор’ – лажна. Сви су хтели минимум државног регулисања и направили су штету од које је страдао цео свет. Регулисање је врло важно јер се одражава на целу глобалну економију. Нисам оптимиста да ћемо нешто изменити. Зашто? Зато што постоје *интересни крујови који су инсистирали на дерегулацији* и на томе зарадили велики новац који су потом улагали у политичке процесе. Они можда нису тако добро инвестирали у обрт и некретнине, али су добро уложили у политику и добили не само мере против регулисања, већ и огромну помоћ банкама у кризи. *Сада љокушавају да њај кайишлал искористие да сирече рејулисање*. А не треба заборавити да су кључне економске категорије у САД створене уз помоћ државе – интернет, медицина и многе друге. Оне се после обраћају приватним финансијерима, али катализатор је држава. У перспективи се мора решити питање како наћи *баланс интереса тржишља и државе*.“<sup>17</sup> Да је Штиглиц био у праву доказ је последњи (2010) Светски економски форум у Давосу, посвећен „будућности капитализма“, који управо закључује да је „*вишак љројиса узрок кризе*“, те да „креатори светске економске политике чине фундаменталну грешку када мисле да могу дизајнирати строжију финансијску регулацију којом ће избећи настанак неких других непредвидивих и нежељених последица“.<sup>18</sup>

16 Присталице (нео)либералног капитализма (филозофија „тоталног“ или „турбо“ капитализма) имају озбиљних проблема у тражењу одговора на питање како то да у ери „победе“ капитализма (либералног) највише јача земља којом влада комунистичка партија, „опозициона“ том капитализму (Кина). Тражење одговора у формули да је Кина дала предност традицији и прагматичном конфучијанизму (послушај старијег и по звању и по имању и по узрасту) над модернијим (идеолошким) у основи је бежање од правог одговора који се налази у равни системске грешке либералног капитализма (попут системске грешке комунизма). Вид. М. Пантелић, „‘Косооки’ пристижу ‘носоње’“, *Политика*, 4.2.2010, 2.

17 Џ. Штиглиц, „Интервју“, *Политика*, 6.7.2009, 3.

18 Вид. С. Тасић, „Вишак прописа узрок кризе“, *НИН*, 3085/11.2.2010, 26–29. Финансијско тржиште, као тржиште по природи иманентне неравнотеже, која дестабилизује економију, свакако јесте пример тржишта које мора бити чврсто регулисано, те је његова дерегулација сигурно фатаморгана. Фатална улога недовољне, или пре некавалитетне, регулације тог тржишта, филозофије тржишног фундаментализма и одређених пропуста државе и њених регулаторних институција узимају свој данак у економској кризи почетка овог века чије се размере још не виде, али се она већ упоређује са последицама кризе тридесетих година прошлог века. Велики берзански маг Џ. Сорос овако разобличава улогу тржишног фундаментализма на том тржишту: „Кључна особина фундаменталистичких схватања је у томе да

### III Привреда и офанзива „меког права“?

Управљање компанијама/корпорацијама отвара пре свега питање карактера регулативе компанија (од оснивања до престанка) и тржишта хартија од вредности. На првом месту питање је колико ова регулатива треба да буде когентна (императивна), а колико диспозитивна. Традиционално је управљање компанијама било регулисано законским нормама, како императивним, тако и диспозитивним (овлашћујућим). Ипак, апстрактност компанијских закона (као законска вокација уопште) и тиме условљена једнообразност њихове примене у императивном делу кад је реч о управљању компанијама показала се као врло лоше решење, с обзиром на то да не може да уважава бројне специфичности сваке компаније конкретно (величина, број акционара, структура капитала и акционара, врста делатности, чланица групе друштава или нечланица, мултинационална или не, отворена или затворена и слично). С друге стране, без императивних норми није могуће уређење бројних питања из сфере управљања неких компанија, нарочито отворених и котираних, тако да није увек излаз форсирање законског принципа *слободе ујоварања* (овлашћујуће, диспозитивне норме). Ово исто важи и за регулативу тзв. саморегулаторних организација (берзе, асоцијације берзанских посредника, регулатори надзора на финансијском тржишту и слично), која допуњава законску регулативу, па и у сфери управљања компанијама, а такође и за аутономну регулативу компанија у складу са законским овлашћењима (општи акти компанија). На другом месту је питање колико ова регулатива треба да буде хармонизирана на нивоу ЕУ, а колико треба да остане на националном нивоу.<sup>19</sup> Чињеница је да једном хармонизирана компанијска регулатива уопште и посебно регулатива из домена управљања компанијама, као таква остаје тешко променљива, а евидентно постоји континуирана потреба за њеном адаптацијом. Овим се не спори потреба хармонизације ове регулативе,

---

се она заснивају на судовима оцењивања. На пример: ако је нека мисао нетачна, онда се супротна тврдња сматра тачном. Управо таква *лојичка грешка* се налази у основи тржишног фундаментализма. Уплитање државе у привреду стално је доводило до негативних последица. То важи не само за централистичко планирање, већ и за економику благостања и кејнзијанско управљање. На основу такве баналне мисли тржишни фундаменталисти долазе до потпуно *нелојичној закључка*: *ако је државни интервенционизам дефектан, онда је слободно тржиште право савршенство.*“ Нав. према: М. Секуловић, „Криза глобализоване економије“, *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009, 87-88. Вид. Х. Хрустић, *Светска финансијска криза и државна интервенција у одабраним земљама*, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2009.

19 Виш. Е. Wymeersch, „About Techniques of Regulating Companies in the European Union“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*), Oxford 2004, 145-182.

али се истиче евидентан паралелизам предности и недостатака такве регулативе.<sup>20</sup> Суочавање са овим проблемима довело је до развоја *праксе алтернативне регулативе* (која у неку руку следи тренд развоја алтернативних начина решавања привредних спорова).

Интернационализација берзанских тржишта и тржишта хартија од вредности, те недостатак законске регулативе и саморегулативе саморегулаторних организација, за ове потребе и потребе унапређења корпоративне праксе, условили су развој *алтернативне регулативе*. Ова регулатива настаје активношћу самих учесника на тржишту или у кооперацији са њиховим асоцијацијама и владом, путем којих се може развити, адаптирати и применити *најбоља пракса* (кодекси или стандарди). Реч је у ствари о одговору учесника на тржишту на основу законског овлашћења уз примену правила „*примени или објасни*“ („*comply or explain*“, „*comply or disclose*“), што би требало више да одрази стварне потребе различитости, флексибилности, преузимања сопствене одговорности, задовољења интереса акционара и других конститутивних интереса компаније, од формалне законске (саморегулаторне или аутономне) принуде у компанијском праву и праву хартија од вредности. Логика ове врсте регулативе која је основа за редукцију *hard law* („тврдо право“) и развој *soft law* („меко право“) је, дакле, првенствена потреба веће флексибилности управљања компанијама, потреба испуњења услова прописаних берзанским правилима за котацију хартија од вредности компанија и давања више простора аутономији воље и у овој области (традиционално иначе више резервисаној за законски империјум).<sup>21</sup> У теорији се с правом отвара питање да ли је правно уопште могуће говорити о „меком праву“, с обзиром на то да је традиционални појам права његова примена (уз правну принуду) или „компензација“ непри-

20 Вид. *Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report)*, Brussels 2002, 31.

21 Вид. К. Ј. Нопт, „Corporate Governance – General Report on 32 Countries for the International Academy of Comparative Law“, *The XVIII International Congress of Comparative Law, Section: Corporate Governance*, Washington 2010, 6–7. Вид. *The XVIII International Congress of Comparative Law, Section: Corporate Governance* – Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): Бразил (N. Eizirik, 2), Ј. Кореја (Y. Shim, 2–3), Србија (M. Васиљевић, 3–5), Италија (F. Denozza, P. Montalenti, 2), Аргентина (R. A. Etcheverry, 3–9), Аустралија (J. G. Hill, 2–4), Данска (J. S. Christensen, 2–3), Француска (P. H. Conac, 3–5), Јапан (N. Nakamura, 2–5), Луксембург (I. Corbisier, 2–6), Тајван (W. J. Wang, W. R. Tseng, 2), Турска (A. E. G. Usluel, 2–3), Финска (J. Mahonen, 5–11), Шпанија (J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Mendez, 3–5); као и: Немачка (H. Merkt, *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law* (eds. J. Basedow, U. Kischel, U. Sieber), Tübingen 2010, 232–234, Холандија (J. van Bekkum et al., *Netherlands Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, Antwerpen – Oxford 2010, 240–241), и Пољска (S. Soltysinski, *Rapports Polonais – 18th International Congress of Comparative Law*, Lodz 2010, 104–108).



мене са принципом слободе уговорања, која ако се не искористи опет се примењује „меко право“ (законског порекла или из сфере саморегулативе саморегулаторних организација или ауторегулативе – општи акти компанија).

Поставља се, међутим, питање да ли се може говорити уопште о праву кад је компанија слободна да нешто примени или да објасни учесницима на тржишту зашто нешто није применила из сфере корпоративног управљања домена „меког права“ (кодекси и стандарди или водичи корпоративног управљања, кодекси добре или најбоље корпоративне праксе и слично), а да за то не могу да уследе правне санкције (правна принуда)?! Чини се да је овде ипак реч о специфичном праву и извору права, који обавезује компаније или на примену или непримену али уз објашњење разлога непримене, што би могло да делује уверљиво на њене акционаре и друге потенцијалне инвеститоре у њене хартије од вредности, да је управо такав избор најбољи корпоративни избор и да ће то имати одраза на цену њених хартија од вредности и финансирање на тржишту капитала (нова емисија хартија од вредности). Ипак, необјашњење непримене „меког права“ које би деловало уверљиво на инвеститоре понекад може бити и основ одређених правних санкција као повреда дужности пажње директора (критика акционара, одређене мере надзорног тела тржишта хартија од вредности и евентуална лична одговорност директора).<sup>22</sup> Коначно, ако је поштовање одређеног кодекса корпоративног управљања или кодекса добре корпоративне праксе намењеног првенствено листираним компанијама услов за укључивање хартија од вредности на одређено берзанско тржиште, што често јесте, онда се природа овог „меког права“ значајно мења и нема спора да његова примена више није добровољна већ обавезна, што је већ одлика права. Ипак, нема релевантних истаживања која би указивала на стварну везу економских последица овог или оног корпоративног избора одређене компаније кад је реч о правилу „примени или објасни“ у односу на сферу „меког права“.<sup>23</sup>

Алтернативну регулативу чине и тзв. *модел закони*, који могу бити коришћени добровољно и променљиво зависно од околности тржишта. Управо су САД пример како се висок ниво униформности компанијске регулативе може постићи кроз процес „природне селекције“ на бази модел закона, који нуде предност велике адаптабилности и варијација (*Model Business Corporations Act*).

Суочена са отвореним питањем карактера модерне компанијске регулативе и регулативе тржишта хартија од вредности, *Висока група експерата* за реформу компанијског права ЕУ, полазећи од развоја флек-

22 Вид. К. Ј. Норт (2010), 10.

23 Вид. К. Ј. Норт (2010), 9.

сибилне праксе регулативе, заузела је став да ЕУ треба шире да користи управо ове алтернативе регулације, констатујући да је у досадашњој законској пракси превише коришћена примарна регулатива путем директива, која је потом имплементирана у регулативу држава чланица. Ова Група уједно констатује да у многим областима компанијске регулативе нема посебне потребе за детаљном регулацијом у директивама ЕУ и препоручује следећи модел регулације: прво, ако је примарна регулација путем директива нужна, она треба да се задржи на нивоу принципа и општих правила,<sup>24</sup> остављајући детаљно регулисање секундарној регулацији; друго, секундарна регулација и механизми установљених стандарда и њихове координације су погоднији механизми регулације нарочито у области управљања компанијама и одржавању скупштина акционара, у циљу охрабрења развоја најбоље праксе.<sup>25</sup>

Кад је, посебно, реч о коришћењу алтернативне форме регулације која се тиче модел закона, Висока група експерата за реформу компанијског права ЕУ је мишљења да различитост законодавних техника и материјалног права, није погодан оквир за такве законе који би се користили широм Европе, али би уместо тога могли бити коришћени униформни модел документи (нпр. електронски модел *proxi* пуномоћја за гласање одсутних акционара). Ови модел документи могу бити нарочито корисни код модерних технологија, које омогућују ефикасно одлучивање (нпр. прекогранично гласање и слично). У сваком случају, коришћење ових форми може водити неформалној конвергенцији националних регулатива и нових института компанијског права.<sup>26</sup>

Закон о привредним друштвима Србије (ЗОПД)<sup>27</sup>, полазећи од оправдане константне критике наше пословне јавности да су нам привредни закони превише апстрактни и неприменљиви за конкретност привредног живота, оставља компанијама и другим формама привредних друштава (ортаклуци) велику могућност избора својим флексибилним решењима. Принцип *слободе ујоварања* је врховни принцип код

24 Посебно је осетљиво питање евентуалне широке употребе *принципа субсидијарности*, према ком у областима које су изван искључиве компетенције ЕУ, ЕУ може законски интервенисати само ако, и у мери у којој, циљеви предложене акције не могу бити у довољној мери постигнути регулацијом од држава чланица, а могу, због тога и због обима и дејства, бити боље постигнути регулацијом од стране ЕУ. Вид. Е. Ferran, „The Role of the Shareholder in Internal Corporate Governance: Shareholder Information, Communication and Decision-Making“, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini et al.), Oxford 2004, 419; J. Winter, „EU Company Law at the Cross-Roads“, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini et al.), Oxford 2004, 13–17.

25 Winter Report, 32.

26 Winter Report, 32.

27 ЗОПД, *Службени гласник РС*, 125/04.

свих форми затворених привредних друштава (где се проблем корпоративног управљања у основи и не поставља), као и код предузетника. Овај принцип је једино искључен у питањима која се тичу заштите трећих лица, док је у интерним односима међу власницима ових друштава и у њиховим односима са привредним друштвом принцип слободе уговарања практично неограничен.

ЗОПД је модеран закон и по идејама које су добиле законско рухо и по регулисаним институтима. У многим својим решењима, посебно у домену корпоративног управљања отворених (као и затворених) друштава, он је испред свог времена, посебно стога што је прихватио и уградио у свој текст институте који су за ниво ЕУ тек најављени као правци промена компанијског права (независни директори, кумулативно гласање, акције без номиналне вредности, седнице скупштине акционара или управног одбора путем видео конференција и коришћења других савремених техничких средстава, обавезност интернет странице за објаву података од значаја за трећа лица, једногодишњи мандат директора, флексибилност института разрешења, отвореност уговора директора са друштвом, модернизовање принципа лојалности и фидуцијарне дужности према привредном друштву одређених лица и слично).

ЗОПД је и либералан закон<sup>28</sup> и по идејама и по решењима. У Закону доминирају диспозитивна решења, која су уосталом битно обележје свих форми привредних друштава, осим донекле отвореног акционарског друштва. Закон је настојао да своју вокацијску апстрактност конкретизује руковођен потребама пословног живота, који тражи за сваког привредног субјекта могућност конкретног прилагођавања апстрактног законског решења. Све ово наравно у контексту идеје афирмације пословног интереса сваког привредног субјекта да може неки однос друкчије уредити од закона, када овај не штити општи интерес, те отуда *чаробна формула* „ако оснивачким акцијом није друкчије одређено“ доминира овим законом и чини његов мото (*enabling model*).<sup>29</sup>

28 До 1998. године у држави Делавер (чије је компанијско право пример *enabling model*-а и дискреционих овлашћења директора) било је регистровано преко 300.000 компанија, од којих и преко 50% компанија које се котирају на Њујоршкој берзи. Главни разлози за регистрацију водећих светских компанија управо у овој држави су следећи: 1) флексибилност закона, 2) општа познатост (ноторност чињенице), 3) предвидљивост исхода спорова, 4) добро уређено корпоративно управљање (посебно кад је реч о *business judgment rule*), 5) стандардизованост судске корпоративне праксе, 6) ефикасност судова у складу с пословним потребама, 7) способност привлачења и задржавања квалификованих менаџера и директора, 8) могућност ограничења случајева имовинске одговорности директора и могућност лимитирања те одговорности, 9) заштићеност интереса акционара на првом месту. Вид. А. Cadbury, *Corporate Governance and Chairmanship – A Personal View*, Oxford 2002, 40-43.

29 Има схватања да овај модел није погодан за земље у транзицији, с обзиром на то да домаћи пословни субјекти нису довољно вешти у уговарању „софистицираних

Уз афирмацију принципа слободе уговарања, што је владајући тренд компанијске регулативе, Закон о привредним друштвима Србије први пут у наш правни живот уводи институт Кодекса понашања<sup>30</sup> (Кодекс корпоративног управљања),<sup>31</sup> који је донела Привредна комора Србије, а који се примењује на сва котирана акционарска друштва (као и сходно на друга друштва која га изричито прихвате) која су чланови ове коморе (аутоматизам), осим ако друштво не усвоји неки други кодекс који испуњава прописане услове. Овај кодекс садржи три врсте правила: 1) законска правила, 2) препоруке или тзв. „примени или објасни“ правила, која адресат треба да прихвати и по њима поступи, а ако то не учини или не учини на начин предвиђен овим кодексом, мора да пружи објашњење, односно оправдавајуће разлоге за учињено одступање, и 3) предлоге, који представљају правила које адресат не мора да прихвати, нити да пружи било какво објашњење за одступање од њих, а која се сматрају пожељном праксом у области корпоративног управљања котираним акционарским друштвима.<sup>32</sup> Поред овог кодекса, и Београдска берза је донела свој Кодекс корпоративног управљања котираних друштава (2008), који ова друштва могу прихватити својом писменом изјавом.<sup>33</sup> И поред законске обавезе да управни одбор котираног друштва на свакој годишњој скупштини извештава акционаре о усклађености корпоративног управљања са изабраним кодексом и разлозима одступања ако је до тога дошло, чини се, и поред непостојања одговарајућих истраживања да у нас није реч о институту који је до сада оставио значајнијег трага у развоју управљања компанијама. Разлог овом је и недостатак праксе, недовољан утицај тржишта и спољњег притиска и неадекватност санкција (које су углавном неправне природе – моралне). Чини се да за земље у транзицији, за сада, и нема посебне потребе за форсирањем ове форме „меког права“, због изузетно ниског прага правне сигурности, неефикасних санкција, слабости тржишне принуде, неразвијеног тржишта капитала, слабих и неефикасних судова. Уосталом, како то показује пракса Енглеске на примеру регулати-

решења“, мада се признаје да ни модел базиран првенствено на императивним и забрањујућим правилима (*prohibitive model*), са великом улогом судова, и поред одређене предности за земље у транзицији (већа правна сигурност око примене норме, смањење ризика судске корупције) није решење. Вид. Г. Коевски, *Компаративно корпоративно управљање*, Скопје 2005, 55–63.

30 ЗОПД, чл. 318.

31 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије – ККУ ПКС, *Службени гласник РС*, 1/06.

32 ККУ ПКС, чл. 7.

33 Поред националних кодекса корпоративног управљања или кодекса добре корпоративне праксе, чини се да су најснажније утемељење до сада у овом погледу учинили Принципи корпоративног управљања *OECD*-а (2004, 2008).

ве преузимања отворених друштава (*takeover*), који је регулисан управо Кодексом („меко право“), због ауторитативног судства и тржишне принуде и развијености тржишта капитала, то је ефикасније и правно сигурније од земаља *civil law*-а, посебно земаља у транзицији, које су овај институт регулисале углавном императивним законским нормама и регулативом надзорних тела на финансијском тржишту, са далеко мање правне сигурности учесника у овом процесу.

#### IV Привреда и владавина слобода

Слобода има не само правну вредност („сфера њива је сфера слободe“, рекао би Хегел), већ је исто тако значајна и у свим другим областима друштвеног живота, посебно у политици (слобода говора), економији (слобода избора). Значај слободe у праву схватили су још и антички мислиоци и правни филозофи узимајући је као покораванье законима који оличавају неко „Добро“ (Платон и Аристотел). И Џ. Лок слободу везује за закон, наглашавајући да ње нема без закона и да се она мора кретати у законским оквирима. Слично поступа и Монтескје („слобода је право да се чини све што закони допуштају; када би грађанин могао чинити оно што закони забрањују, слободe више не би било јер би и остали имали ту власт“),<sup>34</sup> с тим што он проблем слободe посматра у оквиру своје теорије о троделној подели власти на законодавну, судску и извршну. Такође и Русо.<sup>35</sup> И Кант слободу схвата као природно право које припада човеку изворно, али која може постојати само заједно са слободом сваког другог (*самоо̀раничавање слободe*). Он сматра да право омогућује правну заједницу као „добро уређену слободу“, те да такву слободу, као природно право, не нарушава ни принуда (принудљивост, изнудљивост), то јест државна санкција. Да није тако, вршило би се неправо од стране других, што је препрека за слободу, те је отуда *̀принуда која се њиве су̀ро̀ишњавља, у стивари омо̀ућавање слободe у складу с њивом*. Принуда има за функцију да поново успостави и одржи окрњену законску слободу. И Фихтеова правна филозофија је проблем права решавала с обзиром на принцип слободe. И за Хегела „сфера права је сфера слободe“, али самосвесне слободe, што значи да је она ограничена слободом других.<sup>36</sup> Коначно, за Ролса „правда као

34 Ш. Монтескје, 174 (Том I).

35 Ж. Ж. Русо, *Друшњивени у̀говор*, Београд 1993, 51–57.

36 Вид. Д. Баста, „Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841–1941)“, *Право и слобода*, С. Карловци – Н. Сад (1994а), 20–24; Д. Матић, *Начела умно̀ државно̀ њива и кра̀ишак њивељед исњиворњско̀ развњивка начела њива, морала и државе од најсњиворињих времена до наших дана*, Београд 1995, 140–142; К. Чавошки пише (*Макијавели*, Н. Сад 2008, 208) да су за Макијавелија добри закони „жила куцавица слободног живота“, Г. Вукадиновић (2007), 238–241.

непристрасност пружа снажне аргументе за једнаку слободу,<sup>37</sup> а за Дворкина слобода значи права кроз која се остварује.<sup>38</sup>

Џ. С. Мил у свом теоријском *џрактикају о слободи*, пре свега политичкој (али тиме и правној), залаже се за најшири оквир слобода, дајући при том мисли које су задужиле цивилизацију. Овде ће бити поменуте само три. Најпре, Мил се пита, „где су, дакле, границе власти човека над самим собом? Где почиње власт друштва? Колико људски живот треба да се потчини личности, а колико друштву? Сваком своје, одговара, и то ће бити најправедније. Личности нека припадне онај део живота који се тиче превасходно појединца, а друштву пак онај који се углавном тиче друштва“. Затим, „гушити слободну изјаву мисли значи захтевати за себе непогрешивост, и са тим обичним али ипак добрим доказом, потврђено је да то гушење ваља одбацити“. Најзад, поентира, „кад би сви људи били једног мњења, само један човек против јавног мњења, тад цело човечанство не би имало више права да том једном човеку запуши уста, него што би тај исти човек, само кад би могао, имао право да заповеди целом човечанству да ћути“<sup>39</sup> (мирише волтеровски!).

И у нашој филозофскоправној мисли постоје успешно написане књиге о значају слободе за право. Најпре, Д. Матић пише „право је, дакле, слобода, и обрнуто: слобода је право“, као и: „то заједничко што ум захтева јесте у томе да моја слобода буде у сагласности са слободом других.“<sup>40</sup> И Р. Лукић сврстава слободу у правну вредност, пишући да „са гледишта слободе, право и није ништа друго него покушај да се, с једне стране, слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку ни друштву, будући да није увек неизбежно управљена на добро.“ Лукић сматра да је право снажан гарант слободе, упркос бројним ограничењима која намеће човеку, јер је то „суштински у интересу саме слободе“ (нама се чини често и у интересу самог човека).<sup>41</sup> Такође, и С. Перовић, који на основу темељне анализе релевантне филозофскоправне теорије и релевантних правних извора (домаћих и међународних) даје и дефиницију слободе: „Слобода је природно право човека да својим вољним радњама врши избор садржине и начин своје делатности у различитим подручјима индивидуалног и заједничког живота, али тако да, држећи се праведног закона и толеранције као израза културе разума, не вређа исту и једнаку слободу других.“<sup>42</sup>

37 Џ. Ролс, 199.

38 Вид. Д. Вујадиновић, *Политичка филозофија Роналда Дворкина*, Београд 2006, 69.

39 Џ. С. Мил, *О слободи*, Београд 2007, 32–33 и 85.

40 Д. Матић, 150.

41 Р. Лукић (1995b), 516–518.

42 С. Перовић, *Беседе са Койаоника*, Београд 2009, 670.

Чини се да је Француска револуција (1789), „једина чије светско историјско значење не припада подручју сумње“, која је исходила Декларацију о правима човека и грађанина („*људи се рађају и живе слободни, и једнаки у њравима*“ – њено је уводно гесло), учинила да модерна правна филозофија (на челу са Кантом, Фихтеом и Хегелом) направи својеврсни *заокреп од „џприроде“ ка „слободи“*, што је отворило нову историјску перспективу и права: „његово тло постаје слобода, а оно само њен органон.“<sup>43</sup>

У *области (џржишне) економије слобода* у датом правном окружењу (регионалне хармонизације права и светске глобализација права)<sup>44</sup> јесте једна од основних вредности. Претпоставке за постојање ове вредности су, пре свега, 1) приватна својина као доминантна својина,<sup>45</sup> 2) слободна конкуренција, 3) слобода избора правних форми организовања предузетништва, 4) владавина права (са свим својим квалитетима), 5) квалитетна регулација, 6) нова улога државе у економији (регулатор и креатор правила игре и контролор поштовања прописаних тржишних правила игре),<sup>46</sup> 7) снажан институционални капацитет државних и регулаторних институција, 8) култура предузетништва и снажан пословни морал,<sup>47</sup> 9) уговорна слобода и заштита уговора, 10) правна култура и снажна правна свест, 11) снажна заштита својинских права, 12) политичка стабилност и стварна демократија.<sup>48</sup> Ако су све те претпоставке обезбеђене онда се може говорити о високом нивоу економских слобода, као претпоставци конкурентне и развојне економије.

Путеви доласка до ових претпоставки, нарочито у земљама у транзицији из колективних својинских догми (друштвена својина у економији, државна својина у економији), били су различити, а нај-

43 Тако: Д. Баста, „Француска револуција и правна филозофија“, *Право и слобода*, Сремски Карловци – Н. Сад 1994d, 11-28.

44 Вид. *Глобализација и џтранзиција* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2001; *Криза и џлобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009.

45 Вид. *Својина и слобода* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1996.

46 Свакако не у смислу порука књиге: G. Reisman, *Политика џпротив џривреде*, Н. Сад 1998.

47 Вид. *Морал и економија* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2008.

48 Вид. *Политика и слобода* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2003; Љ. Маџар, „Својина, слобода и друштвени напредак“, *Економија и џраво* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1998, 15-36; В. Вукотић, „Економске слободе и предузетништво“, *Економија и џраво* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1998, 37-50; Б. Стојановић, „Слободно тржиште – склад или анархија“, *Економија и џраво* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1998, 115-130.

чешће се радило о примени тзв. *шок терапија брзих приватизација*, које су биле мотивисане страхом од повратка у комунистичку парадигму (идеолошки разлози), а економски углавном неутемељене (економска ефикасност није на глобалном плану повећана иако је истоветно својинско окружење са развијеним тржишним економијама, мање-више, створено).<sup>49</sup> „Закаснала памет“ идеолошки оптерећених „кумова“ брзе промене својинске структуре у економији признала је да и исто својинско окружење, ако нису испуњене друге претпоставке за економске слободе (посебно се у том смислу указује на непостојећи и неадекватни институционални капацитет – *институционални вакуум*, који само по својој спољној форми „глуми“ истоветност са пореклом, „глуми“ подршку сигурности својинских права и уговора), не даје исти резултат<sup>50</sup> (што би рекао Јесењин: „Тако је мало пута пређено/ Тако је много грешака учињено“). Тако су се и десиле, што би писац рекао, „године које су појели скакавци“.

*Право је слобода, али и економија је слобода* (што наравно важи и за политику). Али „када би слобода умела да пева, као што су сужњи певали о њој“ (што би рекао песник), онда би и у једном и у другом и у трећем односу, који су уосталом комплементарни,<sup>51</sup> могла да нам саопшти да је то у нашим условима још далеко од стварности („побуна факта против права“). Парадигматична илустрација може се задржа-

49 Економски факти 2001–2010. године: индустријска производња 2009. године била је за 53,4% мања него 1990. године; од 2001. до 2008. (пре економске кризе) индустријска производња порасла је само 7,1%; од 2001. до 2009. године због ниског нивоа индустријске производње из Србије се одлило 56,89 милијарди долара за колико је увоз био виши од извоза; индустријска производња се у 2009. години готово изједначила са нивоом ове производње у 1992. и 1993. години, у доба незапамћене инфлације; према *Global Competitiveness Report* од 11 бивших социјалистичких земаља Србија је на последњем месту по конкурентности привреде (2004. године била је на 89 месту, а 2009. године на 93 месту, односно на 96 месту 2010. године од 139 држава). Извор: *Блиц*, 24.11.2010. У истом периоду раскинута су 572 уговора о приватизацији тзв. друштвених предузећа (око 1/3 закључених). Извор: *Блиц* („Пола милиона људи угрожено лошом продајом фирми“), 10. август 2010. Вид. М. Ковачевић, „Ранг листе говоре о јачању кризе“ и „Обећања ван времена и простора“, *Политика*, 28. и 29. децембар 2010; Б. Мијатовић, „Мерење Владе“, *Политика*, 23. фебруар 2011. године.

50 Вид. нарочито: Љ. Маџар, „Политичке границе права и слобода (домети комплементарности и подручја сукоба)“, *Политика и слободе* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2003, 21–40; Љ. Маџар, „Етички аспекти привређивања и економски учинци морала“, *Морал и економија* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2008, 14–28; М. Секуловић, „Православна етика и дух капитализма или тегобе наше транзиције“, *Морал и економија* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2008, 83–94.

51 Вид. Зборник „Економија и право“ (1998), Зборник „Економија и демократија“ (1997), Зборник „Политика и слободе“ (2003) – изд. Институт друштвених наука, Београд.



ти само на неким карактеристичним одговорима позитивног права из сфере економије на насущну потребност економске слободе и правних гаранција такве слободе: 1) обавезност и ороченост приватизације („приватизације ради, а не економије и слобода и права ради“, *као да је алтернатива била приватизација или владавина права*), 2) обавезност правне форме отвореног акционарског друштва при такође обавезној приватизацији, 3) обавезност изласка на берзу тако насталог друштва и немогућност „напуштања“ берзе без сагласности регулаторног тела, 4) принудно лишавање својинских права – принудна експропријација (принудна куповина и принудна продаја), у неким случајевима права преузимања акционарских друштава, као да је реч о дефинисаном општем интересу, а не приватносвојинском интересу... Ако је и од права много је, ако је за економске слободе мало је!<sup>52</sup>

## V Привреда и владавина права као правне сигурности

Владавина права која обезбеђује правну сигурност јесте посебна правна вредност<sup>53</sup> која се може схватити у ширем смислу као мир и ред, а и у ужем смислу као стање извесности права и извесности са правом. Сигурност права захтева позитивно право, јер „ако се не може утврдити шта је праведно, мора се прописати шта је по праву и то од стране органа који је у стању да спроведе оно што је прописао“.<sup>54</sup> О значају правне сигурности као правне вредности посебно је писао Г. Радбрух, а у нас Р. Лукић, Г. Вукадиновић и С. Перовић.<sup>55</sup>

Правна сигурност има свој објективни вид (квалитет стварања и примене права и квалитет самог права), као и свој субјективни вид (осећај тог квалитета и у једном и у другом својству).

*Како је реч о квалитету стварања нашег права*, осим номотехничких и језичких недостатака, треба посебно истаћи: 1) „покрет правне

52 Вид. „По економској слободи Србија 101. у свету“, *Политика*, 13.1.2011; Б. Мијатовић (исто) пише да је Србија рангирана код Индекса економских слобода по Глобалном индексу конкурентности као 101. земља (од укупно 179 рангираних), а по индексу Лакоће пословања на 89. место од 183 земље, што оцењује „као веома лоше“.

53 О правним вредностима уопште: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије (Синтетичка филозофија права I)*, Београд 1997, 799-803; Р. Лукић дели их на друштвено-правне и чисто правне вредности (Р. Лукић, 1995b, 504-527); Д. Митровић, *Држава, право, правда, правници*, Београд 2009, 238-261; Г. Вукадиновић (2007), 235-254.

54 Г. Радбрух, 95.

55 Р. Лукић (1995b), 521-523; С. Перовић, (2009), 570-571; С. Перовић, „Криза правног система“ и „Основни узроци кризе правног система“, *Криза правног система* (ур. В. Ђукић), Београд 1990, 7-34; Г. Вукадиновић (2007), 241-244.

трансплантације“ који уз разумљиве потребе индиректне хармонизације права на овој основи често води разним полурешењима или решењима која са становишта локалне правне културе и правне традиције нису прихватљива (посебно је то случај са некритичким прихватам бројних института англосаксонског права у континенталном праву и пракси),<sup>56</sup> 2) прихватање концепта „дерегулације“ („гиљотина прописа“, или институција названа са пуно злурадости „СРП“, како говори извршна сфера власти да би себи обезбедила на новој основи „јединство власти“), нарочито у пословноправној сфери или новог концепта регулације тзв. меким правом (*soft law*), као да је хармонија друштвених односа на таквом нивоу да, марксистички речено, право може да почне да „одумире“, 3) повреда принципа важења закона у времену<sup>57</sup> при самом доношењу прописа (ретроактивност права),<sup>58</sup> 4) хипертрофија прописа, као контрастежа „дерегулацији“, као својеврсна компромитација права проистекла из уверења да све треба регулисати без стварне намере примене како би се продуковао синдром „засићености правом“ у правној свести грађана, 5) правни неред (и на плану субјекта стварања права и на страни правне хијерархије), 6) нестабилност прописа и кратко временско важење са честим променама, што одузима ауторитет праву.

*Када је реч о квалитету примене нашег права* (уз апстраховање утицаја који на то има сам квалитет права и узрока који су свакако у општој равни и у сфери кризе државе, кризе судства, кризе демократије), у контексту правне сигурности, треба посебно истаћи следеће: 1) неједнако поступање у једнаким случајевима, односно различито поступање у различитим случајевима несразмерно мери различитости, 2) невезаност правом органа који примењују право,<sup>59</sup> 3) давање при-

56 Вид. А. Вотсон, *Правни трансиланци (Присилуј ујоредном праву)*, Београд 2000.

57 Вид. Д. Марковић-Бајаловић, „Казна Имлеку правична и – незаконија“, *Полицика*, 5.2.2011 („Одлука Комисије за заштиту конкуренције о изрицању новчане казне има ретроактивно дејство, а забрана ретроактивне примене прописа је универзално правно начело, садржано и у Уставу Србије“).

58 Л. Фулер, *Моралност права*, Београд 2001, 69–80; С. Перовић, *Ретроактивност закона и других ојшћих акција*, Београд 1984; Г. Гершић, „Теорија о повратној сили закона – правничка студија“, *Право и слобода* (Д. Баста), 71–77; К. Чавошки (2008), 211 – „други вид нарушавања постојаности закона који Макијавели одбацује јесте доношење закона са повратном снагом који руше правну сигурност и задиру у човекову слободу и урочунљивост“.

59 Илустративан пример јесте стечај четири до тада водеће српске банке (Беобанка, Београдска банка, Инвестбанка и Југобанка – „Четири чудна стечаја“) налогом извршне власти након „октобарских промена“ 2000. године, по методу неореволуционарне власти (2002), иако су у том моменту имале потраживања далеко виша од дуговања (формалноправно нису били испуњени услови за стечај), што је касније потврђено извештајем надзорне Агенције за осигурање депозита. Вид. *НИН*, 3051/18. јун 2009, 17–18. Вид. К. Чавошки (2008), 211 – „трећи вид повреде

мата целисходности (сврсисходности) у односу на правну сигурност и правду и онда када то правила решавања сукоба ових антиномија идеје права не налажу, 4) злоупотреба права.<sup>60</sup>

Правна сигурност као вредност (која кад није заступљена у мери која се не може према општем уверењу сместити у поље нетолерантног одступања продукује правну несигурност, као правну и друштвену невредност) тражи одговоре на нека посебна питања: на пример, којој правној вредности из трипартиције (правда, правна сигурност, сврсисходност) дати предност у конкретном случају сукоба више тих вредности или како поступити у случају евидентног постојања „законског неправда“, то јест могућности постојања „незаконског (надзаконског) права“.

Одговор на питање како поступити у случају „законског неправда“, односно могућности „незаконског (надзаконског) права“ јесте потребан не само као правнофилософска потреба, већ пре свега као практичноправна потреба. Правна сигурност је у неку руку ипак средишњи принцип између сврсисходности и правде. *Сваки позитивни закон има неку вредност*, без обзира на садржину, јер је то боља правна ситуација него непостојање закона. Потребно је, наиме, да право буде сигурно да „неће бити тумачено и примљено данас и овде на један начин, а сутра и тамо на неки други начин“.<sup>61</sup> Уосталом, то није само израз идеје правне сигурности већ и идеје правде. Ипак, Радбрух, у случају кад се ради о позитивном закону који у толико неподношљивој мери противречи правди, да закон као „неисправно право“ мора „одступити пред правдом“, дозвољава напуштање принципа правне сигурности зарад давања предности идеји правде као „мајке права“. Радбрух додаје да право тада „уопште нема правну природу, оно није, рецимо, неисправно право, него уопште није право“ (националсоцијалистичко право као законско неправдо, када би „етос једног судије требало да буде усмерен на правду по сваку цену, па и по цену живота“).<sup>62</sup> Радбрух одриче право сваком

законитости који Макијавели осуђује јесте доношење закона који се не поштује... лош пример даје онај ко не поштује донети закон, поготову ако је то онај који га је донео“.

60 О злоупотреби права посебно: В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997.

61 *Ibid.*, 288.

62 *Ibid.*, 288-290. Исказ „*lex injusta non est lex*“ („неправедни закон изгледа да није закон“) наћи ће се и код једног лика у делима Светог Августина, што Т. Аквински директно не каже (директно, међутим, каже да „неправедна пресуда суда није пресуда“) али као и да каже кад говори да дефектни закон на било који начин јесте „више насиље него закон“ или „не закон него корумпирање закона“. Такви искази су били блиски и Платону и Аристотелу и Цицерону, на свој начин. Код Харта ће се наћи следећи искази подршке тој идеји: „крајње неморално не може бити закон“,

судији<sup>63</sup> да може на своју руку да обезвређује законе, већ би то могли, по његовом мишљењу да чине само неки виши судови или само законодавство. Радбрух закључује да „треба да тражимо правду, и да истовремено водимо рачуна о правној сигурности, јер је и она сама један део правде“.<sup>64</sup>

Решење проблема „законског неправда“ и могућности примене „надзаконског (незаконског) права“ остајањем на терену позитивног права и правне сигурности (као кумулативног атрибута за непостојање кризе правног система), префињеним правним нијансирањем дао је и С. Перовић. Он, наиме, каже да „ако већ постоје неподношљиво неправедни закони који уживају правну снагу, хоће ли суд, приликом конкретног решења спорног случаја, одбити њихову примену (што је, чини се, ближе Радбруху) чиме би *повредио начело лејалијетета*, или ће, најзад, применити такве законе, што не би било оправдано са гледишта индивидуалног и заједничког разума“, ако такви закони постоје и опстају у правном систему, *суд не би могао да одбије њихову примену због повреде принципа лејалијетета и јравне сигурности*, али би могао да путем циљне интерпретације такве законе „приведе разуму“ и да их тако интерпретиране примени саобразно неспорним начелима рационалног (умног) природног права.<sup>65</sup> О дужности да се поштује „неправедни закон“ говори и Ролс.<sup>66</sup> Треба ли се овом приликом подсетити и велике мисли незаобилазног В. Богишића као најбоље подлоге за циљно (теле-

извесна правила „не могу бити закон због своје моралне неправедности“ или да ништа неправедно „не може нигде имати статус закона“. Свему томе се придружује и Џ. Финис својим судом да је „централна традиција теоретисања о природном праву... афирмисала да неправедни закони нису закони“. Вид. Џ. Финис, *Природно јраво*, Подгорица 2005, 377–380.

- 63 Томас Бонхам, доктор медицине на Универзитету Кембриџ, почео је да врши медицинску праксу без дозволе Краљевског колегијума. Суђено му је и осуђен је на новчану казну, а касније и на казну затвора. Он је покренуо спор због „незаконитог утамничења“. У пресуди која подржава Бонхамов захтев појављује се чувени део: „Цензори (Краљевског колегијума) не могу бити судије, заступници и странке; судије да доносе пресуде или осуде; заступници да урочују судске позиве; странке да добијају половину глобе, *quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, ito iniquum est aliquem suae rei esse judicem*; и не може неко бити судија и адвокат за било коју од странака... И у нашим књигама појављује се да ће у многим случајевима *common law контролисати акције Парламентна*, и каткад тако пресудити да они постану потпуно ништави; јер кад је акт Парламента против општег права и разума, или је опречан, или га је немогуће извршити, *common law* ће га контролисати и *пресудити да је ипак акти ништав*“ – „Dr. Bonham's Case“, *Law Quarterly Review* 54/1938, 543–552 (наведено према: Л. Фулер, 117–118).

64 Г. Радбрух, 293.

65 С. Перовић (2009), 185–187.

66 Џ. Ролс, 319–324.

олошко) тумачење „ко само речи закона знаде, тај закона не зна док му не схвати разум и смисао“.

## VI Привреда, владавина права и заштита инвеститора

Поред претпоставки заштите инвеститора које се налазе у политичкој равни важне претпоставке за ову заштиту су свакако и оне које се налазе у правној равни и које чине некакав корпус правне стабилности. У ове претпоставке свакако спадају пре свега:

- 1) квалитет, квантитет права и његова објективна примена, и
- 2) независно и праву одговорно правосуђе.

Заштита инвеститора није сама себи циљ, већ је њен циљ у остварењу сврхе-циља права уопште. Она претпоставља постојање одређеног квалитета права, као и његовог квантитета и објективне примене. Нема заштите инвеститора без одређеног – *довољној квантитетној и квалитетној праву*, који уређују друштвене односе, као и без одређених општих правних начела, која су релативно стабилна и трајнија, али која ипак нису „окамењена у вечности“. Правни прописи и општа правна начела могу вршити своју мисију ако се мењају у складу са научно верификованим објективним друштвеним потребама. Такође, нема заштите инвеститора ако не постоји одговарајући квалитет права (*објективни квалитетној праву*). На квалитет права значајно утиче и сам поступак стварања права (доношење прописа), који се у нас не може оценити сасвим узорним. Интелектуална тежина радних група није сама по себи довољна за квалитетне привредне законе ако се не обезбеде остале неопходне претпоставке. Овакву претпоставку свакако чини време (озбиљни закони који имају посебну важност морају се радити знатно дуже него што је то случај са нашом праксом налога извршне или неке друге неформалне власти да се такви закони припреме у задатом времену), али овакву претпоставку чини и *исправно доношење важних закона*, који би морао укључити и добро организовану (не симулирану) јавну расправу (која претпоставља укључивање и релевантних институција и појединаца), квалитетну скупштинску расправу неоптерећену временском димензијом. *Институционално независне стручне експертизе* експерата који нису чланови радних група за припрему закона морао би бити више заступљен у поступку доношења закона. *Наглашена институционална вокација парламентарног органа*, без довољно квалификоване специјализоване стручне компоненте, повољан је терен само за „амандманско кварење“ законских предлога, тако да на крају испловљавају закони који немају епитет квалитетних или потпуно узорних, а који се у доброј мери

разликују од нацрта експертских радних група. Кад се, уз то, зна да се до нацрта у експертским радним групама такође долази кроз туробан процес компромиса и усаглашавања, посебно у групама сачињеним од стручњака дивергентних ставова о кључним предметним питањима, онда је јасно зашто су закони такви какви заиста јесу (мање или више некавалитетни), а не онакви какви би требало да буду (у сваком погледу квалитетни и узорни).

На незадовољавајући квалитет права у нас утиче посебно и чињеница да у поступку израде прописа учествују и страни експерти, представници одређених страних институција са финансијским легитимитетом или легитимитетом моћи државе из које долазе, који по правилу немају довољно правно утемељење и легитимитет (част изузецима) и не познају локалне прилике и специфичности правног система, а имају лични финансијски интерес да „наметну“ одређена решења. Уз то, ту је традиционални сукоб континенталне (у озбиљној дефанзиви) и англосаксонске правне школе (у некритичкој офанзиви). Тако се Србија и њен правни систем претвара у својеврсни терен свакојаких правних експеримената (својеврсни „*йравни йройшекйорай*“), чиме се озбиљно урушава њена правна култура и традиција. У таквим околностима законодавним тереном Србије доминирају закони са ограниченим роком трајања („*инстйанйй йройиси*“), који не остављају трага у српској правној мисли, али зато продукују својеврсни правни хаос и осећај немоћи права и институција које га примењују.

Најзад, нема заштите инвеститора без одговарајуће *објективне йримене йрава*, јер ако се исто право једном примењује на један начин, а други пут на други начин, онда је *йраво час йраво а час анййййраво*, чиме губи своју вокацију. Објективна примена права претпоставља са своје стране постојање горњих двеју претпоставки: довољан квантитет релативно трајног права и објективан квалитет права, чиме се изгледа ствара својеврсни „зачарани круг“. За правну сигурност и заштиту инвеститора у једној земљи нису, позната је истина, довољни само добри прописи, већ је потребна и њихова добра примена у судској (арбитражној) и пословној пракси. *Закон је йре свейа добар онолико колико се добро йримењује.*

Објективну примену права и тиме узорну заштиту инвеститора може да обезбеди само независно и праву одговорно правосуђе. Добра примена закона може у доброј мери и да отклони његове мањкавости, недоследности или противречности, које су за младе изворе права и нове правне институте делом и разумљиве, а делом је то узроковано и апстрактношћу природе прописа, док је свака пракса по својој вокацији конкретизација таквог прописа и тиме је у прилици да га прилагоди

конкретној потреби сваког привредног субјекта. За овакву примену закона потребне су не само високостручне, ефикасне и независне (како од извршне тако и од економске власти) судије, већ и судије које осећају потребе привреде и привредног живота и које и у том смислу имају одговарајуће искуство. Недозвољиво је да се овим позивом са благословом изборног механизма, који је високо политизован и без довољних гаранција независности, сам по себи и за себе, за промоцију судског професионализма, и даље баве својеврсне бирократе које немају ни дана радног искуства у привреди, а суде јој спорове изузетне вредности, са задивљујућом индолентношћу и без осећаја значаја професионалног става и временске димензије. Разлози за ово јесу вишеструки и треба их сагледати у својој целовитости, како би се успоставило трајно инвестиционо поверење.

*За судску независност, како од извршне власти иако и од економске власти, нису довољне само уставне гаранције, које данас нигде нису спорне. За ову независност потребно је одговарајуће понашање свих институција и њихових органа, које је најбољи доказ неговања културе судске независности и својеврсне јравне културе уопште. На жалост, наша животна пракса пуна је примера практичног игнорисања судске независности, посебно челника извршне власти, чиме се у пракси показује неспремност прихватања принципа поделе власти и узајамне равнојакости кроз фини механизам узајамне контроле и одговорности (игнорисање одлука Врховног суда Србије од стране Народне банке Србије и гувернера у поводу судске контроле законитости донетих управних аката у управним споровима,<sup>67</sup> јавно извргавање руглу појединих судских одлука у кривичним стварима од високих државних функционера, јавно „прозивање“ судова од стране челника извршне или управне власти или стављање те власти изван права које креира парламент а чију законитост примене контролише суд и слично).<sup>68</sup>*

67 Устав Србије (члан 198): „Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону.

Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.“

68 „Пресуда Врховног суда Србије којом се укида решење Републичке радиодифузне агенције о привременом одузимању привремене дозволе телевизији... због формалног недостатка регистарског броја дозволе, нелогична је и бесмислена. Лично сматрам да је пресуда скандалозна, јер мислим да су логика и здрав разум основни и неодвојиви део права,“ те је „логика судије...и Врховног суда, према којој уколико нема регистарског броја дозволе, нема ни могућности да се нека телевизија казни, нелогична и опасна,“ и, најзад „Врховни суд не сме супстанцијално да се меша у

Посебно, у области пословног права судска (и арбитражна) пракса у земљама у транзицији није развијена, с обзиром на то да су одговарајући правни извори у овој области новијег датума, те да је судској пракси потребно време да по њима поступа и да ствара устаљену праксу. Судска пракса игра изузетно важну улогу у уклањању противречности које постоје у младој регулативи и регулативи нових правних установа, као и испуњавању правних празнина које у таквим околностима наглашено постоје, чиме на свој начин креира и право. При постојању младе судске праксе у овој области може као користан, али не и некритички путоказ, да послужи и судска (и арбитражна) пракса западних земаља, која је у уобличавању бројних института компанијског права имала доста прилика да се изјасни (али која је код појединих питања и сама колебљива тако да треба бити опрезан шта је доминантан став).

## VII Уместо закључка

Право уопште, пословно посебно, захваљујући својој ширини (формалној и материјалној, појмовној и садржинској) треба да оставља простор за конструктивну сарадњу посебно и са економијом, и са техником и са филозофијом.

Најпре, *право и економија* не могу и не смеју ићи различитим колосецима. У тражењу одговора на питање узрока економске кризе (па и правне) чини се да то није случај. Наиме, економија (бар она либералне оријентације) *проблем изражи у квантитетној пројекцији* (узрок кризе је превелика „количина“ прописа, као да је јединица мере за право јединица тежине), док право такве узроке тражи у карактеру и природи прописа (државних: мера императивности и мера диспозитивности; саморегулаторних: мера императивности и диспозитивности; аутономних: мера „тврдог“ и „меког права“). Истина, вокација сваке од ових двеју струка овим се испуњава, али право и економија морају наћи тачку сусрета у којој се можда налази и сама есенција узрока кризе и економије и права. Чини се да се та тачка управо налази у *квалитетној пројекцији*, независно од њихове природе, врсте или субјекта стварања. Природа привреде вероватно налаже потребу за *вишим степенем флексибилности*, што говори у прилог потреби давања преваге „меком праву“, али ауторитет и култура примене права није једнозначна категорија, која важи за сва времена и просторе, што опет даје снагу „тврдом праву“ (земље у транзицији, земље *civil law* културе). О овој константи би се

рад Републичке радиодифузне агенције, јер је РРА према Закону о радиодифузији независна колико и Врховни суд“ – изјава председника Савета РРА, *Политика*, 5. април 2007, 8.



морало водити рачуна и при процесима хармонизације права (локални, регионални или европски ниво), а посебно при одређивању динамике хармонизације пословног права земаља нечланица неке асоцијације са хармонизованим правним оквиром те асоцијације (посебно актуелно је питање хармонизације права земаља нечланица са хармонизованим правним оквиром права земаља чланица ЕУ).

Како нужност сарадње права, посебно пословног права, и економије, тако исто *постоји нужност сарадње и љава, посебно љословној, и шехнике*. Наиме, достигнути ниво технике омогућује развој бројних правних института у правцу коришћења техничких достигнућа (дема-теријализација хартија од вредности, вођење разних регистара у електронској форми: регистри непокретности, регистри привредних субјеката, регистри серијских хартија од вредности, регистри бројних права, регистри дигиталних потписа и слично). Овим пословно право остварује једну од својих кључних одредница – *брзина* пословноправног саобраћаја. При том, не сме се заборавити да је друга његова кључна одредница *сиурност*, те је потребно посебно водити рачуна да овај сегмент не буде запостављен или да са становишта потребе дизања нивоа правне сигурности има ваљане правне одговоре. С друге стране, мора се имати у виду да овакав развој права „образ уз образ“ са развојем технике води „*принудној љубави*“ *љривреде и уљраве* (државне и локалне) и извлачењу привреде све више из оптике суда (што је ипак „пут којим се ређе иде“, с обзиром на то да привреда по дефиницији мора да буде што више тржишна категорија, што је *свакако више* ако је „под надзором“ суда као независне гране власти по уставној дефиницији, него кад је под својеврсним „надзором“ управе, која по уставној дефиницији припада држави).

Право уопште, а посебно пословно право има наглашену *љоптребу да сарађује са филозофијом* уопште (посебно са филозофијом права). Право није и не може бити конзистентан систем, ако се развија стихијно, ако се схвата превише егзегетички и прагматски, да се задовољи тренутна потреба недостатка неког прописа, потреба попуне неке правне празнине, потреба испуњења неког постављеног услова за добијање неког кредита од стране неке међународне финансијске организације, потреба испуњења неког услова који се тражи на путу чланства у некој регионалној или европској интеграцији. *Чак и као шакво у својој интљрљрљацији, љраво се не може схвалити као изоловани скуј љојединачних норми* (државних, саморегулаторних, аутономних), Такво право или таква интерпретација права више је његова имитација и компромитација него недостајући део система права трајније вредности.<sup>69</sup> Такво право даје

69 „Правни писац, за разлику од правника практичара, не може да се задовољи оним што стоји написано у законима, већ мора да процени и њихову унутрашњу основу.

само снажан белег у срозавању ауторитета права и ширењу „културе“ немоћи права. Такво право не изоштравља правну свест о значају права као регулатора друштвених односа. Такво право даје снажан легитимитет политичкоизвршној власти, њеној осиноности и волунтаризму у покушају владања изван права или потчињавању „правог права“ свом „праву“ као формалном неправу а фактичком „праву“. Тиме својеврсно метаправо постаје „право“ (самовољно).<sup>70</sup>

*Закључно, дакле, нема њривреде, просперитетне, стабилне, конкурентне, развојне, нити тржишне економије без владавине ѡрава. Уверење да је тржиште свемоћно и да му треба кроз поступак брзе приватизације омогућити деловање (без обзира на владавину права у том поступку или и више од тога без обзира на поштовање принципа правичности у том поступку), као уверење креатора (нео)либералне економије на челу са М. Фридманом<sup>71</sup> и Р. Хајеком,<sup>72</sup> показало се погубним, што је резултирало великом економском кризом, чије су размере упоредиве са таквом кризом тридесетих година прошлог века. Алтернатива „владавина права или приватизација“, јавно неизречена али прећутно присутна код протагониста ове филозофије економије, није била тржишна алтернатива већ по свему судећи идеолошка заслепљеност. Економски успешна и социјално прихватљива приватизација као основа тржишне економије приватне својине као доминантне није заправо могућа без владавине права. На опште изненађење стручне јавности један од водећих протагониста (нео)либералне економије (М. Фридман) је то пре неколико година и признао, прихватајући да је погрешно и да је *владавина ѡрава* „ѡримарнија од ѡриваѡизације“ и да без утицаја државе „ствар у своје руке преузима мафија“.<sup>73</sup>*

Није довољно познавати појединачне норме, ако се свешћу не уђе у дух који их покреће и који има свој корен у самом нашем духу. Појединачност закона управља нас ка општости права, а мисао о општем је филозофија. Према томе, правна наука и филозофија не могу ићи одвојено... *Правна наука лишена филозофских елемената*, била би, према поређењу које је Кант извукао из античке басне, *слична ѡлави без мозга*. И заиста, ништа не би било тако суво и јалово као студија појединачних норми које су овде и онде на снази, када са те емпиријске материје не би било дато узнети се ка начелима из којих те исте норме произилазе и која имају своје седиште у разуму; не дакле само из Законика или сходно Цицерону, 'не из Преторовог едикта, нити из XII таблица, већ из интимне филозофије има да се црпе правна наука' – Ђ. дел Векио, *Право, ѡравда и држава*, Београд 1999, 107–108.

70 О разлици правне силе (прати је правна принуда) и самовољне силе (право се одликује неповредљивошћу од самовољне силе), вид. Р. Штамлер, *Привреда и ѡрава*, Београд – Подгорица 2001, 401–461.

71 М. Фридман, *Слобода избора (лични сѡав)*, Н. Сад 1996, 27–56.

72 Ф. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Београд – Подгорица 2002.

73 Вид. З. Јелић, „Владавина права и тржишна економија“, *Правни животи* 14/08, 286.

**Mirko VASILJEVIĆ, PhD**

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

## THE ECONOMY AND THE RULE OF LAW

### Summary

*In this paper the author examines the relations between the economy (economic, commercial entities) and the principles of the rule of law. The author ascertains that the general principle of the rule of law is especially important for this relationship, when taking into consideration that the market economy presupposes subjugation to the law of political-executive structures of government, so that investors would have legal certainty of their contracts and ownership, as the two fundamental institutes of the law and economy. The author separately analyzes the following issues within the context of this relationship: the notion of the rule of law (general and special in the economy), the character of regulations in the economy ("soft law" and "hard law") and the rule of law, the propriety of "soft law" in the economy of countries in transition, the economy and the rule of economic freedoms, the economy and the rule of law as legal certainties and the economy and rule of law through the protection of investors.*

*The author emphasizes that, rather than the quantity of law, of particular importance for the rule of law in the economy is its quality (law which is the result of a transparent process; law which enables economic freedoms as an important legal value; law which is objectively applied by an independent judiciary and administration; law which provides legal certainty; law which is recognizable and enforceable with adequate legal sanctions and adequate legal constraints; law which serves the economy, development and investors; law which is built as a philosophical-legal system in which individual legal institutes are in service of the general legal principles and doctrines as the heritage of the general legal culture and civilization of law). Without disputing the significance of the harmonization of law in the processes of European integration, the author specifically emphasizes that in this process it is important for legal transplanting to take into account the local legal culture and the significance of the local legal tradition for the authority of law and critical legal consciousness. The author concludes that the law is important for the regulation of the economy (that including the state as the regulator and aside from development of self-regulation of self-regulatory organizations and autonomous regulations), and in that sense the process of deregulation understood in the sense of „diminishment of law“ (not in the sense of a need for the development of economic freedoms, and even freedom of contract), cannot be acceptable, because it leads to greater legal uncertainty.*

**Key words:** *economy, rule of law, legal certainty, freedom of contract, quality of law, quantity of law, "soft law", "hard law", legal culture.*

др *Стеван* ШОГОРОВ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## ПРЕНОС И ПОНИШТЕЊЕ СОПСТВЕНОГ УДЕЛА ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

### Резиме

*Стицање сопственог удела од стране друштва с ограниченом одговорношћу је доушћено у праву Републике Србије, као и у другим правима. Држање сопственог удела у поришлељу друштва је, међушим, временски ограничено на једину дана од дана стицања. Ако се у том року сопствени удео не пренесе на друго лице мора се поништити. Сва права и обавезе по сопственом уделу начелно мирују, али преносом на друго лице поново оживљавају. Пошто и сопствени удео представља део у основном кантипалу друштва, његовим поништењем се основни кантипал смањује, а резерве друштва се повећавају за вредност удела. Да би основни кантипал остао нейромењен, неопходно је истовремено смањити и повећати за вредност понишћеног удела.*

**Кључне речи:** *друштво с ограниченом одговорношћу, сопствени удео, пренос удела, поништење удела, основни кантипал, чланска права и обавезе.*

### I Уводне напомене

Сопствени удео друштва с ограниченом одговорношћу, као удео тог друштва у себи самом, данас је присутан у многим правима. Наше право га такође познаје. Он настаје када друштво стекне удео од неког свог члана, куповином, правном сукцесијом, поклоном или по било ком

другом основу. Стицање већ постојећег удела неког члана је уједно и једини допуштени начин настанка сопственог удела друштва. Његово оригинално стицање уписом и уношењем улога од стране друштва је, међутим, у свим правима недопуштено.

Основни проблем са сопственим уделом друштва с ограниченом одговорношћу је проблем његовог правног третмана. Пошто се ради о уделу друштва у себи самом, то се постављају бројна сложена питања у вези са оваквом правном ситуацијом. Да поменемо само нека: да ли сопствени удео задржава карактер удела, да ли је по основу његовог поседовања друштво не само власник удела него и члан друштва, да ли се и како остварује члански однос по основу њега, да ли друштво права и обавезе из чланства врши или не итд. Ова, али и бројна друга питања, заокупљују пажњу не само правне теорије већ и законодавстава и судске праксе.<sup>1</sup>

Са поменутих питањима проблеми правног третмана сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу се, међутим, не исцрпљују. Чак и када се на претходна питања да задовољавајући одговор, отвара се питање да ли поседовање сопственог удела може бити трајно правно стање у неком друштву, или је то ипак једна изузетна правна ситуација која, кроз одређено време и одговарајуће правне механизме, мора наћи своје разрешење. То разрешење би требало да значи довођење друштва у пређашње, „редовно“ стање, дакле стање у којем уделе у друштву имају само његови чланови.

Да би се друштво поново довело у „редовно“ стање неопходно је да сопствени удео као такав у неком тренутку престане да постоји. То се може остварити на два начина. Први је да он остане удео у друштву, али да изгуби својство сопственог удела. Ово се може остварити његовим преносом са друштва на неког члана друштва или на треће лице. Други начин је да сопствени удео престане да постоји као удео, што се опет може постићи његовим повлачењем и поништењем. Разматрању питања и проблема који се јављају при сваком од поменутих начина престанка сопственог удела посвећен је овај рад.

## II Сопствени удео и основни капитал

Пре разматрања модалитета престанка сопственог удела, важно је утврдити однос сопственог удела и основног капитала друштва. Да ли је вредност сопственог удела укључена у вредност основног капитала или не, односно другим речима да ли сопствени удео представља и удео

1 В. детаљније у нашем раду „Правни статус сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010.

у основном капиталу друштва, као што је био до његовог стицања од стране друштва, или не?

Изричитог одговора на ово питање у нашем праву нема. Ако би се одговор тражио у сфери аналогије могло би се поћи од одговарајуће законске норме која се односи на сопствене акције. Наиме, према одговарајућој законској норми номинална вредност сопствених акција, односно рачуноводствена вредност таквих акција без номиналне вредности, „може остати укључена у основни капитал друштва или се искључити из тог капитала, у ком случају се за тај износ повећавају резерве које се не могу исплатити акционарима“.<sup>2</sup>

Не улазећи овом приликом у анализу и евентуалну критику ове норме, поставља се питање да ли би она, по аналогији, била прихватљива и за сопствени удео у друштву с ограниченом одговорношћу.

Ако се анализира режим сопственог удела у друштву с ограниченом одговорношћу, нужно се, по нашем мишљењу, долази до закључка да сопствени удео остаје удео у друштву. Такав удео наставља да правно постоји као удео у друштву и након што га је друштво стекло.<sup>3</sup> Он несумњиво остаје и у рукама друштва удео са својом пуном економском вредношћу, којом друштво може располагати као и са свим својим другим имовинским вредностима.<sup>4</sup> Само стицање сопственог удела од стране друштва не доводи до конфузије.<sup>5</sup> То значи да и сопствени удео представља чланство, тј. скуп чланских права и обавеза. Такав став је практично у теорији неспоран. Друго је, међутим, питање да ли и у којој мери друштво може да ефективно врши чланска права, односно да ли и у којој мери има ефективне чланске обавезе по основу сопственог удела. О томе несумњиво постоје бројне контроверзе и отворена питања, па су могућа и различита законодавна решења.

Ако се прихвати став да удео и после његовог стицања од стране друштва остаје удео, тада се, такође, мора закључити да он учествује у основном капиталу друштва. То значи да се не би могла аналогно применити норма чл. 224 ст. 1 т. 1 ЗПД према којој би друштво произвољно могло третирати сопствени удео и то тако да његова вредност „може остати укључена у основни капитал друштва или се искључити из тог капитала, у ком случају се за тај износ повећавају резерве...“. „Искључивање“ вредности сопственог удела из основног капитала је са становишта основних принципа друштава капитала неприхватљиво.

2 В. чл. 224 ст. 1 т. 1 Закона о привредним друштвима из 2004. године (ЗПД).

3 Упор. на пр. Welf Müller, Burkhard Hense, *Becksches Handbuch der GmbH*, München, 1995, стр. 777.

4 Günter Roth, Holger Altmeppen, *GmbH, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 3. neubearbeitete Auflage, München, 1997, стр. 365.

5 В. на пр. наш рад: „Стицање сопственог удела од стране друштва с ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010.

Пре свега, „искључивање“ вредности неког удела из основног капитала је непознат институт у друштвима капитала. Није сасвим јасно ни шта би он могао да представља. Ако би то значило да сопствени удео као удео остаје, а да се за његову вредност основни капитал смањује, тада би се нарушило „гвоздено правило основног капитала“ по којем основни капитал представља збир вредности удела (односно у акционарском друштву акција). Због тога би за доследну примену овог решења било неопходно да се по стицању сопственог удела основни капитал друштва смањи за његову вредност. То би се, наравно, могло остварити само у законом прописаном поступку номиналног смањења основног капитала, па би по том основу ослобођени део основног капитала (за вредност сопственог удела) заиста могао бити пребачен у резерве друштва. Ово би опет нужно резултирало повлачењем и поништењем тог сопственог удела. Према томе, сопствени удео би дефинитивно престао да постоји и не би се могао пренети на неког члана друштва или на треће лице.

Ако би се, напротив, поменута норма тумачила тако да сопствени удео не престаје да постоји, а да се његова вредност ипак „искључује“ из основног капитала, необјашњиво је како збир вредности удела у друштву, заједно са сопственим уделом (будући да није престао да постоји) може бити већа од вредности основног капитала, пошто је његова почетна вредност умањена за „искључену“ вредност сопственог удела.

До још већег парадокса примена ове конструкције би довела при преносу сопственог удела на неког члана друштва или на треће лице. Какав би након преноса овог удела била вредност основног капитала? Ако би се његова вредност поново увећала *ipso facto* за вредност тог удела, а без спроведеног поступка повећања основног капитала, то би водило нарушавању темељних принципа друштава капитала, посебно принципу одржања вредности основног капитала.

Због свега наведеног, мислимо да је законска норма из чл. 224 ст. 1 т. 1 ЗПД непримерена и да је никако не би методом аналогije требало применити на сопствени удео у друштву с ограниченом одговорношћу. Напротив, сопствени удео треба третирати као удео у друштву, што значи и у основном капиталу, све дотле док он постоји. На тај начин се ниједан принцип друштава капитала не нарушава. Вредност основног капитала остаје збир вредности свих удела (укључујући и вредност сопственог удела) а при преносу сопственог удела на настају никакве промене у основном капиталу. На тај начин сва проблематика сопственог удела се своди на питање ефективног вршења права и обавеза по том уделу. Наравно, друштво у сваком тренутку може донети одлуку да повуче и поништи сопствени удео у редовном поступку смањења основног капитала.

### III Пренос (отуђење) сопственог удела

Противно је природи друштва с ограниченом одговорношћу да стечени сопствени удео држи у свом портфељу трајно. Због потреба правног промета логично је признати право друштву да стиче сопствене уделе. До таквог стицања долази, пре свега, при коришћењу приоритетног права друштва на стицање удела у друштву члана који свој удео жели да пренесе на неко лице ван друштва. Затим, логично је такође признати право стицања удела друштву и у случајевима иступања и искључења члана друштва. Надаље, нема никаквог разлога спречавати друштво да стекне сопствени удео по основу сукцесије, поклона, па и куповине. Друштво је правни субјект као и сваки други, а удео је имовинска вредност која је у промету. Према томе, и друштво може стећи ту имовинску вредност по општим правилима која важе за правни промет.<sup>6</sup> Но, из чињенице да је логично признати право друштва на стицање сопственог удела, никако не треба закључити да је трајно држање сопственог дела у портфељу друштва природно стање за једно друштво капитала. Напротив. Пре би се могло рећи да природи односа у друштву више одговара ситуација у којој друштво није члан у себи самом, већ има јасно дефинисане екстерне чланове. Због тога изгледа најприхватљивије да се реална потреба за признавањем права друштва на стицање сопственог удела и потреба да оно има јасно дефинисане спољне чланове помире тако што би се стање сопственог удела толерисало само као привремено стање. Управо тако, у националним законодавствима се, по правилу, излаз из овог правног стања налази у временском ограничавању држања сопственог удела у друштву.

У нашем праву ситуација је управо таква. Према изричитој одредби закона „стечени сопствени удели или делови удела друштва с ограниченом одговорношћу којима се не располаже у року од годину дана од дана стицања, поништавају се“.<sup>7</sup> Ова норма несумњиво упућује на то да се правна ситуација настала стицањем сопственог удела мора разрешити у релативно кратком року, и то у року од годину дана од дана стицања тог удела. Но, пре него што се размотре нека питања везана за пренос и поништење сопственог удела, наведена законска норма, због своје збуњујуће стилизације, заслужује претходни коментар.

Наиме, према језичко-граматичком тумачењу норме предмет располагања и поништавања су „стечени сопствени удели“ или „делови удела“. Да ли то заиста чини предмет располагања и поништавања?

Ако пођемо од општих правила која важе за удео сваког члана друштва, јасно је да у нашем праву ниједан члан не може имати више

6 Упор.: Sudhoff, *Der Gesellschaftsvertrag der GmbH*, München, 1969, стр. 279.

7 Чл. 121 ст. 7 ЗПД.



удела. Према законском принципу „један удео један члан“ важи правило да „члан друштва с ограниченом одговорношћу може имати један удео у друштву“<sup>8</sup> а „ако члан друштва с ограниченом одговорношћу стекне један или више удела, ти удели се спајају са постојећим уделом и заједно чине један удео“.<sup>9</sup> Овакав принцип додуше није универзалног карактера,<sup>10</sup> али је његова важност у нашем праву несумњива.

При важењу оваквог принципа јасно је да предмет отуђења (преноса) и поништења не могу бити „стечени сопствени удели“ већ само сопствени удео друштва. Већ при стицању сви сопствени удели се, *ex lege*, спајају у један сопствени удео друштва. Према томе, предмет отуђења или поништења је увек један јединствени удео друштва.

Што се тиче делова удела, ситуација је нешто другачија. Део, али и делови јединственог сопственог удела друштва се заиста могу преносити, с тим да стицалац увек стиче на тај начин новонастали удео. С друге стране поништење би требало да се односи на цео сопствени удео друштва, а не на његов део или делове.

О отуђењу и поништењу сопственог удела одлучује исти онај орган који је надлежан и за одлучивање о његовом стицању. То је скупштина друштва.<sup>11</sup> Актом о оснивању друштва или уговором чланова друштва може се питање надлежности и другачије регулисати,<sup>12</sup> на пр. тако да надлежни орган буде управа (управни одбор или директор) друштва.

Како се при отуђењу сопственог удела примењују законска правила о пречем стицању? Ако се сопствени удео преноси на једног или више чланова друштва ситуација је једноставна, такав пренос се врши простим закључењем уговора између друштва и стицалаца удела. Уколико, међутим, сопствени удео друштво намерава пренети на неко треће лице, тада би се морала применити законска правила о пречем стицању, као што се примењују и при преносу других удела. Као што је познато, по правилима о пречем стицању приоритетно право пречег стицања има само друштво, а секундарно право стицања чланови друштва. Пошто се овде ради о преносу сопственог удела, приоритетног права пре-

8 Чл. 115 ст. 2 ЗПД.

9 Чл. 115 ст 3 ЗПД.

10 У неким правима, као напр. у немачком, принцип један удео један члан не важи, члан може имати више удела. Основни разлог оваквом решењу је тај што се на овај начин одржавају особености сваког удела (напр. удео на којем је конституисано заложно право, приоритетни удео, делимично уплаћени удео, удео са оспореном чинидбом и др.).

11 Према чл. 137 ст. 1 т. 6 ЗПД „скупштина друштва одлучује о повећању и смањењу основног капитала друштва, стицању сопствених удела и повлачењу и поништењу удела, као и о емисији хартија од вредности“.

12 Чл. 137 ст. 1 ЗПД.

чег стицања по природи ствари нема, па право пречег стицања имају само чланови друштва. Наравно, ако чланови друштва не искористе ово своје право, сопствени удео се може пренети и на треће лице, по општим правилима који важе за пренос удела у друштву с ограниченом одговорношћу.

Шта бива с правима и обавезама по сопственом уделу након његовог преноса са друштва на члана (чланове) друштва или неко треће лице? Пре давања одговора на ово питање треба се подсетити да чланска права и обавезе по основу сопственог удела мирују, све док је он у власништву друштва.<sup>13</sup> Супротан став по којем сва чланска права (и обавезе) након стицања удела од стране друштва престају да постоје,<sup>14</sup> није прихватљив. Ако би се стало на овакво становиште, тада не би могао опстати ни сам удео који, као чланство, није ништа друго до скуп чланских права и обавеза његовог власника. То би нужно значило да би удео морао престати одмах по његовом стицању од стране друштва и да га друштво не би могло даље преносити.

У нашем праву постоји само једна норма која говори о судбини чланских права и обавеза по сопственом уделу и она гласи: „*друштво с оґраниченом одговорношћу по основу сојсґивених удела нема право власности се ии удели рачунају у кворум власова ниши дају право на дивиденду*“.<sup>15</sup> Овако непотпуна и неадекватна норма ипак упућује на закључак да права и обавезе по сопственом уделу и у нашем праву у начелу мирују, све док је удео у власништву друштва.<sup>16</sup>

Према томе, може се закључити да је сопствени удео задржао карактер удела и након његовог стицања од стране друштва, као и да права и обавезе по њему нису нестала већ да само мирују.

Када се, међутим, сопствени удео пренесе на неког члана друштва или на треће лице, престају сви разлози за мировање чланских права и обавеза по таквом уделу. Због тога сва права и обавезе поново „оживљавају“ у пуном капацитету.<sup>17</sup> Та правна последица преноса соп-

13 Овај став је скоро општеприхваћен у правној теорији.

14 У коментару Roth-Altmeppen се тако наводи: „*Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsanteil können-im Unterschied zum Bestand des Anteils als solchem-nicht bestehen.*“ (Roth-Altmeppen, *нав. дело*, стр. 363). („Права и обавезе из удела, за разлику од постојања самог удела, не могу постојати.“ превод: С Ш.). Међутим, овај став се не заступа доследно јер се на истом месту говори и о „мировању“ удела. *Ibidem*.

15 В. чл. 121 ст. 6 ЗПД.

16 В. о овоме више у нашем раду: С. Шогоров, „Правни статус сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 3/2010, стр. 31 и сл.

17 Упор. Baumbach, Hueck, *GmbH Gesetz, Becksche Kurzkommentare*, 13. neubearbeitete Auflage, München, 1970, стр. 147.

ственог удела није изричито предвиђена у закону, али она несумњиво произлази од општијих законских норми о чланским правима и обавезама по сваком уделу.

Конкретно, оживљава право на учешће у подели добити, али је потраживање дивиденде које је доспело за време постојања сопственог удела престало конфузијом.<sup>18</sup> Актуализује се и право на приоритетни упис нових удела (односно повећања постојећег удела) као и право на учешће у подели остатка ликвидационе масе друштва. Друштво нема право на повраћај износа допунске уплате по сопственом уделу,<sup>19</sup> али по његовом преносу на треће лице, нови власник ће поново моћи да користи то право.

Ако је за време сопственог удела друштво донело одлуку о допунским улозима или додатним уплатама, ове обавезе се не односе на друштво, па не могу бити ни обавезе новог власника удела.

Исто тако оживљавају и право гласа и друга управљачка права по основу пренетог удела.

Ако се не преноси цео сопствени удео већ само један његов део, наведена правила се аналогно примењују на тај део (који преносом постаје нови удео) а преостали део сопственог удела наставља да постоји као нови сопствени удео.

#### IV Поништавање сопственог удела

Друштво не може држати сопствени удео у свом портфељу дуже од једне године. Сопствени удео који се не пренесе у року од годину дана од дана стицања мора се поништити. Овај законски рок је прописан императивном нормом чл. 121 ст. 7 ЗПД и актима друштва се не може продужити.

Одлуку о повлачењу и поништењу сопственог удела доноси скупштина друштва, ако оснивачким актом или уговором чланова друштва није другачије предвиђено.

При повлачењу и поништењу удела скупштина друштва с ограниченом одговорношћу доноси одлуку која мора да садржи: основ повлачења и поништења, износ који се плаћа члану повученог и понишеног удела и дејство поништења на основни капитал друштва.<sup>20</sup> Када се, међутим, доноси одлука о поништењу сопственог удела, њена садржина

18 Упор. Heinz Rowedder, *Gesetz betreffend Gesellchaften mit beschränkter Haftung, Kommentar*, 3., neubearbeitete Auflage, München, 1997, стр. 684.

19 Ваumbach, Hueck, *нав. дело*, стр. 146.

20 Чл. 124 ст. 3 ЗПД.

је нешто другачија. Наиме, ова одлука не садржи износ који се плаћа члану повученог и поништеног удела, јер се никакав износ не исплаћује. Ипак, при поништењу сопственог удела се такође мора утврдити новчана вредност тог удела. За тако утврђену вредност се умањује вредност основног капитала друштва, а поништењем удела ослобођен део основног капитала се пребацује у резерве друштва. Занимљиво је да се при томе не разликују ефективно и номинално смањење основног капитала јер се у сваком случају за вредност сопственог удела ослобођени део основног капитала увек пребацује у резерве друштва, до исплате те вредности по природи ствари никада не долази.

Пошто је и сопствени удео по своме карактеру удео, а његова вредност улази у основни капитал друштва, то и његово поништење нужно води смањењу основног капитала. Скупштина друштва може, међутим, одлучити и другачије. Она може донети одлуку да се вредност основног капитала не смањује за вредност поништеног удела. У том случају би заправо дошло до истовременог смањења и повећања основног капитала за исту вредност, за вредност поништеног удела. На основу такве одлуке би се вредност удела других чланова друштва повећала сразмерно њиховој величини, као код сваког номиналног повећања основног капитала друштва (повећања из средстава друштва). Како ће се поништење сопственог удела одразити на основни капитал такође треба уредити одлуком о поништењу тог удела. Одлука о поништењу сопственог удела се уноси у књигу одлука друштва.

## V Проблем тзв. „бесчланог“ друштва

Посебан проблем при стицању сопствених удела је проблем који настаје кад у друштву преостане само један удео и то сопствени удео друштва. Да би се нагласила парадоксалност ове правне ситуације, у литератури се овакво друштво назива и „бесчланог“ друштво. Основни парадокс у оваквој правној ситуацији је да спољних чланова друштва нема, једини члан је друштво у себи самом, а по сопственом уделу ни оно не може да врши чланска права и обавезе, будући да су она у стању мировања.

До овакве правне ситуације теоријски је могуће доћи на више начина. Један је да друштво стекне све уделе од својих чланова. Други је да по основи иступања и искључења члана односно по основу повлачења и поништења престану сви остали удели, осим сопственог удела друштва.

Да ли је оваква правна ситуација могућа и правно одржива? Основни проблем који се при томе јавља је што нико не би у друштву

могао да врши чланска права и обавезе, па би у друштву функционисала само управа друштва.

Законодавства, укључујући наше, не дају одговор на ово питање. Не улазећи овом приликом у сложену теориску проблематику оваквог правног стања, указујемо само на карактеристичне одговоре у правној теорији.

Према једном схватању друштво може остати једини члан у себи самом, напр. стицањем свих удела својих чланова. Стицање свих удела од стране друштва је пуноважно, али би трајање таквог стања морао бити важан основ за престанак друштва.<sup>21</sup>

Насупрот томе заступа се схватање да је стицање последњег удела у друштву од стране друштва ништаво, што значи да тај удео, због ништавости посла стицања, остаје дотадашњем власнику.<sup>22</sup>

**Stevan ŠOGOROV, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## TRANSFER AND ANNULMENT OF OWN SHARES IN PRIVATE COMPANY

### Summary

*Acquisition of own share is permissible in law of Republic of Serbia, as it is in other national legislations. Private company may keep own share in its portfolio one year from the day of acquisition. Own share must be annulled if it is not transferred on third party within that period. All rights and obligations, as a rule, stand still, but they emerge after transfer of share is made. Since own share represents part of capital, its annulment results in capital reduction, and reserves of company are increased for worth of share. In order to keep capital unchanged it is necessary to reduce and increase capital simultaneously for worth of annulled share.*

**Key words:** *private company, own share, transfer of share, capital, membership rights and obligations.*

21 Sudhoff, *нав. дело*, стр. 283; Hohner у: Max Hahenburg, *GmbH Gesetz*, 8 Auflage, Berlin, 1992, коментар уз пар. 33, нап. 89; Westermann у: Franz Scholz, *GmbH Gesetz*, 8. Auflage, Köln, 1993, коментар уз пар. 33 нап. 44.

22 В. на пр. Oldenburg, *Die Keimann-GmbH*, 1985, стр. 569 и сл.

др Зоран АРСИЋ, LL.M. (Columbia University)  
професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## ПРЕДСЕДНИК СКУПШТИНЕ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

### Резиме

*Правни положај председника скупштинe акционарског друштва је важан и истовремено тежак. Његова овлашћења се односе на две групе чланова. Он омогућава да се рад скупштинe прописно одвија и да се одржава ред у скупштини.*

**Кључне речи:** скупштина, председник, акционарско друштво.

Скупштина акционарског друштва мора да има председника.<sup>1</sup> Ово је јасно предвиђено у чл. 285 Закона о привредним друштвима. То, такође, произлази из чл. 301 где је у ст. 2 предвиђено да је председник одговоран за уредно сачињавање записника, а у ст. 6 да председник скупштинe потписује записник. Председника мора да има и универзална скупштина (ванредна скупштина затвореног друштва). Када се ради о једноперсоналном друштву постоје различита схватања. С једне стране указује се да би избор председника скупштинe био сувишан, док се, с друге стране, наглашава да се тиме ништа не мења, будући да једини члан друштва врши функцију председника.<sup>2</sup>

---

1 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München, 1999, стр. 607.

2 Jürgen Than, „Die Vollversammlung einer Aktiengesellschaft – ein angemessener Ersatz für schriftliche Aktionärsbeschlüsse“, *Festschrift für Walther Hadding*, Berlin, 2004, стр. 692–693.

## I Избор председника скупштине

Законом о привредним друштвима је предвиђено да се председник бира на почетку седнице, ако је „предлог“ у складу са Законом уврштен у дневни ред (чл. 285 ст. 2). Везивање избора председника за дневни ред указује да се у домаћем праву председник бира од стране скупштине. Одлука о избору председника скупштине је процесна одлука. Ту одлуку скупштина доноси већином гласова из чл. 293 ст. 1. С обзиром да се ради о одлуци скупштине потребно је и постојање кворума. Када се ради о законској формулацији треба имати у виду да се у дневни ред не уноси „предлог“ већ се тачка дневног реда формулише према свом предмету (избор председника скупштине). Предлог управног одбора представља део материјала који се шаљу уз позив. Изузетно, одлуку о председнику скупштине доноси суд, када именује привременог заступника, који председава скупштини коју сазива. Имајући у виду да је начин избора председника скупштине утврђен законом, није допуштено да председавању скупштине приступи неко од присутних акционара, чак и ако се нико томе не противи.<sup>3</sup>

Уколико ово питање није уврштено у дневни ред, а статут не садржи одговарајуће решење, рад скупштине није могућ. За случај да се због тога мора поново сазивати скупштина, трошкови сазивања представљају штету за друштво. Када је скупштина сазвана по одлуци управног одбора који је утврдио и дневни ред, тада чланови управног одбора одговарају друштву за тако нанету штету, под условима из чл. 328.

Питање је ко руководи радом скупштине до доношења одлуке о избору председника. Ово питање је могуће и у домаћем праву регулисати оснивачким актом, као и пословником о раду скупштине. Уколико нема одговарајуће одредбе могућа су два решења. Према једном које се оцењује као исправније, правно је могуће и у складу са парламентарним обичајима да се руковођење избором председника повери најстаријем присутном акционару.<sup>4</sup> Ипак, према преовлађујућем ставу, до избора председника рад скупштине и избор председника води онај ко је сазвао скупштину.<sup>5</sup> С тим у вези су могуће различите ситуације. Једноставна је ситуација када скупштину сазове физичко лице овлашћено оснивачким актом. Када одлуку о сазивању скупштине донесе привремени заступник на основу одлуке суда, он не само да сазива скупштину, него и

3 Hildegard Ziemons у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1420.

4 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1421; Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 29.

5 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 29; Тако и: Walter Schmidt, Joachim Meyer-Landrut у: Gadow, *Aktiengesetz*, Berlin, 1961, стр. 710.

председава, због чега се питање и не поставља. Проблем настаје када скупштину сазива орган, односно управни одбор, с обзиром да, по природи ствари, управни одбор не може преузети вођење скупштине. С тим у вези указује се да у том случају председава члан органа,<sup>6</sup> односно председник органа.<sup>7</sup>

Председник скупштине може бити опозван одлуком скупштине у свако доба и на његово место може бити изабрано друго лице. Да би се обезбедио континуитет, односно одвијање скупштине, опозив би требао да буде допуштен само ако је везан са избором новог председника.<sup>8</sup> Треба имати у виду да се скупштина не може својом одлуком опозвати привременог заступника као лица које председава скупштини. Он је именован од стране суда као облик заштите мањине акционара и његова смена није у компетенцији скупштине. Председник скупштине у свако доба може поднети оставку.<sup>9</sup> Оставка се подноси изјавом према скупштини.<sup>10</sup> С обзиром да до престанка статуса председника долази током скупштине до избора (новог) председника не долази на почетку скупштине и тада таква тачка није уврштена у дневни ред, с обзиром да је он утврђен на почетку скупштине. Доношење овакве одлуке је могуће с обзиром да се ради о процесној одлуци. У погледу председавања скупштином и руковођењем избора новог председника аналогно важи оно што је речено у погледу избора председника на почетку скупштине.

Нацртом Закона о привредним друштвима (чл. 330) предвиђено је да се статутом одређује председник скупштине или се председник бира за сваку седницу у складу са статутом и пословником о раду скупштине. Уколико није прописан поступак избора (треба: начин утврђивања) председника скупштине, председник је лице које поседује или представља (треба: заступа) највећи појединачни број гласова обичних акција у односу на укупни број гласова присутних акционара са обичним акцијама.

## II Захтеви у погледу председника скупштине

У ст. 3 чл. 285 је предвиђено да се председник бира у складу са статутом друштва. Оваква одредба омогућава да се статутом реши

6 Godin – Wilhelmi, *Aktiengesetz*, Berlin, 1967, стр. 630.

7 *Beck'sches Handbuch der AG*, München, 2004, стр. 423.

8 Andreas Göhmann у: Günter Henn, Jürgen Frödermann, *Handbuch den Aktienrechts*, Heidelberg, 2009, стр. 488.

9 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1421.

10 А. Göhmann, *нав. дело*, стр. 488.



питање председавања скупштином до избор председника скупштине, о чему је било речи у ранијим излагањима. Статутом је дозвољено утврдити само услове које лице мора да испуњава да би могло да буде изабрано за председника (на пр. мора да буде акционар). При томе би се избор у сваком случају вршио од стране скупштине. С тим у вези треба указати на правно-политички став према којем ову могућност не треба користити, односно не треба утврђивати посебне захтеве у погледу председника скупштине. Није неопходно да председник буде акционар.<sup>11</sup> Сматрамо да је и за домаће право прихватљив став према којем члан управног одбора не може бити председник скупштине.<sup>12</sup> Ово се образлаже неспојивошћу са контролном функцијом скупштине.

Недовољно прецизна формулација је основ за дилеме и мишљење према којима би председник могао да има временски утврђен мандат (на пр. шест месеци). Ово се, по природи ствари не односи на ситуацију када скупштином председава од суда постављени привремени заступник. Оваква ситуација, када се председник не бира за сваку појединачну скупштину, постоји и у упоредном праву када се оснивачким актом утврђује ко је председник скупштине (на пр. председник надзорног одбора). Статутом није могуће утврдити и посебне услове у погледу поступка избора, као на пр. већину за доношење одлуке. Ово зато што се законом утврђена већина може мењати само оснивачким актом, а не статутом. Статутом, не би било могуће утврдити ко је председник. У упоредном праву су позната и другачија решења – у неком земљама је уобичајено да то буде председник надзорног одбора.<sup>13</sup> Тек у случају да статутом није утврђено ко је председник, или је он спречен, тада скупштина бира председника. Нацртом Закона о привредним друштвима је, како смо раније указали, предвиђено да је могуће статутом утврдити председника скупштине, али је могуће да он буде биран за сваку скупштину.

### III Овлашћења председника скупштине

Председник скупштине омогућава да се скупштина прописно одвија и да се обраде све тачке дневног реда. Ово овлашћење председника није изричито предвиђено у Закону о привредним друштвима,

11 *Ibidem*.

12 За немачко право тако Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 29 и U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 607; за енглеско право другачије с обзиром председник, или члан одбора директора може бити председник скупштине према Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1993, стр. 517.

13 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 29.

што је ситуација која није изузетак у упоредном праву. За разлику од неких националних права Законом о привредним друштвима је ипак предвиђено да „радом скупштине акционара председава председник скупштине“ (чл. 285 ст. 1). Рад скупштине подразумева остваривање циља сазивања скупштине који се огледа у доношењу одлука по тачкама дневног реда. Да би се овај захтев остварио потребно је да председник има овлашћења у погледу вођења скупштине и одржавања реда у скупштини. С обзиром на постојање ових овлашћења указује се да је веома спорно да ли она значе да је председник скупштине орган друштва.<sup>14</sup> У вршењу својих овлашћења председник скупштине мора да буде неутралан и то како у односима између управног одбора и акционара,<sup>15</sup> тако и између акционара.<sup>16</sup> Он своја овлашћења врши у складу са принципима неопходности, сразмерности и једнаког третмана.<sup>17</sup>

Председавање скупштином представља оригинарну надлежност председника и он овлашћења врши по сопственом праву.<sup>18</sup> Његова права и обавезе морају бити респектована пословником о раду, с обзиром да не произлазе из скупштине, већ их председник има на основу законом утврђеног положаја.<sup>19</sup>

## 1. Овлашћења у погледу вођења скупштине

Председник има сва неопходна овлашћења у погледу вођења скупштине. Та овлашћења он не може делегирати скупштини. Председник није спречен да се обрати скупштини са необавезујућим питањем у погледу предлога акционара или у погледу неке мере која се тиче вођења скупштине. То не захтева гласање акционара према заступаним гласовима у скупштини – у том погледу допуштено је и изјашњавање (необавезујуће) гласањем по главама и не мора бити наведен у записнику. Исход таквог изјашњавања не обавезује председника.<sup>20</sup> Има схватања да се председник у појединачном случају може одрећи свог права на доношење одлуке и, према том становишту, пренесе одлуку на скупштину.<sup>21</sup> Ово се образлаже тиме да сваки колективитет (гремиум) уређује свој поступак и ред. Осим тога указује да се одредбе о надлежно-

14 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1422.

15 *Ibidem*.

16 W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 710.

17 A. Göhmann, *нав. дело*, стр. 489.

18 *Beck'sches Handbuch der AG*, стр. 424.

19 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 602.

20 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 31.

21 *Ibidem*.

сти скупштине односе само на материјалне одлуке, а не и на процесне.<sup>22</sup> Насупрот томе, сматра се да је одлука скупштине допуштена само у два случаја – одлагање скупштине и редуковање дневног реда.<sup>23</sup>

У литератури се указује да председник отвара и затвара скупштину и брине о томе да акционари могу да врше своја права у скупштини.<sup>24</sup> Када је домаће право у питању председник затвара скупштину, али је он не отвара. Ово зато што се он бира на почетку скупштине и потребно је да скупштина буде отворена да би се утврдио кворум и донела формална одлука у погледу избора председника скупштине. О томе ко председава скупштини до избора председника је било говора у ранијим излагањима. Изузетно председник отвара скупштину, ако је изабран на одређени период и када председава скупштини која следи оној на којој је изабран. Председник затвара скупштину када је исцрпљен дневни ред. Ако је председник затворио скупштину, а дневни ред није исцрпљен, то не мења ситуацију и одлуке се више не могу доносити. Треба, ипак, имати у виду да се на основу једногласне одлуке присутних акционара скупштина може наставити. Оваква одлука није могућа ако су акционари напустили салу после затварања скупштине.<sup>25</sup> Ово зато што би се одлуком о наставку скупштине извршио захват у њихова права. Скупштина има овлашћење у погледу одлуке о наставку скупштине и у другим случајевима када је председник неовлашћено затворио скупштину. Осим ситуације када није исцрпљен дневни ред то је и ситуација када не постоји посебно важан разлог (на пр, постоји мана у поступку сазивања скупштине). У сваком случају ако је председник неоправдано окончао скупштину и није донета одлука о њеном наставку, скупштина је окончана.<sup>26</sup> Председник може одредити и паузу у раду скупштине, ако то сматра целисходним (на пр. ако се тако решава проблем у вези са одржавањем реда у скупштини, или ако се припремају одговори на постављена питања).<sup>27</sup>

У погледу редоследа поступања по тачкама дневног реда има схватања да о томе одлучује председник.<sup>28</sup> Спорно је, међутим, да ли скупштина може да га својом одлуком обавезе на поштовање утврђеног редоследа. Дилема не постоји ако је оснивачким актом предвиђено да је

22 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 32.

23 H. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1422; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608.

24 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 30; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 607.

25 A. Göhmann, *нав. дело*, стр. 500.

26 Gerald Reger у: Tobias Bürger, Torsten Körber, *Aktiengesetz, Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2008, стр. 836.

27 A. Göhmann, *нав. дело*, стр. 500.

28 H. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1423.

председник надлежан за такву одлуку. Тако утврђена надлежност има предност у односу на одлуку скупштине у погледу редоследа.<sup>29</sup> Осим права на утврђивање редоследа тачака дневног реда председник има право на утврђивање редоследа гласања.<sup>30</sup> Насупрот томе, указује се да је председник обавезан да поштује утврђени редослед тачака дневног реда. Изузетно он може одступити од утврђеног редоследа у случају постојања стварног разлога.<sup>31</sup>

Председник скупштине даје реч учеснику у дискусији. С тим у вези има схватања да он том приликом није везан редоследом пријава за учествовање у расправи,<sup>32</sup> већ треба да се руководи стварним критеријумом. Таква би ситуација била са давањем речи заступницима великог броја акционара (на пр, банкама).<sup>33</sup>

Гласање се врши само у погледу предлога који председник стави на гласање. Он неће ставити на гласање предлог који је шиканозан, или није потекао од стране овлашћеног лица. У случају да постоји више предлога по истој тачки дневног реда, њихов редослед у погледу гласања утврђује председник по службеној дужности, водећи рачуна да редослед буде погодан, с обзиром на то који предлог ће најпре добити потребну већину.<sup>34</sup> Ово питање може бити регулисано и оснивачким актом или пословником о раду скупштине (правилима поступка).<sup>35</sup> Исправним се сматра став према којем се предлог о опозиву председника скупштине мора одмах ставити на гласање.<sup>36</sup> Могуће је постојање алтернативних прелога (оно нису противречни, али имају различиту садржину за исту одлуку, као на пр. различит износ за поделу добити). У таквој ситуацији председник може ставити на гласање само један предлог, за који очекује да добије потребну већину, и само ако он буде одбијен прелази на други предлог. Могућа је конструкција услова према којој председник ставља на гласање оба предлога, при чему је један стављен на гласање под условом да други не добије потребну већину. Услов се односи само на већину, а не и на допуштеност прелога.<sup>37</sup>

29 G. Reger, *нав. дело*, стр. 792.

30 Timo Holzborn у: Tobias Bürger, Torsten Körber, *Aktiengesetz, Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2008, стр. 890.

31 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 607; *Beck'sches Handbuch der AG*, München 2008, стр. 424.

32 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608.

33 *Beck'sches Handbuch dre AG*, стр. 425.

34 *Beck'sches Handbuch der AG*, стр. 425; H. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1423.

35 Gerald Spindler у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1520.

36 *Beck'sches Hanbuch der AG*, стр. 425.

37 T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 891.

Домаће право не садржи норму према којој се врста и начин гласања утврђују оснивачким актом.<sup>38</sup> Када је домаће право у питању у погледу врсте гласања треба имати у виду да је тајно гласање у неком ситуацијама утврђено Законом (чл. 297 ст. 1). У свим другим ситуацијама се гласа јавно, при чему је као начин гласања предвиђено дизање руку. Простор за регулативу оснивачког акта, статута, или, по нашем мишљењу, и пословника о раду скупштине, се огледа у утврђивању другог начина јавног гласања („други јавни поступак“ – чл. 297 ст. 5). Могућа су решења према којима такве одредбе нема, као и да се утврђује надлежност председника скупштине. У случају да је утврђена надлежност председника, његову одлуку није могуће изменити одлуком скупштине. Акционар тада нема захтев у погледу одређеног начина гласања. Насупрот томе, ако одговарајуће одредбе нема (процесну) одлуку доноси скупштина,<sup>39</sup> али председник нема обавезу да тражи одлуку скупштине. Има схватање да ни тада нема простора за одговарајућу одлуку скупштине.<sup>40</sup>

Када се ради о овлашћењима председника у погледу вођења скупштине треба указати на право да поднесе предлог скупштини о доношењу правила поступка (пословника) из чл. 285 ст. 4, као и право из чл. 288 ст. 1 (именовање записничара, оверача записника и чланова комисије за гласање).

## 2. Овлашћења у погледу одржавања реда

У погледу мера за одржавање реда разликују се опште и индивидуалне мере и на њих се односе захтеви сразмерности и једнаког третмана. Редован ток скупштине је оправдање за мере које се односе на ограничење вршења акционарских права, као што је то случај са правом на реч и правом на постављање питања.<sup>41</sup>

Своја овлашћења председник врши према свим учесницима у скупштини – не само према акционарима и пуномоћницима акционара. Мере за одржавање реда председник може и мора да предузима.<sup>42</sup> Председник води рачуна да у права учесника не захвати више него што је то неопходно за одвијање скупштине и поштовање пословника – тако на пр. не одузима реч када је довољно ограничење времена за дискусију.

38 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1423; Т. Holzborn, *нав. дело*, стр. 889.

39 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 659; Wolfgang Zöllner, „Beschlussfassung und Beschlussmängel“ у: Mathias Habersack, Walter Bayer, *Aktienrecht im Wandel*, Tübingen, 2007, стр. 483; Т. Holzborn, *нав. дело*, стр. 889.

40 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1423.

41 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1424.

42 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608.

За разлику од мера вођења скупштине, када се ради о мерама одржавања реда на скупштини оне су у искључивој надлежности председника скупштине. Чак и информативно обраћање скупштини било би контрапродуктивно, будући да би акционар у дискусији имао нову прилику да омета рад скупштине.<sup>43</sup> Поступања председника нису самосталан основ за поништај скупштинске одлуке, будући да се не ради о постојању или непостојању неког правног односа.<sup>44</sup> Скупштина није другостепена (жалбена) инстанца у погледу поступања председника. Уколико би неки акционар који се сматра погођеним неком мером председника тражио да се скупштине о томе изјасни и донесе одлуку о томе, председник није дужан да то стави на гласање. Акционар не може лиши-ти председника његових овлашћења ни путем предлагања одговарајуће одлуке скупштине.

У погледу општег ограничења времена за дискусију владајуће мишљење је то у надлежности председника скупштине.<sup>45</sup> Насупрот томе указује се да председник скупштине не може одредити опште ограничење времена за дискусију. У том смислу је неопходна одлука скупштине којом се сразмерно погађају интереси свих учесника. То значи да се скупштинском одлуком не може селективно ограничити време дискусије – то мора бити учињено на општи начин. Шта је општи начин процењује се према околностима конкретног случаја.<sup>46</sup> У том смислу се релативизује став да нико не би требао да говори дуже од петнаест минута и да је опште ограничење на десет минута допуштено.<sup>47</sup> Председник скупштине може утврђено време за дискусију изменити и скратити, при чему је спорно да ли је то могуће за време дебате.<sup>48</sup> Ово важи и у ситуацији када је законом предвиђена могућност да се оснивачким актом или пословником (правилима поступка) предвиди ограничење права на дискусију и права на постављање питања. То не значи да председник само на основу такве норме може ограничити право на реч. Ако одговарајуће норме нема тада председник може да донесе одговарајућу одлуку на основу сопственог права. Постојање норме не значи ништа више него да одлука председника мора бити одговарајућа (сразмерна).<sup>49</sup>

Председник може да означи завршетак дискусије када више нема пријава за дискусију. Ако пријаве за дискусију постоје не може се окон-

43 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1424.

44 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 31.

45 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608.

46 Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 32.

47 Н. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1424; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608.

48 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608.

49 А. Göhmann, *нав. дело*, стр. 491.

чати дискусија при чему сваки акционар мора добити прилику да се изјасни.<sup>50</sup> Од овог правила постоји изузетак у случају да се може установити да су све групе акционара имале довољно прилика да изразе своје становиште и да се у даљој дискусији не могу очекивати нови ставови. Ако председник то не може да утврди, он мора да продужи дискусију у складу са пријавама за дискусију.

Председник има право да прекине дискусију да би тиме омогућио да се скупштина на време оконча, будући да би њено одвијање после 24 сата довело до тога да би донете одлуке биле рушљиве. Ради се о последњој мери која је на располагању председнику да обезбеди одвијање скупштине закажаног дана. За разлику од тога закључивање листе дискутаната има за последицу немогућност јављање нових учесника у расправи.<sup>51</sup> С обзиром да ове мере имају за циљ да омогуће одвијање скупштине у предвиђено време, постоји схватање да оне немају карактер општих мера за одржавање реда.<sup>52</sup>

У погледу индивидуалних мера за одржавање реда треба имати у виду, опомену, ограничење времена за дискусију појединачног акционара, одузимање речи и одстрањивање из просторије у којој се одржава скупштина.<sup>53</sup>

Председник може преостало време за дискусију учесника да ограничи, или одузме реч, ако се право на реч (дискусију) злоупотребљава. Овакве мере су у оквиру овлашћења председника којима се одржава ред и могу се применити према појединачном учеснику. Одузимање речи и скраћивање времена за дискусију се не могу применити ако акционар понавља раније изнети став, односно нема став којим би убедио друге учеснике да напусте своје становиште. Председник треба да води рачуна да није сваки акционар елоквентан, али да упркос томе има право да изложи свој став. Изношење политичких ставова начелно овлашћује председавајућег да ограничи време за дискусију или одузме реч дискутанту.<sup>54</sup>

Споменуте индивидуалне мере за одржавање реда у скупштини се разликују по свом интензитету. Најблажа мера је опомена, док је одстрањивање из просторије најоштрија мера која се може изрећи појединачном акционару.<sup>55</sup>

50 Gessler, Hefermehl, Erckardt, Kropf, Band II, стр. 33.

51 *Beck'sches Handbuch der AG*, стр. 426–427.

52 H. Ziemons, *нав. дело*, стр. 1425.

53 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 608–609.

54 Gessler, Hefermehl, Erckardt, Kropf, Band II, стр. 33.

55 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 609.

**Zoran ARSIĆ, PhD, LL.M. (Columbia University)**  
**Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **CHAIRMAN OF CORPORATION GENERAL MEETING**

### **Summary**

*Legal position of chairman of general meeting is important and onerous one. His powers are related to two sets of issues. He is responsible for ensuring that meeting business is properly conducted and order is maintained.*

**Key words:** *general meeting, chairman, corporation.*



**Љубодраг ПЉАКИЋ**  
дугогодишњи судија Врховног суда Србије

## ПРЕНОС РАДЊЕ НА НАСЛЕДНИКА ПРАВНИМ ПОСЛОМ МЕЂУ ЖИВИМА

### Резиме

*Закон о регистрацији привредних субјеката је предвидео правну моћност брисања предузетника из Регистра у случају његове смрти, али није предвидео моћност преноса радње на наследника правним послом међу живима (inter vivos). Залагања аутора су да се и Законом уреди овакав пренос постојећу у ситуацији када се наследник, као члан породичног домаћинства, бави истом делатношћу и уз предузетника припрема да га замени у послу. На тај начин предузетници доприносе смањењу незапослености, а њихови наследници стиичу неопходну сигурност у породичном обављању делатности. У реферату су обрађена и питања из праксе Европског суда за људска права, између којих, и да у вредности предузетникове имовине стадају и стечени кредибилитет и клијентела.*

**Кључне речи:** пренос радње, предузетник, наследник, имовина, предузетничка делатност.

Законом о регистрацији привредних субјеката (Службени гласник РС, бр. 55/04, 61/05), уређују се услови, предмет и поступак регистрације у Регистар привредних субјеката, као и начин вођења Регистра привредних субјеката. Привредни субјект, у смислу овог Закона, јесте правно или физичко лице, које обавља делатност производње или предмета робе или вршења услуга на тржишту ради стицања добити и које је регистровано у Регистру.

Одредбом члана 71 овог Закона, изнад кога стоји поднаслов „Брисање предузетника из Регистра“, предвиђено је да ће се брисање предузетника из Регистра извршити на основу:

1. регистрационе пријаве поднете од стране предузетника;
2. регистрационе пријаве поднете од стране наследника или законом овлашћеног органа, у случају смрти предузетника, уз коју се подноси извод из матичне књиге умрлих.

У пракси се поставило питање да ли се радња предузетника може пренети на наследника правним послом међу живима (*inter vivos*).

Да бисмо добили одговор на ово питање, морамо поћи од правне природе предузетничке делатности и праксе Европског суда за људска права у односу на имовину.

## І Предузетничка делатност

Одредбом члана 1 Закона о приватним предузетницима (*Службени гласник СРС*, бр. 54/89, 9/90 и *Службени гласник РС*, бр. 19/91... 101/05), предвиђено је да „приватни предузетник самостално обавља делатности, под условима и на начин предвиђен овим Законом“. У одредби члана 1а), овај Закон још више продубљује правну природу ове делатности, утврђујући да „приватни предузетник, у смислу овог Закона, јесте физичко лице које *ради стицања добити*, оснива радњу и самостално обавља делатност“. Чини се да је овом одредбом битно опредељена правна природа предузетничке делатности, кроз сврху оснивања радње. Једини циљ оснивања радње ради самосталног обављања делатности није хуманитарног карактера, ни забавно – ревијално, нити спортског. Стицање добити је оно што предузетника опредељује да отвара радњу. Наравно, да држава различитим мерама укупне економске, посебно фискалне политике, може да олакша и подстиче предузетништво на који начин омогућава грађанима да сами себи обезбеђују посао и, на дуже време, остварају богато друштво. Стицање добити, само по себи, звучи веома привлачно, али овој погодности ради реализације креативних способности физичких лица одговара и одговарајућа обавеза из члана 7 истог Закона: „за обавезе које проистичу у обављању делатности радње, оснивач одговара целокупном својом имовином.“ На тај начин се се предузетнику, у остварењу сврхе оснивања радње ставља у изглед врло ригорозна мера за случај да у обављању послова – радње, преузме обавезе које не може да изврши.

Законодавац, полазећи од чињенице да предузетник отварањем радње не чека на запослење од државних институција, већ сам себи

обезбеђује посао, видно издваја и статус његових чланова породичног домаћинства. Они се (члан 13 Закона) не урачунавају у укупан број радника. Логично, јер чланови породичног домаћинства морају много да помогну предузетнику у обављању делатности, за коју сврху се у предузећима оснивају посебне пратеће службе (што их каткад чини прегломазним, а тиме неефикасним и неконкурентним на тржишту). Због тога, Закон уређује да „чланови породичног домаћинства оснивача радњи могу радити у радњи и без заснивања радног односа“.

Опредељујући стицање профита као разлога за оснивање радње, законодавац истовремено указује и на сам карактер предузетничке делатности. Нема сумње, на основу реченог, да је он имовински. На овом месту указаћемо на одредбу члана 58 став 3 Устава РС, према којој се само „законом може ограничити начин коришћења имовине“.

## **II Могућност преноса радње на наследника (члана породичног домаћинства)**

Закон о приватним предузетницима правилно увиђа правни положај чланова породичног домаћинства у односу на њиховог члана – предузетника. Они својим радом (и без заснивања радног односа) иду ка истом циљу због кога је њихов члан породичног домаћинства основао радњу – да се профит увећава. Они зато имају битно другачији однос у односу на обављање делатности и средства рада у радњи у односу на остале раднике који заснивају радни однос. Последице које произлазе из одговорности предузетника целокупном имовином итекако погађају и чланове породичног домаћинства, много тога што чини пословну тајну радње чувају и чланови породичног домаћинства, чак и без посебног обавезивања. Они су у прилици да сазнају и тајне појединих технолошких процеса у обављању послова радње. Тако се и стварају породичне радње са пословним угледом, кредитбилитетом и српљиво увећаваном клијентелом. Има у томе наравно, много удела има умеће самог предузетника, али не треба умањивати значај и осталих чланова породичног домаћинства у стицању имовине, поготову ако имају и одговарајуће стручне компетенције у обављању одређене врсте посла, посебно технолошког процеса.

Каква правна ситуација настаје уколико предузетник жели да радњу пренесе на свог законског наследника, члана породичног домаћинства, који и у стручном и искуственом смислу има све референце да настави да обавља исту предузетничку делатност користећи, неспорно изграђени углед радње?

Рекомсо, члан 71 Закона о регистрацији привредних субјеката има у виду брисање предузетника из Регистра. Чини се да је овом приликом коришћена терминологија 50-их година прошлог века у потпуно другачијем уставном одређењу својинских облика. Она је у директном нескладу са претходно изреченим анализама предузетничке делатности и учешћа чланова породичног домаћинства у њој. Брисање предузетника из Регистра у земљама развијене тржишне економије увек изазива сумњичавост у разлоге због који се брисање тражи. Брисањем се уклања српљиво стицани углед радње, квалитет производа и уопште саме предузетничке делатности. Сваки нови предузетник који би после затварања радње наставио са истим предметом пословања такође, био би под сумњом у доказивању на тржишту и практично би почињао испочетка.

Због тога, имајући у виду законску могућност из цитираног члана 71 Закона о регистрацији привредних субјеката да се за случај смрти (*mortis causa*) брише предузетник из Регистра и да наследник може да настави исту делатност, нема никаквих сметњи да се такав пренос са предузетника на наследника изврши и за живота (*inter vivos*). Такав пренос ниједним прописом изричито није забрањен.

Угаони каменови између којих тај пренос треба да се изврши, јесу да пренос не сме да буде у супротности са јавним интересом и на штету трећих лица. То је, уосталом, садржина начела Заштите права грађана и јавног интереса из члана 6 Закона о општем управном поступку, који се као процесни примењује на овај случај.

Преносом радње на изложени начин, врши се у основи пренос власничких права предузетника на имовини. Нови стицалац преносом добија и стечени углед радње, њену традицију и репутацију, бројну клијентелу, могућа заштићена ауторска права. Стиче се могућност да се већ стечени реноме увећава и да деца буду успешнија од својих родитеља. Тешко је објашњиво да отац мора да затвори радњу да би је син поново отворио. Исувише је било затварања радњи у давним временима. Много тога се променило, свест са нормативним мора да иде у корак.

### III Пракса Европског суда за људска права

Са гледишта примене међународног права у нашем поретку битно је указати на одредбу члана 194 став 4 Устава РС, која предвиђа да „потврђени међународни уговори и опште прихваћена правила међународног права, део су правног поретка Србије“. Ставом 5 истог члана је предвиђено да „закони и други општи акти донети у Републици

Србији, не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права“.

Већ смо рекли да је предузетничка делатност, по самом закону, профитног, имовинског карактера. У том правцу, Протокол уз Конвенцију о људским правима и имовинским слободама (Париз 20.3.1952. године), у члану 1 о заштити имовине предвиђа да „свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине“.

У практичној примени Европске конвенције о људским правима (Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2000, страна 1156, у предмету *Mauckx* против Белгије, стоји да је Европски суд за људска права стао на становиште:

„Прихватајући да свако има право на неометано уживање своје имовине, члан 1 у суштини гарантује право на имовину. Заиста, право располагања имовином представља традиционални и фундаментални аспект права на имовину. Органи који примењују Конвенцију настоје да осигурају да свако мешање у право на имовину тежи неком општем или јавном интересу.

Да би било у складу са тестом пропорционалности у односу између колективног интереса и интереса појединца, мешање мора да се врши на начин који није арбитран и који је у складу са законом.“

Према одлукама Суда, предузеће схваћено као скуп права, интереса и односа усмерених ка одређеном циљу и организовано као економска јединица коју води предузимач, такође ужива заштиту Протокола број 1. Предузеће се састоји од интереса и односа као што су клијент, кредибилитет, пословне тајне, а такође и потенцијалних извора прихода као што су организација и рекламирање. У суштини, члан 1 Протокола број 1 у вези пословања (односно предузећа) односи се само на њихову клијентелу и кредибилитет, јер су ово једини ентитети са одређеном вредношћу, који по многим аспектима одговарају природи приватног права, те тиме представљају „вредност“ и стога „имовину“ у смислу прве реченице овог члана (напред цитирано дело).

О посебном значају стечене клијентеле у пословању предузетника као вредности, па према томе и његове имовине, Суд се изјаснио и у предмету *Latridis* против Грчке.

„Суд је утврдио да је пре исељења подносилац представке водио биоскоп 11 година по формално важећем уговору о закупу, без икаквог мешања власти, те да је током тог времена стекао клијентелу, што представља вредност“ (исто дело, страна 1159-1160).

Важно је напоменути да пре обраћања Европском суду за људска права, подносилац представке мора да докаже да је испео све домаће

правне лекове тзв. национални правни пут. То значи, да је у држави против које улаже представку већ водио спор о ствари која је предмет представке и да је о томе одлучивала највиша судска инстанца те државе.

„Подносилац представке се пред Судом може појавити као странка само ако је у поступку пред домаћим странама истицао повреду Конвенције, на које се позива пред Судом. У погледу овог захтева, једноставнија ситуација постоји онда када се подносилац представке пред националним правосуђем изричито позвао на повреду Конвенције. Суд међутим, сматра да је овај услов испуњен и онда када се подносилац представке у суштини позвао на повреду Конвенције, непоменувши је изричито. Да ли је ово испуњено, Суд цени у сваком конкретном случају.“ (Драгољуб Поповић, *Европски суд за људска њрава*, Сл. гласник, књига 3).

Имајући у виду законска решења домаћег законодавства у третирању овог проблема, уставну обавезу на давање приоритета закљученим међународним уговорима и правилима међународног права у односу на домаће законодавство и праксу Европског суда за људска права, нужно се намећу следећи закључци.

#### IV Закључци

1. Предузетничка делатност је профитног карактера, имовинске природе чији је традиционални и фундаментални аспект право располагање.
2. Могућност преношења радње са предузетника на наследника за случај смрти (*mortis causa*), значи исту такву могућност преношења правним послом међу живима (*inter vivos*), који пренос ниједним прописом изричито није забрањен.
3. У вредност предузетникове делатности, па према томе и имовине, између осталог, спадају и стечени кредибилитет и клијентела.

**Ljubodrag PLJAKIĆ**  
**Years-Long Judge of the Supreme Court of Serbia**

## **TRANSFER OF A BUSINESS TO A SUCCESSOR BY MEANS OF A LEGAL TRANSACTION BETWEEN THE LIVING**

### **Summary**

*The Law on the Registration of Business Entities stipulates a legal possibility of deletion of an entrepreneur from the Register in the case of their death, but does not envisage a possibility of transfer of their business to a successor by means of a legal transaction between the living (inter vivos). The author hereby urges that such a type of transfer should be regulated by the law, especially in the situation when a successor, being a member of the family household, is engaged in the same activity and has been prepared by the entrepreneur to replace them in their business. Thus entrepreneurs contribute to the reduction of the unemployment rate and their successors acquire the required confidence in the performance of the family business. The paper also treats issues from the practice of the European Court for Human Rights, including the one that an entrepreneur's assets also include the acquired credibility and clientele.*

**Key words:** *transfer of a business, entrepreneur, successor, assets, entrepreneurial activity.*

др **Марко РАЈЧЕВИЋ**  
професор и судија Уставног суда Републике Српске

др **Вийомир ПОПОВИЋ**  
професор и декан Правног факултета у Бањој Луци

## ПРАВНИ СТАТУС ЈАВНИХ ПРЕДУЗЕЋА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

### Резиме

*У раду се разматра њравни статус јавних предузећа у њраву Републике Српске. Њихов њравни њоложај условљен је у њрвом реду чињеницом да обављају дјелатности од њишњег интереса али и друћим специфичностима њо којима се разликују од комерцијалних њривредних друћтвава. Она су орђанизована као друћтва капијала, али са њособном орђанизационом струкћуром одређеном Законом о јавним предузећима и друћим специјалним њројисима.*

**Кључне речи:** *дјелатности, њишњи интерес, јавна предузећа.*

### I Уводне напомене

Правни статус јавних предузећа у Републици Српској одређен је у основи са три закона, а то су: Закон о систему јавних служби,<sup>1</sup> Закон о јавним предузећима<sup>2</sup> и Закон о привредним друћтвима.<sup>3</sup>

---

1 Службени гласник Републике Српске, бр. 68/07.

2 Службени гласник Републике Српске, бр. 75/04.

3 Службени гласник Републике Српске, бр. 127/08.



Закон систему јавних служби значајан је утолико што се њиме одређује на општи начин систем јавне службе и основна питања од значаја за њену организацију и рад. Он је општи закон за систем јавне службе зато што се питања која су њиме регулисана могу законом, којим се уређује обављање одређене дјелатности као јавне службе, уредити и на други начин.<sup>4</sup> Законом је одређено да се јавном службом сматрају установе, предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности физичких и правних лица, као и законом утврђених интереса.<sup>5</sup> Закон је одредио да се за одређене области, као на примјер, образовање, науку, културу, спорт итд. оснивају установе,<sup>6</sup> а ради обављања дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности правних и физичких лица и остваривање другог законом утврђеног интереса у области јавног информисања, поштанског саобраћаја, енергетике, одржавања путева, комуналних услуга и у другим облицима утврђеним законом, оснивају јавна предузећа.<sup>7</sup> Установе, предузећа или друге облике јавне службе могу основати Република Српска и јединица локалне самоуправе али и физичка и правна лица.<sup>8</sup> Дакле, само дјелатности набројане у Закону о систему јавне службе и другим посебним законима којима се регулишу дјелатности од општег интереса у конкретним областима могу бити разлог за оснивање јавних предузећа.

Основни пропис којим се специфично регулише статус јавних предузећа као посебних организационих облика је Закон о јавним предузећима. Мада то није формално урађено, знало се да је закон био фактички наметнут од стране Високог представника за Босну и Херцеговину, јер је Народна скупштина морала да га усвоји у непромијењеном „датом“ облику и садржини, што је и учињено у јулу мјесецу 2004. године.

Основни циљ доношења таквог закона је регулисање транспарентнијег пословања јавних предузећа и предузећа у већинском власништву Републике, посебно у области јавних набавки. Закон је значајан за статус јавних предузећа због тога што га јасно дефинише: јавно предузеће је оно које основа Република Српска или јединица локалне самоуправе ради обављања дјелатности од општег интереса или које обавља дјелатности од таквог интереса.<sup>9</sup> Међутим, критериј оснивача и обављања дјелатности нису једини за његову примјену, па се због тога

4 Члан 1 ст. 2 Закона о систему јавне службе.

5 Члан 1 ст. 2 Закона о систему јавне службе.

6 Члан 3 Закона о систему јавне службе.

7 Члан 4 Закона о систему јавне службе.

8 Члан 5 Закона о систему јавне службе.

9 Члан 2 ст. 1 Закона о јавним предузећима.

императивном нормом одређује да ће се његове норме примјењивати и на предузећа која у структури власништва имају најмање 50% плус једна акција или удјела у власништву Републике и која запошљавају више од 50 лица.<sup>10</sup>

Закон о јавним предузећима уређује пословање и управљање јавних предузећа, његове органе, сукобе интереса са предузећем, етички кодекс, интерне поступке, недопуштене и ограничене активности, те друга, али не и сва питања од значаја за рад ових предузећа. На она питања која њиме нису обухваћена, слиједом императивне норме, примјењују се одредбе Закона о предузећима.<sup>11</sup> Међутим, Закон о предузећима<sup>12</sup> је престао да важи даном примјене Закона о привредним друштвима,<sup>13</sup> а у Закону о јавним предузећима остала је норма која директно упућује на примјену Закона о предузећима, чак и неких његових конкретних чланова. Законодавац је пропустио да правовремено реагује и до сада није измијенио и допунио Закон о јавним предузећима у смислу упућивања на одредбе новог Закона о привредним друштвима, што је изазвало одређене дилеме и тешкоће у свакодневној пракси. Треба нагласити да је Закон о предузећима третирао јавно предузеће као посебан организациони облик поред привредних друштава.<sup>14</sup> Закон се у вези јавних предузећа само начелно одређивао кроз упућујућу норму. Тако је у члану 99 било одређено да ће се његове заједничке одредбе примјењивати на све облике предузећа (дакле и на јавна), а одредбе о друштвима капитала сходно (у мјери којој је то могуће због њихових специфичности) и на јавна предузећа, под условом да за тај облик није другачије прописано. Закон је такође одређивао да држава, односно јединица локалне самоуправе може основати јавно предузеће, а кад то учини онда оно због тога, и због дјелатности од општег интереса коју обавља, има тај статус.<sup>15</sup>

За разлику од Закона о предузећима нови Закон о привредним друштвима уопште не спомиње јавна предузећа. Законодавац је имао у виду чињеницу да су јавна предузећа регулисана како Законом о јавним предузећима, тако и низом других закона специјалног карактера који регулишу рад и пословање јавних предузећа у дјелатностима од јавног (општег) интереса,<sup>16</sup> па зато није било више потребе да се основним

10 Члан 2 ст. 2 Закона о јавним предузећима.

11 Видјети члан 1 Закона о јавним предузећима.

12 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 24/98, 62/02, 38/03, 97/04 и 34/06.

13 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, чл. 445 ст. 2.

14 Члан 2 ст. 1.

15 Видјети члан 8 ст. 4 и члан 386 ст. 1.

16 Видјети нпр. Закона о електричној енергији (пречишћени текст, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 8/08, 34/09, 92/09 и 01/11); Закон о шумама (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 75/08); Закон о пошти (*Службени гласник Републике Српске*,

и системским законом за статус привредних друштава регулише било шта што је везано за јавна предузећа. Осим тога, Закон о привредним друштвима напустио је концепт предузећа као носиоца субјективитета резервишући такав статус за привредна друштва.

Из свега што је у уводном дијелу наведено може се закључити да је врло тешко одредити статус јавног предузећа у правном поретку Републике Српске, не само због хетерогености прописа који регулишу њихов правни положај већ и због већ познатих дилема које иначе постоје у правној теорији, законодавству, судској и пословној пракси код нас и другдје у вези са питањем правног положаја и одређивања појма јавног предузећа.

Покушаћемо овим радом одговорити на нека есенцијална питања правног положаја јавних предузећа у Републици Српској, а која се тичу њихових специфичности везаних за дефиницију појма, оснивање, дјелатност, субјективитет, органе, начин и контролу пословања и престанак постојања, имајући у виду прописе који директно или индиректно одређују њихов правни статус. Покушаћемо на крају изнијети мишљење како би убудуће требало регулисати статус јавних предузећа у праву Републике Српске.

## II Појам јавног предузећа по прописима Републике Српске

У одређивању појма јавног предузећа теорија, легислатива и јудикатура, како домаћа тако и страна, узимају у обзир неколико основних критерија. То су дјелатности којим се такви субјекти баве, лица која их могу основати, својински режим у коме се могу налазити, режим посебне контроле од стране субјеката јавне власти, њихов утицај на пословање и управљање, те постојање посебног режима за обављање њихове дјелатности.<sup>17</sup>

Оно што је један од основних критеријума у дефинисању појма јавног предузећа јесте да су то привредни субјекти који су основани да обављају дјелатност од општег, односно јавног интереса.<sup>18</sup> Код комерцијалних предузећа односно друштава, основни мотив њихо-

бр. 20/97, 27/97, 63/01); Закон о жељезницама Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/01 и 110/03) итд.

17 У том смислу Стеван Шогоров, „Положај субјеката јавног сектора привреде у праву конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 3-6/95, стр. 400.

18 Има мишљења да између јавног и општег интереса постоји разлика и да то нису синоними јер је појам „општи интерес“ политичка, а „јавни интерес“ правна категорија, односно општи интерес се мора формализовати законом, чиме се преобразује у јавни интерес. Видјети детаљније, Стеван Лилић, Дејан Миленковић, *Јавне службе у југословенском праву*, Београд, 1999, стр. 26.

вог оснивања је остваривање добити кроз обављање регистроване дјелатности, односно добит је примарни циљ постојања, а бављење дјелатностима метод да се тај циљ оствари. Код јавних предузећа примарно је обављање дјелатности на начин да се тако испуне циљеви општег интереса. Комерцијална посљедица обављања таквих дјелатности секундарне је важности. То објашњава и зашто јавноправни субјекти морају организовати обављање таквих дјелатности, а приватно правни субјекти, правна и физичка лица, могу их обављати, тј. обављаће их ако им то буде доносило профит. Дјелатности од општег интереса одређују се законом, при чему је основни критеријум за проглашење неке дјелатности за општеинтересну стратешки интерес јавног субјекта, државе или другог нивоа власти, да обезбиједи стабилне услове пословања осталих привредних и непривредних субјеката, односно задовољи потребе грађана и осигура основне услове за рад органа јавне власти. У том случају јавни је интерес да се, нпр., обезбиједи сигурно снабдијевање енергентима, водоснабдијевање, уредно одвијање поштанског и јавног саобраћаја, телекомуникација итд.

Списак таквих дјелатности није унапријед одређен и заувјек дат, јер јавна власт одређује које су то дјелатности сагласно исказаним и евидентним потребама конкретне друштвене заједнице, њеним специфичностима, степену привредног и друштвеног развоја. Отуда је набрајање најважнијих од њих, као што је то учињено Законом о систему јавних служби Републике Српске, набрајање само *exempli causa*,<sup>19</sup> што даје могућност да се по потреби и друге дјелатности прогласе за оне од општег интереса.<sup>20</sup>

Јавна предузећа оснивају јавноправни субјекти, тј. држава или други нивои и облици јавне власти. Међутим, чињеница да је привредни субјект основан од стране јавно правног субјекта само је један од показатеља да се ради о јавном предузећу, поготово ако се узме у обзир и разлог оснивања. Наведено је да је по Закону о јавним предузећима Републике Српске јавно предузеће оно које оснива<sup>21</sup> Република Српска или јединица локалне самоуправе ради обављања дјелатности од општег интереса. Но, јавноправни субјекти немају монопол на обављање дјелатности од јавног интереса нити на оснивање јавних предузећа.

19 У том смислу Табороши Светислав, „Наш и упоредни концепт и пракса јавних предузећа“, *Право и привреда*, бр. 3–6/95, стр. 398.

20 Закон о систему јавних служби (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 68/07) експлицитно набраја области у којима се обавља дјелатност од општег интереса, након чега каже да је такву дјелатност могуће обављати „и у другим областима утврђеним законом“ – члан 4 Закона.

21 Требало је рећи које је основано од стране Републике или јединице локалне самоуправе ради обављања дјелатности од општег интереса.

Јавна предузећа су и она која обављају дјелатност од општег интереса,<sup>22</sup> што претпоставља да их могу основати и правна и физичка лица,<sup>23</sup> односно да таква предузећа могу бити приватизована али да дјелатност морају обављати у режиму и статусу јавних предузећа. Према томе, за статус јавних предузећа у Републици Српској од пресудног је значаја дјелатност коју ти привредни субјекти обављају.

Својински режим јавних предузећа условљен је у првом реду околношћу да их у највећем броју случајева оснивају јавни субјекти, па се зато налазе у потпуности у јавној својини (државе, јединица локалне самоуправе). Међутим, због процеса приватизације или могућности да буду основана у јавно-приватном партнерству, она могу бити у мјешовитој или искључиво приватној својини. По општем принципу који важи за Закон о привредним друштвима својинско-правни режим не одређује специфичност статуса привредних друштава јер су она у том погледу у истом правном положају. Међутим, структура власништва у Републици Српској је битан чинилац њиховог правног положаја, с обзиром да је Законом о јавним предузећима изричито одређено да се његове одредбе „примјењују и на предузећа која у структури власништва имају најмање 50% плус једна акција или удјела у власништву Републике и која запошљавају од 50 лица“.<sup>24</sup> Дакле, оваква предузећа, привредна друштва капитала, нису јавна већ потпадају под режим јавних предузећа по основу чињенице да је већински власник удјела односно акција Република а да уз то запошљавају више од 50 лица. Циљ овакве одредбе је да таква друштва морају поштовати одредбе прописа којима се уређују процедуре јавних набавки. Међутим, Законом о измјенама и допунама Закона о електричној енергији<sup>25</sup> измијењени су чланови 9 став 2 и чл. 11 Закона о електричној енергији којима је било одређено да се предузећа за производњу, дистрибуцију, трговину и снабдијевање електричном енергијом оснивају, организују, међусобно повезују и да се њима управља у складу са Законом о предузећима, тј. да су у општем режиму који важи за комерцијална друштва. Измјенама законског текста наведена предузећа као и она која обављају једну или више електроенергетских дјелатности, а која у структури капитала имају најмање пе-

22 Члан 2 ст. 1 Закона о јавним предузећима.

23 Ово је у складу са општим трендом у посљедње вријеме да се држава повлачи из привредне функције, с обзиром да у својству предузетника не може да буде конкурентна приватним субјектима не само кад је у питању комерцијални сектор привреде, већ све више и кад је у питању јавни сектор, односно сектор тзв. дјелатности од општег интереса. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 415.

24 Члан 2 ст. 2.

25 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 34/09.

десет одсто плус једну акцију или удјела у власништву Акцијског фонда Републике Спске, добијају статус јавних предузећа, како Закон каже, „у смислу члана 2 Закона о јавним предузећима“ (те непотребно додаје) „и обављају дјелатност од општег интереса у смислу члана 4 Закона о систему јавних служби“.<sup>26</sup> Према томе, јавно предузеће у области енергетике одређено је не само само дјелатношћу од општег интереса којом се бави, већ и већинским власничким удјелом Републике. Тешко је схватити овакву интервенцију законодавца, јер су предузећа из области енергетике на основу Закона о систему јавних служби била у статусу јавних и прије измјена и допуна наведеног закона. И она предузећа (друштва) из области енергетике која имају мање власничко учешће Републике од наведеног остају у статусу јавних по чињеници да обављају дјелатност од општег интереса, како је експлицитно одређено Законом о јавним предузећима.

Режим посебне контроле од стране јавне власти није тако изражен као што је то било раније када су јавна предузећа морала од стране државних органа добити сагласност на најважније акте ових субјеката, као и сагласност на друге акте и послове, што су били облици претходне контроле. Исто тако, не постоје више ни обавезе у погледу подношења годишњих извјештаја о раду и пословању органима јавне власти. Полази се од тога да је јавно предузеће привредноправни субјекат те да наведени облици контроле нису потребни. Наравно, постоји инспекцијски и други надзор који је предвиђен законима којима је уређено обављање појединих дјелатности од општег интереса.<sup>27</sup>

По праву ЕУ утицај на пословање и управљање од стране јавних власти је одлучујући критеријум по коме се јавна предузећа као таква разликују од оних који нису у том статусу. Римским уговором о оснивању није одређен појам јавног предузећа, али је то учињено у секундарним изворима комунитарног права, судској пракси и правној теорији.<sup>28</sup> По судској пракси јавна предузећа су она која су директно или индиректно под доминантним утицајем државе или локалних власти и која имају одвојену имовину, сопствени буџет и рачун, а по Упутству о транспарентности Европске комисије под јавним предузећем подразумева се свако предузеће над којим јавне власти имају директно или индиректно доминантан утицај по основу својине, финансијског учешћа или прав-

26 Члан 1 Закона о измјенама и допунама Закона о електричној енергији.

27 Такав је нпр. случај у области енергетике, видјети чланове од 91–94 Закона о електричној енергији, као и члан 46 Закона о јавним предузећима.

28 Радован Вукадиновић, „Положај јавних предузећа и предузећа са посебним и искључивим правима у праву Европске уније“, *Право и привреда*, бр. 5–8, 2004, стр. 1040.

них правила која се на њега примјењују.<sup>29</sup> Претпоставља се, по Упутству о транспарентности, да јавне власти (држава, регионалне или локалне) остварују доминантни утицај у конкретном предузећу када алтернативно: држе већину уписаног капитала, контролишу већину гласова по основу акција издатих од стране предузећа или могу поставити више од половине чланова управног или надзорног одбора.<sup>30</sup> Може се примјетити да је наведеним прописима Републике Српске уважен критериј доминантног утицаја јавних власти преко већинског власничког удјела, али он је од одлучујућег утицаја само када је у питању примјена Закона о јавним предузећима и то на она у којима Република или јединица локалне самоуправе има власничку већину. Но, она због тога формално нису јавна предузећа већ су то само она која обављају дјелатност од општег интереса. Међутим, суштински гледано, таква предузећа су у правном статусу јавних, односно Закон о јавним предузећима уређује њихов правни положај на исти начин као да су јавна. Контрола над таквим предузећима (привредним друштвима) остварује се путем механизма већинског власничког учешћа као и оним који су предвиђени Законом о јавним предузећима.

Дјелатности од општег интереса обављају се на основу одређених општих принципа који су и основни разлог због чега је јавна власт заинтересована да се оне организовано врше у форми јавних предузећа. Ти принципи су изражени кроз потребу перманентног и континуираног обављања, потребу да се дјелатности прилагоде захтјевима и потребама корисника, да се обезбиједи једнак третман корисника, те да јавна предузећа буду неутрална у обављању своје дјелатности.<sup>31</sup> Такав начин обављања дјелатности од општег интереса често захтијева и формирање посебних регулаторних тијела која су надлежна да осигурају спровођење наведених принципа. Тако је у области енергетике Законом о електричној енергији основана Регулаторна комисија за енергетику Републике Српске.<sup>32</sup>

У погледу организационог облика јавног предузећа из прописа проистиче да се ради о привредним друштвима капитала (акционарским и друштвима са ограниченом одговорношћу), јер се у Закону о јавним предузећима, као и другим посебним законима који регулишу области у којима се обавља дјелатност од општег интереса, наводи власничка већина изражена у акцијама и удјелима. То је свакако посљедица чињенице да су својевремено државна јавна предузећа била обухваћена

29 Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, 1040.

30 Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, 1040.

31 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2004, стр. 424.

32 Видјети чланове 12 до 34.

ваучерском приватизацијом и да су у том поступку корпоратизована и претворена у форму акционарских и друштава са ограниченом одговорношћу.

Из свега што је претходно наведено може се закључити да су јавна предузећа у праву Републике Српске привредна друштва капитала која обављају дјелатност од општег интереса и која могу бити основана од стране органа јавне власти или правних и физичких лица, с тим да се налазе у посебном режиму обављања дјелатности. Она предузећа (друштва капитала) која не обављају дјелатност од општег интереса али у структури капитала имају већинско учешће Републике и запошљавању више од педесет лица нису јавна предузећа, али се на њих примјењују одредбе Закона о јавним предузећима.

### III Оснивање јавних предузећа

Закон о јавним предузећима не регулише процедуру оснивања јавних предузећа нити одређује форму и садржину оснивачког акта. На ова питања, зато што нису ријешена Законом о јавним предузећима требало би примјенити одредбе Закона о привредним друштвима, с обзиром да је тим законом стављен ван снаге Закон о предузећима на кога директно упућује Закон о јавним предузећима. Јавна предузећа могу бити основана или као друштва са ограниченом одговорношћу или као акционарска друштва па би стога у погледу оснивачког акта и садржине дошле у обзир одредбе Закона о привредним друштвима које регулишу садржину одлуке о оснивању, односно уговора, зависно од тога да ли је у питању један или више оснивача, што опет зависи од тога да ли се оснива једночлано друштво (са ограниченом одговорношћу или затворено акционарско друштво).

Форма оснивачког акта није спорна у ситуацијама када се као оснивач јавног предузећа појављује приватноправни субјект, тј. правно или физичко лице јер тада то мора бити одлука, односно уговор. Међутим, поставља се питање која је форма оснивачког акта када јавно предузеће оснива јавноправни субјект, Република или јединица локалне самоуправе. У Закону о предузећима било је одређено да је оснивачки акт предузећа уговор, а ако је у питању једночлано друштво да је то одлука о оснивању, док је оснивачки акт предузећа које је оснивала држава или јединица локалне самоуправе „акт надлежног органа“.<sup>33</sup>

И овако формулисана одредба изазвала је дилеме у погледу питања који је орган надлежан за доношење оснивачког акта, те о којој се врсти

33 Члан 10 ст. 1–3.



акта ради (закон, уредба или одлука).<sup>34</sup> Пракса у бившој Савезној републици Југославији, мада је било мишљења да то требају бити уредбе Владе, била је да су оснивачки акти закони. Ово зато што је Закон о предузећима утврдио само начела за јавна предузећа и што је у више својих одредби упућивао на примјену других закона, при чему је требало уредити многа нејасна питања битна за рад и пословање јавних предузећа.<sup>35</sup> Садржински, тзв. индивидуални закони, су били одређени оним што је по члану 11 Закона о предузећима морао да обухвата оснивачки акт, тј. фирму, дјелатност, сједиште, имовину, акте, органе и друга питања битна за оснивање, односно за почетак рада и пословања ових предузећа.<sup>36</sup>

Речено је да нови Закон о привредним друштвима уопште не спомиње јавна предузећа, па у погледу садржине и форме акта, када је оснивач Република или јединица локалне самоуправе, нема више одредбе која би упућивала на акт надлежног органа. Исто тако је измјенама и допунама Закона о електричној енергији измијењен члан 11 Закона који је изричито одређивао да се на оснивање, управљање и међусобно повезивање предузећа која обављају електроенергетске дјелатности примјењују одредбе Закона о предузећима, тако да се више у том пропису та питања и не спомињу. Пошло се, вјероватно, од претпоставке да их рјешава Закон о јавним предузећима, што је само донекле тачно и то само ако је у питању управљање и организовање, док је оснивање и повезивање препуштено (сада) Закону о привредним друштвима.

Посредно се ипак може закључити да је оснивачки акт јавних предузећа које оснива Република или јединица локалне самоуправе акт кога они доносе (у форми закона или одлуке) с обзиром да је Законом о измјенама и допунама Закона о нотарима одређено да не подлијежу нотарској обради „правни послови које међусобно закључују Република Српска и јединица локалне самоуправе, чији је предмет стицање права власништва и других стварних права и оснивачки акти привредних друштава, ако је оснивач Република Српска или јединица локалне самоуправе“.<sup>37</sup> Овим одредбама јавна власт је изузета од обавезе да у одређеним пословима међу које спадају и доношење оснивачких аката, тражи учешће нотара, што се мора чинити у свим другим ситуацијама па и у оним у којима Република или јединица локалне самоуправе осни-

34 Боса Ненадић, „Основне карактеристике јавних предузећа које је основала Савезна Република Југославија“, *Право и привреда*, бр. 5-8/89, стр. 683.

35 *Ibid.*, стр. 674.

36 *Ibid.*

37 Члан 2 Закона о измјенама и допунама Закона о нотарима (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 50/10).

ва јавно предузеће кроз тзв. јавно-приватно партнерство. Смисао ове одредбе је у томе да актима јавне власти не треба потврда ваљаности кроз нотаску обраду, посебно не када је у питању оснивање јавних предузећа, зашта је потребно обезбиједити и одговарајућу сагласност за бављење дјелатности од општег интереса, што се опет мора захтијевати од органа јавна власти. Ипак, да би ситуација око оснивања јавних предузећа од стране Републике или јединице локалне самоуправе била јасна потребно је у том смислу у Закон о јавним предузећима унијети одредбе које би такву ситуацију прецизно регулисале.

У осталим случајевима када је оснивач јавних предузећа приватно правни субјект ситуација је јаснија јер такви оснивачи морају у оснивачки акт, који се нотарски обрађује, унијети све битне елементе које Закон о привредним друштвима захтијева за акционарска и друштва са ограниченом одговорношћу.

#### IV Дјелатност јавних предузећа

Претходно је речено да дјелатност од општег, јавног, интереса мора бити одређена законом и да не постоје унапријед дати критерији по којима се неке дјелатности могу сврстати у оне које су од битног значаја за једну друштвену заједницу. Отуда се само примјерице такве дјелатности законом набрајају, чиме се оставља простор да се по потреби и неке друге прогласе за општеинтересне.

Закон о систему јавних служби регулисао је систем јавних служби, обављање дјелатности јавне службе, оснивање, организацију и рад јавне службе и других питања од значаја за њену организацију и рад.<sup>38</sup> Јавне службе у смислу тог закона су установе, предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају дјелатности од општег интереса којим се обезбјеђује остваривање права и дужности физичких и правних лица, као и остваривање другог законаом утврђеног интереса.<sup>39</sup> Нема јасног критеријума по којима јавна власт ради остваривања општег интереса у појединим областима оснива јавна предузећа, а по којима у ту сврху оснива јавне установе. Често је критеријум у том погледу тешко одредив, односно веома неодређен.<sup>40</sup> Чини се на први поглед да је

38 Члан 1 ст. 1.

39 Исто, члан 2 став 1. Са теоретског аспекта „јавне службе представљају дјелатности које се врше у општем интересу, чије је постојање неопходно како за друштвену заједницу, тако и за сваког појединца, из чега произилази правна обавеза оних који управљају да старајући се за опште добро (*bono publico*), обезбједе њихово нормално, стално и непрекидно функционисање.“ С. Лилић, Д. Миленковић, *нав. дјело*, стр. 30.

40 Тако Б. Ненадић, *нав. чланак*, стр. 677.

Закон о систему јавних служби Републике Српске, мада то није изричито нагласио, имао у виду критеријум комерцијалног и некомерцијалног обављања дјелатности, иако је и за јавне установе и за јавна предузећа утврдио исти разлог оснивања, а то је „остваривање опште интереса којим се обезбјеђују права и дужности правних и физичких лица и остваривање законом утврђеног интереса“.<sup>41</sup> У областима образовања, науке, културе, спорта и физичке културе, ученичког и студентског стандарда, здравствене заштите, друштвене бриге о дједи, социјалне заштите, социјалног осигурања, здравствене заштите животиња, здравствене заштите биљака и других друштвених дјелатности оснивају се установе. Ради се, дакле, о друштвеним дјелатностима које по својој суштини, начелно гледано, не могу бити комерцијалне, за разлику од области јавног информисања, поштанског саобраћаја енергетике, одржавања путева, комуналних услуга и других области одређених законом за које се оснивају јавна предузећа и које су као такве суштински комецијалне, па се роба и услуге таквих субјеката продају на тржишту. Међутим, Закон о јавним службама изричито је навео да се средства за обављање дјелатности јавних усана обезбјеђују из: буџета, непосредно од корисника, из средстава социјалног осигурања, посредством донатора, из других извора у складу са законом, али и продајом производа и услуга на тржишту.<sup>42</sup> Критеријум комерцијалних дјелатности од општег интереса не може се узети као јасан параметар разликовања усанове и јавних предузећа, али он је, чини се, основни разлог зашто се јавне службе у доктринарном смислу дијеле на привредне (јавна предузећа) и непривредне (установе).<sup>43</sup>

Дјелатности јавних предузећа морају се обављати тако да се постигну циљеви њиховог оснивања, а то је да се дјелатности обављају редовно, рационално, уредно. Отуда се јавна власт мора побринути да се обављање дјелатности од општег интереса подвргне одређеном јавно-правном режиму, а тај режим регулише се посебним законима за поједине области како је већ и напоменуто.

## V Правни субјективитет јавних предузећа

Јавна предузећа су приватно-правни субјекти без обзира ко их је основао и ко је власник већинског власничког удјела. Као и други привредни субјекти, јавна предузећа имају имовину којом самостално одговарају за преузете обавезе у правном промету, она су субјекти имо-

41 Видјети чланове 3 и 4.

42 Члан 10.

43 У том смислу Слободан Дујић, „Јавне службе и независна регулаторна тијела“, *Модерна ујрава*, бр. 3/2010, стр. 26.

винске одговорности за штете које њихови органи причине трећим лицима и субјекти су казнене одговорности. Такође, јавна предузећа имају своје пословно име, сједиште, регистровану дјелатност, националност, пословни рачун, матични број, те обавезно воде одговарајуће пословне књиге. Једном рјечју, јавна предузећа имају све имовинске и неимовинске атрибуте као и свака друга комерцијална привредна друштва.<sup>44</sup>

Оно што може бити специфично за јавна предузећа која обављају дјелатност од општег интереса у појединим областима је то да је јавна власт задржала право својине над средствима са којима послују. Тако је по члану 106 Закона о електричној енергији одређено да су објекти, постројења и уређаји за пренос електричне енергије који чине имовину јавног предузећа за пренос електричне енергије у власништву Републике Српске, или, по члану 32 ст. 3 Закона о шумама, имовина јавног предузећа шумарства је у својини Републике, а јавно предузеће је корисник те имовине ради стицања добити.<sup>45</sup>

Без обзира да ли имовина јавних предузећа припада тим предузећима или републици, јавна предузећа, располажући и користећи ту имовину, послују на принципу добити (иако је добит у другом плану у односу на обавезу јавних предузећа у вези обављања дјелатности). Зато Закон о јавним предузећима прописује начин на који јавно предузеће врши распојелу нето добити.<sup>46</sup>

## VI Органи јавних предузећа

Јавна предузећа имају своје органе. То су скупштина, надзорни одбор и управа (менаџмент) коју чине директор и извршни директори.<sup>47</sup> Дјелокруг рада сваког од ових органа одређен је Законом о јавним предузећима.

Концепција органа јавних предузећа није се поклапала са структуром друштава капитала из Закона о предузећима нити се поклапа са концепцијом која је прихваћена Законом о привредним друштвима. Нема никакве сумње да Закон о јавним предузећима третира јавна предузећа као друштва капитала. То се може закључити из дјелокруга рада органа друштва. Тако, нпр., скупштина одлучује о повећању и смањењу основног капитала, распојели годишње добити и покрићу губитака. Исто тако, надзорни одбор мора имати резервисано једно мјесто за акционаре који имају најмање 5% гласачких права.

44 Више о значају субјективитета привредног друштва видјети Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 49–50.

45 Видјети члан 35 Закона о шумама.

46 Видјети чл. 36–39.

47 Члан 4 Закона о јавним предузећима.

У Закону о јавним предузећима усвојен је њемачки модел управљања, јер скупштина друштва именује и разрјешава надзорни одбор, а он именује и разрјешава чланове управе.<sup>48</sup> Оно што је специфично за процедуру избора чланова надзорног одбора је то да приликом номиновања кандидата, надлежни орган за избор мора поступати у складу са Законом о министарским, владиним и другим именовањима.<sup>49</sup> Ово је у складу са општом карактеристиком јавних предузећа да јавне власти задржавају за себе одлучујући утицај на управљање таквим субјектима, што је опет у непосредној вези са обезбјеђењем одлучујућег утицаја на реализовање дјелатности јавних служби.

Јавна предузећа, иако друштва капитала, се по концепцији органа одређених Законом о јавним предузећима разликују од комерцијалних привредних друштава. То се може, у праву Републике Српске, узети за њихову специфичност и критеријум разликовања од привредних друштава капитала који се оснивају и статусно организују у складу са Законом о привредним друштвима (раније у складу са Законом о предузећима). Међутим, основни статусни закон за друштва капитала је, као што је напоменуто, супсидијарни закон у односу на Закон о јавним предузећима за она питања која нису њиме регулисана. Такво рјешење изазива одређене немале потешкоће и недоумице у пракси с обзиром да постоји разлика у концепцији управљања јавним предузећима у односу на друштва капитала. Тако у Закону о привредним друштвима не постоји надзорни одбор,<sup>50</sup> а скупштина одлучује о избору и разрјешењу чланова управног одбора код отворених акционарских друштава. За разлику од јавних предузећа гдје управу чине директор, и извршни директори код друштава капитала (затворених акционарских и друштава са ограниченом одговорношћу) директор је алтернативни орган управном одбору. Разлике постоје и у погледу структуре и начина избора органа за ревизију јавних предузећа, јер нпр. главни ревизор Републике Српске именује лице на функцију директора одјељења за интерну ревизију у складу са Законом о министарским, владиним и другим именовањима. Треба исто тако указати на чињеницу да јавна предузећа имају статут, а да напротив, акционарска друштва нису обавезна да га имају. Друштва са ограниченом одговорношћу умјесто статута сада могу имати уговоре чланова. У предстојећим измјенама и допунама Закона о јавним предузећима које су неопходне због тога да би се постигла усаглашеност са Законом о привредним друштвима, свакако да ће се морати водити рачуна о много детаља како би се олакшала практична примјена оба закона.

48 Видјети чл. 5 и 7.

49 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 41/03.

50 Надзорни одбор постојао је у Закону о предузећима али са другачијом улогом у односу на надзорни одбор јавних предузећа који има функцију надзора над радом управе, али и управљачке прерогативе (нпр. да доноси одлуке о инвестирању).

## VII Начин и контрола пословања јавних предузећа

По Закону о јавним предузећима управа предузећа има обавезу да изради и надгледа реализацију трогодишњег плана пословања предузећа у складу са међународним рачуноводственим стандардима и прописима о рачуноводственим и ревизорским стандардима Републике. Усвојени план пословања предузећа директор одјељења за интерну ревизију доставља главном ревизору јавног сектора Републике Српске, а директор предузећа мора га доставити надлежном министарству.<sup>51</sup> План пословања има садржину која је прописана Законом о јавним предузећима и за период за који је донесен представља основ пословних активности у погледу питања која садржи.<sup>52</sup> У пословању предузеће је дужно да се придржава етичког кодекса кога на приједлог надзорног одбора доноси скупштина. Етички кодекс садржи забране у погледу сукоба интереса, одавања пословне тајне, конкуренције друштву, забране добијања кредита од друштва те одређује садржај изјаве којом се испуњавају дужности чланова органа и запослених. Примјену етичког кодекса обезбјеђује управа.<sup>53</sup>

Јавно предузеће дужно је да поштује прописе којима се регулишу процедуре јавних набавки. С тим у вези управа и надзорни одбор имају строго прописане обавезе. То је разумљиво ако се има на уму да је поштовање процедура јавних набавки био и један од основних разлога доношења Закона о јавним предузећима, као што је и напоменуто.

Контрола пословања јавног предузећа обавља се на више начина кроз успостављени однос између јавних предузећа и органа јавне власти. Такви односи у суштини су ауторитативни јер се огледају у надзору над законитошћу рада јавних предузећа, али могу бити и неауторитативни, када се ради о уговорним односима до којих долази у случају тзв. концесионог обављања јавних служби.<sup>54</sup>

По Закону о јавним предузећима надзор над спровођењем његових одредби врше ресорна министарства.<sup>55</sup> Према посебним законима којима се регулише обављање дјелатности од општег интереса обезбијеђен је утицај и контрола јавне власти преко министарстава или посебних регулаторних тијела. У принципу постоје три различите врсте надзора (контроле), и то: а) контрола над законитошћу општих аката, б) институционални надзор над законитошћу појединих управних

51 Члан 21.

52 Чланови 22 и 23 Закона о јавним предузећима.

53 Члан 20 ст. 1 Закона о јавним предузећима.

54 С. Дујић, *нав. дјело*, стр. 28.

55 Члан 46.

аката и в) надзор над обављањем дјелатности јавне службе.<sup>56</sup> Ове контроле су контроле од стране јавних власти, али по Закону о јавним предузећима постоје интерни механизми којима се осигуравају тзв. интерне контроле. Тако надзорни одбор има контролна овлашћења у односу на управу. Органи за ревизију, независни ревизор и одјељење интерне ревизије, обављају сталну контролу финансијског пословања и рачуноводствених извјештаја предузећа. Координацију ревизорских функција обавља одбор ревизора. Посебно се врши контрола јавних набавки тако што надзорни одбор доноси смјернице о набавкама, а управа доноси упутство и правалник о набавкама и обавезна је да извјештава надзорни одбор и одбор за ревизију о извршеним набавкама.

### VIII Престанак јавних предузећа

Јавна предузећа су приватноправни субјекти и као такви би могли бити субјекти стечаја, тим прије што их Закон о стечајном поступку<sup>57</sup> не изузима кад говори о субјектима над чијом имовином је могуће покретање стечајног поступка. Ово би било у контексту чињенице да јавна предузећа имају своју имовину на основу које су самостални носиоци права и обавеза и којом имовински одговарају за преузете обавезе у правном промету. Они могу да западну у тешкоће платежне способности и да се тада постави питање покретања стечајног поступка. Међутим, нека јавна предузећа због значаја дјелатности коју обављају не могу бити субјекти стечајног поступка. Тако је чланом 105 Закона о електричној енергији изричито предвиђено да се над јавним предузећем за дистрибуцију електричне енергије не може спровести стечајни поступак, а у случају наступања услова за спровођење стечајног поступка, оснивач ће преузети мјере за обезбјеђење услова за његов несметани рад и јемчиће за његове обавезе. Изузетак од поставке да би се над јавним предузећима могао спровести стечајни поступак није условљен само значајем дјелатности која та предузећа обављају, већ и чињеницом да нека од њих, посебно она која имају тзв. природни монопол, послују предметима имовине који су у власништву Републике Српске (и јединица локалне самоуправе), као што је то случај са предузећима за дистрибуцију електричне енергије,<sup>58</sup> а стечај се по Закону о стечајном поступку не може отворити над имовином таквих јавноправних субјеката.<sup>59</sup>

56 Видјети нпр. чланове 12 до 28 и чл. 91 до 94 Закона о електричној енергији.

57 *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03 и 17/07.

58 По члану 106 Закона о електричној енергији, објекти, постројења и уређаји за пренос електричне енергије који чине имовину јавног предузећа за пренос електричне енергије су у власништву Републике Српске.

59 Члан 5 ст. 2.

## IX Будући статус јавних предузећа у Републици Српској

У досадашњој пракси примјене прописа која се односе на регулисање правног статуса јавних предузећа у Републици Српској уочени су одређени проблеми и недоумице посебно кад је у питању примјена Закона о јавним предузећима. Наиме, иако је Законом о јавним предузећима регулисан статус јавних предузећа као друштава капитала, она немају исту организациону структуру као комерцијална друштва капитала по Закону о привредним друштвима (који је субсидијаран пропис за статус јавних предузећа). Речено је већ да је модел управе јавних предузећа базиран на њемачком моделу који подразумева постојање надзорног одбора који као орган не постоји у комерцијалним друштвима капитала. Отуда се и поставља питање како у пракси субсидијарно примјенити одредбе Закона о привредним друштвима које се односе на надзорни одбор, или директора који је обавезан по Закону о јавним предузећима, а није по Закону о привредним друштвима. Ове дилеме израженије су након пропуста законодавца да измјенама и допунама Закона о привредним друштвима изврши његово садржинско усаглашавање са Законом о привредним друштвима. Дилеме се јављају и око потребе постојања посебног закона који регулише статус јавних предузећа као друштава капитала. Има мишљења да би их у погледу организационе структуре требало изједначити са друштвима капитала из Закона о привредним друштвима, а посебним прописом регулисати само однос јавне власти и таквих субјеката у погледу обавеза обављања дјелатности од јавног интереса и транспарентности њиховог финансијског пословања. Исто тако, постоји дилема везана за њихов назив с обзиром на концепцију усвојену Законом о привредним друштвима по којој су носиоци субјективитета привредна друштва, а не предузећа. Отуда, више не би требало да се зову јавна предузећа, већ евентуално јавна привредна друштва.

Извјесно је да и у будуће треба задржати категорију посебних привредних субјеката који ће специфичност свог правног статуса заснивати на чињеници да обављају дјелатност од општег интереса. Они би као и до сада могли бити у свим својинским облицима, али када су Република Српска или јединица локалне самоуправе већински власници власничког удјела, морали би се осигурати механизми транспарентности њиховог финансијског пословања и одвајања улоге јавне власти као привредно-трговачког субјекта од њихове управно-правне улоге.<sup>60</sup> Када и ако дође до стицања приватне власничке већине у овим субјектима, законом би се морали осигурати механизми пресудног утицаја јавне власти у погледу режима обављања дјелатности од општег интереса. Такав механизам надзора могао би се осигурати кроз већ позната дејства тзв. златних акција.

60 Тако Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 826–827.



На основу златних акција би се тако могло предвидјети давање сагласности њиховог имаоца на одлуку о статусним промјенама, правном режиму зависних друштава, промјени дјелатности и сједишта, промјени структуре акционарског капитала и учешћу Републике или јединице локалне самоуправе у њему, и сличним питањима одлучујућим за однос јавне власти према субјекту који обавља дјелатност од општег интереса.<sup>61</sup>

Требало би такође обезбиједити и практичније механизме пословања јавних предузећа која су често у ситуацији да због компликованих и дугих процедура јавних набавки не могу бити ефикасна, али то је већ питање потребе да се прописи о јавним набавкама прилагоде таквим захтјевима.

## Х Закључак

Јавна предузећа у праву Републике Српске имају специфичан положај одређен чињеницом да обављају дјелатност од општег интереса. То је посебна правна форма друштва капитала која се од комерцијалних друштава капитала разликује структуром и дјелокругом рада својих органа, начином и контролом пословања и обављања дјелатности од општег интереса. У будућим законским промјенама њихову организациону структуру требало би ускладити са организационом структуром друштва капитала општег типа а уз то их треба учинити пословно ефикаснијим одговарајућим измјенама процедура јавних набавки.

**Marko RAJČEVIĆ, PhD**

**Professor and Judge of the Constitutional Court of Republic of Srpska**

**Vitomir POPOVIĆ, PhD**

**Professor and Dean of the Faculty of Law, University of Banja Luka**

## LEGAL STATUS OF PUBLIC ENTERPRISES IN REPUBLIC OF SRPSKA

### Summary

*Throughout this article we are discussing status of public enterprises inside the legal framework of Republic of Srpska. It is proven that they have spe-*

61 О томе детаљно Татјана Јованић, „Златне акције и неки облици државне контроле над пословањем приватизационих предузећа“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 246–264.

*cific status determined by the basic fact that they are acting as public interest entities. It is a special legal form of corporations that are different from commercial companies in sense of capital structure and the scope of their authority, how to control the business and performing activities of general interest. In future legislative changes its organizational structure should be aligned with the organizational structure of the company capital and the general type to be more efficient to do business appropriately amended public procurement procedures.*

**Key words:** *business, general interest, public enterprises.*

др Зоран Р. ТОМИЋ  
професор Правног факултета Универзитета у Београду

др *Најаша* ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## О ЛИЦЕНЦИРАЊУ КАНДИДАТА ЗА ЧЛАНОВЕ ОРГАНА ДРУШТАВА ОСИГУРАЊА\* – Осврт на одлуке Уставног суда Србије –

### Резиме

*Будући да осигуравајући сектор карактерише низ особености ста-  
тусној карактера, у чланку се анализира ојравданост јројисивања јо-  
себних квалификационих услова за чланове оріана ујраве и надзора као  
једна од њих. Пошавши од одлука Уставној суда Србије о (не)законито-  
сти јројисивања ових услова, аујтори ојварају бројна јијтања, дирек-  
тно или индиректно јовезана са рејулисањем овлашћења за јројисивање  
квалификационих услова у областј осигурања. Имајући у виду начела  
уставној јорейка Србије и основна начела ЗПД-а, најјре се анализира  
учинак увођења догајних услова за чланове ујраве и надзора на јраво  
оснивача да изаберу чланове корјоратјивних оріана. Након изношења ар-  
јументања у јрилој сјава да се јројисивањем селекционих кријеријума  
не јтанјра јоменујо јраво као израз слободе јривређивања, највећи  
део рада бави се ујверђивањем разлоја који јоворе у јрилој нужности и  
ојорјуности увођења сјрожијеј режима уласка на функције у друш-  
вима осигурања. Аујтори заузимају сјав да се рејулисањем кријеријума  
од којих зависи да ли неко може бијти кандидатј за члана ујраве и над-*

\* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Развој правног сиситема Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (2011).

зора друштва осигурања доприноси процесу диверзификације чланства корпоративних органа, без кога се не може замислити успешно вођење пословања. У раду је изражено залагање да се, поред постојећих позитивних услова, уведе и дисквалификација чланова корпоративних органа. Тиме би се у будућности испуниле претпоставке доброј корпоративној управљања у друштвима осигурања.

**Кључне речи:** друштво осигурања, члан органа управе и надзора, селекција, управљање ризиком, добро корпоративно управљање.

### І Одлуке Уставног суда о (не)законитости прописивања услова који се односе на чланове корпоративних органа друштва осигурања

Према ставу Уставног суда Србије, „Народна банка Србије је изричито законом овлашћена да прописује ближе услове и начин доказивања испуњености услова у погледу организационе, кадровске и техничке способности акционарској друштва за осигурање, па је сагласно томе овлашћена да прописује услове који се односе на кадровску способност лица која су предложена за чланове управе и надзорног одбора друштва за осигурање, имајући у виду да због сложености и специфичности делатности осигурања постоји потреба да те услове обављају лица која за то испуњавају прописане услове. Стога је, по оцени Уставног суда, спорном Одлуком гувернера Народне банке Србије, као органа Народне банке надлежној за доношење ове врсте прописа из делокружа послова Народне банке, сагласно Уставу и Закону, уређено писање услова који се односи на степен стручне спреме и образовни профил кандидата за чланове органа управе и надзора друштва за осигурање“.<sup>1</sup>

Према ставу Уставног суда израженом у ранијој одлуци „Одредба Одлуке која је донета ради спровођења Закона о осигурању, а којом се не врши ближе уређивање законом прописаних услова за избор члана управе или надзорног одбора осигуравајуће друштва, већ се прописује нови, додатни услов за њај избор, који Закон не утврђује, несагласна је са тим Законом“.<sup>2</sup>

1 Одлука Уставног суда, ИУ број 41/2005 од 2. јула 2009. године, објављена у Сл. гласнику РС, бр. 65/2009 од 14. августа 2009. године.

2 Одлука Уставног суда, ИУ број 258/2005 од 28. септембра 2006. године, објављена у Сл. гласнику РС, бр. 106/2006 од 24. новембра 2006. године.

## II Право оснивача друштва осигурања да изаберу чланове корпоративних органа

Цитиране одлуке Уставног суда Србије имају већи значај него што би се на први поглед могло помислити. Наиме, ове одлуке отварају питање да ли је одредбом Закона о осигурању, односно Одлуком Народне банке Србије заснованом на њој, укинута слобода избора чланова органа управе и надзора у друштвима осигурања? Да ли потврда поменутих прописа од стране Уставног суда значи одузимање права оснивачима друштва осигурања да самостално врше избор чланова органа управе и надзора? Зар се таквим решењима не дира у слободу привређивања као једно од темељних уставних начела? Одговори на ова и многа друга питања не могу се дати ако се не узме у обзир специфичност делатности осигурања и њен виталан значај за привреду.

За правну анализу поменуте ситуације најзначајније је питање који извор је меродаван за одговор на питање да ли је уставно и законито прописивање даљих услова које треба да испуне кандидати за чланове корпоративних органа у акционарском друштву осигурања. Да ли је то Закон о привредним друштвима<sup>3</sup> или Закон о осигурању?<sup>4</sup> Неспорно је да се у области осигурања – као посве специфичној и надасве значајној области привредних односа – примењује *lex specialis* закон, тј. ЗОС. Чињеница је да поменути закон, за разлику од ЗПД, као гарант доброг корпоративног управљања у акционарским друштвима осигурања, детаљно регулише услове који се односе на кандидате за чланове његових органа.<sup>5</sup> За разлику од ЗПД, који усваја принцип дерегулације и препушта да се аутономним актима на нивоу друштва уреде сва питања везана за избор чланова органа акционарског друштва,<sup>6</sup> ЗОС

3 Сл. гласник РС, бр. 125/04, даље: ЗПД.

4 Сл. гласник РС, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07 и 107/09, даље: ЗОС.

5 То не значи да је ЗОС у супротности са одредбама ЗПД. Сам ЗОС предвиђа да се одредбе ЗПД, као општег статусног извора права друштва, примењују и на осигуравајуће компаније уколико неко питање није регулисано ЗОС (чл. 20, ст. 1). Будући да је ЗОС *explicite* регулисао прописивање детаљних услова везаних за квалитет чланова органа управљања у друштвима осигурања и да је за то овластио НБС, неозбиљан је сваки покушај оспоравања ових одредби позивом на ЗПД!

6 Овакв приступ израз је настојања да се обезбеди да друштво има професионалну и стручну управу и да се избегне да се навођењем сувише прецизних и рестриктивних законских услова онемогући избор одређених лица у управни одбор само зато што не испуњавају неки од законских услова (напр. зато што нема пакет акција или зато што није запослен у друштву). То је у складу са праксом доброг корпоративног управљања, која налаже поверавање вођства компаније професионалним управљачима. Међутим, не сме се заборављати да је оваква концепција под јаким утицајем англосаксонског права (и још више праксе). У складу са тим се може (и мора!) давати оцена њене прилагођености духу нашег компанијског права.

врло детаљно уређује услове које морају испуњавати лица предложена за чланове органа управљања друштва за осигурање.

Неспорно је да принцип слободе привређивања као једно од темељних уставних начела налаже очување права оснивача било ког привредног друштва да кроз одређени орган (скупштину друштва) и на начин који је унапред прописан (на основу предлога овлашћених предлагача) самостално врше избор лица којима ће поверити пословање (заступање и пословођење). Овај принцип је операционализован одредбама ЗПД, које прописују да се чланови управног одбора бирају од стране акционара на свакој годишњој скупштини, односно да се могу бирати на било којој ванредној скупштини, сазваној ради тог избора.<sup>7</sup> Овакав начин уређења избора чланова корпоративних органа је *in favorem* оснивања привредних друштава и подстицања привредног развоја. Осим тога, он је у складу и са OECD Принципима корпоративног управљања (даље: Принципи).<sup>8</sup> Наиме, један од Принципа је принцип права акционара и кључне функције власништва.<sup>9</sup> Оквир корпоративног управљања треба да заштити и олакша остварење права акционара. Из тог разлога сви корпоративни закони садрже одредбе о правима акционара, статусним и имовинским. Међутим, када се говори о правима акционара из угла доприноса стварању добрих обичаја корпоративног управљања имају се у виду права којима се „олакшава делотворно учешће акционара у доношењу битних одлука из сфере корпоративног управљања“.<sup>10</sup> Акционари су првенствено заинтересовани да им се осигура вршење права којима се утиче на фундаментална питања управног одбора. Реч је о корпусу права почев од избора чланова одбора, преко контроле њихових овлашћења и начина вођења пословања до њиховог разрешења.<sup>11</sup> На тај начин врши се заштита инвестиција и подстиче улагање у различите сфере привреде. Акционари имају интерес да захтевају обезбеђење њиховог капитала од ненаменског коришћења или проневере од стране руководства.

7 ЗПД, чл. 309 ст. 1 тач. 1 и 2.

8 OECD Principles of Corporate Governance – 2004 Edition.

9 Принципи, OECD, 2004, бр. II.

10 В. Принципи, OECD, бр. II/C/3.

11 Реч је о многобројним правима од којих ће на овом месту бити поменута само нека. Право акционара да учествују у утврђивању политике награђивања чланова одбора, право да буду информисани о аранжманима који појединим акционарима омогућавају стицање степена контроле који је несразмеран њиховом учешћу у капиталу, да буду информисани о ванредним трансакцијама као што су интеграције и продаје значајних делова корпоративне имовине, спречавање коришћења средстава против преузимања ради заштите менаџмента од одговорности, итд. Детаљније: Принципи, OECD, 2004, II/C/D/E/F.

Поставља се питање како се одредбе ЗОС-а уклапају у причу о унапређењу корпоративног управљања? Зар се њима, заправо, не упућује ударац у лице систему постављаном Уставом и ЗПД? Да би се ствар сагледала у потпуности, треба имати у виду још један – можда из угла теме рада – најзначајнији ОЕСД принцип. Ради се о принципу одговорности одбора. Према овом принципу, оквир корпоративног управљања треба да осигура стратешко вођење компаније, ефикасно надгледање менаџмента од стране одбора и одговорност одбора према компанији и акционарима.<sup>12</sup> Имајући у виду мноштво функција управног одбора, јасно је у којој мери расте одговорност његових чланова.<sup>13</sup> Управо из тог разлога је неопходно да чланство одбора чине лица у чије професионалне капацитете и морални интегритет се не може сумњати. Уколико за чланове управе нису изабрана лица која се могу оценити најбољим из угла потреба друштва, јасно је да ће таква лица чешће кршити дужности и стварати атмосферу потенцирања сопствене и одговорности компаније која их је ангажовала.

Узимањем у обзир различитих принципа корпоративног управљања, с једне стране, и врсте делатности за коју важе посебни захтеви у погледу селекције кандидата за чланове корпоративних органа, с друге стране, може се заузети став о спорном питању. Делатност осигурања, као и целокупни финансијски сектор, заслужују посебан третман у погледу свих статусних питања. Значај ових делатности за националну привреду их чини издвојеним из општег режима. Један од начина на који се манифестује њихова специфичност је управо прописивање посебних услова за кандидате за чланове органа ових друштава. Тачно је да приликом законског регулисања сваког статусног питања друштва осигурања треба водити рачуна о праву на обављање пословања као базичном праву. Али, у области осигурања ово право се мора уредити на начин који представља гарант да ће се послови осигурања обављати у интересу осигураника, односно корисника услуга осигурања, као и у општем интересу. Општи интерес је тангиран у сваком случају када на основу вршења надзора над осигуравајућим сектором НБС одузме дозволу за рад и покрене поступак ликвидације или стечаја. Сматра се

12 В. Принципи, ОЕСД, 2004, бр. VI.

13 Одбор компаније је задужен за разматрање и вођење корпоративне стратегије, главних планова акција, политике ризика, годишњих буџета и пословних планова, одређивање циљаних резултата, праћење извршења и корпоративних резултата, као и надзирање великих капиталних издатака, преузимања других предузећа и продаје имовине. Одбор такође прати делотворност праксе управљања компанијом и врши потребне измене. Што се тиче вршења контролне функције менаџмента, одбор најпре врши одабир, праћење и замену кључних руковођилаца, као и надзор над планирањем наследника на функцијама.

да увођење посебних услова које треба да испуне кандидати за чланове управе и надзора повећава вероватноћу да ће послови друштва осигурања бити вођени у складу са правилима струке, и да самим тим неће често долазити до одузимања дозвола за рад.

Најзад, увођењем посебних услова које треба да испуне потенцијални чланови органа друштва осигурања сужава се круг лица која могу бити изабрана на ове функције. Питање је да ли то представља кршење законске слободе оснивача. Овде је потребно нагласити да за члана корпоративног органа не може бити изабрано било које лице. То не произлази ни из ЗПД. Иако овај закон не наводи детаљније услове које треба да испуне претенденти на ове функције, он то право оставља аутономним актима друштва.<sup>14</sup> Осим тога, ЗПД *implicite* санкционише избор на управљачке функције лица која не испуњавају *fit and proper* тест. Наиме, један од посебних основа побијања одлука скупштине друштва је и „ако је за директора или члана управног одбора изабрано лице које у време избора не испуњава прописане услове за тај избор“.<sup>15</sup> Осим тога, значајно ограничење слободе избора чине и одредбе о независним и неизвршним члановима одбора! Дакле, чланство у управном одбору је велика обавеза и одговорност и не сме се олако ни нудити, ни прихватати!

### III Прописивање услова као део система дозвола

Познато је да у области осигурања важи систем дозвола.<sup>16</sup> Према нашем ЗОС-у, друштво може обављати само оне врсте осигурања за које је добило дозволу Народне банке Србије (даље: НБС).<sup>17</sup> Према истом закону, захтев за издавање дозволе за обављање послова осигурања

14 Осим тога, значајну допуну ЗПД у том смислу представља Кодекс корпоративног управљања (Сл. гласник РС, бр. 01/2006, даље: ККУ).

15 ЗПД, чл. 303 ст. 1 тач. 4.

16 Интерес државе да обезбеди најпре контролу, а затим и стални раст овако значајне привредне гране довео је до поверавања надлежном јавном органу не само овлашћења у вези са додељивањем и одузимањем дозвола за рад друштвима осигурања, већ и до вршења сталног надзора над њиховим радом.

17 ЗОС, члан 23 став 2. Заправо, може се рећи да савремено доба карактерише све већи степен специјализације друштава за осигурање. Специјализација за одређене послове представља један од начина обезбеђења веће конкурентности друштава за осигурање у условима појаве конкуренције на тржишту осигурања. То је и у интересу корисника услуга осигурања. Тако у Немачкој, примера ради, осигуравач који се бави пословима осигурања правне заштите, поред других осигурања која се са њим преклапају (као што је осигурање од одговорности), мора у опште услове унети одредбе о спречавању сукоба различитих осигурања. У: М. Wiess, S. Kaiser, *Analyse des Spartentrennungsprinzips von Versicherungsunternehmens: Historische Entwicklung*



и послова реосигурања подносе оснивачи акционарског друштва за осигурање или, у њихово име, лице које они овласте.<sup>18</sup> Уз захтев за издавање дозволе мора бити достављена одговарајућа документација на основу које НБС може оценити да то друштво испуњава бројне законске услове, као и да је оправдано дозволити његово оснивање. Дакле, захтев за издавање дозволе представља први корак који друштво предузима како би покренуло процедуру одлучивања о свом праву на обављање пословања. Анализом услова које друштво треба да испуни како би његов захтев био усвојен, да се закључити да квалификациони услови у погледу лица предложених за чланове корпоративних органа друштва осигурања представљају један од елемената од којих зависи да ли ће дозвола бити издата.<sup>19</sup> Дакле, следећи законску одредбу, НБС може одбити издавање дозволе за оснивање друштва осигурања ако предложена лица не испуњавају квалификационе критеријуме, иако су остали услови испуњени. Поставља се питање каква је позиција оснивача у том случају? Да ли они имају на располагању неко правно средство за заштиту својих интереса?

Овде је потребно правити разлику између случаја када НБС не изда дозволу и то образложи неиспуњеношћу услова од стране кандидата за чланове управе и надзора,<sup>20</sup> од случаја када НБС ћути. У првом случају се доноси тзв. негативно, одбијајуће решење, а у другом случају доношење било каквог решења изостаје. А односно „ћутање“ је незаконито, и с гледишта подносиоца захтева, и са становишта јавног интереса, правне сигурности уопште. Јер, уредан захтев свакад рађа права на мериторно одлучивање о њему од стране надлежног органа, рађа процесно право на одлуку о предмету поступка, без обзира на садржину

*und internationaler Vergleich*, Insitut für Betriebswirtschaftliche Risikoforschung und Versicherungswirtschaft, 2004, стр. 1–39.

18 ЗОС, чл. 39 ст. 1.

19 Сви услови које подносилац захтева треба да испуни могу се поделити у следеће групе: 1) статусни; 2) финансијски; 3) квалификациони услови у погледу лица предложених за чланове управног и надзорног одбора и 4) технички.

20 Наиме, НБС одбија захтев за добијање сагласности за обављање функције ако лице не испуњава услове прописане законом или ако из података којима располаже произлази да би због делатности или послова које лице обавља, односно радњи које је извршило могло бити угрожено пословање друштва у складу са правилима о управљању ризиком (ЗОС, чл. 48 ст. 6). Иначе, према мишљењу испољеном у судским одлукама, „*акт којим Народна банка Србије одлучује о давању сагласности за избор одређеног лица за члана органа друштва осигурања је уједнакви акт*.“ Одлука Народне банке Србије, о одбијању захтева друштва за осигурање за давање сагласности за настављање обављања функције члана управе друштва, има карактер управног акта.“ Пресуда Врховног суда Србије у Београду У. број 4753/05 од 20.4.2006. – Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006, Intermex, Београд.

донете одлуке. Решење, управни акт којим НБС одлучује о издавању дозволе за рад акционарског друштва за осигурање – било уважавајуће (из угла поднетог захтева) тј. позитивно, било одбијајуће – је коначно.<sup>21</sup> Против њега није дозвољена жалба. Једино правно средство које стоји на располагању осигуравајућем друштву у заштити његових права је покретање управног спора.<sup>22</sup> Према ЗОС-у, НБС одлучује о захтеву за издавање дозволе у року од 60 дана од дана пријема захтева.<sup>23</sup> Овај рок у конкретној материји сматрамо релативно прекратким, неодговарајућим природи одлучивања о којем је реч. Но, опет, његов истек нипошто не значи престанак права странке (тј. друштва) да надлежни орган одлучи о његовом праву. Наиме, односни рок је по природи инструктиван (не и преклузиван!) за надлежни орган, а одложни за странку у погледу њеног права на тужбу, на покретање управног спора.

С друге стране, за праксу је много значајнија околност што, у случају недоношења решења у прописаном року, има места примени општих управно-процесних прописа о тзв. ћутању управе. Реч је о чл. 208 ст. 2 ЗУП-а (друга реченица) и чл. 19 ст. 1–2 ЗУС-а. Тако, ако жалба на „ћутање управе“ није допуштена – а баш је такав тип случаја који анализирамо – странка може непосредно покренути управни спор, по условима из ЗУС-а, „као да јој је жалба одбијена“. Овај пропис предвиђа да, у ситуацији недоношења решења у року од 60 дана од подношења захтева, странка најпре пожурницом тражи од органа накнадно доношење решења. По протеклу седам дана од пожурнице, у случају настављања „ћутања“ – странка може правоваљано поднети тужбу, којом пред надлежним судом покреће управни спор против „ћутања“.<sup>24</sup>

21 ЗОС, чл. 146 ст. 3.

22 Евентуални управни спор, као и захтев за преиспитивање законитости водили би се по правилима новог Закона о управним споровима (Сл. гласник РС, бр. 111/09).

23 ЗОС, чл. 41 ст. 2.

24 а) „Тужба због ћутања управе се не може поднети суду пре истека рока у коме је орган дужан да донесе решење и урениције за одлучивање.“ Из образложења: „У постојећу прејходној испитивања поднете тужбе Верховни суд Србије је нашао да је тужба преурана. Одредбом члана 24 (сада члан 19 – нај. ауи.) став 1. Закона о управним споровима прописано је да странка може покренути управни спор као да јој је жалба одбијена ако другостепенни орган није у року од 60 дана или у законом одређеном краћем року донео решење по жалби странке против првостепенног решења, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по поновљеном изражењу. У конкретном случају, из тужбе и доказа које је подносила тужилац поднео уз поднесак достављен суду 20.9.2007. године, види се да су тужилац жалбу против првостепенног решења поднели 9.3.2007. године, те да су прејорученом поштом туженом органу дана 25.4.2007. године поновили изражење за доношење решења. Како из изнетој произлази да су тужилац поновили изражење туженом органу за доношење решења по жалби пре истека рока од 60 дана у коме је тужени орган био дужан да донесе решење, по према налажењу суда нису испуњени услови про-

Код ћутања управе тужба није уперена на „непостојећи акт претпостављено-негативне садржине“ *већ се њом најада сама чињеница ћућања*, у ситуацији када је орган, по тврдњи тужиоца, био дужан да донесе одређени управни акт (независно од садржине акта). Произлази да би *предмет спор* било *ишћање законитости, тј. основаности/ојравданости ћућања управе у конкретном случају*. Овде је *суштина у ирвенственој заштити процесној права странке-тужиоца на решавање о његовој ујравној ствари*. И *то, стандардно, на решавање у два степена*. Садржина *тужбеној захтева је да суд нареди туженом ојрану да реши односну (у)јравну ствар, да бар накнадно изда захтевани акт са својством коначности*. Ту је непосредни циљ тужиоца да сазна садржину експлицитне коначне управне одлуке, односно да буде сигуран како је коначно решена његова управна ствар. Тек после тога, буде ли незадовољан издатим коначним управним актом, он ће бити у прилици да покрене и води управни спор о његовој законитости. „Када је тужба поднета на основу члана 19 овог закона, а суд нађе да је основана, пресудом ће уважити тужбу и наложити да надлежни орган донесе решење. Ако суд располаже потребним чињеницама, а природа ствари то дозвољава, он може својом пресудом непосредно решити управну ствар“ (члан 44 ЗУС-а).<sup>25</sup> Потоња пуна судска јурисдикција у случају ћутања ће ипак бити изузетак, посебно у области коју разматрамо у ово-

*писани наведеном одредбом члана 24(19) став 1. Закона о ујравним споровима за иокрећање ујравној спору збој недоношења решења.*“ (решење ВСС-а, У. 4147/2007 од 10.4.2008.).

- б) „Преурањена је тужба у ујравном спору која је иоднећа збој ћућања управе без урјенције за одлучивање ио жалби или ако рок од седам дана за одлучивање ио урјенцији није иројсекао.“ Из образложења: „Тужилац је суду иоднео тужбу иројтив туженој ојрану збој ћућања администрације’ односно збој недоношења решења ио његовој жалби изјављеној 13.8.2004. иодине, иројтив решења Министарства финансија – Пореске управе – Филијале Н. 414-6 б/11-34 од 31.7.2004. иодине, којим је тужиоцу ујврћен иорез на добий иредузећа за иериод од 1.1.2003. до 31.12.2003. иодине, у износу ближе наведеном у диспозитиву иој решења. У иоступку ирејходној исјивања тужбе Врховни суд Србије је нашао да је тужба иреурањена. Према наводима тужбе и доказа ириложених уз тужбу, тужилац је жалбу иројтив ирвостејеној решења изјавио 13.8.2004. иодине, иеиосредно туженом уместео ирвостејеном ојрану за тужени ојран, док је урјенцију за доношење решења ио жалби иоднео, сада иравилно, туженом ојрану 8.10.2004. иодине. Међушим, његова тужба је иоднесена седмој дана иј. 15.10.2004. иодине, односно ире исјека наведеној законској рока од седам дана иројисаној у члану 24 (сада члан 19 – най. ауј.) став 1 Закона о ујравним споровима. На основу изложеној Врховни суд Србије је налазећи да је тужба иоднећа ире времена, на основу одредбе члана 28(26) став 1. иачка 1) исјој закона одлучио као у диспозитиву решења.“ (решење ВСС-а, У. 4454/2004 од 10.3.2005).

- 25 Према З. Р. Томић, Коментар Закона о ујравним споровима са судском праксом, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени Гласник, Београд, 2010, стр. 370.

ме чланку. Понављамо: предмет управно-судске тужбе (пред Управним судом) против ћутања је недоношење управног решења<sup>26</sup> (са својством аутоматске коначности) по захтеву странке.

#### IV Оправданост прописивања посебних услова у области осигурања

Уопштено говорећи, реч је о условима који треба да обезбеде да предложени кандидати врше функције у складу са правилима о управљању ризиком и уопште правилима струке осигурања. Основна претпоставка за то је да имају *одговарајуће квалификације и професио-*

26 а) „Управни спор због недоношења решења по захтеву одређеног лица може се у смислу чл. 8 и 26 (сада чл. 15 и 19 – прим. аут.) Закона о управним споровима водити само ако се ради о недоношењу управног акта, тј. акта по захтеву поднетом у каквој управној ствари, а не и у случају недоношења акта у каквој другој ствари која није управна, односно у којој се не решава у управном поступку о правима или обавезама подносиоца захтева“ (ВСС, У-6578/67 од 13.6.1968).

б) „Нема ћутања администрације уколико акт, чије се доношење изражи, не представља управни акт.“ Из образложења: „Полазећи од наведене законске регулативе и садржине захтева који је тужилац 5.6.2007. године доставио Републичкој дирекцији за имовину Републике Србије за давање сагласности да се тужилац унесе у јавној књизи као носилац права својине на одређеним непокретностима, на којима је уписан као носилац права коришћења, суд налази да одлучивање Републичке дирекције за имовину Републике Србије о оваквом захтеву, не представља одлучивање у управној ствари које има решavajuћи карактер, због чега ова Дирекција и не доноси управни акт. Наиме, према члану 6. Закона о управним споровима (даље: ЗУС), управни спор се може водити само против управног акта, а управни акт у смислу ЗУС-а, јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичкој или правној лица или друге странке у управној ствари. Одредбама ЗУС је у члану 8. предвиђена и могућност покретања управног спора када управни акт по захтеву или по жалби странке није донесен, тј. спор због ћутања администрације, а процесни услови за вођење тог спора прописани су у члану 24. истог закона. Полазећи од цитираних одредаби Закона о министарствима, Закона о средствима у својини Републике Србије и одредби ЗУС-а, Врховни суд Србије налази да одлука о захтеву тужиоца не представља управни акт, јер се таквом одлуком не решава о одређеном конкретном праву тужиоца у управној ствари, чијем доношењу је претходио управни поступак. Према ставовима Врховног суда Србије пренос права државне својине на земљишту у својину правног лица на основу сагласности Републичке дирекције за имовину РС уз ову преносу у јавне књиге, чак и када би давање изражене сагласности било у надлежности Дирекције, представља акт располања, а не управни акт. Полазећи од ставова Врховног суда да одлука о захтеву тужиоца не представља управни акт, Врховни суд је оценио да не постоји законска могућност за покретање управног спора, због недоношења управног акта, због чега је тужбу одбацио, а своју одлуку је донео применом члана 28. став 1. тачка 2) ЗУС-а.“ (решење ВСС-а, У. 8461/2007 од 6.3.2009.).

нално искусӣтво, као и да нису у ранијем периоду били ангажовани у привредном друштву над којим је отворена ликвидација или стечај или били осуђивани на казну затвора дужу од три месеца.<sup>27</sup> Дакле, лице је *fit* и *proper* уколико испуњава две групе услова. Први се могу назвати објективним и они се тичу стручних квалификација и одређеног искуства, док се другима може дати епитет субјективних и они се односе на пословно поштење и интегритет.<sup>28</sup> Сврха прописивања ових услова је да се обезбеде гаранције да предложени кандидати поседују све потребне квалитете како би одговорно и стручно извршавали своје дужности у овом специфичном сектору привреде.

Овај део услова који треба да испуни свако друштво за осигурање како би добило дозволу за рад може се врло позитивно оценити. Степен ликвидности и уопште успешности пословања једног друштва за осигурање које послује у данашњој Србији умногоме зависи од тога каква су лица на његовом челу. Управни одбор треба тако конципирати да у њега уђу лица различитих пословних и животних искустава, која поседују знања из различитих области од значаја за управљање друштвом.<sup>29</sup> Ако је пословање поверено лицима која нису „прошла“ строге критеријуме селекције и за која није сигурно да представљају најбољи избор, њихов недостатак професионалног искуства друштво за осигурање, и што је још важније, и осигуранике, може скупо коштати!<sup>30</sup> Дакле, европски стандарди обезбеђења вођења пословања у најбољем интересу осигураника и уопште корисника услуга осигурања налажу лиценцирање кандидата за чланове органа управљања.<sup>31</sup> Исто важи у погледу лица које ће обављати послове овлашћеног актуара.

## V Прописивање услова као део процеса диверзификације чланства корпоративних органа

Управни одбор је један од интерних механизма корпоративног управљања, који треба да обезбеди усклађеност интереса акционара и

27 ЗОС, чл. 39 ст. 2 тач. 10.

28 Детаљније о овим условима: International Association of Insurance Supervisors, *Supervisory Standard on Fit and Proper Requirements and Assessment for Insurers*, 2008. Доступно на: [www.iaisweb.org](http://www.iaisweb.org).

29 Н. Kang, М. Cheng, S. J. Gray, „Corporate Governance and Board Composition: Diversity and Independence of Australian boards“, *Journal Compilation*, Vol. 15, No. 2, 2007, стр. 195.

30 Сувише је велика власт у рукама директора и чланова управног одбора да би се они могли бирати без испуњења законом претходно дефинисаних услова, који су гаранција да су изабрана компетентна лица и да се може рачунати да ће послове вршити савесно.

31 С. Olbrich, *Die D&O-Versicherung*, 2. Auflage, VVW, Karlsruhe, 2007, стр. 53.

извршних директора, као и дисциплиновање или удаљавање неефикасних директора са функција.<sup>32</sup> С обзиром на придавање оваквог значаја управном одбору, једно од актуелнијих питања из угла унапређења корпоративног управљања је питање диверзификације његове структуре. Аналитичари корпоративног управљања постављају питање какав је утицај структуре борда на корпоративне перформансе? Различитост чланства борда сматра се пожељном из два разлога. Прво, у старијој теорији се као основна предност различитости чланства управног одбора истицало повећање могућности дискусије и размене идеја између чланова који припадају различитим интересним, образовним и стручним групацијама.<sup>33</sup> У новијој теорији се структура чланства управног одбора доводи у везу са повећањем организационе вредности и организационих перформанси новим гледиштима и перспективама.<sup>34</sup> Друго, ако се пође од тога да управни одбор треба да обезбеди заштиту интереса *stakeholder*-а, ова функција најбоље може бити реализована уколико његово чланство инкорпорира представнике различитих категорија заинтересованих лица.<sup>35</sup> С обзиром на емпиријски доказану корелацију између различитости структуре борда и повећања профитабилности, потребно је у потпуности променити начин регрутовања директора.<sup>36</sup>

Диверзификација чланова управног одбора испољава се на два начина: непосредни и посредни.<sup>37</sup> Показатељи непосредне диверзификације чланства управног одбора су: пол, године, расна и етничка припадност.<sup>38</sup>

32 Управни одбор се у том смислу сматра једним од драгоцених механизма решавања првог агенцијског проблема. Детаљније о механизмима корпоративног управљања креираних са циљем решавања првог агенцијског проблема: Н. Петровић Томић, „Утицај осигурања од одговорности директора на први агенцијски проблем“, *Европске (ЕУ) реформе у праву осигурања Србије (зборник радова)*, Палић, 2010, стр. 339–356.

33 N. Brennan, J. McCafferty, „Corporate Governance Practices in Irish Companies“, *Irish Journal of Management*, No. 17, 1997, стр. 116–135.

34 H. Kang, M. Cheng, S. J. Gray, „Corporate Governance and Board Composition: diversity and independence of Australian boards“, *Journal compilation*, Vol. 15, No. 2, 2007, стр. 195; D. A. Carter, B. J. Simkins, W. G. Simpson, „Corporate Governance, Board Diversity and Firm Value“, *The Financial Review*, No. 38, 2003, стр. 33–53.

35 M. Huse, V. P. Rindova, „Stakeholders’ Expectations of Board Roles: the case of subsidiary boards“, *Journal of Management and Governance*, No. 5, 2001, стр. 153–178.

36 „...develop and implement explicit written strategies or guidelines for adding women and people of color to your board...“ B. T. R. Barnes, L. Bolliger, A. Cepeda, D. Sykes, „Expanding Diversity in the Boardroom“, *Corporate Governance Advisor*, Vol. 15, No. 4, 2007, стр. 2.

37 B. F. J. Miliken, L. L. Martins, „Searching for common Threads: understanding the multiple effects of diversity in organizational groups“, *Academy of Management Review*, No. 21, 1996, стр. 402–433.

38 Када је реч о полној структури управног одбора истраживања спроведена на територији САД-а наводе на закључак да је број жена у овом органу незадовољавајући

Од поменутих показатеља, посебно је значајна разноврсност чланова у погледу година.<sup>39</sup> Образовни и стручни профил, као и искуство у односној грани пословања одређују степен посредне диверзификације.<sup>40</sup> Како се истиче у Кодексу Корпоративног управљања у сваком моменту за време трајања мандата управни одбор треба да се састоји од чланова који као целина имају потребно знање, способности и стручна искуства неопходна за успешно обављање послова уз његовог делокруга.<sup>41</sup>

## VI Потреба за увођењем дисквалификације у области осигурања као једног од квалификационих услова

Иако поздрављамо прописивање позитивних услова који се односе на чланове корпоративних органа, сматрамо да лиценцирање не може бити ефикасно ако није праћено адекватним санкцијама. Једна од санкција од које се очекује комплементарни учинак је управо дисквалификација чланова корпоративних органа који су прекршили неке од законом прописаних дужности. Институт дисквалификације има дугу традицију и врло значајну функцију у англосаксонском (тј. првенствено британском) праву. У овом правном систему дисквалификација се традиционално користи као средство дисциплиновања чланова највиших корпоративних

и да треба обезбедити њихово веће учешће (Н. Kang et al., *нав. чланак*, стр. 195). Присуство жена у управном одбору сматра се пожељним, јер доприноси повећању вредности корпоративне имовине. Ово из најмање два разлога. Прво, жене нису део мреже „old boys“ што им омогућава да буду независне. Друго, оне могу боље разумети понашање потрошача, њихове потребе и могућности компаније у погледу њиховог задовољења. В. Н. Kang et al., *нав. чланак*, стр. 196.

39 Могло би се рећи да у развијеним системима корпоративног управљања постоји активна промоција разноврсности у погледу година кроз подстицање различитих перспектива чланова различитих старосних доба. В. К. Gilpatrick, „Invite Youthful Insight“, *Credit Union Management*, No. 23, 2000, стр. 28–29.

40 В. Н. Kang et al., *нав. чланак*, стр. 195.

41 ККУ, чл. 132. Иначе, фактори који утичу на степен диверзификације структуре чланства управног одбора су грана индустрије, величина борда и концентрација акционара (В. Н. Kang et al., *нав. чланак*, стр. 197). Индустријски сектор у коме компанија послује може утицати на степен различитости борда. Тако је уочено да су компаније у сектору услуга више склоне ангажовању жена директора него компаније у осталим гранама индустрије (В. К. Harrigan, „Numbers and Positions of Women Elected to Corporate boards“, *Academy of Management Journal*, No. 24, 1981, стр. 619–625). За разлику од услужних делатности, за сектор банака и уопште финансијски сектор важи правило да су управни одбори „превелики, престари и премущки“ (В. Ј. R. Engen, „Scorererecords on Governance: Are Banks Up to Par?“, *Bank Director Magazine*, стр. 19, доступно на: [http://www.bankdirector.com/issues/2002\\_4/](http://www.bankdirector.com/issues/2002_4/)). Величина борда повезана је са диспаритетом у погледу година. Што је број чланова управног одбора већи, то су веће могућности да исти укључује лица различитих старосних граница.

органа (и самим тим решавања првог агенцијског проблема),<sup>42</sup> али она истовремено представља и један од критеријума приликом регрутовања нових чланова управе.<sup>43</sup> Дисквалификацијом се – додуше посредно – врши одређена селекција управљачког кадра.<sup>44</sup> Иако негативна, она значајно поправља квалитет корпоративног управљања.

Сврха дисквалификације је заштита јавног интереса. Изрицањем дисквалификације директору, који је оглашен одговорним за несавесно или непословно вођење пословања, спречава се његово задржавање на функцији или поновни избор на исту функцију у другој компанији и тако спречава проузроковање штете различитим лицима која ступају у пословне контакте са компанијама чији директори испуњавају услове за дисквалификацију. На овај начин спроводи се заштита трећих лица од активности оних који су умешани у било који вид лошег пословања компаније.<sup>45</sup> Особеност института огледа се у томе да, осим у једном случају, изрицање санкције дисквалификације зависи од дискреционе оцене суда. Суд је, наиме, осим у случају неспособности директора за обављање функције, слободан да, на основу процене свих доказа, процени да ли је оправдано изрећи дисквалификацију.<sup>46</sup> Поставља се питање којим се критеријумим суд руководи код одлучивања да ли ће изрећи дисквалификацију? Примарна брига суда у вршењу дискреционог овлашћења је заштита јавног интереса. Међутим, управо јавни интерес изискује да се у одређеном случају не примени ова санкција: напр. када је једно лице у исто време директор и успешне и компаније над којом је стечај отворен.<sup>47</sup> У таквој ситуацији, дисквалификација директора могла би се негативно одразити на одвијање пословања успешне компаније

42 Детаљније о утицају овог института на решавање првог агенцијског проблема: Н. Петровић Томић, *нав. чланак*, стр. 349–350.

43 Стога се у правима која су се развијала под утицајем англосаксонског права не може на исти начин третирати непостојање прецизнијих законских услова за избор кандидата за чланове управе као у правима која не познају институт дисквалификације.

44 C. L. Ryan, *Company Directors, Liabilities, Rights and Duties*, CCH Editions Limited, London, 1990, стр. 8.

45 S. Griffin, *Personal Liability and Disqualification of Company Directors*, Hart Publishing, Oxford, 1999, стр. 135.

46 Када је реч о неспособности директора за обављање функције (енгл. *unfitness*), она се обично сматра доказаном ако се над компанијом чији је директор у питању отвори стечај. Међутим, амерички судови се не задовољавају само отварањем стечаја. Они траже још неки доказ у прилог неспособности директора, као што је: недостатак пословног поштења, потпуна нестручност, злоупотреба положаја, кршење етичког кодекса. Детаљније: М. Васиљевић, *Корпоративно управљање*, Правни факултет Универзитета у Београду и Профинвест, Београд, 2007, стр. 239.

47 S. Griffin, *нав. дело*, стр. 137.



и интереса свих заинтересованих лица. Суд ће исто тако размотрити и интерес самог директора у чијем поступању су се стекли услови за дисквалификацију.<sup>48</sup>

Из одредбе која регулише услове које треба да испуне кандидати за чланове управе и надзора друштава осигурања произлази да наш законодавац (*йре)йознаје* институт дисквалификације. Наиме, да би неко био изабран за члана органа није довољно да поседује одговарајуће квалификације и искуство, већ је неопходно и да у ранијем периоду није био ангажован у привредном друштву над којим су отворени ликвидација или стечај, као и да није био осуђиван на казну затвора дужу од три месеца. Иако ова одредба није довољно разрађена, може се рећи да је ЗОС корак испред ЗПД у погледу показивања свести о значају овог института за унапређење наших корпоративних прилика. Док ЗПД говори о забранама избора (на основу којих би се могло тврдити да у основном облику познаје овај институт), ЗОС иде корак даље и исти везује и за лица ангажована у привредном друштву над којим су отворени стечај или ликвидација. Оваквом одредбом ствара се основ да се лица за које се показало да се „нису прославила“ вршећи функције у одговарајућим органима друштва осигурања макар привремено удаље из вођења пословања. Њима се онемогућава да у одређеном будућем периоду буду бирана на исте функције. Али, одвраћајуће дејство поменуте одредбе не може бити у потпуности остварено, ако се не одреди период у току кога ће дисквалификација важити. Јасно је да она не може трајати заувек. Упоредноправна пракса показује да овај период може бити различите дужине, а да његово трајање зависи од степена утврђеног кршења дужности.<sup>49</sup> Заправо, потребно је било законом уредити и питање садржине дисквалификације, тј. на које све послове се она односи.<sup>50</sup> Дакле, сматрамо да приликом неке од предстојећих измена ЗОС-а, посебну пажњу треба посветити делу који се односи на услове избора чланова органа. Иако су писци закона наслутили како он треба да гласи, то је само почетни корак ка увођењу доброг корпоративног управљања у осигуравајућем сектору.

48 Тако је у једном случају суд одустао од примене дисквалификације, имајући у виду чињеницу да је исти директор осуђен на исплату накнаде штете у прилично великом износу, настојећи да спречи да дисквалификације са директорске функције има učinak лишавања директора средстава неопходних за исплату досуђене накнаде. S. Griffin, *нав. дело*, стр. 137-138.

49 Дисквалификација траје онолико колико суд одреди и креће се од најмање две године у случају неспособности директора до највише 15 година.

50 Детаљније о свим питањима од значаја за увођење овог института у наше право: В. Радовић, „О оправданости увођења института дисквалификације директора“, *Право и йривреда*, бр. 1-3/2010, стр. 26-56.

## VII Значај поштовања квалификационих услова за добијање осигуравајуће заштите

Став о неопходности компетентног и диверзификованог чланства управног и извршног одбора друштва осигурања може се бранити и позивом на институт осигурања од одговорности директора. Компаније које имају у плану да чланове управе и надзора заштите од ризика одговорности куповином посебне врсте осигурања морају предузети први корак, који чини адекватно спроведена селекција. Како осигуравачи као једну од околности значајних за оцену ризика узимају у обзир квалитет чланова управе, јасно је колики значај компаније треба да придају процесу селекције кадрова.<sup>51</sup> Адекватном селекцијом кадрова чини се први корак у правцу управљања ризиком, на који се надовезује осигурање од одговорности. Квалификација чланова управе је околност од значаја за оцену ризика и висину премије осигурања. Посебну погодност при уговарању осигурања имају лица која поседују сертификат о завршеном програму едукације за члана управног или надзорног одбора. Осим тога, сви чланови управе се осигуравају колективно, тако да недовољне квалификације једног члана могу утицати на услове покрића свих чланова и повећати висину премије осигурања.<sup>52</sup> Само управни одбор који је добро састављен тј. од стручних и искусних лица, која своје функције врше пажљиво и опрезно, може добити осигуравајуће покриће под повољним условима.<sup>53</sup>

Састав борда и лидерство су значајни мониторинг механизми за компаније са дисперзованим акционарством. Будући да се и од осигурања од одговорности директора очекује да врши исту функцију, изузетно је битно да се испуне претпоставке за њихово садејство. О комплементарној улози осигурања од одговорности и управног одбора не може бити речи уколико нису испуњени предуслови везани за квалитет корпоративног управљања. Пошто је адресат одговорности (како спољне, тако и унутрашње), осигуравачи инсистирају да компаније које код њих купују покриће за своје чланове управе пруже доказ о броју спољних директора, квалификацијама чланова одбора и уопште другим питањима значајнијим за ефикасност контролне функције осигурања.<sup>54</sup> Осигурање од одговорности чланова органа управљања друштвима об-

51 R. Ek, *Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsicht*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, стр. 18–19.

52 R. Ek, *нав. дело*, стр. 207.

53 H. Ploix, *Gouvernance d'entreprise: Pour tous, dirigeants, administrateurs et investisseurs*, Pearson Education France, Paris, 2006, стр. 8.

54 N. O'Sullivan, „Insuring the Agents: The Role of Directors' and Officers' Insurance in Corporate Governance“, *Journal of Risk and Insurance*, Vol. 64, No. 3, 1997, стр. 549.

ухвата лица која располажу великим овлашћењима и која стога морају испунити високе квалификационе критеријуме. У одсуству подробније законске регулативе услова које наведена лица треба да испуне, одредбе општих услова осигурања од одговорности – које као једну од околности од значаја за ризик наводе и податке о квалификацијама чланова управе – могу послужити као филтер и вршити функцију коју су пропустили механизми корпоративног управљања.<sup>55</sup> Али, од осигурања се не може очекивати чудо! Оно не може остварити функцију коју иначе врши ако нису испуњени предуслови доброг корпоративног управљања.

### **VIII Да ли је Народна банка Србије овлашћена да ближе уреди услове који се односе на чланове органа?**

Иницијатор првопоменуте одлуке Уставног суда Србије оспорио је одредбу тачке 11 подтачке 1 Одлуке о спровођењу одредаба Закона о осигурању које се односе на издавање дозвола и сагласности Народне банке Србије.<sup>56</sup> Према тој одредби, за физичко лице које је предложено за члана управе (за члана управног одбора и за директора) или за члана надзорног одбора, као доказ да испуњава услове из чл. 39 ст. 2 тачке 10 Закона о осигурању подноси се – за услов из одредбе под 1 те тачке – *оверена копија, односно њрејис дјиломе високе школске спреме економској, њравној, орјанизационој, ѡтехничкој или друјој одјоварајућеј смера*. Иницијатор је сматрао да је поменута одредба у супротности са Уставом Републике Србије<sup>57</sup> (којим је предвиђено да Република уређује и обезбеђује систем обављања појединих привредних и других делатности) и Законом о привредним друштвима<sup>58</sup> (којим је прописано да се чланови управног одбора акционарског друштва бирају од стране акционара на свакој годишњој скупштини). Оспореном одредбом Одлуке, према мишљењу иницијатора оцене уставности и законитости, прописује се услов који се односи на степен и врсту школске спреме члана управног и надзорног одбора осигуравајућег друштва, којим се сужава круг лица која могу бити чланови тих одбора.

55 M. Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*, Dike Verlag, Zürich, 2008, стр. 161.

56 *Сл. гласник РС*, бр. 42/05 и 106/06. Доношењем ове одлуке престала је да важи Одлука о ближим условима које треба да испуне лица из члана 39 Закона о осигурању и начину доказивања успуњености тих услова, као и о потребној организационој, кадровској и техничкој оспособљености акционарског друштва за осигурање (*Сл. Гласник РС*, бр. 86/04).

57 *Сл. Гласник РС*, бр. 98/06, чл. 97 тач. 6.

58 ЗПД, чл. 309 ст. 1 тач 1.

У одговору Народне банке Србије истиче се да је одредбом чл. 39 ст. 4 Закона о осигурању дато изричито овлашћење Народној банци Србије да ближе пропише услове и начин доказивања испуњености услова које треба да испуне лица наведена у одредбама чл. 39 ст. 2 тач. 8 до 11, као и потребну организациону, кадровску и техничку оспособљеност акционарског друштва за осигурање. Приликом ближег уређивања услова који се односи на кадровску оспособљеност лица која су предложена за чланове управе и надзорног одбора друштва за осигурање, Народна банка је имала у виду сложеност и специфичност делатности осигурања и потребу да те послове обављају лица која су за то оспособљена. Том одредбом се, по мишљењу Народне банке Србије, не искључује, нити угрожава право власника друштва осигурања и запослених у том друштву да сами изаберу лица којима ће поверити управљање друштвом, али из круга лица која за то испуњавају прописане услове.

Пре него што се позабавимо одредбама оспорене Одлуке НБС, потребно је скренути пажњу на значај што прецизнијег дефинисања услова које треба да испуне кандидати за чланове одговарајућих органа друштва осигурања. Интерес правне сигурности и спречавања злоупотреба изискује да се тачно одреди када ће се сматрати да је прописани услов испуњен. Тиме се доприноси објективизацији услова које треба да испуне кандидати за чланове управе и надзора.<sup>59</sup> Ово утолико пре важи ако се има у виду одредба ЗОС, по којој НБС – између осталог – цени и оправданост оснивања. Уколико се оправданост оснивања тумачи као овлашћење за вршење дискреционе оцене, а ми сматрамо да је такво тумачење незаконито, могло би се десити да НБС сваки од услова који није прецизно дефинисан законом или подзаконским актима тумачи као услов који говори у прилог неоправданости оснивања.

Одлуком о спровођењу одредаба ЗОС-а које се односе на издавање дозвола и сагласности Народне банке Србије прописани су ближи услови спровођења ЗОС-а на основу којих НБС издаје дозволе и сагласности.<sup>60</sup> Оспореном одредбом тачке 11 подтачка 1 Одлуке предвиђено је да се за физичко лице које је предложено за члана управе (за члана управног одбора и за директора) или за члана надзорног одбора, као доказ да испуњава услове из чл. 39 ст. 2 тач. 10 Закона, за услов из одредбе под 1 те тачке подноси оверена копија, односно препис дипломе високе школске спреме економског, правног, организационог, техничког или другог одговарајућег смера. Имајући у виду одредбе Устава, Закона о Народној банци Србије и ЗОС-а, произлази да је НБС овлашћена да ближе пропише услове који се односе на кадровску оспособљеност кан-

59 C. Hoppmann, „Fit-and proper-Test für die Aufsichtsräte in Versicherungsunternehmen?“, *Versicherungsrecht*, Heft 13, Mai 2001, стр. 561–563.

60 Одлука, тач. 1.

дидата за чланове органа управљања и надзора, као и начин доказивања њихове испуњености. Подтачком 1 тачке 11 Одлуке конкретизован је један од елемената кадровске оспособљености, а то је питање услова који се односе на степен стручне спреме и образовни профил кандидата за поменуте органе. Образовни профил и степен стручне спреме доказују се на основу оверене копије, односно преписа дипломе високе школске спреме одговарајуће струке. Прописивање овог услова – иако засигурно приметно ограничава круг лица која се могу кандидовати за чланове органа друштва осигурања – представља део овлашћења НБС у вези са надзором над тржиштем осигурања и креће се у оквирима прописаним Уставом и Законом. Увођење оваквог услова треба да гарантује да ће на кључне позиције у друштву осигурања бити изабрана лица за које влада уверење да су стручњаци у области осигурања. Само у овом случају надзорно тело може бити сигурно да је мандат за вођење друштва осигурања поверен лицима које ће пословима осигурања управљати на начин који је у интересу корисника услуга осигурања, а самим тим, и у јавном интересу.

Међутим, једно је прописати услове којима се разрађује законска одредба, а нешто сасвим друго је уношење додатних елемената у конкретизовану одредбу. НБС свакако нема мандат за поштравање услова који се односе на кадровску и професионалну оспособљеност кандидата за чланове органа друштва осигурања. Стога је било за очекивати да Уставни суд прогласи незаконитом одредбу Одлуке којом се прописује додатни услов за избор. Наиме, подтачком 2 тачке 11 Одлуке прописано је да кандидат за члана управе или надзорног одбора осигуравајућег друштва треба да да изјаву да у последње три године није био члан управе и надзорног одбора или носилац посебних овлашћења у правном лицу над којим је *ошворен или сироведен* поступак принудне ликвидације, односно стечаја. Оспорена одредба Одлуке није у складу са одредбом ЗОС-а.<sup>61</sup> Њоме се, заправо, иде ван граница испитивања потенцијалних кандидата предвиђених Законом, јер се захтева да кандидат није имао управљачка или надзорна овлашћења ни у правном лицу над којим су принудна ликвидација, односно стечај само отворени! Иако ЗОС каже да се поменути доказ односи на правно лице над којим је поступак ликвидације или стечаја спроведен. Законска формулација је довољно јасна и не оставља места тумачењу надлежних из НБС, који су покушали да докажу да се појам спроведеног поступка односи на све фазе поступка, укључујући и његово отварање, трајање и закључивање. Овакво тумачење не произлази ни из језичког, а још мање из циљног тумачења ЗОС-а. Што је још горе, оно не произлази из духа процедуре, која се сматра спроведеном тек онда када се све фазе поступка окончају. Осим

61 ЗОС, чл. 39. ст. 2. тач. 10) подтач. (2).

тога, уколико би се оваква одредба задржала, постојао би ризик да се заиста велики број лица одстрани из осигуравајућег сектора, а да за то не постоји реално утемељење тј. њихово некомпетентност која је резултирала ликвидацијом или стечајем друштава на чијем су челу била. Сврха овог услова је била да се омогући дисквалификација само оних лица за које је доказано да нису добро водила пословање.<sup>62</sup> За члана управног и надзорног органа друштва осигурања може бити бирано само лице које може поднети доказ о свом пословном угледу и чији дотадашњи рад и активности не представљају основ за сумњу у вођење послова друштва у складу са правилима о управљању ризиком. Отварање ликвидације или стечаја *per se* не представља такав доказ и не треба да има за последицу стварање сумњи и у погледу лица која не морају бити одговорна за лош пословни резултат.<sup>63</sup>

### IX Закључна разматрања

Вођење послова друштва осигурања изискује поштовање правила о управљању ризиком, као и бројних других законских и правила струке. Из тог разлога је битно прописати и поштовати процедуре које пружају гаранцију да ће за чланове органа управе и надзора бити изабрана стручна и компетентна лица, која – осим тога – поседују и одговарајуће искуство у области осигурања. Лиценцирање кандидата за чланове корпоративних органа у осигуравајућем сектору сматрамо делом правног оквира корпоративног управљања, чије имплементирање ће наша друштва приближити европским и учинити их конкурентним на отвореном тржишту осигурања. Што се тиче селекционих критеријума, они морају бити прописани законом, док се подзаконским актима једино може вршити њихова конкретизација. Орган надзора, тј. у нашем случају Народна

62 Осим тога, спровођење стечаја или ликвидације према томе како је формулисано ЗОС-ом, а и разрађено Одлуком Народне банке Србије, *активира неку врсту објективне одговорности лица која су била на челу њихових друштва*. Не тражи се никакав доказ да су та лица заиста одговорна за несавесно пословање или неки други пропуст, који може резултирати грађанскоправним или кривичноправним последицама. Уколико пре има смисла овај услов тумачити тако да има дисквалifikаторско дејство само према оним члановима органа правних лица над којима су ликвидација или стечај окончани! Осим тога, из најновијих судских одлука недвосмислено произлази да је одговорност чланова органа привредних друштава субјективна и да се заснива на њиховој кривици. „*Одговорности лица која имају дужности према привредном друштву за штећу причињену друштву није објективна и не заснива се на чињеници да имају одређено својство у друштву, већ је ова одговорност субјективна и заснива се на њиховој кривици*“. Решење Привредног апелационог суда, Пж. 1253/2010 (2) од 22.4.2010.

63 Осим тога, и отворени стечајни поступак може да се оконча усвајањем плана реорганизације, који значи давање још једне шансе друштву.

банка Србије, треба – при том – да се придржава законских граница овлашћења и да се ограничи на конкретизацију законских услова, а не да уводи нове услове. Увођење прецизних критеријума селекције посматрамо и као део процеса диверзификације чланства корпоративних органа, који треба да допринесе већој доступности осигурања од одговорности чланова ових органа. Објективизацијом критеријума од којих зависи да ли ће одређено лице постати део управе друштва осигурања спречава се избор недовољно квалификованих или недовољно искусних лица на ове одговорне функције и тиме доприноси остварењу прокламованх циљева обављања делатности осигурања у интересу осигураника и уопште корисника услуга осигурања. Само друштва осигурања која држе до репутације својих органа и која се придржавају критеријума селекције успевају да се одрже на тржишту и да привуку нове кориснике својих услуга.

**Zoran R. TOMIĆ, PhD**

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

**Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD**

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

**ABOUT LICENCING OF THE CANDIDATES FOR  
MEMBERS OF THE BOARD AND SUPERVISORY  
BODY OF INSURANCE COMPANIES  
– Some Remarks on Decisions of the Constitutional  
Court of Serbia –**

**Summary**

*Since the insurance sector is characterized by a number of features of status character, the article analyses the validity of prescribing qualification requirement for members of administrative board as well as supervision as one of them. Starting from the decisions of Constitutional Court of Serbia on the legality of prescribing these conditions, the authors raise many questions, directly or indirectly associated with the manner of regulating authority for prescribing of qualification requirements in the field of insurance. Bearing in mind the principles of the constitutional order of Serbia and the basic principles of Law of Companies, the authors firstly analyze the effect of introducing the additional*

*conditions for the members of the board and supervision on the founders' right to elect members of corporate bodies. After presenting arguments supporting the view that prescribing of selection criteria does not infringe into the mentioned rights as an expression of freedom of doing business, most of the work deals with the determination of reasons speaking in the favour of the necessity and the opportunity of introducing stronger regime of entry into the functions in insurance companies. Authors take the position that the regulation of criteria that determine whether someone is a candidate or not for the membership in corporate organs of insurance companies contribute to the process of diversification of members, without which one can not imagine the successful conduct of business. The paper expressed commitment that, in addition to the existing positive conditions, it is advisable to introduce disqualification of members of corporate bodies. This would fully meet the prerequisites of good corporate governance in insurance companies.*

**Key words:** *insurance company, the member of administrative board and supervision, selection, management of risk.*



др *Александра* ЈОВАНОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ЕКОНОМИЈА ВЛАДАВИНЕ ПРАВА И СРБИЈА – ОТВОРЕНА ПИТАЊА\*

### Резиме

*Велика њажња у ѿранзиционим реформама је, захваљујући развоју економије владавине ѿрава и индустрији владавине ѿрава, усмерена на економске импликације усјосјављања владавине ѿрава и независности судства у њеном оквиру. Сви домаћи и међународни извештаји о ѿранзицији у ѿследњих десет ѿ година најлашавају да је у Србији владавина ѿрава основни ѿроблем инстиѿуционалној ресѿруктурирања. Иѿак, у Србији ѿиѿања економских импликација ѿроблема владавине ѿрава нису ни ѿеоријски, ниѿи емѿиријски довољно исѿраживана. Исѿраживања ѿреба усмерити на дефинисање концепѿуалној оквира и емѿиријско ѿесѿирање економских импликација ѿојединих димензија владавине ѿрава.*

**Кључне речи:** *владавина ѿрава, независности судства, економски расѿи, економија владавине ѿрава, индустрија владавине ѿрава.*

### І Увод

Владавина права има јасне економске функције: чува економску сферу од политичког утицаја, од утицаја специјалних интересних

---

\* Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта број 47026 Програма интегралних и интердисциплинарних истраживања Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије: *Констиѿуционализам и владавина ѿрава у изѿрадњи националне државе – случај Србије.*

група,<sup>1</sup> установљавајући поделу законодавне, извршне и судске власти омогућава политичку и економску стабилност и предвидљивост, штити својинска права и уговоре у међусобним односима приватних привредних актера, али и у њиховим односима са државом, омогућава дисперзију арткулисаних интереса привредних субјеката што умањује утицај и значај интересних група и њихових појединачних интереса. Постојање великог броја интересних група смањује снагу сваке да утиче на законодавну или извршну власт како би усмерила редистрибутивне ефекте у своју корист, а на штету економске ефикасности, односно друштвеног благостања. При томе, могуће је да остварују приватне интересе на терет других приватних интереса или на терет јавног интереса.<sup>2</sup> Дакле, владавина права успоставља поредак власти који штити својину и уговоре, контролише специјалне интересе и интересне групе које их артикулишу и тако развргава спрегу између псеудо-бизнисмена<sup>3</sup> и државе, спречава да доноси одлуке у спрези са државом и тражи политичке услуге и друге погодности на основу којих стиче ренту. Владавина права, у својим сложеним и многоструким димензијама, се може посматрати као основно јавно добро које пружа држава и чији је смисао у редуковању неизвесности што у дугом временском хоризонту подстиче инвестиције, предузетништво,<sup>4</sup> специјализацију, па дакле води расту економске ефикасности и друштвеног благостања.

Општи је консенсус да је владавина права значајан фактор за разумевање економског раста иако сам механизам остваривања везе владавине права и економског раста није прецизно објашњен. Наиме, још увек није дат потпун одговор на питања како се успоставља владавина права, како се одржава, какви су ефикасни облици заштите приватне својине, какав је оптималан однос појединих компоненти владавине права, који је оптимални<sup>5</sup> ниво понуде владавине права као јавног добра, колика је цена, односно трошкови за остваривање владавине права.

1 Интересне групе у политичком процесу врше утицај на законодавца како би постигле доношење закона у своју корист. Видети М. Olson, *The Rise and Fall of Nations*, Yale University Press, 1982.

2 Остваривање приватног на штету јавног интереса се остварује у форми корупције и рентносног понашања.

3 Видети А. В. Lynch, *The Leviatan in Action, Thoughts on the Causes of Financial Crisis*, Mont Pelerin Society Regional Meeting, Buenos Aires, April 17–20, 2011, стр. 6.

4 Сматра се да владавина права подстиче предузетништво. С друге стране, установљавање владавине права има своје трошкове. Видети W. J. Baumol, *The Free-market Innovation Machine: Anylizing Growth Miracle of Capitalism*, Oxford and Princeton University Press, 2002; D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

5 Владавина права може се посматрати као циљ по себи који има интринзичну вредност или као инструмент који служи постизању других циљева. Ако се владавина права схвати као циљ по себи, онда се друштвене промене могу пратити

Уводни део рада наводи економске функције владавине права. Други део рада је посвећен проблему економског концептуализирања владавине права, односно дефиницијама владавине права и њиховим импликацијама за истраживање везе владавине права и економске успешности. Трећи део је посвећен *економији владавине права*, њеним темама и у њеном оквиру емпиријским студијама о економским импликацијама владавине права. Посебно се, због могућег аналитичког значаја за неко будуће истраживање у Србији, презентирају налази једне студије о корелацији судске независности и економског раста. Четврти део је посвећен ограничењима транзиционе индустрије. Закључак се односи на даље усмеравање истраживања о вези владавине права и економског раста и развоја у Србији.

## II Владавина права као економски концепт

Владавина права није кохерентно и јединствено одређени теоријски појам и практични програм већ подразумева различите садржаје. Владавина права јесте политички и правни концепт, али се може речи да, због значајних економских импликација, представља и економски концепт. Успостављање владавине права захтева повезивање концептуалне садржине владавине права са предузетим практичним корацима у побољшању владавине права и креирању институција тржишне економије. Ово повезивање владавине права и тржишне економије нас ставља пред питање шта је правна основа и уставни<sup>6</sup> оквир тржишне економије, односно шта чини садржину економског концепта владавине права.<sup>7</sup>

и утврђивати напредак једне државе према неком одређеном стандарду владавине права – према идеалном моделу. Ако владавину права схватимо као инструмент, онда економска анализа мери у којем степену је остварен неки економски показатељ, на пример економски раст. Оптимални модел се гради на односу трошкова и користи.

6 Према J. M. Buchanan, *Property as a Guarantor of Liberty*, The Shaftesbury Papers, Edward Elgar Publishing Company, Aldershot, England, 1993, стр. 59, устав долази пре демократије: „Ако се штити индивидуална слобода... уставна ограничења се морају поставити претходно и одвојено од било каквог вршења власти... Разумевање приоритета у овом смислу нуди основу за проширење уставних ограничења на већински законодавни процес у модерним политичким друштвима и што је важно поменути, са позивањем на потенцијалну фискалну и монетарну експлоатацију, чак одвојену од активности експропријације која је очигледнија и која мора свуда бити осуђена.“ Устав штити право приватне својине које је гарант слободе и основа економског раста и развоја.

7 За дефинисање економског концепта владавине права видети R. Daniels, M. Trebilcock, *The Rule of Law and Development: Charting the Fragile Path to Progress*, Edward Elgar Publishing Company, Cheltenham, UK, 2008.

Аналитички оквир који се користи у економским истраживањима почива на два концепта владавине права. Владавина права у ширем смислу се схвата као материјални концепт који подразумева правну регулативу посебне садржине засноване на уставној заштити индивидуалних права и слобода, која као срж праведног друштва укључује и демократију, грађанска и политичка права. Владавина права у ужем смислу је формално-процедурални концепт, подразумева уставност и законитост, предвидљивост и стабилност права. Владавина права у ужем смислу ставља нагласак на заштиту својинских права, право приватне својине, слободу уговарања, ефикасно правосуђе и стабилност правног поретка.

Испитивање економских импликација владавине права се ослања на једну или другу дефиницију зависно од циља истраживања. Дефиниција владавине права у ужем смислу је добар концепт за потребе истраживања које корелира правне институције са економским растом. С друге стране дефиниција владавине права у ширем смислу која инсистира на грађанским и политичким правима се уклапа у истраживања о вези економског раста и демократије.

Као димензије владавине права се издвајају: једнакост пред законом укључујући и припаднике политичких елита, уставне гаранције индивидуалних права и слобода којима се ограничава власт<sup>8</sup> и њена дискрециона права, ограничава већина у односу на мањину, ствара оквир за формални хијерархијски поредак закона и установљава подела власти и судска независност, стабилност и кредибилност правила и регуларно одржавање избора у циљу замене политичких елита које не делују у складу са преференцијама медијанског бирача.

Концептуалне разлике покрећу питање садржине владавине права, али и питање оптималне композиције појединих димензија приликом имплементације владавине права. Владавина права се, наиме, може схватити као јавно добро чија понуда ствара трошкове, а чија тражња зависи од користи које ствара у смислу увећања економског благостања. Без обзира на садржину владавине права, она увек „хвата“ више димензија истовремено и зато је тешко, што се види у емпиријским истраживањима, дефинисати варијабле којима меримо<sup>9</sup> димензије и аспекте владавине права.

8 За економску ефикасност и економску анализу је посебно битан број и врсте економских функција које преузима једна држава чиме се поставља питање обухвата и интензитета државне интервенције у тржишне процесе, а и цена тих интервенција како у губитку ефикасности, тако и у високој јавној потрошњи.

9 Све наведене компоненте владавине права је тешко мерити, па се користе индикатори који их апроксимирају. За независно судство се, на пример, користи дужина мандата или процедура избора/постављења/именовања.

### III Економија/економика владавине права – теме

*Економија владавине њрава*<sup>10</sup> је релативно ново подручје економске анализе које се нарочито развија од деведесетих година прошлог века са почетком транзиционих процеса. Она се развија у настојању да се створи методолошко-аналитички оквир за испитивање корелације владавине права са економским растом и развојем, као и да се ова веза емпиријски тестира. *Економија владавине њрава* је интегрални део институционалне економије, неоинституционалне економије и аустријске економске школе и њима одговарајућих школа економске анализе права. Њено утемељење се заснива на идеји<sup>11</sup> да институције преко сигурности својинских права и облика економске организације снижавају трансакционе трошкове, мењају економске подстицаје и утичу на економски раст. На њеној агенди су до сада углавном била истраживања која повезују различите аспекте владавине права са различитим аспектима економске успешности у оквиру којих су најзаступљенија истраживања која се баве комуникацијом владавине права са пореклом правног система<sup>12</sup> и њиховим утицајем на економски раст. У вези са претходим, истражује се проблем повезивања неформалних институција<sup>13</sup> са институцијама које се уводе реформама и како њихова међусобна интеракција утиче на примену права као компоненту владавине права, па тиме и на економску ефикасност. Дакле, владавина права се не посматра само као правно-политички концепт, она је аспект шире културе и њен развој је резултат интеракције<sup>14</sup> неформалних правила, социјалних норми, социјалног

10 Поред термина *економија владавине њрава*, може се користити и термин *економика владавине њрава*.

11 Видети D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. Институције схватамо у најширем смислу. Институције су правила понашања, поступци за њихову примену, организације које подржавају примену институција, као и сама њихова примена.

12 О економској ефикасности различитих метода/порекла креирања права видети А. Јовановић, *Теоријске основе економске анализе њрава*, Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2008, стр. 58-67.

13 Транзиционе земље су добар показатељ да побољшање економске ефикасности није техничко питање тражења оптималног система, односно да зависи од интеракције реформисаних формалних правила са традицијом, обичајима, културом у најширем смислу представљеним у неформалним правилима. Проблем је везан за питање да ли су неформална правила отворена за економске слободе које су неодојиво повезане са владавином права и које су суштина тржишне економије. Управо зато је потребно развијати истраживања односа владавине права и економије.

14 О интерактивној тези која повезује културу са креирањем и применом правних институција и о економским ефектима правних институција у контексту неформалних институција и културе у транзиционим привредама, посебно о про-

капитала са формалним правилима због чега наметање правног оквира за установљавање владавине права не мора произвести жељени исход. Правни транспланти и њихови економски ефекти су, такође, предмет истраживања. Дакле, значај владавине права за привреду помера анализу напретка економских реформи на терен интерактивног деловања формалноправних институција и неформалних институција и њиховог удруженог дејства на економску ефикасност.

Постоји бројна економетријска и емпиријска литература<sup>15</sup> која доказује да је порекло правног система високо корелирано са квалитетом правне регулативе, као и са његовим економским ефектима. Наиме, сматра се да карактер и делотворност економских система у свету може делом да се припише разликама у пореклу правних система. Овде се поставља питање каузалности, односно да ли правни системи продукују економске исходе или је обрнуто. Наш закључак о каузалности је да правни системи еволуирају и као резултат и као узрок различитих економских система и њихове ефикасности. Наиме, различити економски системи постављају различите захтеве пред правне институције што има практичних импликација на институционално реструктурирање.

Друга велика тема истраживања економских импликација владавине права проучава утицај судске независности на економски раст и развој. Владавина права је инструмент који преко судске независности политичку власт подређује закону како би се уздржавала од било ког облика експропријације. Она је инструмент за заштиту својинских права, поштовање уговора и редуковање неизвесности што је услов за доношење привредних одлука у дугорочном временском хоризонту. Резултати једног од ових истраживања су представљени у овом раду. Србија није обухваћена истраживањем о корелацији између независности судства и економског раста иако правосудне реформе у Србији представљају занимљив материјал за опсервацију и тестирање хипотезе о вези економског раста и судске независности. Истовремено, ово

---

блему висине трансакционих трошкова видети S. Pejovich, „The Uneven Results of Institutional Changes in Central and Eastern Europe: The Role of Culture“, *Економски анали*, бр. 49/2004, стр. 7–30.

- 15 Резултати ових истраживања и њихова интерпретација су представљени у R. La Porta, F. Lopes-de-Silanas, A. Shleifer, „The Economic Consequences of Legal Origin“, *Journal of Economic Literature*, бр. 46:2, 2008, стр. 285–332. Аутори заступају став о економској супериорности англосаксонског права као последици боље заштите својинских права. Било је и емпиријских истраживања, као и теоријске аргументације која су имала другачије закључке, тако да се, по нашем мишљењу, не може донети једнозначан закључак. Видети J. Sgard, „Do Legal Origines Matter? The Case of Bankruptcy in Europe (1805–1914)“, *European Review of Economic History*, бр. 10/2006, стр. 389–419; P. G. Machony, „The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, *Journal of Legal Studies*“, бр. 3(2), 2002, стр. 503–525.

истраживање наводимо због тога што може да буде добар аналитички оквир и за тестирање везе судске независности и економског раста у Србији.

Закључимо да емпиријске студије доказују опште усвојени став о позитивној корелацији владавине права и економског раста. Ипак, постоје и мишљења да однос владавине права и економских индикатора (привредни раст, ниво инвестиција) као и однос са тржишном привредом нису једнозначно<sup>16</sup> одређени. Истраживања потврђују да већи значај за институционални развој и ефикасност привреде има примена<sup>17</sup> права него квалитет права. Ако примену права сматрамо најважнијом компонентом владавине права, онда треба објаснити зашто, на пример, у Кини постоји снажан економски раст и зашто је Кина земља са највећим страним директним инвестицијама упркос проблемима у примени права, односно упркос неостваривању владавине права. Ситуације које представљају изузетак од опште прихваћеног става<sup>18</sup> да институционална структура утиче на раст, показују да је раст могућ и без владавине права. Објашњења<sup>19</sup> су различита: од деловања закона о опадајућим приносима и ефекта дугорочног губљења разлике између земаља различитог степена развијености, до институционалне супституције која компензује непостојање владавине права, па до објашњења да радикална институционална промена није услов за почетак економског раста, али јесте услов за одрживост високог раста.

Иако се правне институције реформишу, непримењивање права чува неефикасност система. Непримењивање права<sup>20</sup> може добро да

16 Видети F. Upham, *Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy*, Carnegie Endowment Working Paper, No. 30, Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2002; R. Messic, *Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues*, The World Bank Research Observer, Vol. 14, No. 1, 1999, стр. 117-136.

17 K. Pistor, M. Raiser, S. Gelfer, *Law and Finance in Transition Economies*, The Economics of Transition, Vol. 8, No. 2, 2000.

18 D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

19 За теоријску аргументацију којом се објашњава постојање државе које имају висок раст иако имају проблем са владавином права видети D. Rodrik, *Making Room for China in the World Economy*, American Economic Review, Papers and Proceedings, May, 2010; R. Rigobon, D. Rodrik, *Rule of Law, Democracy, Openness and Income: Estimating the Interrelationships*, Economics of Transition, бр. 13(3), 2005, стр. 533-546. За улогу институционалне супституције на примеру корпоративног управљања односно ситуације када се успоставља компензација слабе правне заштите видети А. Јовановић, „Корпоративно управљање као проблем информационе асиметрије“, у М. Василевић, В. Радовић (ур.), *Корпоративно управљање*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007.

20 Непримењивање права се може, по нашем мишљењу, приписати неформалним институцијама, односно култури у најширем смислу која владавину права ставља

се опише изразом „режим мекої ѿравної оїраничења“.<sup>21</sup> Концепт „мекої ѿравної оїраничења“ има аналогију са економским концептом „мекої буџетјскої оїраничења“. Ни један ни други концепт нису спојиви са тржишном привредом. И један и други су тешки облици неухажавања принципа тржишне економије.

## 1. Извештаји о владавини права – веза са економским растом

Извештаји међународних посматрача о напретку транзиционих земаља подвлаче значај владавине права или неких њених димензија за тржишну привреду, за подстицај инвестиција, подстицај предузетништва, за привредни раст и развој. Ове студије, међутим, имају различите циљеве у истраживању владавине права и зато на различите начине „хватају“ владавину права и поједине њене димензије и њихов утицај на економски развој и друге показатеље економске успешности. Све ове студије показују колико је владавина права сложен концепт са низом компоненти које је тешко квантификовати.

Индекс економских слобода Херитиџ фондације<sup>22</sup> прати економске слободе од 1996. године. Владавина права је, као једна од компоненти економских слобода, представљена индикаторима заштите својинских права. Међу овим индикаторима је судска независност, корупција у судству, степен заштите својинских права, извршење уговора и вероватноћа експропријације.<sup>23</sup> Рангирање Србије према нивоу заштите својинских права је веома лоше, као и оцена високој неефикасности судског система. Србија је рангирана са 40 од могућих 100 поена за ниво заштите својинских права. Индекс економских слобода нема за сврху једноставно рангирање земаља већ да измери корелацију економских слобода са растом и економским благостањем, прецизније са променама у економском расту. Индекс економских слобода прати како *ѿромене у нивоу економских слобода*, а *не сам ниво економских слобода* делују на раст *GDP per capita*.

Поред индекса економских слобода, међународне организације мере транзициони напредак и стално редефинишу и рафинирају транзиционе индикаторе. Међу индикаторима EBRD се користе они који оцењују правну транзицију и у њеном оквиру неке компоненте владави-

у зависност од политичког процеса и улоге политичке елите која нуди популизам и патернализам државе.

21 О „режиму меког правног ограничења“ видети К. Rogov, *Switch on, Switch off: How Law Sustains Russian System*, 2010, <http://www.opendemocracy.net/print/57282>.

22 За преглед извештаја: Indeks of Economic Freedom за године 1996–2011, Heritage Foundation and Wall Street Journal, [www.heritage.org](http://www.heritage.org).

23 *2011 Index of Economic Freedom*, Heritage Foundation and Wall Street Journal, стр. 455–456, [www.heritage.org](http://www.heritage.org).



не права.<sup>24</sup> Оцена Србије у поређењу са другим транзиционим земљама показује мале помаке, али не и значајна побољшања. Такође, владавина права се прати као један од индикатора у истраживањима о квалитету државног управљања, односно делотворности владе.<sup>25</sup> Србија је по владавини права на дванаестом месту од тринаест транзиционих земаља – Албаније, БиХ, Бугарске, Мађарске, Македоније, Црне Горе, Пољске, Румуније, Словачке, Словеније, Хрватске и Чешке.<sup>26</sup>

Када је реч о Србији, опште место домаћих<sup>27</sup> извештаја о транзицији, објављених у периоду 2001–2011. јесте да Србија има проблем са владавином права. Са економског аспекта, то значи да Србија има проблем са успостављањем тржишне<sup>28</sup> привреде. То се потврђује и Извештајем Европске комисије о напретку Србије 2010,<sup>29</sup> као и извештајима међународних посматрача о институционалном реструктурирању у транзиционим земљама. Сви ови извештаји наводе владавину права, односно примену права<sup>30</sup> и неефикасност правосуђа као један од основних проблема. За успех економских реформи, одно-

24 Поред економских транзиционих индикатора извештаји EBRD који се публикују од 1994 од 1995. године се раде посебни извештаји о индикаторима оствареног нивоа правних реформи. Од 2002. године се правни индикатори интегришу у годишње транзиционе извештаје. Transition Report Archive, EBRD, <http://www.ebrd.com/pages/research/publications/flagships/transition/archive.shtml>.

25 Светска банка прати индикаторе управљања од 1996. године. Видети D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters 2010: Worldwide Governance Indicators 1996–2009*, World Bank, 2010, [www.govindicators.org](http://www.govindicators.org). Обухваћени су следећи индикатори: демократичност, политичка стабилност, ефикасност државне администрације, квалитет права, владавина људских права и контрола корупције.

26 D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters 2010: Worldwide Governance Indicators Highlights Governance Successes, Reversals, and Failures*, World Bank, 2010, [www.govindicators.org](http://www.govindicators.org).

27 Наводимо само нека домаћа истраживања која од 2000. године континуирано прате институционално реструктурирање у Србији: Б. Мијатовић, (ур.), *Институционалне реформе у 2010. години*, Београд, ЦЛДС, 2010; Б. Мијатовић, (ур.), *Институционалне реформе у 2009. години*, Београд, ЦЛДС, 2009; Б. Мијатовић, (ур.), *Реформе у Србији: Достићућа и изазови*, Београд, ЦЛДС, 2008; А. Јовановић (ур.), *Извештај о транзицији у Србији*, Београд, ЕСПИ, 2006; Б. Беговић, Б. Мијатовић, (ур.), *Четири године транзиције у Србији*, Београд, ЦЛДС, 2005; А. Јовановић, V. Vukotić, (eds.), *Transition Report for Serbia and Montenegro*, G17 Institut Belgrade and ISSP Podgorica, 2004.

28 Видети Јовановић, А., (2009), *Developing the Rule of Law in Serbia and Market Economy, in Rule of Law in the Market Economy-Two Aims of Transition*, Center into Research into the Post-Communist Economies, CRCE New Series 25, p. 57–63, London.

29 Видети Извештај о напретку Србије 2010, Европска Комисија, [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/Izvestaji/izestaj\\_o\\_napretku\\_srbije\\_2010\\_sa\\_%20aneksom.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/Izvestaji/izestaj_o_napretku_srbije_2010_sa_%20aneksom.pdf).

30 Држава ни сама не поштује прописе које доноси. Дobar пример је кршење Закона о контроли државне помоћи што се огледа у високом нивоу субвенционирања привреде.

сно за стварање тржишне привреде у Србији, потребно је посебну важност дати успостављању и јачању институција за спровођење закона, посебно судства.

## 2. Судска независност и економски раст

Владавина права посматрана у контексту економске ефикасности је битна за заштиту својинских права, па се димензија судске независности нужно намеће као једна од најбитнијих димензија владавине праве. Судска независност је важна за решавање конфликта између приватних интереса грађана, конфликта између приватних интереса грађана и власти, као и конфликта између различитих грана власти. Стога су емпиријска истраживања економски аспект владавине права посматрала кроз судску заштиту својинских права, односно кроз корелацију судске независности и економског раста.

Економетријско истраживање<sup>31</sup> које прати податке о реалном GDP расту између 1980. и 1998. године на узорку од 65<sup>32</sup> земаља прави разлику између формалних (*de iure*) и стварних (*de facto*)<sup>33</sup> карактеристика владавине права.

31 L. Feld, S. Voigt, „Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators“, *European Journal of Political Economy*, бр. 19(3)/2003, стр. 497–527.

32 Анализиране су само оне земље за које је могло да се прибаве подаци за минимално три варијабле владавине права. Индикатори судске независности као апроксимација владавине права показују колико је тешко мерити владавину права. Посебан проблем су транзиционе земље које су после 1990. добиле нове уставе, имале реформу правосуђа и стварну промену положаја судија. Истраживања која мере владавину права се заснивају на експертском мишљењу због чега им се замера субјективност. Субјективност може да буде оправдана ако се владавина права представи кредибилношћу правила и када се та правила оцењују локални предузетници који су најбољих познаваоца привредних прилика. Тада оцене добро одражавају ниво владавине права јер су предузетници ти који на основу своје оцене правила доносе и пословне одлуке. Бројни су методолошки проблеми дефинисања индикатора који апроксимирају владавину права. О тешкоћама у избору варијабли видети L. Feld, S. Voigt, *нав. чланак*, стр. 9. Економетријски модел је провераван варијаблама које апроксимирају економске слободе, правно порекло и политичку стабилност јер се могу посматрати као индикатори владавине права. Занимљиво је да је низак коефицијент корелације са економским слободама (стр. 11) што тражи објашњење. Једино социјалистичко правно порекло има значајану негативну корелацију са економским растом.

33 Због хијерархијске организације судова у свакој земљи, узимају се у обзир само највиши судови у земљи. Индикатори формалне (*de iure*) независности су уставом или законом дефинисана институционална стабилност, односно лакоћа промене институција, процедура избора судија, трајање мандата, могућност разрешења само у одговарајућој процедури, обнављање мандата, финансирање независно од других грана власти, адекватност плате и могућност њеног повећања, доступност

Налази потврђују да стварна судска независност<sup>34</sup> утиче позитивно на економски раст – на реални GDP *per capita*. Супротно очекивању формална судска независност нема утицај на економски раст. Када се економски раст корелира са индикаторима стварне судске независности у односу на корелацију економског раста са формалним индикаторима судске независности, налази потврђују да су питања трајања мандата, одступање од очекиваног трајања мандата и обезбеђење плата важнији за економски раст од формалне судске независности. Рангирање земаља према формалном индексу судске независности показује да се на првих девет места<sup>35</sup> не налази ниједна OECD држава, као и да се на првих девет места не налазе развијене демократије и економски развијене земље. Објашњење је да је транзициона индустрија транзиционим земљама наметнула правне моделе који формално прокламују конституционализам.

#### IV Владавина права као транзициона индустрија

Знање о економским ефектима владавине права и *економија владавине љрава* су постали основа за промовисање владавине права у свету и за стварање *индустрије владавине љрава*.<sup>36</sup> То су програми Светске банке, OECD, USAID, GTZ и многих других владиних и невладиних агенција. Реч је о специфичним програмима промовисања владавине права у областима као што је реформа правосудног система, реформа компанијског права и права интелектуалне својине, реформа државне администрације и друго. Оцене реформи су важан део транзиционе индустрије. Други део активности транзиционе индустрије је промовисање владавине права. Упркос развоју *економије владавине љрава*, промоција владавине права се још увек ослања на недовољно знање и непотпуну концептуализацију и операционализацију теоријског оквира о механизмима остваривања везе владавине права и економског развоја. Такође, и емпиријска истраживања, не само она о тестирању

судске заштите и немогућност арбитрарне алокације судских предмета. Индикатори стварне (*de facto*) независности према овом истраживању су ефективно трајање мандата судија највишег суда уколико постоји одступање од нормативног, промена броја судија у истом суду што може смањити утицај оних судија које не доносе „пожељне“ одлуке, непромењивост реалних плата, опрема са којом суд располаже и број референата, зависност примене судских одлука од других грана власти и учесталост промене прописа.

34 За анализу добијених коефицијената корелације видети Видети L. Feld, S. Voigt, *нав. чланак*, стр. 14–25.

35 Видети L. Feld, S. Voigt, *нав. чланак*, стр. 34.

36 Промовисање владавине права датира из осамдесетих година прошлог века, дакле, пре транзиције.

везе владавине права и економског развоја, него и о ефектима програма промоције владавине права у појединим земљама, су недовољна тако да многа питања остају отворена.

Транзиција подразумева целокупну институционалну реконструкцију, али се институције не могу квалитетно мењати без владавине права, нити се владавина права може успоставити без одговарајућих институција. Парадокс је да владавина права јесте неопходна за спровођење квалитетних реформи, али и да се истовремено ствара и примењује као део реформи.

## V Уместо закључка

Србија, као и друге транзиционе земље, је показала да правна реформа не значи истовремено остварење жељених привредних исхода. Владавина права је и даље основни проблем институционалног реструктурирања.

На крају, истраживања и налази *економије владавине права* потврђују да нема једноставних и једносмерних одговора на сложена питања правног уређења тржишне привреде и њеног односа према владавини права, иако је општеприхваћен став да позитивна корелација постоји. Досадашња знања о економским ефектима владавине права су још непотпуна, посебно у погледу емпиријских студија које се односе на Србију, па се даља истраживања могу усмерити у правцу испитивања корелације појединих компоненти владавине права и економског раста.

*Aleksandra JOVANOVIĆ*, PhD

Professor at the Faculty of Law of the University of Belgrade

## RULE OF LAW ECONOMICS AND SERBIA – OPEN ISSUES

### Summary

*Transition reforms, due to the Rule of Law Economics and to the Rule of Law Industry, have directed great attention to economic implications of the rule of law constitution and judicial independence within. Local and international transition reports in the last ten years stress that the lack of rule of law is the major problem of the institutional restructuring in Serbia. Yet, economic*

*implications of the rule of law deficiency in Serbia have been neither theoretically, nor empirically sufficiently investigated. The potential research should deal with definition of the conceptual framework and empirical testing of economic implications of the rule of law.*

**Key words:** *rule of law, judicial independence, economic growth, rule of law economics, rule of law industry.*

др Љубиша ДАБИЋ  
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Београду

## ЗАДРУГЕ КАО ПОСЕБАН ПРАВНООРГАНИЗАЦИОНИ ОБЛИК (УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИСТУП)

### Резиме

У свом раду Аутор разматра неколико релевантних питања у контексту задруге као посебне правноорганизационе облика у уредно право. Та релевантна питања су следећа: историјски развој задругарства и задруге; извори задружног права; правна природа задруге; европско задружно друштво и значај задругарства и задруге као посебне правноорганизационе облика.

Задруга као посебан правноорганизациони облик је анализирана у контексту четири питања: дефиниција задруге, задружне вредности, задружна начела и задружна својина.

У закључним разматрањима свој рада Аутор се залаже за хитно доношење новог закона о задругама, укључујући доношење и посебних закона за поједине врсте задруга (штедно-кредитне задруге, штамбене задруге и др.).

**Кључне речи:** задруга, задружно право, правноорганизациони облик, задружна начела, задружна својина, европско задружно друштво.

## I Историјски развој задругарства и задруга

У упоредном праву су задруге<sup>1</sup> добровољна удружења задругара. Оне су посебан правноорганизациони облик за обављање пословања у области задругарства. Прве претече задругарства јављају се у облику породичних удруживања и удруживања сајмова, као и удруживање у цеховима и гилдама занатлија, укључујући и у области рударства. Међутим, то су у ствари само најаве за будуће задруге.

Идеја о задругарству јавила се крајем XVIII века у Енглеској, и то у облику настанка тзв. дистрибутивних друштава, лига, конгреса и сл. Ниједна од тих институција није била дугог века, јер су све оне биле филантропске организације, установе потрошача или самопомоћи. У њиховој основи је било начело милосрђа које је настојало да разреши проблем беде радничке класе због сталног обарања цена надница као последице увођења нове технологије у време индустријске револуције.<sup>2</sup> Задруга, као посебан правни облик, настала је половином XIX века као самопомоћна, самозаштитна организација нејаких, експлоатисаних појединаца, а била је заснована на поштовању одређених моралних правила (узајамна помоћ, солидарност, једнакост свих чланова без обзира на разлике међу њима, честитост, моралност и др.). Њен настанак је резултат одређених друштвено-економских услова (беда, немаштина, зеленаштво и др.), идејнополитичких струјања (одјек француске буржоаске револуције, идеје социјалиста различитих оријентација, чартистички покрет и др.), као и одређених колективних склоности ка инвентивности, иницијативности и предузетништву.<sup>3</sup>

Прве задруге појавиле су се у време либералног капитализма, када је заштита слабијих била и те како потребна. Прва удружења те врсте појавила су се у облику потрошачког удружења енглеског лекара Вилиама Кинга у *Brighton*-у (1827), а после тога прва успешна задруга модерног доба, основана је као потрошачка задруга сиромашних ткалаца (1844), после неуспелог штрајка у енглеском месту Рожделу (*Rochdale*),<sup>4</sup> Управо је у том периоду, на подлози енглеских радничких штрајкова, засновано слободно задругарство и прва позната задруга модерног доба – *Rochdale Society of Equitable Pioneers*.

1 *Cooperative* (енгл.), *société coopérative* (фр.), *la società cooperativa* (ит.), *Genossenschaft* (нем.) и др.

2 Зорка Вујатовић-Закић, *Кооп менаџмент* – Основни задружни принципи и савремена пракса, Београд, 2000, стр. 35.

3 Мирослав Витез, „Нека питања правног положаја задруге“, *Правни животи*, Београд, бр. 11/2006, стр. 175–176.

4 Јакша Барбић, *Pravo društava – Društva osoba, knjiga treća*, Zagreb, 2002, стр. 658–659.

Задругарство као привредни и социјално-политички покрет, а задруга као основни и посебан правноорганизациони облик у области задругарства, попримили су европске и светске размере. Из Енглеске, где је настала задруга, задругарство се ширило европским простором, а одатле затим широм света.

Током XIX века, у свету је развијана задружна филозофија чију суштину чине идеје намењене „људима који раде заједно“. У том временском раздобљу идентификовано је пет области у којима задруге могу успешно да послују и тиме задовољавају потребе људи: потрошачи, индустријски радници, штедише или корисници кредита, примарни произвођачи и пружаоци услуга. Британско задругарство је предњачило у области потрошње, француски радници организују прве успешне радничко-произвођачке задруге већ 1940. године, штедно-кредитне задруге су нашле плодно тле у Немачкој, а пољопривредници оснивају своје произвођачке задруге првенствено у Данској, Немачкој и Великој Британији. Због ширења задругарства и повећања броја основаних задруга, као и због њиховог привредног значаја у XX веку, задружно право није остало само у сфери остваривања правних могућности, правног облика за остваривање одређених привредних интереса, већ је постало средство за остваривање одређених привредних, социјалних и политичких циљева.

У Француској се прве модерне задруге јављају средином тридесетих година XIX века. Идејни им је творац био *Philippe Buchez*. Реч је о радничким производним задругама, а средином XIX века су се на тим принципима организовали сељаци и потрошачи.

Претходница задружних организација у Италији биле су радничка удружења за узајамну помоћ (*società di mutuo soccorso*), која су настала у оквирима радничког синдикалног покрета. Сматра се да је у Италији прва потрошачка задруга (*Magazino di Provvidenza*) настала у Торину (1854), а први задружни савез је основан 1886. године.<sup>5</sup>

У Немачкој је задружни покрет започет касније него у Енглеској и Француској. Средином XIX века, осим индустријских радника, широки слојеви занатлија и пољопривредника настојали су да заштите своју привредну самосталност повезујући се у различита набавна, продајна, кредитна, производна и друга удружења. Међу привредним удружењима занатлија различитих струка и пољопривредника постале су најбоље тзв. кредитне задруге. За ширење кредитног задругарства међу занатлијама био је посебно заслужан *Herman Schulze-Delitzsch* (1808–1883), а међу пољопривредницима кредитне задруге је пре свих организовао *Friedrich Vilhelm Raiffeisen* (1818–1888). Због тога се може констатовати да су кре-

5 Franci Avsec, *Zadruga v primerjalnem pravu*, Ljubljana, 1996, стр. 121.



дитне задруге имале средишње место у даљем развоју немачког општег задружног права.<sup>6</sup>

У Аустрији је основана Каса за испомоћ (1851), индустријски радници су основали прво удружење потрошача у *Teesdorfu* (1856), а нешто касније (1886) основана је прва *Raiffeisenkasse* у Доњој Аустрији (*Mühldorfu*), која постоји и данас.<sup>7</sup>

У време настајања задружног покрета у Европи, задружна мисао продира и на јужнословенске просторе, како у градским тако и у сеоским срединама.<sup>8</sup> На подручју Србије градско задругарство свој развој започиње 1870. године, када је у Београду основана Дружина за потрошњу, као прва потрошачка задруга, уз директно учешће Светозара Марковића и његових сарадника. Затим следе Прва столарско-браварска дружина (1870), Прва кројачка дружина (1871), Прва опанчарска дружина (1871) и Прва поткивачка дружина (1871). На подручју Војводине основана је Српска задруга за међусобно помагање и штедњу (1870), са седиштем у Новом Саду, под непосредним утицајем Српског политичког покрета на челу са Светозаром Милетићем.

## II Извори задружног права

Први задруге су основане а да нису била изграђена правила за њихово оснивање, рад и пословање. Основни извори права који су се примењивали на њих била су општа правила грађанског права која су се примењивала на удруживање физичких лица. Због тога су, између осталог, тадашње задруге по својој правној природи била доминантно удружења. Прве задруге у Енглеској биле су основане на правним правилима која су важила за *partnership*.

У савременим условима, задруге су углавном уређене статусним правним правилима која важе за све врсте задруга. Та општа правила за задруге, као формални извор права, обухваћена су: 1) законима о задругама, којима се уређује искључиво правни положај задруге, какав је случај са правом о задругама нпр. Аустрије, Финске, Француске и Немачке; 2) грађанским законима, какав је случај нпр. са правом Италије и Холандије, док се у Швацарској задруге уређују законом о облигацијама. Изузетно, поједине државе задруге не уређују општим статусним правилима, већ прописима у свему другачијим, нпр. која се примењују на друштва капитала, уређујући одређена статусна питања

6 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 66.

7 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 660.

8 Mihajlo Vučković, *Zadrugarstvo*, Zagreb, 1957, стр. 64.

која су од значаја за ступање задруге у правни промет, какав је случај нпр. са правом о задругама Данске и Норвешке.

Осим општих прописа који се примењују на све врсте задруга, у многим правним системима донети су посебни задружни прописи за посебне врсте задруга, какав је случај нпр. са штеднокредитним задругама, задругама у области становања, осигурања, занатства, социјалне заштите и др.

Особено законодавство у области задругарства има Шпанија, која задруге регулише једним правним актом, комбинујући општа и посебна правила за задруге, у општем закону о задругама (1987). Тај закон у првом делу уређује задруге уопште, а у другом делу посебне врсте задруга, (нпр. потрошачке, производне, радничке, сељачке, кредитне) и посебно друге задруге или вишег степена.<sup>9</sup>

Да узмемо за пример развој енглеског задружног права. Под притиском захтева радника и њихових потреба, у енглеском праву је настајало и развијало се задружно законодавство, које је на почетку делило судбину капиталистичког предузећа. Први модеран закон који је у Енглеској уредио акционарско друштво био је Закон о компанијама (*Companies Act*) из 1844. године. Акционарско друштво као правна форма није била примерена за оснивање задруга, између осталог, што је Закон о компанијама захтевао једноставан пренос акција, чиме би задругари могли у потпуности да изгубе надзор над задругом. Са развојем акционарског законодавства стварао се већи простор за избор примерене правне форме за задруге. Први закон о потпорним друштвима (*An Act for the Encouragement and Relief of Friendly Societies*) донет је у Енглеској још 1793. године. Овај закон није имао за циљ да послужи привређивању, већ да чланови слободно израженом вољом обликују фондове (потпорна друштва) за узајамну помоћ и издржавање у случају болести, старости или изнемоглости. Међутим, Парламент је донео нови закон већ 1846. године, којим је одобрио одређено проширење делатности ових потпорних друштава на привредне области, тј. њима је било допуштено да у мањем обиму обезбеде заштиту својим члановима у животним намирницама и одређеним услугама. Истовремено, истим законом је ограничено пословање потпорних друштава искључиво на њихове чланове. Закон је претпостављао њихову регистрацију, тако да је одобравање њихових правила вршио посебан регистарски службеник (*Chief Registrar of Friendly Societies*). Ради унапређења задружног законодавства, већ 1852. године донет је нови закон о „привредним и потпорним друштвима“ (*Industrial and Provident Societies Act*), којим је ограничена висина улога на 100 тадашњих фунти. Следећи закон о добитним

9 Ф. Авсек, *нав. дело*, стр. 40.

и привредним друштвима донет је 1862. године, који је омогућио да се на основу њега оснивају задруге са својством правног лица и са ограниченом одговорношћу њених чланова. На основу измена и допуна овог закона (1876), задруге су стекле својеврстан правни положај, јер су се регистровале од стране надлежног државног органа. Осим општег законодавства о задругама, које се у XX веку прилагођавало савременим потребама, у Енглеској постоје и посебни прописи којима су уређују производне и нарочито кредитне задруге. Такав је случај са Законом о заједничкој својини у индустрији (1976), на основу кога је омогућено оснивање и задружног предузећа. Такође, посебан закон је донет за кредитне задруге (*Credit Unions Act*).<sup>10</sup>

Развој задружног законодавства имао је своју генезу, уз мање или веће специфичности, и у другим земљама Европе и света (нпр. Француској, Италији, Шпанији, Немачкој, Аустрији, Холандији, Финској, Шведској, САД).<sup>11</sup>

### III Правна природа задруге

Упркос широко злоупотребљеном термину „задруга“ кроз историју, ипак не би требало да буде замењен другим. Он, између осталог, може да се направи дистинкција између задруге и привредног друштва (предузећа), као и између задруге и непрофитних организација.<sup>12</sup> Због злоупотреба у прошлости у коришћењу имена „задруга“, нужно је да законодавац предвиди строге санкције против лица која било на који начин злоупотребљавају овај назив.

Традиционално, у правној и економској теорији и пословној пракси постоје одређене дилеме и неслагања везано за природу задруге као посебног правног облика. Ни данас они нису превазиђени, како у земљама у развоју и неразвијеним земљама, тако и у развијеним земљама, у којима задругарство традиционално има равноправну улогу са другим облицима привређивања.<sup>13</sup>

Правно лице је један од најапстрактнијих правних појмова због својих разноврсних појавних облика. Други појам, појам предузећа, јавља се у контексту правних лица и њега треба посебно разматра-

10 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 43-51.

11 Види детаљније: F. Avsec, *нав. дело*, стр. 41-144; Николић Марија, *Еволуција задружног законодавства у Европи*, Београд, 2009.

12 Henry Hagen, „Guidelines for Co-operatives Policy and Legislation (Guidelines for Co-operatives Legislation)“, *Review of International Co-operation*, Seoul (Korea), Vol. 94 No. 2/2001, стр. 66.

13 Упореди: М. Витез, „Нека питања правног положаја задруге“, стр. 175.

ти и разумети у односу са појмом задруге. Појам предузећа извире из економије и представља економску категорију, а његова садржина је непосредно зависна од друштвеног уређења једног друштва. Предузеће се у правним системима, по правилу, темељи на посебној имовини, као објекат права којим трговац остварује привредни циљ. Једна од суштинских разлика између предузећа, тј. привредног друштва и задруге огледа се и у следећем: предузеће (привредно друштво) обавља делатност ради производње, промета робе и пружања услуга трећим лицима на тржишту, а задруга обавља делатност превасходно за своје чланове.

За задругу су доминантно од значаја интереси њених чланова, а у односу на предузеће које је организовано у задрузи, вежу је и други интереси, који су правно уређени и заштићени, али за задругу нису специфични, као што су: интереси запослених, интереси поверилаца задруге, општи интереси (порески, еколошки и др.) и др.

У економској литератури се дошло до става да величина задруге (мале-велике задруге) није од значаја за биће, тј. природу задруге. Ранија економска теорија је задруге разматрала са аспекта тзв. економије обима. На пример, *John Stuart Mill* (1806–1873) је пошао од тезе да могу производне радничке задруге да разреше супротности између рада и капитала, пошто тако економија обима проналази или алокацијску или мотивациону ефикасност. Економија обима одражава сазнање да производња постаје уносна само у одређеном обиму, када приходи покривају трошкове. Мотивациона ефикасност је од значаја, како би задругар био заинтересованији за посао, јер је у задрузи не само радник већ и власник.<sup>14</sup> У доктрини је расправљано питање да ли је задруга удружење или предузеће. „Ова дилема се своди на чињеницу да је задруга истовремено предузеће које се бави бизнисом, али и удружење које има поред економских и социјалне циљеве.“<sup>15</sup> Отуда филозофија задругарства почива на двојству њених функција, тј. економских циљева задруге обједињених у скупу социјалних идеја. Међутим, иако све задруге имају и једну и другу функцију, код неких врста задруга долазе до изражаја у већој мери социјалне функције, док код других врста задруга доминира економска функција, тј. бизнис. Одатле и подела задруга на добитне и недобитне. Такође, независно од претходно изнете констатације, све задруге су у основи економске организације, јер у свом пословању нужно је да остварују успех и економску корист, како би могле опстати. Како се запажа у економској литератури, „задруга која у комерцијалном смислу не успева, тешко да може дати позитивне резултате на социјалном плану“.<sup>16</sup>

14 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 28.

15 Z. Vujatović-Zakić, *нав. дело*, стр. 19.

16 *Ibidem*, стр. 20.

И међународне организације (Међународни задружни савез и Међународна организација рада) полазе од двоструке природе задруге: она је с једне стране „удружење лица“, а с друге стране „пословно предузеће“. Задруга није предузеће које контролише инвеститор већ удружење задругара чији послови имају заједничке циљеве, који су донели одуку да постану власници и корисници заједничког предузећа. Иако ово предузеће мора да послује профитабилно, разликује се од тзв. капиталистичког предузећа. Због тога, свака задруга је и предузеће, као јединствена организација, која послује на тржишту и мора настојати да члановима служи што успешније и ефективније.<sup>17</sup>

За биће задруге постоји још једна дилема: какав је однос државе и задруге. Може се констатовати да за задругу, као и за предузеће (привредно друштво), не постоји апсолутна слобода у односу на државу, јер држава ствара правне претпоставке за оснивање, рад и пословање свих врста задруга доношењем законодавства. Затим, нужно је у сваком друштву да држава и задруге морају да успостављају односе сарадње, узајамно се допуњујући, ради остврења економских и социјалних функција задруга. Штавише, подршка државе задругама првенствено у неразвијеним земљама и земљама у развоју је очекивана, потребна и пожељна и може бити моћан инструмент привредног развоја земље. Свака земља, независно од њеног степена економског развоја и различитости друштвеног система, треба да прихвати задругарство као облик социјалног, привредног и правног организовања у којима људи обављају активност заједно. Како се наглашава у литератури, опште је прихваћено да је улога јавне власти у задружним пословима ограничена на четири функције: законодавство, регистрација, престанак рада и праћење примене закона од стране задруга.<sup>18</sup>

У правној теорији су постављена два питања: да ли се задруге могу оснивати у некој форми трговачких друштава и, ако могу, да ли постоји разлика између задруге и трговачких друштава. Одговори на постављена питања у упоредном праву нису јединствени. Наиме, упоредна истраживања показују да су задруге у земљама германске правне традиције посебна правна форма. Сви правни извори рађени под утицајем немачке концепције не предвиђају задруге као посебну форму трговачког друштва. Отуда, у Немачкој и земљама под њеним утицајем није допуштено да се задруге оснивају у некој од форми трговачких друштава.<sup>19</sup> У Аустрији је први закон о задругама, под називом Закон о добитним и привредним задругама, донет 1873. године. Овај закон је

17 Н. Hagen, *нав. чланак*, стр. 67-68.

18 *Ibidem*, стр. 53.

19 Стрезо Стрезоски, *Трговачка, штрговачка друштва и њихово удруживање у кайштилистичким земљама* (Скрипта), Нови Сад, 1977, стр. 47.

у више наврата мењан и допуњаван (нпр. 1903, 1920, 1925, 1928, 1934, 1938, 1942, 1943, 1954, 1964, 1974, 1976, 1982, 1989, 1991), а на снази је и данас. Одредбе овог закона су засноване на либералним основама, а задруга је дефинисана као удружење (*Vereine*) са променљивим, неограниченим бројем чланова, које има за циљ да унапреди добитну делатност или економију чланова заједничким пословањем или одобравањем зајма. Садржински је аустријска правна теорија увек одређивала задругу као корпорацију, као посебну врсту правног лица са посебним циљем и сопственом организацијом. Упоређујући становиште из немачке правне теорије, по коме се задруга у материјалном смислу може основати и пословати и у незадружном правном облику, аустријска правна теорија полазећи од опредељења у Закону о добитним и привредним задругама, који захтева да се свака организација која има за основни циљ унапређење привредне користи чланова задруге, оснива као задруга по закону којим се уређују задруге. Оснивачи односно каснији чланови не могу изабрати други правни облик. Међутим, новија правна теорија исказује жељу за преобликовањем задруге у другу врсту правног лица, у оквиру шире реформе задружног права. Та реформа би признала задругу природу трговца, додуше у односу на њен правни облик, а не у односу на делатност коју задруга обавља, какав је случај данас.<sup>20</sup>

Земље романске правне традиције омогућују оснивање задруга које имају природу грађанског друштва и на које се примењују одредбе грађанског законика, као и оснивање задруга у некој од форми трговачких друштава, када имају трговачку природу.<sup>21</sup> Када су настале прве задруге у Француској, грађанско и трговачко право је већ било кодификовано, јер су донети Грађански законик (1804) и Трговачки законик (1807). Тадашњем француском цивилном праву, које се темељило на римском праву, била је идеја „о недељивости заједничке својине“. Грађански законик је у првобитном тексту (одредбе чл. 1832) садржавао изразито добитни и индивидуалистички приступ одређен такође пословним циљем друштвеног уговора. На тај друштвени уговор француско право је наслонило оснивање грађанских, трговачких и других друштава као правних лица, која могу настати на основу тог уговора. Због тога су дуго времена француска правна теорија и судска пракса, и када су доношени посебни или општи прописи о задругама, увршћивали задруге међу удружењима (*associations*) а не међу друштвима (*sociétés*). Различито су објашњавали и пословни циљ друштвеног уговора. По најужем схватању, из њега мора да произађе корист у виду новчаног богаћења чланова. По овом схватању, задруге које су пословале са својим члано-

20 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 84–87.

21 Мирко Васиљевић, *Привредна друштва – домаће и ујоредно право*, Београд, 1999, стр. 423–424.

вима, нису се третирали као друштва. Ако је задруга стицала добит само учешћем њених чланова, та добит је служила искључиво члановима да побољшају економско-социјални положај и није дељена. Шире гледиште, које је законодавац недвосмислено признао половином 1978. године, променом Грађанског законика (одредбе чл. 1832), јер је као корист из друштвеног уговора допустио не само позитивну добит (*gain positif*), већ и уштеду у трошковима (*économie d'une dépense*). Судска пракса се приклонила компромисном решењу, по коме мора бити користи из друштвеног уговора, некакав новчани или материјални добитак, који повећава имовину чланова.<sup>22</sup>

Прве радничке и друге задруге углавном су се оснивале у правном облику јавног трговачког друштва или командитног друштва, а већ 1865. године су угледни правници и политичари поднели француској влади иницијативу за законско уређење задруга. У Француској је донет Закон о друштвима (1867), унутар кога су регулисане задруге под називом „друштва са променљивим капиталом“ (*sociétés à capital variable*). Овим законом није уређена задруга као самосталан правноорганизациони облик, већ као подоблик обичног грађанског али и ма којег трговачког друштва (друштво цивилног права, јавно трговачко друштво, командитно друштво, командитно друштво на акције, акционарско друштво и, од 1925. године, друштво са ограниченом одговорношћу).

Француско законодавство дуго није познавало општи правни појам „задруга“. По први пут, после Другог светског рата, донет је Закон о одредбама задругарства (*Loi numero 47/1775 du 10 septembre 1947, portant statut de coopération*), као општи пропис за све задруге, који је установио задружна начела која су се до тада у оквиру посебног законодавства о задругама поштовала у различитом обиму и нејединствено. Поменути закон је трпео утицај немачког задружног права. Прве измене биле су донете са новим Законом о трговачким друштвима, 1966. године, када је утврђено да се одредбе о акционарским друштвима не примењују на задруге које су основане у облику акционарског друштва. По данас важећим прописима, задруга је у француском праву правни облик различитих правила цивилног друштва и трговачког друштва. На задруге се примењују следећи извори: 1) општи прописи о друштвима, грађанског и трговачког права; 2) општи прописи о задругама; 3) посебни прописи за поједине врсте задруга.

Да ли се разликује задруга од трговачког друштва? Задруга се разликује од привредног друштва првенствено у томе што она добит остварује превасходно на основу пословања са својим члановима, јер је један од задружних принципа „заједничко пословање“, и употребљава га првенствено за подршку професионалном и личном привредном

22 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 106-109.

положају чланова задруге. Због тога је тумачење о поспешивању „добитних делатности или привређивање чланова задруге“ у новијој правној теорији и судској пракси немачког задружног права раширено.<sup>23</sup> Међутим, овде само треба констатовати, да се задруга и у низу других елемената разликује од привредног друштва.

Предност задруга у поређењу са привредним друштвима (компанијама) огледа се, између осталог, у нижим трошковима пословања и већој функционалности људских права. Због тога, задруге су само један од многих правних облика обављања послова које имају могућност да се суоче са новим изазовима. Будућност ће показати да ли ће покрет ка „компанизацији“ пословних предузећа наставити да постоји или ће стари и нови проблеми, нпр. заштита незапослености, превентивна заштита здравља, брига за старе, заштита човекове средине, управљање слободним временом итд., наставити да се решава у задругама као посебном правноорганизационом облику.<sup>24</sup>

Одређене дилеме о правној природи задруге као посебној правној форми су у одређеној мери превазиђене на јубиларном XXXI конгресу Међународног задружног савеза, који је одржан у Манчестеру (Велика Британија) 1995. година (сто година од постојања ове међународне организације).

#### **IV Задруга као посебан правноорганизациони облик**

Посматрано у историјском контексту, задруга је од настанка до данас мењала свој појавне облике (правне форме). Најпре се појавила у облику грађанског удружења физичких лица (ортаклук), без својства правног лица. Затим су поједини законодавци задрузи почели признавати правни субјективитет, с тим да се очувала правна форма задруге и без својства правног лица. У савременим условима, у највећем броју земаља у свету, задруга је посебна правна форма у области задругарства, са правним субјективитетом, са најновијом тенденцијом да све више поприма поједине елементе друштва капитала.<sup>25</sup>

Задруга је, с једне стране, друштвени и јединствени феномен, а с друге и вишедимензионалан појам, који се може изучавати са социолошког (организационог), економског (привредног), правног и по-

23 *Ibidem*, стр. 72–73.

24 Н. Hagen, *нав. дело*, стр. 52.

25 Поједини аутори указују да је у чешком, словачком, бугарском праву задруга „субјект трговинског права са променљивим капиталом и променљивим бројем чланова“. У Правилу ЕУ бр. 1435/2003 о статуту европског задружног друштва „овај тип задруге се дефинише као друштво са варијабилним капиталом и варијабилним бројем чланова“. М. Витез, „Нека питања правног положаја задруге“, стр. 178.



литиколошког аспекта, док поједини аутори наводе да се задруга може поимати са економског, тржишног, социјално-политичког, регионално-политичког, државно-политичког, уставноправног, правноорганизационог, политичког, филозофско-вредносног и еколошког аспекта.<sup>26</sup> За наш предмет изучавања од значаја је задруга као посебан правни облик који се оснива у области задругарства. По правилу реч је о скупу физичких лица у улози задругара, због чега ова правна форма има карактеристике друштва лица. Међутим, када је законом и статутом допуштено, задруга може бити и скуп правних лица, а када је допуштено да се оснива у форми друштва капитала, онда поприма и карактеристике тих друштава.

Задруга има својство правног лица, због чега представља скуп физичких (и правних) лица, са сопственом имовином одвојеном од имовине задругара, која обавља одређену делатност и која је призната од правног поретка, тј. регистрована у одговарајући регистар.

Задруга, као посебан правни облик, оснива се доношењем оснивачког акта (уговор, правила задруге или неки други појединачни правни акт оснивача задруге); има своје име (фирму) под којим послује, у коме је обавезно садржан атрибут „задруга“; има седиште у коме се налази управа задруге и њен персонал; има своју имовину, регистровану делатност, органе и др.; региструје се у одговарајући регистар; одговара за своје обавезе према трећим лицима целокупном својом имовином и др. Задрузи је признат правни субјективитет да би могла да остварује свој циљ, који се реализује обављањем једне или више регистрованих делатности.

Задруга као посебна врста правног лица има одређене карактеристике на основу којих се разликује од других правних лица, али има и такве карактеристике које су исте или сличне са другим врстама правних лица. Она је у одређеним правним системима са различитом оштрином разграничена од других правноорганизационих облика, међу којима сва и немају карактеристике правног лица (нпр. посебна друштва по немачком и аустријском праву). Задруга самостално уређује унутрашњу организацију. Осим унутрашње организације задруге, која се ближе уређује задружним правилима или статутом задруге, она има посебну правну организацију уређену законом, која се у већем броју елемената разликује од других правноорганизационих облика који настају у привредним и непривредним делатностима.

Прописи о задругама у германском праву (Немачка, Аустрија, Шведска, Финска, Холандија, укључујући и Швајцарску) су од њиховог почетка поставили задругу као посебну, аутономну врсту правног лица. Најспорије се задруга као посебна врста правног лица осамостаљивала у

26 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 21-22.

прописима романског права (Француска, Италија, укључујући Шпанију, Португалију, Белгију и делимично Луксембург). Због низа правних околности у романском правном систему, прописи о задругама и прве задруге у Француској и Италији појавили су се након кодификације цивилног и трговинског права. Тако је задруга постепено настајала, излазила, издвајала се из оквира грађанских и трговачких друштава (*societe*) у самосталну врсту правног лица.<sup>27</sup>

Немачка правна теорија прави разлику између задруге у формалном и материјалном смислу. Задруга у формалном смислу обухвата сваку тако именовану и регистровану задругу, која је основана и послује на основу одредаба закона о задругама. Појам задруге у материјалном, тј. садржинском смислу обухвата сваку организацију, независно од њеног формалноправног облика, која има за циљ унапређење користи за њене чланове. Таква организација може бити и друштво капитала, нпр. друштво са ограниченом одговорношћу, које по немачком праву може бити основано за сваки правно допуштени циљ.<sup>28</sup>

Задругу као посебан правноорганизациони облик, између осталог, одређују четири битне компоненте: дефиниција задруге, задружне вредности, задружна начела и задружна својина.

1. *Дефиниција задруге* – Задруга је дефинисана као „самостално удружење лица, која се добровољно удружују ради остварења њихових заједничких економских, социјалних и културних потреба и теже да на подлози предузећа њиме заједнички и демократски управљају“.<sup>29</sup> Наравно, постоје и друге дефиниције,<sup>30</sup> али је реч о максимално широкој дефиницији, која је начелна и може да обухвати све специфичности посебних врста задруга. У анализи ове дефиниције нужно је да се истакну и следеће карактеристике задруге: 1) она је самостална, тј. аутономна и независна од власти; 2) она је удружење лица, по правилу физичких лица, али у одређеним случајевима и правних лица, у својству задругара; 3) она је организација, и то отворена за нове чланове; 4) у њу се лица удружују добровољно, што значи да се улази и излази слободном вољом; 5) чланови задруге у њој задовољавају своје економске, социјалне и културне потребе, што значи да се доминантно оснивају ради задовољења

27 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 8.

28 *Ibidem*, стр. 73.

29 International Co-operative Alliance Statement on Co-operative Identity (1995), ICA News, No. 5–6/1995, стр. 3.

30 На пример према Препоруци 127 Међународне организације рада, задруга је удружење лица која су се добровољно удружила да постигну заједнички циљ преко оснивања демократско контролисане организације имајући подједнаке доприносе захтеваном капиталу и прихватајући поштenu деобу ризика и добити у пословима где чланови активно учествују.

потреба својих чланова; 6) она је заједнички поседовано и демократски контролисано предузеће, што значи да почива на задружној својини и демократским основама; 7) она је предузеће у смислу да је организовани ентитет који функционише на тржишту настојећи да своје чланство опслужује ефикасно и ефективно. Поред економских и социјалних карактеристика које су изнете, задруга има и одређене правне карактеристике, које се из наведене дефиниције не могу непосредно сагледати, а огледају се у следећем: задруга је самостална и независна организација; задруга је посебна врста организације; задруга је посебан правноорганизациони облик привређивања или вршења неке друштвене службе; задруга је субјект права, јер има својство правног лица; задруга се региструје у одговарајући регистар; задруга је приватноправни субјект, јер се оснива од стране приватноправних лица, приватноправним или личним средствима, на основу приватноправног акта и на њу се примењују прописи приватног права.

2. *Задружне вредности* – На XXXI конгресу Међународног задружног савеза (1995), у његовом саопштењу о појму задруге и ревидираним задружним принципима, утврђена је дефиниција задруге, традиционалне задружне вредности и задружна начела. Тиме је суштина првобитних аутентичних задружних начела рашчлањена на задружне вредности и задружна начела.

Задружне вредности представљају систем вредности на којима почива свака задруга, међу којима су: самопомоћ, самоодговорност, демократија, једнакост, праведност и солидарност. Задругари уважавају и етичке вредности, као што су: искреност, отвореност, друштвена одговорност и брига за друге. Поштовање наведених вредности је од првенственог значаја за задружна начела.

3. *Задружна начела* – Задружна начела представљају упутства, тј. смернице на основу којих задруге у пракси примењују задружне вредности.<sup>31</sup> На основу анализе правног положаја задруге, теорија је временом формулисала начела оснивања и пословања задруге, тј. задружна начела (задружне принципе). Она су касније на међународном плану озваничена у тзв. међународна задружна начела, преко значајних међународних докумената, у оквиру Међународног задружног савеза.

31 Смернице за задружно законодавство, које су припремане у организацији Међународне организације рада, промовишу модел задруге у којој су према задружним принципима, чланови сувласници, суменаџери, суконтролори и суко-рисници заједнички основаног предузећа (тзв. принцип идентичности чланова задруге) и где је првенствено и доминантно унапређење члана у односу на стварање високих зарада код инвестираног капитала (тзв. принцип унапређења члана задруге). Међутим, Смернице узимају у обзир економске потребе када усаглашавају наведене принципе. Н. Hagen, *нав. дело*, стр. 53.

На међународном плану приметна су била настојања да се питања правног уређења задруга уједначе. Међународни задружни савез, који је основан 1885. године, на свом XV конгресу у Паризу (1937) усвојио је тзв. задружна начела као изворна начела задруге из Рождела. Та начела су: отворено чланство; демократичност у управљању задругом под геслом један члан један глас; подела добити сразмерно пословању са задругом; ограничење камате на уложени капитал; политичка и верска неутралност; готовинско пословање и подупирање образовања. Став Конгреса је био да треба класификовати ова начела у прва четири као „обавезна“ и преостала три која нису услов за чланство у Међународни задружни савез.<sup>32</sup> Задружна начела други пут су усвојена на XXIII конгресу у Бечу (1966), када је прихваћено ново начело добровољности удруживања везано уз отвореност и доступност чланства. И на XXXI конгресу одржаном у Манчестеру (1995) та су начела утврђивана и допуњавана, чиме је представљена трећа генерација задружних начела, са укупно седам начела: 1) добровољно и отворено чланство; 2) демократска контрола од стране чланова задруге; 3) економско учешће (партиципација) чланова задруге; 4) аутономија и независност; 5) образовање, обука и информисање; 6) међузадружна сарадња; 7) брига за заједницу. Док се прва три начела тичу унутрашњих односа у задрузи, дотле се преостала четири начела тичу како унутрашњих тако и спољашњих односа у задрузи.

Треба имати у виду да се „рожедлска задружна начела“, из којих су произашла „начела Међународног задружног савеза“, разликују од задружних начела која је ширио *Hermann Schulze-Delitzsch* (1808–1883) за занатске односно локалне кредитне задруге и *Friedrich Wilhelm Raiffeisen* (1818–1888) за сељачке кредитне задруге.<sup>33</sup> На пример, док је *Schulze-Delitzsch* истрајавао на начелу самопомоћи без спољашње помоћи, дотле је *Raiffeisen* изграђивао своју задружну организацију на начелу самопомоћи, али не искључујући помоћ државе и других субјеката.

Међународна задружна начела настала су у пословној пракси задруга, на принципу аутономије воље. Она нису производ ни националне ни међународне легислативе, због чега се разврставају у изворе аутономног задружног права, а продукт су задруга и њиховог Међународног задружног савеза. Она су категорија приватног права, јер су их створила приватноправна лица.<sup>34</sup>

32 International Co-operative Alliance: The Present Application of the Rochdale Principles of Co-operation, London 1937.

33 F. Avsec, *нав. дело*, стр. 25.

34 Види детаљније: Мирослав Витез, „Значај међународних задружних принципа у задружном праву“, *Правни живоић*, Београд, бр. 12/2007, стр. 333–347.

4. *Задружна својина* – Задружна својина је посебан облик права својине, која је настала са појавом ситних робних произвођача (сељаци, трговци, занатлије). Задругари, обезбеђивањем почетних средстава за рад задруге, стварају имовину која чини задружну својину. У највећем броју земаља у свету, задружну својину (имовину) чине: 1) улози задругара, односно чланарине или уписнине задругара; 2) средства настала пословањем задруге (покретне и непокретне ствари, новац, хартије од вредности, права); 3) друга средства (поклони, завештања, задужбине, легати и др.).

У тржишним привредама задружна својина је посебан облик права својине, која чини економску основу задруге. Титулар задружне својине је задруга. Она почива на приватној својини задругара. Задругари уносе средства, једнаке (оснивачке) улоге, ако оснивачким актом није другачије одређено. На основу унетог улога у задругу, задругар стиче право на удео у задругу.

Задружна својина се образује из улога задругара, који моментом њиховог уношења у задругу прелазе из личне или приватне својине задругара у задружну својину (имовину). Заузврат, задругари стичу право на удео у задругу. Пословањем задруге њена имовина се може увећати или умањити. Новостворена вредност делатношћу задруге задружна је својина.

Специфичности задружне својине, као посебног облика права својине, огледају се у овим елементима: задруга има посебну правну организацију, која се разликује од правне организације других правних лица, укључујући и привредних друштава; задруга је посебна врста правног лица; задружно организовање и пословање почива на задружним принципима, који се разликују од принципа на којима послује привредно друштво (предузеће) и др.

Задружна својина је посебан облик права својине и њена садржина зависи од облика задруге (пољопривредна, занатска, стамбена, уметничка, ђачка итд.). Она је облик својине који се различито дефинише, у зависности од природе средстава и њиховог правног статуса. Израз „задружна својина“ употребљава се да означи и неке сродне, али различите својинске облике.<sup>35</sup>

Задружна својина се штити уставом<sup>36</sup> и законом.

Задруга располаже својом имовином на начин одређен законом, оснивачким актом, односно задружним правилима.<sup>37</sup>

35 Р. Јелић, *Посебни облици њрава својине у СР Југославији*, Београд, 1998, стр. 155.

36 „Јемче се приватна, задружна и јавна својина.“ Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006), чл. 86 став 1.

37 У нашем друштву постоји вишедеценијска мистификација задружне својине као синонима за колективизам и економску неефикасност. Посматрано историјски,

## V Европско задружно друштво

Европско задружно друштво (*European Cooperative Society – SCE*) представља наставак стварања посебних правноорганизационих облика на нивоу Европске уније (ЕУ), које треба да омогући прекогранично оснивање, спајање или реорганизовање задруга из различитих држава чланица ЕУ. У том циљу, Савет је донео Правило 1435/2003 о Статуту европског задружног друштва,<sup>38</sup> а по узору на одредбе Директиве о положају запослених у Европској компанији, донета је пратећа Директива о положају запослених у европском задружном друштву.<sup>39</sup>

Задруга се може основати на територији ЕУ у правноорганизационом облику европског задружног друштва. На ово друштво се примењује већи број извора права. Ти извори права су: 1) Правило о Статуту европског задружног друштва; 2) одредбе Статута европског задружног друштва о питањима која Правило изричито утврђује; 3) одредбе националних права и др. Друштво може бити основано на више начина: може га основати пет или више физичких лица која су настањена у најмање две државе чланице; пет или више лица, под условом да су физичка лица настањена на територији најмање две државе чланице, а да су правна лица основана и регистрована правом најмање две државе чланице и др.<sup>40</sup>

Број чланова и висина капитала европског задружног друштва нису лимитирани Правилем, већ су та питања препуштена унутрашњим прописима држава чланица ЕУ. Уписани капитал друштва је подељен на уделе. Висина износа уписаног капитала у друштву не може бити мања од 30.000 евра. Уписани капитал друштва је подељен на уделе члано-

најпре, утапање задружне својине у државну, а затим у друштвену довело је до апсурдне идеје о оснивању задруге без задружне својине. На основу одредаба Устава СФР Југославије од 1974. године и Закона о удруженом раду од 1976. године, „у задрузи је рад средствима у приватној својини стављен у функцију стварања и репродуковања средстава у друштвеној својини“. Бараћ Слободан, „Задруге и Закон о својинској трансформацији“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1998, стр. 278. Због тога, постојеће задруге које у својој имовини имају државну и/или друштвену својину, представљају субјекте својинске трансформације. Међутим, задруга која у својој имовини има друштвену својину не може без претходне сагласности Агенције за приватизацију да донесе одлуку о располагању том својином, нарочито одлуку о: продаји, поклону, замени, коришћењу и сл. Закон о допунама Закона о задругама (*Сл. гласник РС*, бр. 34/2006), чл. 1.

38 Council Regulation 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE), *OJ L 207*, од 18.8.2003, стр. 1/24.

39 Council Directive 2003/72/EC of 22 July 2003 supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees, *OJ L 207*, од 18.8.2003, стр. 25/36.

40 Правило 1435/2003, чл. 2 тачка 1.

ва и исказује се у националној валути државе чланице ЕУ. Допуштено је издавање више класа удела друштва, као и да се статутом друштва може утврдити да различите класе удела дају различита права у расподели добити. Удели друштва се стичу на име. Номинална вредност удела мора бити иста за сваку категорију удела, што се утврђује статутом друштва. Удели друштва се не могу издавати по цени која је нижа од њихове номиналне вредности. Статутом друштва се утврђује минимални број удела који мора бити уписан да би једно лице стекло својство члана друштва. Најмање 25% номиналне вредности удела друштва мора бити уплаћено у моменту уписа новчаног удела, а преостали део у року од пет година.<sup>41</sup> Неновчани удели морају се унети у целости у моменту уписа.

Основни капитал задружног друштва може да се повећа, а може и да се смањи потпуном или делимичном исплатом удела члановима у случају престанка њиховог чланства у задругу. Успостављено је правило да промена висине основног капитала нема за последицу измену правила друштва (статута) и њено објављивање.

Капитал европског задружног друштва може бити састављен само од покретних и непокретних ствари, односно од добара која се могу вредновати, проценити и исказати у новцу. Забрањено је да се предмет удела у друштву састоји у раду или услугама, чиме се одступа од традиционалног задружног принципа.<sup>42</sup>

Основано европско задружно друштво стиче својство правног лица и може да обавља регистровану делатност, укључујући и у форми зависног друштва – друштва кћери. Основни предмет његовог пословања је задовољење потреба његових чланова и развој њихове привредне и друштвене активности, у облику закључивања уговора са њима о испоруци производа или пружања услуга. Међутим, оно не може делатност да обавља на тај начин што ће је ширити на она лица која нису чланови друштва, и не може допустити другим лицима да учествују у његовом пословању. Правило је да чланови друштва за његове обавезе одговарају само до висине износа уписаног капитала, а могу предвидети и друкчије решење статутом друштва. За случај да сви његови чланови имају ограничену одговорност за обавезе друштва, нужно је да се та чињеница истакне у пословном имену задружног друштва – „са ограниченом одговорношћу“.

41 Правило 1435/2003, чл. 4 тачка 4.

42 На овлашћеног процењивача и његова овлашћења у вези са проценом вредности неновчаних удела друштва, сходно се примењују одредбе прописа државе чланице који се тичу акционарских друштава у држави чланици у којој друштво има регистровано седиште. Правило 1435/2003, чл. 4 тачка 6.

Европско задружно друштво се у свакој држави чланици ЕУ третира као да је реч о задрузи која је основана у складу са правом државе чланице ЕУ, у којој оно има своје регистровано седиште – начело недискриминације.

Правила европског задружног друштва обухватају његов оснивачки акт и статут, под условом да су то посебни правни акти. Статут друштва се израђује у писаном облику и потписују га оснивачи.

Регистровано седиште друштва нужно је да се налази на територији ЕУ и у оној држави чланици у којој се налази његово стварно седиште.

Стицање чланства у европском задружном друштву зависи од одобрења органа управљања или административног органа. Лицима којима је одбијен захтев за чланство у друштво допуштено је да поднесу жалбу генералној скупштини. Чланство у друштву се може изгубити, из унапред утврђених разлога.<sup>43</sup> Губитак чланства у друштву, по правилу, даје право члану на исплату удела, али сразмерно умањен за евентуалне исказане губитке у капиталу друштва. Статутом друштва се уређују услови и поступак за остваривање права на повлачење из друштва и предвиђа време у коме је неопходна исплата члана, с тим да тај временски период не може бити дужи од три године.

Европско задружно друштво мора да има од обавезних органа скупштину чланова, док статутом може бити утврђено да ће оно имати управни и надзорни одбор – двостепени систем управљања.<sup>44</sup>

Статутом европског задружног друштва утврђују се правила о расподели добити, тј. вишка прихода над расходима за сваку буџетску годину.

На престанак, ликвидацију и стечај европског задружног друштва, као и на сличне поступке примењују се правила држава чланица ЕУ.

## **VI Значај задруге као посебног правноорганизационог облика**

Задругарство и задружни покрет у свету имају дугу историју. Почев од XIX века до данас, они су успели не само да опстану већ и да остваре одређени развој. Основни принцип деловања међународног задружног покрета гласи: „за људе који раде заједно“, прокламован је у XIX веку, није напуштен до данас. Истине ради, задружни покрет је у појединим деловима света и у конкретним земљама, поред успона имао и кризе, а понекад и застоје у развоју па и одређене падове.

43 Ти разлози су предвиђени Правилем 1435/2003, чл. 15.

44 Правило 1435/2003, чл. 36.



Комитет за промовисање и унапређење задругарства формиран је на основу равноправног партнерства три међународне организације (Уједињене нације, Међународне организације за храну (FAO) и Међународне организације рада (ILO)) и четири организације из области задругарства, на челу са Међународним задружним савезом. Уједињене нације су од свог оснивања схватиле значај међународног задружног покрета, због чега је Међународном задружном савезу 1946. године признат консултативни статус у економском и социјалном савету УН. Генерална скупштина УН усвојила је већи број посебних резолуција у вези са задругарством, уз позив државама чланицама да промовишу и подрже задружни покрет. Све усвојене резолуције при УН тичу се у суштини подршке прокламованих циљева међународног задружног покрета.<sup>45</sup>

У поруци Генералног секретара УН поводом прославе првог међународног дана задругарства (1. јули 1995. године), између осталог, истакнуто је да је преко задруга милионима људи омогућено да остваре продуктивно запошљавање, да преброде сиромаштво и постигну социјалну интеграцију. Такође, у поруци је истакнуто да задруга представља модел организације у друштву у чијем је центру човек и која послује на основу хуманих вредности, као што су солидарност, једнакост и правда<sup>46</sup>.

„У развијеним тржишним економијама кооперативе су најчешће асоцијације приватних предузетника, експонираних преко малих и средњих предузећа. На томе се базира и логика довођења у везу предузетништва и задругарства. У том смислу може се рећи да, поред корпоративног и индивидуалног, постоји и кооперативно предузетништво.“<sup>47</sup>

У земљама у транзицији развој задругарства има значај у изградњи тржишне привреде, јер задруге „обезбеђују опстанак на тржишту малим произвођачима који су често жртве моћних картела или великих компанија и уклањају посреднике и зајмодавце (кредиторе) чији су трошкови често енормни.“<sup>48</sup> Задруге у свом пословању могу да опстану

45 Генерална скупштина УН усвојила је резолуције о Задругама и друштвеном развоју (*Cooperatives in social development*), и то: Резолуцију бр. А/RES/54/123 (2000) и Резолуцију бр. А/RES/56/114 (2002). У њима се полази од уједначених правила о задругама (Смернице за стварање погодне амбијента за развој задруга), указује се на улогу и значај задругарства у друштвеном и привредном развоју и позивају владе, међународне организације, специјализоване агенције на сарадњу са задружним организацијама и на пружање подршке развоју задругарства. Мирослав Витез, „Европско задружно друштво (СЦЕ)“, *Правни живоић*, бр. 12/2009, стр. 284.

46 „Организације као што су задруге, које стављају људе на централно место, не треба да се плаше да застаре.“ Н. Хаген, *нав. дело*, стр. 53.

47 З. Вујатовић-Закић, *нав. дело*, стр. 19.

48 *Ibidem*, стр. 25.

на остварењу ограничене добити, чиме помажу у обарању нереално високих цена и доприносе успостављању конкурентских паритета у размени роба и услуга. Такође, задруга не сме остваривати само идеалне (хумане) циљеве, јер су за то предвиђени правнорганизациони облици с непривредним циљевима.

Многе задруге су, по својој природи, заинтересоване и за развој локалних заједница, јер у њима живе и раде њихови чланови.

Развој задругарства у Србији у савременим условима може да допринесе ублажавању, а у конкретним случајевима и решавају, нагомиланих економских и социјалних проблема са којима се сусреће наше друштво у периоду транзиције.

Задруге се оснивају када становништво има неке економске потребе, а нема могућности да их оствари на други адекватнији начин. Оне доприносе повећању укупних прихода својих чланова и економском развоју појединца, породице, локалне заједнице, али и целокупног друштва. Задруге доприносе смањењу броја незапослених, а када дођу у ситуацију да морају да редукују радну снагу, због своје флексибилности оне обично пронађу начин да креирају алтернативна запослења. Оне доприносе и економском расту локалне и националне привреде. Као комуналне организације оне обезбеђују производе или услуге својим члановима перманентно. Такође, оне су извор конкуренције на домаћем тржишту. Највећи број задруга у свету има за основу предузеће које обезбеђује одговарајуће производе и услуге (нпр. пољопривреда, индустрија, занатство и др.) или потрошачке услуге (нпр. продаја робе, финансијске услуге, становање, здравствена заштита и др.).<sup>49</sup>

Основа за успех задруга се огледа, првенствено, у економији обима, јер задруге обезбеђују почетна институционална средства уз помоћ којих се потенцијални чланови задруге могу организовати у посебан правни облик на принципу самопомоћи.

У савременим условима, тј. у ери када људи настоје да остваре већи степен контроле над својим радним местима задруге им реално пружају такву могућност, а што је од значаја и за мала и средња предузећа. Независно од констатације да укупан број задружних предузећа чини само

49 Анализа података статистичког профила задруга у Европи у 1996. години потврђује доминацију задружних организација из терцијалног сектора чија снага је зависна, али и детерминисана улогом чланства као корисника услуга задруге, или као предузетника који задругу сматрају својом пословном асоцијацијом. Конкретно: на терцијарни сектор отпада 46% укупног броја задруга, 87% чланства и око 59% запослених; на примарни сектор отпада око 38% укупног броја задруга, преко 12% чланства и преко 21% запослених; на секундарни сектор отпада преко 16% укупног броја задружних организација, свега 1% чланства и 20% запослених. З. Вујатовић-Закић, *нав. дело*, стр. 107.

мањи проценат милионских бројева малих и средњих предузећа у Европи, ипак се могу навести одређене чињенице у вези са тим.<sup>50</sup>

У контексту малих и средњих предузећа, значај задруга огледа се, између осталог, у обезбеђивању: 1) средстава помоћу којих је могуће креирање продуктивних радних места и упошљавање незапослених; 2) средства за превазилажење сиромаштва одређених слојева становништва у друштву, тј. чланова задруге; 3) остваривања социјалне интеграције сиромашнијих слојева становништва, тј. чланова задруге. Задруге су економски значајне не само за њихове чланове и запослене у њима, већ и за њихове породице, као и за локалну заједницу и целокупно друштво.

На пример, јапански Закон о задружним малим и средњим предузећима (1949) уређује организацију и надлежне органе задружних малих и средњих предузећа ради заједничког обављања послова, уз заједничку корист. Наведени закон уређује 6 типова задружних предузећа. У Јапану је задружно предузеће (*enterprise cooperative*) посебан тип задруге. Сваки члан обично уноси сву своју имовину и рад, тј. радну снагу у задругу, а задруга обавља послове за њих као јединствено предузеће. Чланови учествују у управљању и раду задруге, а по правилу остварују зараде за ангажовање у пословању задруге. На основу наведених карактеристика, поједини аутори изводе закључак да „задружно предузеће само има изглед друштва, али је у суштини задруга“.<sup>51</sup> Задруге су у значајној мери учествовале у економском опоравку Јапана после 1945. године, где су одиграле одлучујућу улогу у реорганизацији пољопривреде и рибарства, као и трговине на мало. Значај задругарства не може се схватити на најбољи начин ако се посматра само преко статистичких података и трендова. Суштина задругарства се истински може разумети ако се ви-

50 Те чињенице се огледају у следећем: прво, 288 хиљада задруга удружује око 20 милиона породица или индивидуалних предузећа; друго, 140 милиона чланова различитих облика задруга представља око 17,5% популације (800 милиона становника), у 41 европској земљи које су укључене у разматрање; треће, у земљама Европске уније чланство у задругама прелази 83 милиона што представља преко 22% укупне популације (остале европске земље имају 57 милиона задругара што чини преко 13% њихове укупне популације; међутим, нужно је нагласити да изнети број чланова задруге често подразумева да је појединац члан више од једне задружне организације; четврто, око 5 милиона запослених у задружним организацијама чини еквивалент броју радних места која је креирало 25 највећих европских послодаваца организованих често као мултинационалне корпорације; пето, у реалном животу број запослених у задругама (било као чланови-предузетници или као запослено особље) далеко је већи од наведених цифара. З. Вујатовић-Закић *нав. дело*, стр. 107.

51 Види детаљније: Hidetaka Saeki, *Small and Medium-Sized Businesses*, XI 9-13-15, General Editor Zenataro Kitagawa, *Doing Business in Japan*, Matthew Bender 1989, стр. XI 9-15 и В. Б. Рамзес, *Мелкие и средние предприятия в послевоенной Японии*, Москва, 1965, стр. 136.

докрут посматрања усмери у контексту свакодневног живота. На пример, у Јапану бебе се рађају у задружним болницама, у Колумбији деца уче о компјутерима у специјалним школама које води пољопривредна задруга и сл.<sup>52</sup>

## VII Уместо закључка

Задругарство и задруге у Републици Србији налазе се у кризи у дужем временском периоду. Што је још забрињавајуће, задруге настављају тренд пропадања а нова власт није успела у протеклих десет година ни једно питање да покрене и реши у области задругарства. За неверовати је да се у протеклом периоду није могао донети нови закон о задругама, укључујући и посебне законе за поједине врсте задруга (нпр. закони о штедно-кредитним задругама, стамбеним задругама и др.), на основу којих би задруге у Србији биле успостављене на приватној својини задругара, на основу које се формира задружна својина, на задружним вредностима и задружним принципима које негује Међународни задружни савез.

Објективне разлоге за замирање задругарства и задруга у Србији, у периоду 1990–2000. године, треба тражити и у следећим чињеницама: сецесионистички процеси у бившој СФРЈ, ратно окружење, уведене санкције Савета безбедности УН, инфлација, сива економија, приватизација и др. Међутим, инертност новоуспостављене власти у Србији, у периоду 2000–2010. године, да изврше идентификацију друштвене и државне својине у постојећим задругама и да донесу нови закон о задругама, на основу кога ће се убудуће задруга оснивати на приватној и личној својини задругара, чију ће економску основу чинити задружна својина а пословње одвијати на задружним принципима, не може се оправдати.

Постојећи систем задругарства и задруга у Србији треба „демонтирати“ и усагласити са будућим новодонетим законом о задругама, а паралелно радити на стварању аутентичног задружног покрета. Влада би требало да ствара услове за обезбеђивање миљеа за пословање задруга, нпр. успостављањем ефикасног и делотворног независног судства, пореске управе, банкарства и осигуравајућих друштава, задружне ревизије, уз промовисање професионалних привредних удружења (задружни савез, привредне коморе, пословна удружења и др.).

Сагласно релевантним одредбама Устава Републике Србије (2006), задатак власти у Србији је да што хитније обезбеде задругарству и задругама што повољније политичко окружење, устопстављање нових правних

52 3. Вујаговић-Закић *нав. дело*, стр. 42.

претпоставки за оснивање, рад и пословање задруга, а њихов будући развој заснују на економској и политичкој слободи. Надлежни државни органи морају да обезбеде нова законска правила, слободан избор привредне активности, слободан приступ националним и међународним тржиштима, гаранције за приватну и задружну својину и јасно разграничење између јавног и приватног сектора. Осим регистрације задруга, доношења законодавства и опште нормативне контроле на њима, давни органи у тржишној економији нужно је да стварају и подстичу повољније услове за развој задругарства, али се не смеју мешати у њихово економско пословање.<sup>53</sup>

Недавно се појавио и Нацрт закона о задругама који је израдило Министарство економије и регионалног развоја (крајем 2010. и почетком 2011). На озбиљност овог нацрта указује, између осталог, непостојање било каквог образложења за његову израду и доношење. На основу увида у његову садржину, мишљења сам да је било примереније и адекватније третирати га као „радну верзију“, из разлога што још много треба радити на унапређењу његове концепције, структуре и самог текста предложених решења. На пример, осим понуђена три крајње начелна става у чл. 12 Нацрта закона везано за Републику, територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе, која се тичу „заштите задруге“, „подстицања задругарства мерама економске политике“, „давања одговарајућих олакшица и могућности да се формирају задружни фондови за унапређење и развој задругарства“, творци Нацрта закона су изоставили у потпуности да детаљније регулишу место и улогу Републике. Између осталог: 1) надлежном органу Србије (Влади Републике Србије) законодавац мора да стави у дужност да у одређеном року изради предлог Стратегије развоја задругарства и задружног сектора у Републици, коју доноси Народна скупштина Републике Србије; 2) да у Нацрту закона буде унет минимум садржине за Стратегију (нпр. анализа постојећег стања; основне поставке развоја; стратешки правци и инструменти развоја; план реализације; критеријуме, индикаторе и поступке евалуације и др.); 3) обавезно доношење Акционих програма за реализацију Стратегије. Такође, Министарство не може Републику да ослободи дужности да формира Републички фонд за унапређење и развој задружног сектора.

Правило је да се најпре донесе Стратегија развоја задругарства и задружног сектора у Републици, а да се на основу ње приступи изради

53 Како се може сазнати из литературе, у току је израда новог закона о задругама, тј. да већ израђена Радна верзија нацрта закона о задругама, али без навођења података о његовим творцима и његовој доступности јавности. Мирјана Кнежевић, „Задруге – новине предвиђене радном верзијом Нацрта закона о задругама“, *Правни животи*, бр. 12/2007, стр. 349-257.

законодавства о задругама. Како је у Србији поступљено у доношењу овог нацрта закона о задругама? Чак ни обрнуто!

Један о могућих концептуалних приступа о изради закона о задругама у Србији, што би представљало велики изазов за наше савремено законодавство у овој области, да се понуди Нацрт кодекса о задругама који би на свеобухватан начин регулисао задруге у Србији. Њиме би биле обухваћене опште одредбе о задругама, посебне одредбе за посебне врсте задруга и одредбе о задружним удружењима. У упоредном праву пример за овакав приступ у регулисању материје о задругама пружа Шпанија са својим кодексом из 1987. године.

**Ljubiša DABIĆ, PhD**

**Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Economy**

## **COOPERATIVES AS A SPECIAL LEGAL- ORGANIZATIONAL FORM (A COMPARATIVE LAW APPROACH)**

### **Summary**

*Following a comparative law approach the author in this paper considers a number of issues related to cooperatives as a special legal-organizational form. The relevant issues include: historical development of cooperative societies and cooperatives; sources of cooperative law; legal nature of the cooperative; the European cooperative society and cooperative and their importance as special legal-organizational forms.*

*As a special legal-organizational form the cooperative is analyzed in the context of the following four issues: definition of cooperative; cooperative values; cooperative principles; and cooperative principles.*

*In the final sections, the author advocates an urgent passing of a new cooperative acts, including special laws on various forms of cooperatives (cooperative saving and credit banks, housing associations/cooperatives, and the like).*

**Key words:** *cooperative, cooperative law, cooperative principles, cooperative principles, European cooperative society.*

др Соња БУНЧИЋ  
ванредни професор Факултета техничких наука Универзитета у  
Новом Саду

## ОДРЕЂЕЊЕ ПОЈМА МАЊИНСКИ АКЦИОНАРИ И ЊИХОВА КЛАСИФИКАЦИЈА\*

### Резиме

*Појам мањински и већински акционар у нашој ојшњој и сјручној јавносној још увек изазива дилему збој процеса приватизације. У теорији овај појам се односи на права институционалних и професионалних инвеститора. Аутор у раду приказује класификацију мањинских и већинских акционара, поред квантитативне и квалитативне одређења, и критеријомом интереса. Сликање позиције мањинској акционара објашњава као изворну и сечену.*

**Кључне речи:** мањински акционар, већински акционар, институционални инвеститор.

### І Уводна разматрања

Извештај *Cardbury Commision* од 1992, одређује да је „корпоративно управљање систем помоћу којег се управља и врши контрола компанија“.<sup>1</sup> Дакле, управљање и контрола су два носећа стуба система

\* Рад представља резултат истраживања у оквиру пројекта „Унапређење конкурентности Србије у процесу приступања Европској унији“, Министарство науке Републике Србије, бр. 47028, за период 2011–2014. године.

1 А. Cadbury, *Report of the Committee on the Financial aspects of Corporate Governance*, London, Decembar 1992.

корпоративног управљања.<sup>2</sup> Прецизније, његово одређење чврсто је везано за преовлађујућу структуру акционара. У земљама англосаксонског правног круга, влада дисперзивна структура акционара и корпоративно управљање је окренуто ка акционарима (*shareholders-oriented approach*), док у многим европским земљама, нарочито Немачкој, преовлађује концентрација акционара и корпоративно управљање окретнуто је ка различитим носиоцима интереса у компанији<sup>3</sup> (*stakeholder approach*).

Економско, социјално и културно окружење у свакој земљи одређује развојни пут корпоративног управљања. Његово адекватно решавање отвара могућност за унапређење ефикасности и конкурентности компанија (корпорација).

У компанијама у којима постоји акционарска структура која има концентрисано власништво над акцијама, постоји изражајнији проблем<sup>4</sup> између мањинских и већинских акционара, који могу бити и контролни. Већински акционари имају контролу над управом, она одговара само већинском акционару што може узроковати штетне последице по интересе мањинских акционара. Однос већинског и мањинског акционара познат је као *друџи аџенцијски љроблем*.<sup>5</sup>

У овом раду размотрићемо могућности превазилажења проблема који се јавља у односу већинских и мањинских акционара покушајем одређења појма и класификације мањинских и већинских акционара. То је неопходно из разлога честих неспоразума и неразумевања у нашој општој али и стручној јавности: ко су уствари мањински и већински акционари?

## II Већински и мањински акционари – регулаторни оквир

### 1. Регулисање заштите мањинских акционара

Чланице Европске уније, усвојиле су заједничке ставове у многим аспектима регулативе компанијског права али и поред тога, Европска унија још увек није усвојила заједничко решење за конфликте

2 К. Нопт, „Comparative Corporate Governance: The state of the Art and International Regulation“, Ecgі, January 2011, стр. 6.

3 Свака страна која има неки интерес у фирми – акционари, повериоци, власници обвезница, запослени, купци, управа и слично.

4 *Први аџенцијски љроблем* познат као сукоб интереса власника и управе, где су власници у позицији принципала, док је управа друштва у позицији агента (заступника) који по законској дефиницији ради (треба да ради) у име и за рачун принципала

5 М. Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми“, *Анали Правној факултету у Београду*, година LVII, 1/2009, стр 7.



који настају између супротстављених акционара. Упркос чињеници да се између акционара може успоставити изврстан договор, неспорна је чињеница да заиста постоји опасност да се од стране већинских акционара угрози интерес мањинских акционара.

Због разлика које постоје у настајању и развоју овог института, његово уређење препуштено је националним регулативама. Унутар њих, већином у прописима којима се регулише област привредних друштава, доносе се посебна правила која уређују права акционара, са више или мање одредаба којима се штите мањински акционари. Тек од 2004. године настају заједничка решења у оквиру ЕУ и то појединих питања заштите права мањинских акционара која се односе на поступак преузимања друштава, где се питање евентуалног сукоба интереса између акционара решава доношењем правила о заштити мањинских акционара.<sup>6</sup> Касније, *European Shareholder Right Directive* од 11. јула 2007. године, остварено је ојачање права акционара. У земљама које нису чланице Европске уније, које углавном пролазе кроз период транзиције, долази до решавања овог проблема корпоративног управљања путем увођења основних начела корпоративног управљања (принцип равноправности акционара, фидуцијарна дужност према мањинским акционарима) и увођењем заштите права мањинских акционара, (судска заштита, учествовање у управи друштва и слично).<sup>7</sup>

## 2. Монистички и дуалистички систем управљања

Шта се крије иза хетерогености регулативе овог института? Можда звучи иронично, али баш проблеми мањинских акционара, у свим земљама слично се манифестују. Одбијање доношења одлуке о дивиденди, онемогућавање мањинским акционарима да имају представника у управном одбору, извлачење вредности друштва од стране већинског акционара и слично.

Различита решења истих проблема мањинских акционара, условљена су постојањем различитих модела управљања, једнодомног (*монистички*) и дводомног (*дуалистички*). Због различитих решења која су предвиђена за управу, компанија мора прихватити одвојеност интереса у корпоративном удружењу због чега је потребно на другачији начин заштити интерес мањинских акционара.

Неизбежно је да се на најбољи начин реши питање заштите интереса мањинских акционара као и осталих учесника (*stakeholders*). У

6 Council Directive 2004/EC of 30 March 2004 on Takeover bid.

7 Закон о привредним друштвима Србије такође уводи заштиту мањинских акционара (чл. 277–278, 284, 309, 311, 334–336 и сл.).

основи ове потребе за заштитом различитих интереса налазе се економски и социјални разлози.

Последица ових различитости је потпуно одсуство поверења међу члановима (акционарима) нарочито у друштвима која капитал прибављају путем јавне понуде. У овим корпорацијама, услед недостатка међусобног поверења настају очигледно два супротстављена интереса, прво се јавља индивидуални, појединачни интерес сваког од акционара, па потом и интерес самог привредног друштва. Ови супротстављени интереси знатно мање су заступљени у затвореним друштвима. Сваки појединац настоји да достигне максимални профит за себе и да у ту функцију стави и само друштво.

Поред тога, треба поменути и да акционари или група акционара у наведеном циљу могу да користе и своју актуелну позицију и ставе друштво у положај да служи задовољењу само њиховог интереса. Услед тога друга група акционара или индивидуални акционар може трпети штету односно бива угрожен.

Овде свакако треба напоменути и интерес јавности. Успешно друштво треба да служи не само интересима својих власника, него и да омогући запошљавање, плаћање пореза и сл. Угрожавање позиције неких акционара може довести и до престанка друштва.

### III Мањински и већински акционари, тобожња мањина и већина

#### 1. Одређење појма мањинског и већинског акционара

Пратећи изнете напомене о постојању различитих интереса у претходном излагању јасно се издвајају две категорије које стоје једна наспрам друге а то су: *мањински акционари* и *већински акционари*? Како можемо дефинисати ове две групе, шта их разликује?

Уколико, следимо критеријум *интереса*, онда можемо рећи да интерес који имају, одређује и њихово понашање,<sup>8</sup> те указује да ли припадају једној или другој групи. При томе није неопходно да одређење групе везујемо за број акционара јер и само један већински и један мањински акционар такође представљају исти проблем (супростављеност интереса) као и кад се у групи налази више појединаца на једној или другој страни. Акционари, и поред тога што су одвојени по интересу који следе,

8 Већински акционар ће настојати да избором члана управе оствари своје интерес или да гласа да би онемогућио расподелу добити и обезбедио улагање у нове инвестиције, да обезбеди одређене повластице за себе и сл.

ипак појединачно представљу различите индивидуалне интересе. Уколико постоји индивидуални интерес који је идентичан код већег броја чланова, међу њима не настаје конфликт и *de facto* они припадају истој групи (било да је мањинска или већинска). Произлази да критеријум интереса није једини који треба применити за одређење појма већински или мањински акционар.

У теорији, постоје различити приступи одређењу појма мањински и већински акционар али најчешће се своде на два начина за одређење овог појма *квантитативни* и *квалитативни*.

*Квантитативни* приступ дефинисања појма везан је за власништво над акцијама (*ownership matters*) што значи да је пресудан проценат капитала који акционар поседује и из којег гради своја управљачка и имовинска права. Из тога произлази да ће већински акционар уствари управљати компанијом. Квантитативни приступ одређењу појма већински односно мањински акционар доминантан је у регулативи компанијског права. Наш Закон о привредним друштвима такође прихвата одређење овог појма према процентуалном учешћу у капиталу.<sup>9</sup> Овај приступ може бити одговарајући за случај да једна акција даје један глас и тада се капитал однос јасно уочава и не ствара изузетке. Међутим, данас права и обавезе које произлазе из акција су много сложеније и обухватају права и обавезе које се не ослањају искључиво на релацију са капиталом.

Због тога је, други, *квалитативан* приступ одређењу појма мањински и већински акционар много ближи реалности. Код примене овог критеријума капитал нема искључиву улогу као код претходног случаја. Овде је много важније питање *контроле* а не само питање процента учешћа.<sup>10</sup> Контрола се може спровести односно остварити уз помоћ правних али и неправних инструмената који могу бити у облику договора акционара, уговора, вишеструког права гласа, путем заступања (*proxies*). Право вета може послужити као доказ да они акционари који изгледају као мањински (према капитал односу), уколико њиме располажу, имају средство контроле у својим рукама и у стварности могу бити у позицији већинског акционара.

9 Члан 277-278 право на сазивање ванредне скупштине везује за најмање 10% акција, за предлагање дневног реда – члан 284 такође 10% акција, право на подношење захтева за ликвидацију 20% акција – члан 346, право на посебну ревизију капитала цезус 20% – члан 334-336, право на деривативну тужбу 5% акција – члан 13 ЗПД и сл.

10 Према *Black's Law Dictionary*, контрола се дефинише као постојање директног или индиректног утицаја на управу и политику пословања особе или друштва, путем поседовања акција са правом гласа, уговором или на други начин. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Deluxe 9th edition, St. Paul, 2009.

## 2. Класификација акционара по квалитативном приступу

Према квалитативном критеријуму *већински* акционари су они који имају актуелну, важећу контролну позицију нарочито у поступку доношења одлука те тако утичу на пословање компаније. Већинска позиција им омогућује контролу путем права на именовање директора (тако у праву Енглеске) или чланова надзорног одбора (*Aufsichtsrat*) у немачком праву. Они могу непосредно или посредно утицати на висину накнаде за чланове управе, на расподелу дивиденде, индиректно на пословну политику и функционисање компаније. *Контролни* акционари су они, следећи дефиницију о контроли, који су у позицији да сами изаберу директоре, донесу одлуку о ликвидацији компаније, одлуче о удруживању са другом компанијом, извлаче готовину, мењају акт о оснивању, продају или задржавају имовину компаније или на неки други начин извлаче корист из компаније и штете интересима других група акционара, компанији као правном лицу или јавном интересу. Једном речју – контролишу.<sup>11</sup>

*Мањински* акционари (према квалитативном приступу) су они који немају контролну позицију и зависе од воље и радњи које исказују већински акционари. По оба критеријума (капитал однос и контрола) ова група акционара се налази у зависном положају и потребно их је заштити. Нико не жели да буде у подређеној, слабијој позицији у друштву, зато је једина гаранција за мањинске акционаре постојање ефективне законске регулативе.

Позиција мањинског акционара може бити изворна (*оригинарна*) и стечена (*сукцесивна*).<sup>12</sup> Шта подразумевамо под ове две категорије.

У случају *оригинарне* позиције мањинског акционара ради се о куповини или другом дозвољеном правном начину стицања позиције мањинског акционара. Дакле, статус мањинског акционара настаје тако што акционар купује позицију мањинског акционара или је на други дозвољен правни начин стиче, са намером да стекне позицију мањинског акционара. Оригинарни мањински акционари су различити, мали самостални инвеститори или институционални инвеститори који због ограничења ризика стичу ову позицију својом вољом и свешћу. Ограничења која им посебни прописи о заштити од ризика налажу не дозвољавају неограничено улагање у друга друштва већ само до одређеног процента. Ово се односи на инвестициона друштва, ин-

11 Dennis J. Block, Nancy Barton, Stephan Radin, *The bussiness judgement rule – fiduciary duties of corporate directors*, 5th edition, Vol. I, Aspen law and bussines, New York, 1998, стр. 342.

12 D. Szentkuti, *Minority shareholder protection rules in Germany, France and in the United Kingdom, A comparative overview*, VDM Vertag, 2008, стр. 9.

вестиционе банке, пензионе фондове, осигуравајућа друштва и сл. При куповини акција, ови играчи, посебно проучавају правила о заштити мањинских акционара, јер другу позицији и не смеју да заузму.

У случају *сукцесивној* стицања позиције мањинског акционара ради се о стицању без сопствене воље, под утицајем спољних околности. Овде се ради о случајевима кад због промене правних правила које доноси држава или одлуке које донесе управа о поступку удруживања или слично, дотадашња позиција, без њихове воље постаје мањинска. Недавно објављена истрага Хрватске агенције за надзор над финансијским тржиштем, куповине акција ИНА, указује да се, позиција мањинског акционара може стећи и без своје воље.<sup>13</sup>

Зашто је то важно разликовати ове позиције мањинских акционара?

По нашем мишљењу законска заштита могла би да буде на нижем нивоу у првом случају, док за сукцесивно стицање позиције мањинског акционара ситуација треба да буде јаче заштићена. Наиме неопходно је се створи правни лек у регулативи компаније који ће припадати мањинском акционару или на неки начин обезбедити други инструмент за поврћај баланса у случају губитка пријашње позиције.

### 3. Појам мањинских акционара у транзиционом окружењу

Највећи део акционарских друштава код нас чине некадашња друштвена предузећа. Применом законских решења о приватизацији (примењено је више модела) путем поделе бесплатних акција, претворена су преко ноћи у акционарска друштва са потпуно неприпремљеним

13 Реконструкцијом, током своје истраге, куповину Ининих акција на берзи, Ханфа је открила како је Convergа, брокерска кућа са седиштем у Њујорку, од 21. јануара до 24. марта купила 161.411 акција Ине (1,61 посто) за 531,725.617,70 куна преко загребачких брокера. Но, крајњи власници тих акција купљених преко Convergа, су три друштва с Кипра – *Unprecht Investment limited*, *Stomarli Holdings limited* и *Entris Equiti Limited*. Та су друштва, Инине акције купила за себе, али истражујући порекло и финансијску снагу тих друштава Ханфа је увидела како постоји велика несразмера између основног капитала тих друштава и вредности акција Ине које поседују. Две од те три фирме са Кипра (за трећу Ханфа чека податке) имају оснивачки капитал од 3921 евро и 1710 евра, а преко Convergа су купиле акције за чак 531 милиона куна! У извештају Ханфе наводи се како након спроведене истраге о томе ко преко америчких брокера, фирмама са Кипра купује Инине акције на Загребачкој берзи, постоје и основане сумње да је МОЛ преко повезаних лица стицао Инине акције на берзи, али је притом прикривао своје власништво над њима. Кријући своје власништво, МОЛ је од јавности прикрио своју намеру да стекне више од 50 посто вредности те нафтне компаније, а да је та намера била позната улагачкој јавности, она би утицала на цену Инине акције. МОЛ се оптужује да је обмануо инвестициону јавност која није имала кључну информацију за доношење даљњих инвестиционих одлука.

акционарима који су задржали своје самоуправне навике. Досадашња искуства показала су да је већина ових акционара недовољно упозната са правима која проистичу из акција које поседују, и начинима њихове реализације, те незаинтересована да активно учествује у управљању компанијом. Посебан проблем, у нашим условима, уочен у приватизованим некадашњим друштвеним предузећима, је то што велики део мањинских акционара чине истовремено и запослени у компанији. За ову групу акционара је карактеристично да често мешају права из рада с правима по основу власништва, што неретко, за последицу има да су у коришћењу својих власничких права бивали изложени утицају управе и на неки начин изманипулисани. Поред ове врсте мањинских акционара и држава се у великом броју приватизованих друштава, појављује у позицији мањинског акционара. Слично као и некадашњи самоуправни радници, потпуно пасивно и нетржишно се односи према власништву које има. То је довело до стварања погрешног става опште јавности о положају и заштити мањинских акционара код нас. У теорији и пракси компанијског права, уопште, под појмом заштите мањинских акционара подразумева се заштита и унапређење положаја институционалних и других професионалних инвеститора. За разлику од наведеног, код нас се под појмом мањински акционар још увек мисли на акционаре који су путем бесплатних акција дошли у позицију која захтева самостално одлучивање (управљање и контрола). Због недостака искуства и знања, заборавља се да заштита мањинских акционара у тржишној економији мора бити окренута институционалним инвеститорима. Мали инвеститори и страна улагања могу бити охрабрени путем ефикасне заштите.<sup>14</sup> У случају мултинационалних компанија са билионским приходом то значи привлачење малих инвеститора на сопствено тржиште у значајном броју. Ови мали инвеститори, се уобичајено, осећају сигурније уколико је регулатива заштите њихових интереса јача, те забрана да већински акционар или главни инвеститор, због своје економске моћи, угрози остваривање њихових интереса, израженија. Поред њих велики улагачи су хец фондови, институционални инвеститори, приватни фондови, страни инвеститори па у новије време и државни фондови. Трагични резултати транзиције и тежак положај наших радника (и државе) а сада у великом броју и акционара не сме да уздрма основни принцип акционарства – равноправност акционара.<sup>15</sup> Не могу се доносити у нашим

14 Један од разлога због којих страни инвеститори имају веома спор ритам улагања у земље у транзицији је случај и са Чешком Републиком јер су законска решења заштите показала велику слабост. Детаљније Carol L. Kline, „Protecting Minority Shareholders in close corporations: modeling Czech investor protection on Germany and United States law“, у: *Boston College International and Comparative law Review*, Spring 2000.

15 М. Васиљевић „Корпоративно управљање (од проблема до решења)“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, стр. 13.

условима посебна правила која би важила за наше мањинске акционаре а друга за акционаре који се професионално односе према инвестирању. Не треба очекивати промене закона у наведеном смислу, већ треба радити на побољшању акционарске структуре и концентрацији акционарског капитала, а тиме и на едукацији акционара и на подизању акционарске културе.<sup>16</sup>

#### IV Институционални инвеститори

Анализа акционарске структуре и скорашња истраживања указују да су на светској арени, наступиле промене снага у односима међу акционарима али без промена у механизмима управљања, што ће у скорије време нужно довести и до промена у корпоративном управљању. Остварени напредак у области обавезе јавног објављивања који је праћен и јачим регулаторним оквиром олакшава и подстиче заштиту акционара.

Регулаторни оквир требао би да се усмери на право гласа акционара, и то на проширење у смеру његове ефикасности. Садашња искуства показују да је присуство на седницама скупштине у веома малом проценту. У Немачкој, присуство седницама скупштине је до 30%, са последицом да се ствара *ad hoc* већина као и немогућност достизања квалификоване већине укупног броја акционара.<sup>17</sup> По немачком праву банке могу у функцији заступника, да за акционаре чије акције имају у свом депозиту и по којима су овлашћене гласају.<sup>18</sup> Власник који није присутан, није феномен који је искључиво везан за компаније које су у својој структури изграђене на систему дисперзивног акционарства, него се појављује и у компанијама код којих су мањински акционари у конфронтацији са већинским акционаром. Случај се појављује и код компанија код којих држава представља мањинског акционара.

Поред тога што право гласа могу остваривати присуством на скупштини, институционални инвеститори могу вршити утицај и на саму компанију, управу, и на само корпоративно управљање.

Постоје значајне разлике у искуству Велике Британије и САД с једне стране и већине континенталних земаља на другој страни. Институционални инвеститори имају дугу праксу у Америци и Британији. Минимални ниво државне заштите у ранијем периоду и систем социјалног осигурања омогућио је да средња класа тих земаља постане акционар и

16 *Ibidem*.

17 К. Нопт, „Comparative Corporate Governance: The state of the Art and International Regulation“, стр. 51.

18 Банкарски депозитни глас.

инвеститор. У континенталним земљама, (Немачка као типични представник) институционални акционари су споро напредовали.

Традиционално ови акционари прате правила *Wall Street*-а, они продају своје акције уколико нису задовољни корпорацијом. Међутим, светска финансијска криза показала је да је дошло до пораста броја институционалних инвеститора који су више заинтересовани за саму компанију у коју су уложили. Гласају на главној скупштини, и на тај начин се они укључују у интерно корпоративно управљање.<sup>19</sup>

Штавише, правилима корпоративног управљања, врши се притисак на институционалне инвеститоре да гласају активно, и то подржавају и појединачни правни акти тих друштава. У Британији и Холандији посвећује се велика пажња и даје медијски простор (у новинама) у случајевима када институционални инвеститори-акционари на редовној скупштини активно гласају за накнаде и награде члановима управног одбора. У неким земљама правила налажу да они јавно објаве и објасне глас који су дали.

## V Закључна разматрања

Институционални инвеститори стекли су значајан утицај унутар компанија а самим тим утичу и на њихово управљање. Али они, тај утицај не врше на основу званичне регулативе него посредством спољних инструмента, као што је утицај тржишта на компанију. У овом тренутку још увек не постоје услови за промену регулативе корпоративног управљања која би одразила степен стварне контроле односно утицаја институционалних инвеститора. Чини се да су примарни акционари наставили и даље да буду неактивни. Шире промене у погледу одлучивања мањинских акционара не може још увек бити разматрано ни у развијеним земљама а камоли у земљама у транзицији. Могуће решење налази се вероватно у посебном удруживању мањинских акционара. У многим земљама (САД, Немачка) удружење акционара игра значајну улогу у заштити акционара и корпоративног управљања, док се у другима тај институт уопште не појављује (напр. Швајцарска). Имајући у виду напред наведено мишљење о појму мањинских акционара, питање заштите њихових права у Србији требало би разматрати применом искустава развијених земаља. Развој заштите мањине, требао би да иде у правцу који ће омогућити привлачење институционалних инвеститора за улагања на наше тржиште. Подизање знања наших акционара омогућиће да прихвате изазове тржишта и одговорности која стоји уз власништво у компанијама, а то је њихова најбоља заштита.

19 T. Randall, „The Evolving Role of Institutional Investors in Corporate Governance and Corporate Litigation“, *Vand. Law Rev.*, бр. 299/2008, стр. 61.



**Sonja BUNČIĆ, PhD**

**Associate Professor at the Faculty of Technical Sciences University of Novi Sad**

## **DETERMINATION OF MINORITY SHAREHOLDERS AND THEIR CLASSIFICATION**

### **Summary**

*The determination of minority and majority shareholder in our general and professional public still causes a dilemma because of the privatization process. In theory, this term refers to the rights of institutional and professional investors. The author presents the classification of minority and majority shareholders, by quantitative and qualitative approach and also by criteria of shareholders interests. Acquisition of minority shareholder position is explained as the original and successive.*

**Key words:** *minority shareholders, majority shareholders, institutional investors.*

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

## ПРАВА АКЦИОНАРА У ВЕЗИ СА ДНЕВНИМ РЕДОМ СКУПШТИНЕ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА\*

### Резиме

*Права акционара у вези са дневним редом сīадају у најзначајнија љрава акционара која се остварују љре седнице скућшћине. За Србију је ова љема од љосебној значаја, имајући у виду да је на нивоу Европске уније донећа Дирекћива о љравима акционара, која љројисује минимална љравила о ефикасном вршењу љрава у вези са дневним редом на љеритљорији чићаве Европске уније, ље је у љом смислу од значаја анализа у којој мери је Србија усаћлашена са овим захћевима. Аћракћивносћ љеме је нарочитљо наћлашена чићеницом да се ућоредна законodawсћива у значајној мери разликују у љоћледу домаћаја овој љрава акционара и начина љећовој урећења, као и околношћу да Предлоћ Закона о љривредним друшћивима драстћично мења љозићивноћравну рећулаћиву овој љићћања.*

*Аућор је у овом раду обрадио чећири најзначајнија љићћања која се везују за ово љраво акционара: љрво су обраћена два основна љрава акционара у вези са дневним редом, након љоћа су анализирани основни услови за љихово корићћење, затћим љосћућак који следи након љодношења љредлоћа од сћране акционара, а на крају судска зашћићћа овој љрава. У закључку, аућор је указао на бројне недосћаћке љозићивноћравне рећу-*

\* Рад је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошци аспекти“ (2011).

лајтвиве њрава акционара у вези са дневним редом, као и адекватне начине њеној унајређења.

**Кључне речи:** акционар, акционарско друштво, скупштина, дневни ред, Директива о њравима акционара.

## І О значају права акционара у вези са дневним редом

Скупштина акционарског друштва на седници може одлучивати само о питањима која су ваљано уврштена у дневни ред.<sup>1</sup> Дневном реду се у праву акционарских друштава придаје велики значај, јер треба да обезбеди фокусирану расправу на седницама скупштине, како се оне не би претвориле у „општу причаоницу и место за расправљање о свему и свачему“.<sup>2</sup> Надлежан и одговоран за формулисање дневног реда је орган који сазива седницу скупштине, а то је по правилу управни одбор у једнодомним системима управе, односно надзорни одбор у дводомним системима управе.<sup>3</sup> Права акционара да директно или индиректно утичу на дневни ред се могу посматрати као противтежа овлашћењима управног одбора и модалитет утицаја на одлуке о којима ће скупштина расправљати и гласати. У супротном би се улога акционара свела само на право блокирања усвајања предложених одлука на седници, без могућности да креативно утичу на предмет расправљања и гласања.<sup>4</sup> У системима у којима доминира други агенцијски проблем, ова права се најчешће третирају као права мањинских акционара, док у системима у којима доминира први агенцијски проблем, ово је право акционара.

Између упоредних законодавних решења су уочљиве бројне разлике у погледу права акционара у вези са дневним редом. Оне се крећу од различитог обухвата ових права акционара, преко услова за њихово коришћење (ограничења), па све до начина принудне заштите њиховог

1 Изузетак од овог правила су пословничка питања, јер она могу бити предмет пуноважног одлучивања иако нису садржана у дневном реду. Више види: Зоран Арсић, „Дневни ред за скупштину акционарског друштва“, *Правни живоић*, бр. 12/2007, стр. 107.

2 Јакша Барбић, *Pravo društava – društva kapitala*, knjiga druga, четврто изданје, Organizator, Zagreb, 2007, стр. 664.

3 Како би се поједноставила терминологија, у овом раду ће се користити само управни одбор за означавање органа акционарског друштва који има значајне надлежности у односу на дневни ред скупштинских седница.

4 Ulrich Noack, „Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte von Aktionären börsennotierter Gesellschaften“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2006, стр. 324; Florian Ochmann, *Die Aktionärsrechte-Richtlinie – Auswirkungen auf das deutsche und europäische Recht*, De Gruyter Recht, Berlin, 2009, стр. 88-89.

остваривања. У сваком случају, услови за коришћење ових права су уобичајено мање захтевни у односу на право акционара на сазивање седнице скупштине. Објашњење за овакву законодавну праксу треба тражити у чињеници да је сазивање нове седнице много скупље од укључивања нове тачке у дневни ред, због чега је природно да се строжи услови вежу за сазивање седнице.<sup>5</sup>

Уз право да сазивају скупштинске седнице, овлашћења акционара везана за дневни ред спадају у најзначајнија права акционара која се остварују пре седнице скупштине. Заправо, овде је реч о два начина претходног утицаја акционара на скупштинску седницу, при чему је право акционара на сазивање седнице шире постављено, јер оно у себи конзумира и право (али и обавезу) на одређивање дневног реда. Управо паралелно постојање ова два права оправдава ограничавање права акционара у вези са дневним редом у одређеним ситуацијама.

## II Два основна права акционара у вези са дневним редом

Два основна права акционара у вези са дневним редом су: право на проширење дневног реда и право на предлагање одлука. Упоредна законодавства прописују различита правила за ова два права, те се најчешће не може говорити о јединственом уређењу права акционара у вези са дневним редом, већ о два одвојена режима, која имају нека заједничка правила.

Директива о правима акционара је препознала значај постојања оба права, те је обавезала државе чланице да акционарима обезбеде њихово вршење.<sup>6</sup> Ова два права акционара су раздвојена тек у коначном тексту Директиве, а основ за раздвајање је пронађен у различитим крајњим роковима за њихово вршење.<sup>7</sup>

### 1. Право на проширење дневног реда

Прво право се односи на могућност акционара да у постојећи (раније формулисан) дневни ред уврсте нову тачку о којој ће скупштина одлучивати. На тај начин акционарима се омогућава да непосредно утичу на предмет одлучивања скупштине, а неопходан услов за коришћење

5 Mathias M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, 2008, стр. 94.

6 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *Official Journal* L 184 од 14.7.2007. године (даље у фуснотама: Директива о правима акционара), чл. 6(1).

7 F. Ochmann, *нав. дело*, стр. 89.

овог права је постојање дневног реда за наредну седницу. Коришћењем права на проширење дневног реда, повећава се број тачака о којима скупштина треба да расправља и/или одлучује.

Акционари су једина лица којима се даје могућност да допуњују дневни ред новим тачкама. Сазивачи седнице скупштине који нису акционари ово право немају, већ се њихов утицај на дневни ред исцрпљује у праву на предлагање дневног реда, као и праву на неприхватање предлога акционара за допуну. Отуда се може закључити да се предложени дневни ред може проширити новим питањима само на предлог акционара.

Проширење дневног реда не мора подразумевати само додавање нове тачке. Наиме, могуће је да акционари ово право остваре тако што проширују опсег предложене тачке дневног реда. Они се на тај начин крећу у оквирима предложеног дневног реда, али му дају шири значај.

Закон о привредним друштвима даје право акционарима да „предлажу и захтевају“ да се „нова питања укључе у дневни ред скупштине“.<sup>8</sup> Према томе, право на проширење дневног реда је право акционара у српском праву. Исту концепцију задржава и Предлог Закона о привредним друштвима, јер се акционарима даје могућност да предложи „додатне тачке за дневни ред седнице“.<sup>9</sup> Чини се да је формулација важећег закона прецизнија, јер омогућава да се ово право акционара односи и на укључивање нових питања у постојећу тачку дневног реда, а не само на увођење нових тачака.

## 2. Право на предлагање одлука

Поред права на проширење дневног реда, акционари имају и право да у оквиру постојећих тачака дневног реда предлажу конкретне одлуке о којима ће скупштина гласати. Коришћењем овог права акционари не мењају постојећи дневни ред, већ само утичу на садржину одлуке која се крије иза одређене тачке дневног реда и о којој ће се гласати. Примера ради, ако је управни одбор у оквиру тачке дневног реда која се односи на расподелу добити предложио један начин расподеле (на пример, да се већи износ искористи за реинвестирање, а мањи за расподелу дивиденди), акционари би могли да предложи други начин (на пример, мањи износ за реинвестирање, већи за расподелу дивиденди, а део за наменске резерве). У немачком праву се овај предлог акционара назива

8 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004, даље у фуснотама: ЗОПД), чл. 284(2).

9 Предлог Закона о привредним друштвима од 19.4.2011. године, доступно на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/content/cir/akta/akta\\_detalji.asp?Id=1411&t=P](http://www.parlament.gov.rs/content/cir/akta/akta_detalji.asp?Id=1411&t=P) (даље у фуснотама: Предлог ЗОПД), чл. 337(1).

противпредлог (нем. *Gegenantrag*), јер се на тај начин жели нагласити да је предлог акционара опозиционог (алтернативног) карактера у односу на предлог сазивача. Смисао овог права акционара је у томе да се правремено обавесте остали акционари о намеравању противљењу предлогу управе,<sup>10</sup> како би се придобили да гласају за његов предлог, а не за предлог управе.<sup>11</sup> Међутим, сама изјава акционара да ће гласати против неког предлога или да ће гласати за неки од алтернативно постављених предлога није противпредлог и није обухваћена овим правом акционара.<sup>12</sup>

Противпредлог обухвата сваки предлог акционара који садржински одступа од предлога управе.<sup>13</sup> Из наведеног се могу извући два закључка: прво, сваки противпредлог подразумева постојање објављеног предлога управе;<sup>14</sup> и друго, противпредлог мора садржински противречити предлогу акционара.<sup>15</sup> У неким земљама се право акционара на подношење предлога може остварити и на самој седници.<sup>16</sup> Нису дозвољени условљени предлози акционара.<sup>17</sup> Међутим, противпредлози могу бити евентуални, а обухватају оне предлоге акционара о којима ће скупштина гласати под условом да није претходно усвојен предлог управе.

Колики је значај овог права акционара у великој мери ће зависити од начина формулисања конкретне тачке дневног реда. Ако је тачка формулисана на начин да се одлучује о, примера ради, изменама статута друштва, а сазивачи су предложили доношење одлуке којом се мења неколико одредаба, акционари би могли и на самој седници да дају своје конкретне предлоге измена других одредаба статута, које нису обухваћене предлогом сазивача. Према томе, ширина формулисања тачке дневног реда је у директној корелацији са правима које акционари имају на самој седници у односу на ту тачку.<sup>18</sup> Наравно, овим се не

10 Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008, стр. 649.

11 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 674.

12 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 650.

13 Dietmar Kubis, у: Bruno Kropff, Johannes Semler (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4, §§ 118–147, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2004, стр. 300.

14 D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 300.

15 D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 300.

16 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 674.

17 D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 300.

18 Упореди: Jean Nicolas Druey, „General Report“ у: Theodor Baums, Eddy Wymeersch (eds.), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, Kluwer Law International, 1999, стр. 372.

искључује право акционара да пре седнице предлажу конкретне промене било које одредбе статута, чак и када им је дозвољено да то право остваре на самој седници. Међутим, ако је сазивач предложио конкретну промену одређених чланова статута, и тако формулисао тачку дневног реда (на пример, тачка дневног реда гласи: „Измена члана 15 статута“), онда скупштина може само да гласа о том предлогу, при чему предлози акционара дати на седници не би били дозвољени. У овој ситуацији је право акционара на предлагање одлука везаних за ту тачку дневног реда од великог значаја, јер је не могу променити на самој седници.

Закон о привредним друштвима познаје само једно право акционара у вези са дневним редом – право акционара да захтевају да се нове тачке уврсте у дневни ред скупштине. Према томе, према позитивно-правним српским прописима акционари немају право да предлажу одлуке у оквиру постојећих тачака дневног реда. Велико је изненађење да ни Предлог Закона о привредним друштвима не уводи ово право акционара, што се може оценити као значајан пропуст. Неусклађеност важећег, али и предложеног српског права са комунитарним компанијским правом у овом домену је очигледна.

### III Услови за коришћење права акционара у вези са дневним редом

#### 1. Минимално капитал-учешће

Државе по правилу одбијају да овом праву акционара дају карактер индивидуалног права, због чега се прописују одређена ограничења.<sup>19</sup> У том погледу је готово општеприхваћено да закони, који дају право акционарима у вези са дневним редом, предвиђају минималан проценат акцијског капитала као услов за његово остваривање.<sup>20</sup> Овај проценат или колидира са процентом за сазивање ванредне седнице скупштине или је нижи. Упоредноправно је најприхваћеније решење према коме акционари са 5% гласачког акцијског капитала имају права у вези са дневним редом.<sup>21</sup> Нижи проценти се захтевају у Јапану (1%), Кини (3%) и САД (1% или чак једна акција).<sup>22</sup>

19 U. Noack, *нав. чланак*, стр. 324; F. Ochmann, *нав. дело*, стр. 90.

20 Изузетак представља немачко право, које право на подношење противпредлога (право на предлагање одлука) третира индивидуалним правом. Види: Sorika Pluskat, „Auswirkungen der Aktionärsrichtlinie auf das deutsche Aktienrecht“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, бр. 46/2007, стр. 2141.

21 Види: британски Компанијски закон (*Companies Act*, даље у фуснотама: СА) из 2006. године, чл. 338(3)(а); аустралијски Закон о акционарским друштвима (*Corporations Act*, даље у фуснотама: СА) из 2001. године, чл. 249N(1)(а); немачки Закон

Према становишту Високе групе експерата за компанијско право (енгл. *High Level Group of Company Law Experts*), проценат капитал-учешћа који даје могућност акционарима да остварују права у вези са дневним редом треба да кореспондира са процентима који се везују за право већинског акционара да истисне мањинске акционаре (принудна продаја). Наиме, компанијско право треба да заштити мањинске акционаре који не могу бити истиснути из друштва тако што ће им дати и права везана за дневни ред. „Ако, примера ради, компанијско право државе чланице даје право акционару који поседује 95% акцијског капитала да истисне мањинске акционаре, капитал-учешће неопходно за коришћење права у вези са дневним редом не треба да пређе износ од 5% акцијског капитала.“<sup>23</sup>

За разлику од највећег броја националних законодавстава Директива о правима акционара не прописује минимално капитал-учешће као неопходан услов за коришћење ових права акционара.<sup>24</sup> Пракса показује да је укључивање нових питања у дневни ред веома ретко због релативно високих процената (на пример, 5% и више), чак и од стране институционалних инвеститора.<sup>25</sup> Условљавање поседовањем значајног процента акцијског капитала практично би значило онемогућавање акционара да користе права у вези са дневним редом. Због тога Директива само ограничава државе чланице, јер одређује 5% акцијског капитала као максимално капитал-учешће које национална законодавства могу предвидети.<sup>26</sup> У теорији је указано на то да је посматрано из

о акцијама (*Aktiengesetz*, даље у фуснотама: AktG) из 1965. године (са изменама до 2011. године), чл. 122(2); француски Трговачки законик (*Code de Commerce*, даље у фуснотама: CC), чл. L 225–105; словеначки Закон о трговачким друштвима (*Zakon o gospodarskih družbah*, даље у фуснотама: ZGD) из 2009. године, чл. 298(1); хрватски Закон о трговинским друштвима (*Narodne novine*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07 и 146/08, даље у фуснотама: ZTD), чл. 280(1); македонски Закон о трговачким друштвима (Закон за трговските друштва, даље у фуснотама: ЗТД) из 2009. године, чл. 390(4); црногорски Закон о привредним друштвима (*Службени лист ЦГ*, бр. 6/02, *Службени лист ЦГ*, бр. 17/07, 80/08, даље у фуснотама: ЗОПД), чл. 37(3).

22 М. М. Siems, *нав. дело*, стр. 94.

23 Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (даље у фуснотама: Винтеров извештај) од 4.11.2002. године, стр. 52.

24 Директива о правима акционара, чл. 6(2).

25 Eddy Wymeersch, „Current Company Law Reform Initiatives in the OECD Countries – Challenges and Opportunities“, Financial Law Institute Working Paper No. 2001–04, 2001, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=273869>, 1.4.2011., стр. 17.

26 У теорији се са жаљењем констатује да је ова претпоставка релативног карактера, што значи да њоме није постигнута оптимална, већ само минимална хармонизација. Она је одраз нејединственог става држава чланица по овом питању који се исказао у поступку усвајања Директиве. Види: S. Pluskat, *нав. чланак*, стр. 2141.



упоредноправне перспективе овај стандард далеко виши од минималног.<sup>27</sup>

Другачије правило се примењује на Европску компанију.<sup>28</sup> Наиме, право да уврсте нову тачку у дневни ред је дато акционару или акционарима који имају најмање 10% уписаног капитала. Државе чланице у којима компанија има регистровано седиште могу овај проценат да сниже, односно да дозволе друштвима да то интерним актима учине, под истим условима који се примењују на отворена акционарска друштва. Ако се овоме дода да Европско задружно друштво има другачије постављене услове за додавање нових тачака,<sup>29</sup> може се закључити да је европско право неконзистентно у погледу услова за остваривање права у вези са дневним редом.

У Србији право да захтевају да се нова питања укључе у дневни ред скупштине је дато акционару или акционарима „који имају најмање 10% акција са правом гласа за избор управног одбора друштва“.<sup>30</sup> Процент одређен законом је минималан, а скупштина акционарског друштва би могла на аутономној основи да га повећа.<sup>31</sup>

Језичка конструкција „10% акција са правом гласа за избор управног одбора“ је непрецизна. Применом ове одредбе може се доћи у контрадикторну ситуацију да акционари предлажу тачке дневног реда о којима због сукоба интереса не могу да гласају.<sup>32</sup> Такође, недовољно је јасно да ли би и под којим условима права у вези са дневним редом имали имаоци преференцијалних акција. Стриктним језичким тумачењем, могло би се закључити да имаоци преференцијалних акција никада немају права у вези са дневним редом, јер не гласају о избору чланова управног одбора. Међутим, овакав закључак не би био оправдан, већ би

27 Stefan Grundmann, Nina Winkler, „Das Aktionärsstimmrecht und der Kommissionsvorschlag zur Stimmrechts-ausübung in börsennotierten Gesellschaften“, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, бр. 31/2006, стр. 1425, фус. 41; F. Ochmann, *нав. дело*, стр. 90.

28 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *Official Journal L 294* од 10.11.2001. године (даље у фусногама: Уредба о Европској компанији), чл. 56.

29 Council Regulation (EC) NO 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), *Official Journal L 207* од 18.8.2003. године (даље у фусногама: Уредба о Европској задрузи), чл. 57.

30 ЗОПД, чл. 284(2).

31 Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 550. У теорији је указано да повећање процента не може ићи изнад границе за коју би се могло рећи да представља злоупотребу права већине. Види: Мирко Васиљевић, „Акционарско друштво“, у: Драгор Хибер (уредник), *Јавнобележничко право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 525.

32 Види: ЗОПД, чл. 300(1-3); З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 111.

било упутно применити правило које се примењује на право акционара да сазивају ванредне седнице скупштине.<sup>33</sup> Према том правилу 10% се односи на акције са правом гласа о питању предложеном за седницу. На основу изложеног намеће се логичан закључак, у складу са системским тумачењем закона, према коме имаоци преференцијалних акција у начелу немају права у вези са дневним редом, осим у случају да предлажу тачке о којима имају право гласа, као и ако су предложене тачке дневног реда о којима они имају гласачка права, која остварују у оквиру своје класе (гласање по класама).

Ова одредба Закона о привредним друштвима је у очитом нескладу са Директивом о правима акционара, која прописује 5% акцијског капитала као горњу границу за остваривање права акционара у вези са дневним редом. Предлог Закона о привредним друштвима отклања овај недостатак, и прописује да право на предлагање дневног реда имају акционари „који поседују најмање 5% акција са правом гласа“.<sup>34</sup> На овај начин Србија се прикључује тренду снижавања капитал-учешћа потребног за остваривање права акционара у вези са дневним редом.<sup>35</sup>

Акционари ова права могу користити индивидуално или колективно. Индивидуално ће ово право остваривати они акционари који имају одговарајуће капитал-учешће, док ће остали (мањи) акционари морати да се удружују како би прешли прописани капитал цензус.

Многи закони алтернативно са минималним капитал-учешћем прописују и неки други критеријум по основу кога акционари могу остваривати права у вези са дневним редом. Најчешће се, индивидуално или комбиновано, користе следећи критеријуми: број акционара, тржишна вредност акција, номинална вредност акција, и сл. Тако у Немачкој права у вези са дневним редом имају и акционари који поседују акције чија је номинална вредност 500.000 евра,<sup>36</sup> у Аустралији је довољно да предлог поднесе 100 акционара са правом гласа,<sup>37</sup> у САД је довољно да акционар у континуитету годину дана пре подношења предлога држи акције чија је тржишна вредност најмање 2.000 долара,<sup>38</sup> у Великој Британији ово право има најмање 100 акционара који су унели улоге у просеку не мање од 100 фунти по акционару.<sup>39</sup> Предлог Директиве о правима ак-

33 ЗОПД, чл. 277(1)(3).

34 Предлог ЗОПД, чл. 337(1).

35 Тако је Француска недавно снизила потребно капитал-учешће са 10% на 5%, док је Велика Британија тај проценат sukcesивно снижавала са првобитних 20%, преко 10%, на садашњих 5%. Наведено према: М. М. Siems, *нав. дело*, стр. 96.

36 Немачки AktG, чл. 122(2).

37 Аустралијски СА, чл. 249N(1)(b).

38 Акционар мора да буде акционар и на дан саме седнице. SEC Rule, 14a-8(b)(1).

39 Британски СА, чл. 338(3)(b). Овај критеријум ће посебно бити атрактиван за друштва са концентрисаним акционарством, јер га мали акционари могу лакше

ционара је прописивао да ово право имају и акционари чија номинална вредност акција прелази износ од 10 милиона евра. Међутим, како није могла да се постигне сагласност око тога која вредност се узима у обзир, од овог алтернативног критеријума се одустало.<sup>40</sup>

## 2. Лимитирање броја питања<sup>41</sup>

У нашем праву акционар може предложити и захтевати да се највише два нова питања укључе у дневни ред скупштине.<sup>42</sup> На овај начин је сам законодавац лимитирао право акционара на проширење дневног реда. Жеља је вероватно била да се онемогуће акционари да затрпавају скупштину бројним предлозима, и тако онемогуће њен рад. Теоријски посматрано највећи број тачака који би се могао уврстити у дневни ред скупштине би био 20, и то у нереалној ситуацији да друштво има 10 акционара, а сваки поседује по 10% обичних акција и предлаже две нове тачке дневног реда.

Како закон одређује само највећи број питања који акционари могу уврстити у дневни ред, то би друштво могло само да га смањи на једно питање. Премда то у закону није експлицитно речено, друштва не би могла да у потпуности забране коришћење овог права акционара.

Као логичан додатак правилу о максимизирању броја тачака прописано је и да акционар не може да се рачуна у више од једне групе која поседује наведени проценат акција.<sup>43</sup> На овај начин се онемогућава да један акционар у оквиру различитих група акционара удружених ради достизања законског цензуса или ради неког другог циља, буде укључен у предлагање већег броја питања од броја дозвољеног законом. Овакво правило има и једну негативну страну, а то је да акционар који је учествовао у предлагању само једне нове тачке дневног реда у оквиру једне групе акционара, не би могао да искористи своје право да предложи још једну нову тачку.

Предлог Закона о привредним друштвима не познаје ово ограничење права акционара у вези са дневним редом. Сходно томе, није предвиђено ни правило о забрани рачунања акционара у више од једне групе.

---

испунити, у односу на 5% гласачких акција. Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, eighth edition, Sweet & Maxwell, 2008, стр. 446.

40 F. Ochmann, *нав. дело*, стр. 90.

41 Овај услов се по природи ствари односи само на право акционара на проширење дневног реда, али не и на право на предлагање одлука.

42 ЗОПД, чл. 284(2).

43 ЗОПД, чл. 284(5).

### 3. Форма предлога

Директива о правима акционара омогућава државама чланицама да уведу ограничење по коме се оба права акционара у вези са дневним редом могу остваривати само у писаној форми.<sup>44</sup> Имплицитно се може извући закључак по коме је и усмено коришћење ових права у складу са комунитарним правом. Међутим, треба имати на уму да је коришћење овог права телефоном повезано са бројним тешкоћама око доказивања, због чега његово дозвољавање није сврсисходно.<sup>45</sup> Директива под писаном формом подразумева подношење предлога нових тачака или предлога одлука у оквиру дефинисаних тачака преко поште или електронским средствима. Према томе, европско право даје могућност акционарима да своја права у вези са дневним редом користе и електронским путем. Да ли ће акционари ово право заиста и имати зависи од сваке државе чланице, при чему су права неких држава чланица ово питање препустиле органима управљања који имају дискрецију у погледу дозвољавања коришења електронских средстава за остваривање права акционара по основу дневног реда.<sup>46</sup>

У српском праву се предлог акционара у вези са дневним редом подноси писаним путем.<sup>47</sup> Премда наш закон изричито не помиње електронску форму достављања предлога, не би требало да буде спорно да је она дозвољена. Наиме, електронски достављен предлог представља електронски документ, коме се према Закону о електронском документу не може оспорити пуноважност или доказна снага само зато што је у електронском облику.<sup>48</sup> Како је Законом о привредним друштвима писмени облик услов пуноважности предлога акционара, предлог достављен у електронском облику мора садржати и квалификовани електронски потпис,<sup>49</sup> у складу са Законом о електронском потпису.<sup>50</sup> Међутим, из наведеног се не би могао извући закључак према коме акционари могу безусловно своја права у вези са дневним редом да користе електронским путем. Напротив, нужно је да надлежан орган у друштву (управни одбор) донесе одлуку којом дозвољава овакав начин електронске

44 Директива о правима акционара, чл. 6(1).

45 F. Ochmann, *нав. дело*, стр. 90.

46 Dirk Zetzsche, „Shareholder Passivity, Cross-Border Voting and the Shareholder Rights Directive“, *Journal of Corporate Law Studies*, бр. 8(2)/2008, стр. 322.

47 ЗОПД, чл. 284(3); Предлог ЗОПД, чл. 337(2).

48 Закон о електронском документу (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009), чл. 4(1).

49 Закон о електронском документу, чл. 4(2).

50 О квалификованом електронском потпису у српском праву више види: Закон о електронском потпису (*Службени гласник РС*, бр. 135/2004), чл. 2(1)(3) и 7–11.

комуникације, као и да предвиди све техничке и друге услове за његово коришћење (пре свега, да има *e-mail* адресу).<sup>51</sup>

Начелно је правило да се предлог акционара у вези са дневним редом упућује друштву.<sup>52</sup> Закон о привредним друштвима ово правило конкретизује тако што предвиђа да се предлог доставља управном одбору у седишту друштва.<sup>53</sup> Предлог новог закона је у овом погледу прецизнији, јер он садржи опште правило према коме се достављање врши на адресу седишта друштва или на адресу за пријем поште, под условом да друштво има посебну адресу за пријем поште регистровану у регистру привредних субјеката.<sup>54</sup>

#### 4. Садржина предлога

Законима се по правилу прописује минимална садржина предлога акционара за допуну дневног реда или предлагање одлука. У том погледу се могу издвојити три основна елемента сваког предлога: идентификациони, супстанцијални и експанаторни.

а) *Идентификација подносилаца.* У сваком предлогу се морају навести подаци о подносиоцима, као и о броју акција које поседују. На тај начин се омогућава управном одбору да утврди да ли подносиоци предлога имају минимално капитал-учешће потребно за коришћење права у вези са дневним редом. На крају, сваки подносилац предлога треба својеручно да потпише предлог. Ако се предлог подноси преко пуномоћника, потребно је приложити и пуноважно пуномоћје.<sup>55</sup>

б) *Суштинцијални елементи.* Најзначајнији део предлога зависи од тога које од два права у вези са дневним редом акционари користе. Ако користе право на проширење дневног реда, онда су у обавези да прецизирају додатне тачке за дневни ред. У том погледу се чини разумним захтев да акционари наведу да ли предлажу да скупштина о тим

51 Више види: U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 650-651; Reinhard Marsch-Barner, у: Reinhard Marsch-Barner, Frank A. Schäfer (Hrsg.), *Handbuch börsennotierte AG – Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, стр. 1068. Предлог Закона о привредним друштвима изричито дозвољава акционарским друштвима да имају адресу за пријем електронске поште, при чему се уредност достављања електронског документа друштву одређује у складу са законом који уређује електронски документ. Види: Предлог ЗОПД, чл.

52 D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 302.

53 ЗОПД, чл. 284(4).

54 Предлог ЗОПД, чл. 20.

55 Вук Радовић (адаптација), *Корпоративно управљање – њручник (проширено издање)*, International Finance Corporation, Београд, 2008, стр. 240.

тачкама само расправља или и одлучује.<sup>56</sup> Акционари који се одреде да у оквиру постојеће тачке дневног реда предложе доношење одлуке друге садржине, у обавези су да доставе текст одлуке коју предлажу.

в) *Образложење*. Акционари који користе право на проширење дневног реда треба да уз сваку предложену тачку дневног реда приложе одговарајуће образложење. Само указивање на заштиту интереса друштва или улагача на тржишту капитала није довољно, већ се захтева самостална аргументација која треба да буде у блиској вези са предлогом.<sup>57</sup> Од обавезе образлагања предлога предвиђа се и један изузетак. Наиме, акционар који уз предлог нове тачке дневног рада достави и предлог одлуке не мора да наводи разлоге који оправдавају укључивање тог питања у дневни ред. Сматра се да предлог одлуке у себи конзумира оправдање.

Насупрот упоредноправним тенденцијама, акционари су према Закону о привредним друштвима у обавези да предлог за додавање нове тачке дневног реда у сваком случају поткрепе разлозима за давање предлога и предлогом одлуке о којој ће се гласати.<sup>58</sup> Оба услова су кумулативно постављена, јер се захтевају и оправдање и предлог одлуке. Према Директиви, ако се уз предлог нове тачке поднесе и предлог одлуке, не морају се наводити разлози који оправдавају укључивање тог питања у дневни ред. Такође, Директива ни у једном случају не обавезује акционаре да уз предлог нове тачке дневног реда поднесу и предлог одлуке, што је оправдано и логично, јер се о свакој тачки дневног реда не мора гласати, па следствено томе није неопходно ни постојање одлуке. Предлог Закона о привредним друштвима унапређује позитивноправну регулативу и усаглашава је са комунитарним правом, тако што прописује да акционари треба да образложе предлог или да доставе текст одлуке коју предлажу.<sup>59</sup>

## 5. Рок за коришћење права

Директива о правима акционара је обавезала државе чланице да одреде јединствен крајњи рок за коришћење права акционара на проширење дневног реда. Супротно томе, право акционара на предлагање

56 У Предлогу ЗОПД јасно је назначено да акционари могу да предложе додатне тачке за дневни ред седнице о којима предлажу да се расправља, као и додатне тачке о којима предлажу да скупштина донесе одлуку (чл. 337(1)).

57 D. Kubis, у: В. Крорф, Ј. Семлер (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 302; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 650.

58 ЗОПД, чл. 284(4).

59 Предлог ЗОПД, чл. 337(1).

одлука у оквиру постојеће тачке дневног реда може али не мора бити временски лимитирано.<sup>60</sup> Крајњи рок се може одредити на два начина:

- везивањем за одређени број дана пре заказаног датума за седницу скупштине (на пример, предлог се мора поднети најкасније 15 дана пре дана одржавања седнице) или
- у одређеном року након објављивања позива за седницу (на пример, предлог се мора поднети у року од пет дана од објаве позива).

Закон о привредним друштвима је прихватио други начин одређивања крајњег рока за подношење предлога за допуну дневног реда, при чему ово питање није уређено на јединствен начин, јер се прави разлика између редовне и ванредне седнице скупштине.<sup>61</sup> Тако је за редовну седницу прописан рок од седам дана од дана објаве позива, док за ванредну седницу тај рок износи пет дана од дана објаве позива.<sup>62</sup>

Шта ће се сматрати објавом позива зависи од тога да ли је упућен јавни или индивидуални позив. Јавни позив се објављује на Интернет страници друштва и у најмање једном дневном листу који се дистрибуира на територији Републике Србије у тиражу од најмање 100.000 примерака.<sup>63</sup> Имајући у виду да ова два захтева морају да буду испуњена кумулативно,<sup>64</sup> може се поставити питање релевантног тренутка за почетак рока. Разлози поузданости налажу да се рок рачуна од дана објављивања у дневном листу. Међутим, без обзира што је тренутак објављивања на Интернет страници друштва теже доказати, чини се исправним закључак према коме би рок требало да се рачуна од тренутка касније објаве. Слично томе, ако је објављивање извршено у неколико дневних листова, рок треба да се рачуна од издавања последњег листа.

Слање индивидуалних позива ствара веће проблеме, јер је могуће да друштво пошаље позиве акционарима различитим данима, али у оквиру законског рока. У случају да се више акционара удружило ради подношења предлога, а примили су позиве различитих дана, управни

60 Директива о правима акционара, чл. 6(3).

61 ЗОПД, чл. 284(3).

62 Овде треба указати и на две термилошке непрецизности нашег закона. Наиме, законом је речено да се предлог мора „сачинити“ у предвиђеним роковима, а не доставити друштву. Очигледно је да је овде реч о језичкој омашци, коју не треба тумачити на начин да се рок везује за тренутак сачињавања предлога, већ његовог подношења друштву. Друга непрецизност се односи на то да у закону рок од седам, односно пет дана тече „од дана објаве сазива седнице“. Наравно, законодавац овде мисли на дан објављивања позива за седницу.

63 Види: ЗОПД, чл. 281(4).

64 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, 4. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 384.

одбор треба за сваког акционара да утврди да ли је поднео захтев у року од пет, односно седам дана. Управни одбор не треба да одбије предлог ако сви акционари нису испунили овај услов, већ само у случају да они који су га испунили не прелазе капитал цензус од 10%.<sup>65</sup>

Предлог Закона о привредним друштвима задржава концепцију по којој се прави разлика између редовне и ванредне скупштине, али уводи и једну значајну промену у постојећи режим крајњих рокова за коришћење права акционара у вези са дневним редом.<sup>66</sup> Наиме, рок се више не рачуна од дана објављивања позива, већ се крајњи рок за достављање предлога везује за одређен број дана пре дана одржавања седнице (за редовну седницу предлог се упућује друштву најкасније 20 дана пре дана одржавања седнице, док је за ванредну седницу тај рок 10 дана). Овакав прелаз је у потпуности оправдан, јер се избегавају све тешкоће у вези са почетком рачунања рока за поношење предлога, о којима је већ било речи.<sup>67</sup>

Решења оба закона су усклађена са комунитарним правом. Једино се као питање може поставити у којој мери је дозвољено раздвајање рокова за редовну и ванредну седницу, имајући у виду да Директива о правима акционара захтева утврђивање јединственог рока.

У САД се као проблем поставља право управе да изменама статута утврди другачија правила у вези са дневним редом, тј. право да уведе неко ограничење за акционаре. У пракси су најчешће статутарне одредбе које се односе на благовременост предлога (енгл. *advance notice requirement*). Њима се дефинише моменат до ког акционари могу поднети предлог. Према статистичким подацима у САД, половина акционарских друштава имају имплементирану неку врсту временског ограничења за подношење предлога од стране акционара (мисли се, пре свега, на предлог за именовање чланова управе). Типична одредба у статуту захтева да се акционарски предлог поднесе најкасније 60 дана пре седнице, док је рок за подношење предлога чланова управе дужи, и износи до 30 дана пре скупштине. Ова разлика се објашњава чињеницом да управи треба дати право да испита све потенцијалне кандидате за место директора пре него што учини сопствени предлог.

Према Закону о привредним друштвима, законски рокови за сачињавање предлога акционара су императивног карактера и не могу се мењати на аутономној основи. Међутим, Предлог Закона о привредним

65 У нашој теорији је истакнут и алтернативан став према коме би се по аналогији могло применити правило у вези са сазивањем ванредне седнице скупштине на захтев мањинских акционара, а по коме се почетак рока цени према акционару који је први потписао предлог. З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 110.

66 Предлог ЗОПД, чл. 337(2).

67 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 110.



друштвима императивно прописује само крајње рокове, при чему није довољно јасно да ли је друштвима дозвољено да на аутономној основи ове рокове скраћују. Чини се да овакво тумачење не треба подржати, јер смисао законске норме није само у томе да се омогући друштву да допуњени дневни ред благовремено објави, већ и да се акционарима гарантује минимална заштита њихових права.<sup>68</sup>

Дан када се сматра да је предлог акционара поднет није законски уређен, већ се у том погледу примењују општа правила.<sup>69</sup>

## 6. Везивање права само за редовне седнице

Директива о правима акционара је дала опцију државама да право акционара на проширење дневног реда вежу искључиво за годишњу седницу скупштине,<sup>70</sup> али под условом да акционари имају у исто време право да сазову или да захтевају сазивање ванредне седнице на којој би се одлучивало о тачкама дневног реда које су они предложили.<sup>71</sup> Идеја овакве норме је у томе да се уважи чињеница да ванредну седницу карактеришу краћи рокови, те би коришћење права акционара у вези са дневним редом било скопчано са бројним тешкоћама. На овај начин Директива омогућава државама чланицама да у складу са својом дотадашњом законодавном праксом успоставе избалансиран однос између права акционара на сазивање седнице и права у вези са дневним редом (конкретно, права на проширење дневног реда). Супротно томе, за Европску компанију не постоји могућност увођења овог ограничења, јер је изричито прописано да се права у вези са дневним редом остварују на било којој седници скупштине.<sup>72</sup>

Закон о привредним друштвима изричито прописује да ванредна седница скупштине сазвана од стране акционара може одлучивати једино о питањима која су наведена у предлогу дневног реда приложеном уз захтев за сазивање седнице.<sup>73</sup> На тај начин је право акционара да прошире дневни ред ограничено само на редовне седнице скупштине, односно ванредне седнице које нису сазване на захтев акционара. Из свега наведеног се може закључити да је српско решење у складу са Директивом о правима акционара.

68 F. Ochmann, *нав. дело*, стр. 90.

69 Више види: В. Радовић (ад.), *нав. дело*, стр. 240.

70 Коришћење овог права акционара ће у највећем броју случајева бити најрелевантније код годишње седнице скупштине. P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 446.

71 Слично види: D. Zetsche, *нав. чланак*, стр. 325.

72 Уредба о Европској компанији, чл. 56.

73 ЗОПД, чл. 277(7).

## IV Поступак након подношења предлога

### 1. Рок за доношење одлуке

Управни одбор треба у најкраћем могућем року да донесе одлуку о предлогу акционара у вези са дневним редом. Брзина одлучивања је овде од пресудног значаја, јер би у супротном ово право акционара било само „мртво слово на папиру“.

Закон о привредним друштвима није утврдио рок у коме управни одбор мора да донесе одлуку о предлогу. Према ставу теорије он је дужан то да учини без одлагања.<sup>74</sup> Предлог Закона о привредним друштвима индиректно прописује да је управни одбор обавезан да одлуку донесе у року од три дана од дана пријема предлога, јер тек од тог тренутка акционари имају право да принудно захтевају остваривање свог права.

### 2. Разлози за неприхватање предлога

Управни одбор под одређеним условима може да одбије предлог акционара да се нека нова тачка уврсти у дневни ред, односно да се у оквиру постојеће тачке дневног реда предложи нова одлука. Разлози правне сигурности налажу да би законом требало навести услове под којима управни одбор може да одбије предлог. Закон о привредним друштвима, као ни Предлог новог закона, не уређују ово питање, што треба оценити као велики пропуст. Овакво решење није оправдано ни из угла заштите права акционара, ни из угла развоја дужности чланова управе.

Упоредна законодавства уређују ово питање на два начина: екстензивним прописивањем бројних разлога за неприхватање предлога акционара (немачки приступ) или њиховим свођењем само на прописивање екстремних случајева (британски приступ).<sup>75</sup> Користећи се упоредноправним решењима, праксом акционарских друштава и логиком, управни одбор треба да одбије предлог акционара ако:

- предлагачи нису испунили услове у погледу капитал цензуса који се захтева за коришћење овог права (на пример, предлог су поднели акционари са 4% акција са правом гласа или акционари који представљају 5% основног капитала, али не и 5% гласачких права);

74 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 110.

75 Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law – Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the US*, Cambridge University Press, 2010, стр. 485.

- предлог нема садржину прописану законом (на пример, предлог нема обавезе када је оно обавезно или нема потписа свих подносилаца предлога);
- предлог није поднет у законском року;
- предложене тачке нису у надлежности скупштине акционарског друштва или су генерално ван оквира правне способности акционарског друштва;
- би усвајање одлуке било противно закону или интерним акција друштва (на пример, акционар предложи за члана управног одбора лице које не испуњава законске или статутарне услове,<sup>76</sup> акционари предложе исплату износа који прелази износ утврђене добити и расположивих резерви,<sup>77</sup> и сл.);
- предлог или његово образложење у значајним тачкама садржи очигледно лажне или кривонаводеће изјаве;<sup>78</sup>
- усвајање одлуке на основу предлога не би могло да се изврши, тј. ако би било неспроводиво;
- је предлог претерано дугачак (америчко право, примера ради, ограничава предлог на 500 речи,<sup>79</sup> док у немачком праву није дозвољено објављивање образложења које има више од 5.000 знакова<sup>80</sup>);
- предлог садржи клевете, погрдне изразе, изразе супротне моралу, и сл.;
- акционар да до знања да неће учествовати на седници скупштине, лично или преко пуномоћника;<sup>81</sup>

76 Klaus Steiner, *Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft*, Verlag C. H. Beck München, 1995, стр. 32.

77 D. Kubis, у: В. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 307.

78 Немачки AktG, чл. 126(2)(3); хрватски ZTD, чл. 282(2)(3). Субјективне представе управног одбора нису правно релевантне, већ се лажни или кривонаводећи карактер изјава утврђује из угла трећег непристрасног лица. Види: D. Kubis, у: В. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 308. Значајним треба сматрати само она питања од којих може зависити начин гласања просечног акционара. Види: К. Steiner, *нав. дело*, стр. 32.

79 SEC Rule, 14a–8(d).

80 Немачки AktG, чл. 126(2)2; хрватски ZTD, чл. 282(3). Ограничење се везује за предлог (образложење), а не за акционара. Види: D. Kubis, у: В. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 312. Више о дилеми шта се обухвата под појмом знака у смислу овог правила види: Stefan Mutter, „Gegenanträge – was sind 5000 Zeichen?“, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, бр. 39/2002, стр. 1759–1760; Andreas Pentz, „Nochmals: Gegenanträge – was sind 5000 Zeichen?“, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 42/2003, стр. 1925–1928; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 652–653.

81 Немачки AktG, чл. 126(2)(6); хрватски ZTD, чл. 282(2)(6). Намера неучествовања се мора недвосмислено манифестовати. Види: D. Kubis, у: В. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 307.

- је скупштина неколико пута (на пример, два пута) већ одбила исти такав предлог акционара у претходних неколико година (на пример, три године), под условом да за предлог није гласала одређена већина (на пример, за предлог је гласало мање од 10% гласачких акција);<sup>82</sup>
- се утврди да је предлог фриволан, тј. безначајан, неозбиљан, непрактичан, бесмислен, површан; или
- се утврди да је предлог вексаторан, тј. поднет са примарним циљем да отежа одвијање седнице скупштине, злоупотребом законских овлашћења (на пример, подношење десетине нових предлога).

Ако је недостатак отклоњивог карактера (на пример, предлог је предугачак, нема све обавезне елементе или садржи изразе противне моралу), управни одбор ће оставити предлагачима накнади рок да свој предлог уреди. Управни одбор треба да води рачуна о томе да протек накнадно остављеног рока буде у оквиру законског рока за подношење предлога.

### 3. Поступак са усвојеним предлогом

Прихватањем предлога акционара промењен је постојећи дневни ред, о коме су сви акционари друштва били благовремено обавештени. Због тога Директива о правима акционара обавезује државе чланице да у сваком случају обезбеде да сви акционари добију коначну верзију дневног реда довољно времена унапред како би могли да се припреме за дискусију и гласање о свакој тачки.<sup>83</sup> Најлогичније је решење да се промењени дневни ред објављује на исти начин на који је првобитно предложени дневни ред био објављен. Директива је у овом погледу заузела минималистичку позицију, јер се промењен дневни ред мора учинити доступним на Интернет страни друштва пре дана утврђивања акционара, а остали начини обавештавања нису нужни.<sup>84</sup>

Закон о привредним друштвима није уредио поступак који треба спровести након усвајања предлога акционара. Реч је о значајној правној празнини, која итекако утиче на квалитет регулативе информисања акционара пре седнице скупштине. Због тога се у пракси лако може десити да акционари не знају коначан дневни ред за предстојећу седницу.

82 Упореди: немачки AktG, чл. 126(2)(5); хрватски ZTD, чл. 282(2)(5). Идентитет са претходним предлогом подразумева идентитет предлога, образложења и потписника. Више види: D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 310–311.

83 Директива о правима акционара, рецитал 7.

84 Dirk Zetzsche, *нав. чланак*, стр. 325.

Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије је наложио управном одбору да на Интернет страници друштва објави и допуне дневног реда и благовремено дате предлоге.<sup>85</sup> На тај начин је Кодекс прихватио решење које је годину дана након његовог усвајања прописала и Директива о правима акционара.

Предлог Закона о привредним друштвима значајно унапређује позитивноправну регулативу, прихватајући следећа три правила:<sup>86</sup>

- прво, управни одбор је у обавези да најкасније наредног радног дана од дана пријема на Интернет страници друштва објави предлог акционара у вези са допуном дневног реда;
- друго, управни одбор је дужан да одлуку о прихватању или неприхватању предлога донесе у року од три дана од дана пријема предлога; и
- треће, ако управни одбор прихвати предлог, у обавези је да нови дневни ред без одлагања достави акционарима који имају право учешћа у раду скупштине на начин на који се доставља позив акционарима за седницу.

Приказаном комбинацијом објављивања предлога акционара на Интернет страници друштва наредног радног дана и накнадног објављивања новог дневног реда у кратком року постижу се добри ефекти. Први начин објављивања се врши по аутоматизму, пре доношења одлуке о предлогу, и он омогућава најједноставнији и најбржи начин обзнањивања захтева акционара трећим лицима. Други начин објављивања се врши након што управни одбор прихвати предлог акционара, а односи се на објављивање новог дневног реда. Међутим, у контексту примене ових правила може се поставити следеће питање: да ли управни одбор може под одређеним условима да одбије да објави предлог акционара на Интернет страници друштва? Иако је закон у овом погледу недоречен, чини се да треба заузети став према коме би управни одбор могао да не објави предлог акционара уколико је већ донео одлуку о његовом неприхватању. У том случају би управни одбор требало да објави на Интернет страници друштва своју одлуку са образложењем.

Као добру праксу корпоративног управљања треба прихватити правило према коме је управни одбор у обавези да у кратком року препоручено поштом обавести акционаре о одбијању предлога, као и да наведе разлоге за то. Супротно томе, прихватање предлога не ства-

85 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије (*Службени гласник РС*, бр. 1/2006, даље у фуснотама: Кодекс КУ ПКС), чл. 23.

86 Предлог ЗОПД, чл. 335(4), 337(3-4) и 338(1).

ра обавезу индивидуалног обавештавања подносилаца предлога, јер се објављивање коначног дневног реда сматра довољним.<sup>87</sup>

## V Судска заштита права акционара у вези са дневним редом

Непоступање управе по захтеву акционара, које се манифестује недоношењем благовремене одлуке или доношењем одлуке о неприхватању захтева, даје право било ком потписнику тог захтева да поднесе предлог надлежном суду, који у ванпарничном поступку може наложити управи (тј. друштву) да одређена питања унесе у дневни ред.<sup>88</sup> Право на судску заштиту има сваки потписник предлога, без обзира на капитал-учешће. Према томе, судску заштиту може иницирати и лице које нема капитал цензус потребан за коришћење права у вези са дневним редом, али под условом да је потписник раније поднетог предлога.

Суд је дужан да одлуку донесе у року од 48 часова после пријема захтева. Овај рок се односи само на првостепену одлуку.<sup>89</sup> Жалба задржава извршење решења, при чему суд може из важних разлога одлучити супротно.<sup>90</sup> Имајући у виду да је рок од иницирања ванпарничног поступка до дана одржавања седнице релативно кратак, суд би по правилу требало да одлучи да жалба не одлаже извршење решења.

Предлогом Закона о привредним друштвима је судска заштита права акционара у вези са дневним редом вишеструко промењена и допуњена.<sup>91</sup> Прво, продужен је рок у коме суд треба да донесе одлуку о поднетом захтеву, тако да он сада износи осам дана од дана пријема захтева. Друго, изричито је речено да жалба на одлуку не задржава извршење решења. Треће, прописана је обавеза за суд да одлуку достави друштву одмах, а најкасније наредног радног дана. Четврто, установљена је обавеза за друштво да одлуку без одлагања достави акционарима који имају право учешћа у раду скупштине на начин на који се доставља позив за седницу. Пето, суд је овлашћен да одлучи да се одлука о трошку друштва објави у једном високотиражном дневном листу који се дистрибуира на целој територији Републике Србије.<sup>92</sup> Неспорно је да

87 Више види: В. Радовић (ад.), *нав. дело*, стр. 240–241.

88 Види: ЗОПД, чл. 284(6).

89 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 110.

90 Закон о ванпарничном поступку (*Службени гласник СРС*, бр. 25/1982 и 48/1988), чл. 20(1–2).

91 Предлог ЗОПД, чл. 338.

92 Из законског текста је нејасно којим ће се разлозима суд руководити приликом доношења одлуке о објављивању у високотиражном дневном листу. Као два потенцијална разлога се могу навести: краткоћа рока до одржавања седнице (на

приказана регулатива представља значајан корак напред у односу на постојећу. Једина замерка се може упутити прилично дугачком року од осам дана за доношење одлуке суда, јер ће истеком тог рока у највећем броју случајева акционари који су поднели предлог бити онемогућени да уврсте предложене тачке дневног реда за конкретну седницу. Штавише, не постоји ни одредба која би им гарантовала да ће се те тачке наћи на дневном реду наредне седнице.

У нашим условима, судска заштита, и поред привидног гарантовања права акционару у вези са дневним редом, представља за њега само голо право, због недостатка адекватне правне санкције за непоштовање судске одлуке. Не рачунајући подношење кривичне или прекршајне пријаве, једино право које извршни поверилац има у случају успешног судског исхода је новчано кажњавање. Имајући у виду да је уврштење одређеног питања у дневни ред обавеза чињења коју може обавити само извршни дужник (тј. привредно друштво), суд ће му решењем о извршењу одредити рок за испуњење обавезе и истовремено изрећи новчану казну за случај да не изврши обавезу. Изрицање и извршење казне ће се понављати све док лице на које се обавеза односи не поступи у складу са одлукама суда, а највише до десетоструког износа прве изречене новчане казне. Новчана казна се може изрећи против привредног друштва, али и против одговорних лица у њему у случају да не поступи по налогу изреченом у извршном поступку. Одредбама о новчаној казни се не дира у право извршног повериоца да у парници тражи накнаду штете која му је нанета тиме што је дужник поступио противно својој обавези утврђеној у извршној исправи.<sup>93</sup>

Уколико акционарима не пође за руком да уврсте одређена питања у дневни ред или предложе доношење неке друге одлуке у оквиру предложене тачке дневног реда, ништа им друго не преостаје него да предложе сазивање ванредне седнице.<sup>94</sup> На нивоу оснивачког акта или статута је корисно предвидети правило, по коме ће се захтев акционара за укључивање одређеног питања у дневни ред, у случају одбијања управе да то учини, третирати као предлог за сазивање ванредне скупштине, на шта се надовезује могућност судског остваривања овог права. Ово правило би било од посебног значаја због постојања рокова за поступање управе по захтеву акционара.

Из текста закона јасно произлази да се судска заштита акционарима нуди тек након што они пробају да ово право остваре преко управног

---

пример, остало је свега два дана до седнице) и значај питања које је уврштено у дневни ред (на пример, предложено је разрешење неког члана управног одбора).

93 Види: Закон о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 45, 217, 221.

94 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 111.

одбора. У нашој судској пракси је истакнут став према коме је могуће да се акционар и директно обрати суду, без обзира на то да ли је претходно поднео захтев управном одбору.<sup>95</sup> Виши трговински суд је дозволио акционарима да се директно обрате суду, у ситуацији када управни одбор није сазвао седницу скупштине у оквиру рокова предвиђених законом. Суд је закључио да су предлагачи било принуђени да се непосредно обрате суду са захтевом за проширење дневног реда, јер да су се претходно обратили управном одбору, а он не донесе одлуку или не прихвати захтев, тада не би остало времена за примену одредбе која гарантује судску заштиту, што значи да би она била неприменљива. Међутим, из овог судског става се не могу извучити далекосежни закључци, јер је сам суд констатовао да би другачија ситуација била да је управни одбор сазвао седницу скупштине на начин и у роковима прописаним законом.

## **VI Препоруке за унапређење позитивноправне регулативе права акционара у вези са дневним редом**

Основни недостаци позитивноправне српске концепције права акционара у вези са дневним редом се могу сумирати на следећи начин:

1. није препознато право акционара на предлагање одлука у оквиру постојећих тачака дневног реда, чиме је обим права акционара значајно умањен;
2. капитал цензус потребан за остваривање права у вези са дневним редом је у очитом нескладу са Директивом о правима акционара и упоредноправним тенденцијама;
3. везивање капитал цензуса за поседовање одређеног процента акција са правом гласа за избор управног одбора је непрецизно, што се нарочито испољава у вези са правима ималаца преференцијалних акција;
4. законско лимитирање броја питања која акционари могу да укључе у дневни ред је непотребно и упоредноправно ретко решење;
5. законом изричито треба начелно дозволити електронску форму достављања предлога акционара, при чему свако друштво треба да одлучи да ли ће и на који начин користити ово право;
6. законску норму по којој се предлог упућује друштву треба ближе конкретизовати;

---

95 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 109/2005 од 17.1.2005. године.



7. захтев да предлог за додавање нове тачке дневног реда у сваком случају треба да буде поткрепљен разлозима за давање предлога и предлогом одлуке о којој ће се гласати је непотребан и није у складу са комунитарним правом, па је у том погледу потребно прописати да акционари треба да образложе предлог или да доставе текст одлуке коју предлажу;
8. у циљу избегавања тешкоћа у вези са почетком рачунања рока за поношење предлога, одредбу по којој се рок рачуна од дана објављивања позива треба заменити одредбом по којој се крајњи рок за достављање предлога везује за одређен број дана пре дана одржавања седнице;
9. законом је потребно утврдити кратак рок (по могућству, без одлагања) у коме управни одбор мора да донесе одлуку о предлогу акционара;
10. законом је нужно прецизирати разлоге због којих управни одбор може да одбије предлог акционара да се нека нова тачка уврсти у дневни ред, односно да се у оквиру постојеће тачке дневног реда предложи нова одлука;
11. потребно је уредити поступак који се спроводи након усвајања предлога акционара, а пре свега благовремено достављање коначног дневног реда акционарима који имају право учешћа у раду скупштине;
12. ванпарничну (судску) заштиту права акционара је потребно додатно уредити, и то пре свега: изричито треба рећи да жалба на одлуку не задржава извршење решења, треба прописати обавезу за суд да одлуку одмах достави друштву, као и обавезу друштва да ту одлуку одмах по пријему достави акционарима.

Предлог Закона о привредним друштвима је евидентно унапредио квалитет регулативе права акционара у вези са дневним редом. Међутим, и њему се могу упутити одређене замерке, а оне се свode на законску неуређеност два важна питања: прво, није препознато право акционара на предлагање одлуке у оквиру постојеће тачке дневног реда и друго, нису прописани разлози за одбијање предлога акционара. Реч је о две велике правне празнине, које нису смеле да остану неуређене. Препуштање ових важних питања интерној регулативи, кодексима корпоративног управљања и ставовима судске праксе није у складу са захтевима правне сигурности и тенденцијама јачања заштите права акционара.

**Vuk RADOVIĆ, PhD, LL.M.**

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

## **SHAREHOLDERS' RIGHTS CONCERNING THE AGENDA OF THE GENERAL MEETING**

### **Summary**

*Shareholders' rights concerning the agenda of the general meeting belong to the most important rights of shareholders that are exercised before the general meeting. This topic is of great importance to Serbia, taking into consideration that Shareholders' Rights Directive has been adopted at EU level, which contains de minimis rules that are envisioned as a necessary guarantee for efficient exercise of shareholders' rights concerning the agenda across the Community. In that respect it is important to analyse the level of Serbian harmonization with these requests. The attractiveness of this topic is emphasized by the fact that comparative legislations diverge in many aspects with regard to these rights.*

*In this paper the author elaborates four most important questions that are associated with this shareholders' right. In introductory part of this paper two most significant rights concerning the agenda have been distinguished and explained. In central part of this paper the focus is on the basic conditions for exercising these rights. The following parts are dedicated to the procedure conducted after submission of the proposal and judicial protection of these rights. In conclusion the author emphasizes a number of de lege lata misunderstandings and misconceptions in Serbia, and has recommends desirable ways of future improvement.*

**Key words:** *shareholder, corporation, general meeting, agenda, Shareholders' Rights Directive.*

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

## ОБАВЕЗНО ОБЈАВЉИВАЊЕ КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ПОВЕРИЛАЦА У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ\*

### Резиме

*Овај рад бави се ишћањем ишћребе и средсћивима зашћишће ишверилаца у комћанијском иправу кроз обавезно објављивање одрећених информација и иодаишака о друшћиву. Ишћакнуићо је да објављивање може да буде добровољно или обавезно, с ишћим да ово ишћоследње има бројне ишћредности. Објављивање се односи на основне ишћодаићке о друшћиву, кайишћтал и финансијску ситћуацију друшћива, нарочитићо ишћушћем сачићњавања и објављивања ишћодишћњих и друћих финансијских извешћиаја. Поред ишћоића, све више ишћосћиају значајне и друће информације које се објављују ради друшћивеноић и еколошкoiћ извешћиавања. Ишћак, обавезно објављивање ишћоред несумћивоић значаја има и неићаићивних ситћрана, нарочитићо у ишћоилегу оићраниченоић домейћиа и великих ишћирошкова. Такоће, објављивање заједно са друћим инсћтруменћима осћиварује функцију зашћишћиће ишћверилаца, ише се као једно од најзначајнијих сћорних ишћишћања ишћосћиавља однос објављивања у односу на друће инсћтруменћие комћанијскоић и сродних ишћрана иправа. Сћоића иправа мера информисања и склад са друћим инсћтруменћиима зашћишћиће ишћредсћиављају циљ коме би иправо ишћребало да ишежи.*

**Кључне речи:** *ишћвериоци, информисање, финансијски извешћиаји, оишћишћи ишћодаци о друшћиву, ишћруће друшћиава, одићворности.*

---

\* Овај рад је настао у оквиру пројекта *Развој ишћравноић ситћтема Србије и хармонизација са ишћравом Еврoйске уније – ишћравни, економски, ишћолићићки и социолошкoiћ асћекћии (2011. ишћодине), на Правном факултету Универзитета у Београду.*

## I Увод

Повериоци друштва штите се бројним инструментима компанијског права, с тим да свако национално право специфично уређује заштиту бирајући одговарајући обим и врсту тих инструмената. Два су могућа вида заштите поверилаца: индивидуално обезбеђење, које значи да се сваки поверилац, зависно од своје економске моћи, потреба и других околности, брине о свом потраживању и (потреби) додатног обезбеђења. Други вид састоји се у регулаторној интервенцији, при којој сам законодавац предвиђа инструменте који имају циљ да заштите повериоце (све или само неке) од разних врста ризика, који су нарочито изражени у опортунистичком понашању управе (директора) и власника друштва. За разлику од индивидуалне заштите која погодује, по правилу, већим и економски снажнијим дужницима, ефикасна заштита поверилаца остварује се и увођењем таквих инструмената, који покушавају да пружи обезбеђење свим повериоцима.

Међу регулаторним механизмима у циљу заштите поверилаца примењују се, пре свега, строга правила о капиталу друштва, као најшири вид њиховог обезбеђења. Правилима која установљавају почетни капитал, и служе његовом одржавању повериоци добијају апстрактно обезбеђење својих потраживања, јер ће управо имовина друштва служити за њихово намирење.<sup>1</sup>

Поред капитала, упоредна национална права познају и правила о одговорности одређених лица, чије понашање може да штети повериоцима. Осим примене општих правила о одговорности, у упоредном праву срећу се и посебна правила о одговорности која је најчешће у вези са стечајем.

Међу инструментима колективне заштите поверилаца нарочито се истичу, поред правила о капиталу друштва и одговорности појединих лица, и правила о обавезном информисању поверилаца, на којима ћемо се задржати.

Као и капитал, правила о обавезном објављивању информација представљају вид *иревенџивне заштитне* поверилаца, дакле такве која омогућава повериоцима заштиту пре него што је дошло до реализације ризика у погледу њиховог намирења.<sup>2</sup> Информисање представља преду-

1 Тај концепт се већ годинама значајно преиспитује у светлу аргумената да капитал заправо није гаранција већ „привид гаранције“ поверилаца, који се не могу заштити од лоших пословних активности својих дужника. Критику концепта капитала и аргументе вид. нпр. код: John Armour, *Share capital and creditor protection: Efficient rules for a modern company law?*, Working Paper Series, WP 148, University of Cambridge, Cambridge, December 1999, стр. 11 и даље.

2 Информисање поверилаца представља кључни део правила компанијског (и једнако берзанског) права, без којих одређени институти не би могли успешно да

слов за индивидуалну заштити поверилаца, јер утиче на заснивање односа (у складу са процењеним ризиком), и његово трајање (реализација ризика који су предвиђени у појединим уговорним клаузулама из основног односа повериоца са привредним друштвом). Иницијални моменат заснивања односа, али и континуирано праћење или промена ризика нису могући без прикупљања информација о друштву и његовој могућности испуњења обавезе у будућности, и засновани су како на информацијама које су доступне јавности, тако и на приватним информацијама које обезбеђује само друштво. Ипак, приватне информације нису увек и у једнакој мери свима доступне. Због тога обавезно информисање има низ предности у односу на добровољно: информације које друштво добровољно пружа сматрају мање поузданим, теже су упоредиве са подацима других друштава, и, по правилу, значајно зависе од оног ко их прикупља, објављује (и користи).<sup>3</sup>

Обавезно информисање представља значајно средство заштите поверилаца, чији је циљ, између осталог, уштеда трошкова индивидуалног информисања сваког учесника на тржишту.<sup>4</sup> Но, обавезно објављивање је много више од тога. Поред бројних значајних функција које има (о чему ће касније бити речи), објављивање све више представља самостални регулаторни механизам и, према многим мишљењима, најзначајније средство у заштити поверилаца. Ипак, тешко је закључити да је објављивање једини довољни механизам, односно адекватна алтернатива материјалним правилима чији је циљ заштита поверилаца.

Већина модерних права познаје правила о обавезном објављивању, и она се односе на основне податке о друштву. Осим тога, нарочито је значајно обавезно сачињавање и провера финансијских извештаја, као и њихово објављивање.

Присуство правила о објављивању карактеристика је и комунитарног компанијског права, где „...не постоји законодавни акт који се примарно не тиче информисања“.<sup>5</sup> Извештај групе стручњака међу основним закључцима у односу на компанијско право и правце његовог развоја указује на објављивање као један од основних принципа, путем

---

остваре своју сврху (баналан пример би био објављивање података о имену и форми друштва, седишту и другим основним елементима, који омогућавају да друштво функционише у правном промету). Поред компанијског и берзанског права, објављивање има значај и у другим блиским гранама права, попут рачуноводственог и стечајног.

- 3 Charlotte Villiers, *Corporate Reporting and Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, стр. 14.
- 4 Eillis Ferran, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, стр. 77.
- 5 Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 153.

кога се омогућава члановима, повериоцима и другима да предузимају мере којима ће у највећој мери штитити своје интересе.<sup>6</sup> Објављивање доминира не само компанијским правом, већ и другим сродним областима, попут права које регулише финансијска тржишта, и сматра се важним средством заштите не само поверилаца, већ и других група, као што су инвеститори, држава или трећа лица. У том погледу чини се да постоји највећи консензус у погледу ефеката овог инструмената заштите поверилаца, што није случај са другим институтима (као што је капитал друштва и његово одржавање, али и обим и услови одговорности одређених лица према повериоцима).

Међутим, питање обима и обавезе информисања заправо је најчешћи предмет расправа последњих година.<sup>7</sup> Дакле, све више се преиспитују добити објављивања наспрам трошкова, а такође се под сумњу ставља корист информација које су предмет објављивања. Повод интензивне расправе на ову тему свакако су неуспех неких великих привредних друштава широм света, и скорашња економска криза. Такви догађаји често се везују за неефикасност правних механизма, међу којима информисање заузима значајно место. Дакле, неспорно је да је информисање кључни саставни део компанијског права, али је питање какву улогу има (и може да има), и у ком обиму, у циљу заштите интереса многобројних друштвених група, између осталог, и поверилаца, о којима ће у највећем делу у наредним излагањима бити речи.

## II Обавезно и добровољно информисање

Информисање представља скуп радњи којима се трећим заинтересованим лицима (па и повериоцима) омогућује увид у податке на основу којих могу ефикасније да поступају на тржишту (и реализују своја права и обавезе). Радње које се састоје у пружању информација могу да буду добровољне или императивне. У правној теорији постоје различити приступи у односу на начин прикупљања информација. Једни мисле да само тржиште треба да пружи адекватну количину информација, дакле, да учесници на тржишту нуде ону количину нужних информација које су неопходне другима и којима остварују највећу корист.<sup>8</sup> Најубедљивији је аргумент да су пружене информације управо

6 *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussels, 4 November 2002. (даље цитирано као *Report of the High Level Group*), доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm#background](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background), 4.5.2010., стр. 4.

7 Више вид: Hanno Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, стр. 97–98.

8 S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 155.

оне које су заинтересованим лицима потребне. Са друге стране, обавезно информисање подразумева да је друштво обавезно да пружи одређене податке, чиме се омогућава широком кругу заинтересованих лица да дођу до неопходне информације, без сношења трошкова у њеном прибављању. Нарочиту корист имају они који на други начин не могу да прибаве неопходне информације. Ипак, правила о обавезном објављивању сувише су ригидна и не прилагођавају се потребама конкретно заинтересованих лица.<sup>9</sup>

У теорији је истакнут велики број аргумената за и против (обавезног) информисања. Они се односе уопште на објављивање и у односу на сва заинтересована лица, али ће већина бити једнако применљива и на повериоце.

Тако се за обавезно објављивање истичу бројни аргументи.<sup>10</sup> То су, на пример, ограничена одговорност, којом се ризик за неуспех привредног друштва пребацује са власника на повериоце, те отуд потреба обавештавања о врсти и обиму одговорности.<sup>11</sup> Затим, објављивање је значајно средство у спречавању злоупотреба, нарочито оних у вези са хартијама од вредности и тржиштем капитала. Следећа функција објављивања је заштита инвеститора (пре свега неуких и мањих), што је редован аргумент у прилог информисању уопште. Одговорност одређених лица се нарочито истиче путем „надзорног дејства“ објављивања, и пре свега је у интересу акционара, и иначе у унутрашњим односима у друштву.<sup>12</sup> Обавезно објављивање сматра се ефикасним средством регулисања одређених питања, па чак и као могућа алтернатива у регулаторној интервенцији, о чему ће бити речи. Најзад, објављивање се све чешће сматра значајном заштитом јавног интереса, нарочито у сфери екологије и друштвене одговорности.<sup>13</sup> Наравно, све наведене околности нису једнако значајне, нити имају сврху једнаке заштите свих постављених циљева.

Правила о објављивању имају и низ недостатака. Она се, пре свега, односе на цену – трошкови објављивања су сувише значајни и премашују добит која се остварује.<sup>14</sup> Осим тога, често се објављивањем добијају информације које нису релевантне или су превазиђене (као што су финансијски извештаји чији подаци указују на прошлост), или

9 О различитим мишљењима вид. S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 155.

10 Разлози у прилог обавезног информисања наведени према: C. Villiers, *нав. дело*, стр. 16–28.

11 Ross Grantham, „The judicial extension of directors’ duties to creditors“, *Journal of Business Law*, бр. 9–10, January 1991, стр. 13–14.

12 C. Villiers, *нав. дело*, стр. 21.

13 Више о тим разлозима вид. *Ibid.*, стр. 30.

14 *Ibid.*, стр. 28.

их је тешко разумети, што је нарочито карактеристично за финансијске податке о друштву.<sup>15</sup> Не треба занемарити ни све више захтева у погледу броја информација које се морају објавити. То може да има негативне ефекте, јер збуњује улагаче (и друга заинтересована лица),<sup>16</sup> или су толико затрпани информацијама, што их одвраћа од њиховог детаљног проучавања.<sup>17</sup> Такође, проблеми постоје и у односу на тачност објављених података, а нарочито одговорност појединих лица.<sup>18</sup>

Један од јачих аргумената против обавезног објављивања указује на једнообразност и крутост таквих података.<sup>19</sup> Тиме се уједно истиче неколико најзначајнијих предности информација које се добијају индивидуално у односу поверилац – дужник: конкретније су и односе се на више детаља, релевантних за њихов међусобни однос, а притом су редовније и више помажу у процени садашњег (финансијског) стања дужника.<sup>20</sup>

Значајну критику у односу на обавезност објављивања дали су махом амерички аутори, који узимају у обзир постојање приватних агенција које прикупљају податке о платежној и кредитној способности дужника, као и друге начине прибављања информација, заснованих на индивидуалној или уговорној основи.<sup>21</sup> Међутим, корист од информација прикупљених ван система обавезног објављивања је, по правилу, мања од трошкова њиховог прикупљања.<sup>22</sup> Критика обавезног објављивања формулисана је у оквиру неколико теорија, чија се суштина своди на аргументе „економске спреге власника и управитеља (менаџера)“, односно, „економску исплативост добровољног обавештавања“.<sup>23</sup> Чини се да, ипак, такви аргументи пре свега имају у виду намену обавезног информисања у заштити улагача. У односу на повериоце (иако они могу

15 *Ibid.*, стр. 28 и даље.

16 Небојша Јовановић, „Извештавање о пословању акционарског друштва“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (уредници), *Корпоративно управљање: групи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 196.

17 Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарској друштва: Прејоруке добре праксе корпоративног управљања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2011, стр. 422.

18 Н. Јовановић, *нав. рад*, стр. 196.

19 Е. Ferran, *нав. дело*, стр. 333.

20 *Ibid.*, стр. 329.

21 Reinier Kraakman, „Concluding Remarks on Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, стр. 467; Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 106.

22 R. Kraakman, *нав. рад*, стр. 102.

23 Н. Јовановић, *нав. рад*, стр. 194–6. Вид. више о аргументима против обавезног информисања, *Ibid.*, стр. 196.



да буду истовремено и улагачи) не могу се у потпуности прихватити сви аргументи, те је за њих, некада већи значај обавезно објављених информација.

Ипак, најзначајнији ограничавајући елемент обавезног објављивања чине заправо границе самог тог инструмента. Наиме, уколико се посматра разлог релативно ограничене употребе информисања, чини се да је то управо *ограничени домети информација које су доспјујине на основу обавезе информисања*.<sup>24</sup> Наиме, не само да су неке информације недовољне у формирању праве слике о финансијском стању у друштву (на пример, показују какав је био однос имовине и обавеза у једном тренутку у прошлости, а не какви су будући пословни планови и изгледи у погледу солвентности друштва), већ често могу да буду и непоуздани (нарочито у мањим друштвима, где нема довољно развијених механизма унутрашње или спољне контроле).<sup>25</sup> Осим тога, обавезно објављивање штити више интереса, што доводи до ограниченог ефекта прикупљених информација само за једну групу: повериоце, јер се употреба неке информације разликује за инвеститора у односу на повериоца.<sup>26</sup> Истиче се, наиме, да што је обавештавање инвеститора веће, мања је потреба за посебним извештавањем које посебно штити повериоце, јер је претпоставка да су инвеститорима потребније чешће и детаљније информације од поверилаца. Њима информације по правилу највише користе у тренутку заснивања односа, а касније само уколико значе могућу инсолвентност дужника.<sup>27</sup>

### III Циљеви (обавезног) информисања

Међу најзначајнијим циљевима информисања нарочито се истичу заштита тржишта и стварање поверења инвеститора у тржиште. Поред тога, информисање штити интересе различитих категорија лица – на прво место долазе инвеститори, а затим и повериоци и друга лица. Информисање је значајно за транспарентност друштава (како у смислу компанијског права: унутрашња и спољна транспарентност), тако и у смислу берзанског права (учешће на тржишту разних субјеката ради чијег равноправног положаја се настоји да се уклони информациона асиметрија). Најзад, значајан циљ према многим мишљењима представља и замена за материјална правила, те објављивање служи као

24 Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 111.

25 О ограничењима вид. *Ibid.*

26 О томе више вид: *Ibid.*, стр. 112.

27 Вид. више: *Ibid.*, 112–113.

довољан регулаторни механизам у уређењу појединих питања. О сваком од њих биће нешто више речи.

## 1. Заштита тржишта

Основни циљ правила компанијског и берзанског права требало би да буде функционисање и остваривање ефикасног тржишта.<sup>28</sup> Поред тога, значај објављивања лежи у заштити поверења учесника на тржишту у његово функционисање, а затим и заштита интереса учесника на тржишту (чланова друштва – инвеститора, поверилаца, запослених, друштва и других). Дакле, циљ је објављивања заштите тржишта као целине.<sup>29</sup> Притом, што је већа сигурност појединих лица на тржишту, то је извеснија стабилност тржишта на ком наступају. Иако већина аутора истиче да је примарни циљ објављивања заштита тржишта и поверење инвеститора, а тек секундарно заштита интереса појединих лица, транспарентност и друге функције компанијског и берзанског права,<sup>30</sup> ипак поједини аутори сматрају да су поверење и заштита инвеститора, као и злоупотреба једнако важни циљеви.<sup>31</sup> У сваком случају, незаобилазан ефекат сигурност тржишта остварује се и у односу на сигурност појединачних интереса инвеститора, и других заинтересованих лица, која учествују на тржишту.<sup>32</sup>

Објављивање информација подстиче тачно одређивање цене на тржишту, те су средства обезбеђења и други инструменти задуживања тачно процењени, што им омогућава да буду ефикасније искоришћени.<sup>33</sup> Дакле, такав ефекат указује да је цена коју има објављивање мања од позитивних ефеката који се њим постижу. Тај аргумент већ је раније истакнут, и заједно са чињеницом да објављивање смањује трошкове које би иначе имали појединци у прикупљању информација које су им неопходне,<sup>34</sup> указује на значај употребе овог инструмента. Због тога

28 У том правцу све више иду савремена размишљања, нарочито у оквиру ЕУ, која има циљ успостављања и функционисања унутрашњег тржишта. Вид. нпр. *Report of the High Level Group*, стр. 29–30.

29 Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 99.

30 Hanno Merkt, „Disclosing Disclosure: Europe’s Winding Road to Competitive Standards of Publication of Company-Related Information“, у: Guido Ferrarini, Klaus Hopt, Jaap Winter, Eddy Wymeersch (editors), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004, стр. 121.

31 Више о различитим мишљењима вид. *Ibid.*

32 Gerard Hertig, „Codetermination as a (Partial) Substitute for Mandatory Disclosure?“, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, стр. 124.

33 Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 100.

34 Више о позитивним аспектима обавезног, наспрам индивидуалног информисања вид. *Ibid.*, стр. 101.

је логичан развој правила о објављивању у Америци, који се везује за велику кризу на берзи 30-их година прошлог века, након које је уследила значајна интервенција путем регулисања тржишта капитала и установљавања независне Комисије за трговину хартијама од вредности, подразумевала и информисање, као један од кључних аспеката тог регулисања.<sup>35</sup>

Упркос чињеници да објављивање има првенствени циљ да заштити тржиште, а тиме и учеснике на њему, пре свега инвеститоре, постоје и бројни противаргументи таквој тези. Нарочито је критика на рачун обавезног информисања пренета на терен економске анализе користи коју такво објављивање пружа. Резултати таквих анализа водили су противречним закључцима о користи и значају обавезног објављивања у заштити права инвеститора и утицају на цене хартија од вредности на тржишту.<sup>36</sup> Тако главни противаргумент обавезном информисању и даље остају трошкови који га прате, чинећи га скупим средством заштите заинтересованих лица, поготово уколико је избор информација које се обавезно објављују неодговарајући.<sup>37</sup> Чине се, међутим, убедљивији аргументи за објављивање, о чему је већ било речи.

## 2. Заштита одређених категорија лица

Објављивање представља један од значајних инструмената компанијског права, чији се циљ и смисао редовно схвата и као заштита разних категорија лица. Стога се објављивање сматра „питањем од јавног значаја“.<sup>38</sup> Прва правила о објављивању познавали су енглеско и америчко право, и то првенствено у циљу регулисања тржишта хартијама од вредности. Стога је једна од почетних идеја информисања била управо *заштита* инвеститора, односно улагача и успостављање сигурности на тржишту капитала. Многи сматрају да се и даље циљ обавезног информисања своди на заштиту (или је у интересу) инвеститора, којима олакшава учешће на тржишту пружањем информација о цени хартија од вредности.<sup>39</sup> Међутим, поједини аутори истичу да то није био једини

35 Вид. више: Paul Mahoney, „Mandatory Disclosure as a Solution to Agency Problems“, *University of Chicago Law Review*, vol. 62, 1995, стр. 1068.

36 Више о тим анализама и резултатима вид. Ian Ramsay, „Models of Corporate Regulation: the Mandatory/Enabling Debate“, у: Charles Rickett, Ross Grantham (editors), *Corporate Personality in the 20th Century*, Hart publishing, Oxford, 1998, стр. 246–247.

37 Вид. више: Hanno Merkt, „Disclosure Rules as a Primary Tool for Fostering Party Autonomy“, у: Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (editors), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, de Gruyter, Berlin, New York, 2001, стр. 233 и даље.

38 C. Villiers, *нав. дело*, стр. 15.

39 P. Mahoney, *нав. рад*, стр. 1047–1048.

(ни првенствени) циљ информисања, већ је примарна идеја, пре свега, било решавање тзв. агенцијских проблема: оснивачи (или лица којима је поверено оснивање) – инвеститори, са једне стране, и управа – акционари са друге стране.<sup>40</sup> Циљ увођења одредби о обавезном објављивању информација у вези са оснивањем друштва и емисијом хартија од вредности није био да што боље информише инвеститоре да ли да уложе у хартије или не, већ који су потенцијални супротни интереси оснивача или лица која делају у њиховом интересу (и за њихов рачун).<sup>41</sup> Упоредо са таквим циљевима, енглеско право је установило и правила о периодичном извештавању о пословним резултатима друштва, првенствено у циљу заштите поверилаца, чак и пре увођења правила о ограниченој одговорности.<sup>42</sup> Циљ таквих правила био је обавештавање поверилаца о лицима која ће сносити обавезу у случају да то не може да учини само друштво.<sup>43</sup> Увођењем ограничене одговорности обавештавање остаје значајно првенствено у случају неуплаћеног (а уговореног) улога.<sup>44</sup> Дакле, иако је развој правила о информисању имао у виду интерес поверилаца, ипак он није био у првом плану. То се нарочито односи на извештавање јавних (отворених) друштава, која, заједно са другим функцијама (заштита тржишта и поверење) углавном имају у виду улагаче – инвеститоре.

Без обзира на то, објављивање информација представља један од основних инструмената и у заштити поверилаца. Они, наиме, на основу информација о друштву, пре свега података о његовом финансијском стању, могу да сагледају и процене будуће пословање свог дужника, и тиме перспективе намирања свог потраживања. Након прибављања информација о друштву смањује се „асиметрија“ између поверилаца и друштва (управе), а сами повериоци прилагођавају свој однос коришћењем разних могућих средстава обезбеђења.<sup>45</sup> Дакле, циљ обавештавања огледа се у једнакој доступности информацијама.<sup>46</sup> Према неким мишљењима обавезно информисање ипак је више својствено тржишно окренутим финансијским системима, у коме присуство великог броја јавно доступних информација представља основ у опредељењу ка улагању или пословању са одређеним субјектом.<sup>47</sup> Објављивање

40 *Ibid.*, стр. 1048.

41 *Ibid.*, стр. 1067.

42 Више о историјату у енглеском праву вид. *Ibid.*, стр. 1056 и даље.

43 *Ibid.*, стр. 1056–1057.

44 *Ibid.*, стр. 1057.

45 О информативној симетрији и значају за тржиште хартија од вредности, вид. више: Н. Јовановић, *нав. pag*, стр. 191 и даље.

46 *Ibid.*, стр. 192.

47 G. Hertig, *нав. pag*, стр. 124. Насупрот тржишно оријентисаном финансијском систему, овај аутор истиче да су поједини системи, попут немачког, више окренути

финансијског стања дужника омогућава не само да поверилац процени факторе ризика и предузме неопходне мере заштите, већ и корист за дужника, јер му „...омогућава спољно финансирање према цени која одговара његовој финансијској позицији и будућим изгледима“.<sup>48</sup>

Објављивање информација се у теоријском смислу сматра основним покретачем у избору субјеката у који се улаже или коме се даје кредит, или се финансира на други начин; што значи да ће трећа лица (инвеститори, повериоци) на основу информација које имају изабрати најбољег понуђача, чиме се подстиче конкуренција међу више друштва из истог окружења.<sup>49</sup> Ипак, осим функције информисања поверилаца, након кога ће ова лица одлучити да ли ће успоставити и под којим условима однос са дужником, значајно је да и касније, током трајања тог односа информисање има (често) једнако значајну функцију кроз проверу способности дужника, и предузимање евентуално неопходних додатних мера обезбеђења.<sup>50</sup>

Ипак, значајнијим учешћем професионалаца и посредника на тржишту доводи се у питање функција „заштите интереса“ појединих лица, и отварају се други проблеми, попут садржаја и разумевања (тумачења) информација које се објављују.<sup>51</sup>

### 3. Основ за транспарентност

Објављивање података основ је за одговорност и транспарентност у управљању и вођењу послова друштва.<sup>52</sup> Утицај информисања на транспарентност је очигледан. Раније се у континенталној Европи са

---

ка банкама, где доминира унутрашњи систем управљања, приватне информације и унутрашња контрола (акционари и запослени), која је јефтинија и ефикаснија од спољне. Вид: *Ibid.*, стр. 127. О вези између финансијског система окренутом банкама и рачуноводственим методама примењеним у таквим земљама вид. Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, стр. 126.

48 Jean-Marie Nelissen Grade, Matthias Wauters, „Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection?“, у: Koen Geens, Klaus Hopt (editors), *The European Company Law Action plan revisited: Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*, Leuven University Press, Leuven, 2010, стр. 37.

49 Richard Buxbaum, Klaus Hopt, *Legal Harmonization and the Business Enterprise: Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the U.S.A.*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1988, стр. 201.

50 H. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 97.

51 H. Merkt, „Disclosing Disclosure: Europe’s Winding Road to Competitive Standards of Publication of Company-Related Information“, стр. 138.

52 *Ibid.*, стр. 116.

резервом гледало на објављивање пословних резултата.<sup>53</sup> Данас јавност има увид у пословање најзначајнијих друштава путем правила о обавезном периодичном финансијском извештавању. Иако такво извештавање има недостатака (скупо је, и односи се на податке у прошлости), оно је ипак значајан показатељ шта се дешава са друштвом (и унутар њега).

Објављивање једнако утиче на транспарентност како према споља, тако и у унутрашњим односима. Обавезом да информише акционаре о пословању, постојању сукоба интереса или другим значајним околностима јаснији су односи у друштву. Стога неки аутори истичу значај информисања у правцу решавања појединих тзв. агенцијских проблема, те се, на пример, ефикасније решавају неки од проблема у односу управа – акционари, а истовремено се смањују трошкови надзора.<sup>54</sup>

Сматра се да је развој идеје доброг корпоративног управљања нарочито утицао на повећану потребу за информисањем, као и на обим и садржај информација које се јавно објављују.<sup>55</sup> Тако објављивање има значај и у уклањању асиметрије између унутрашњих информација, и оних којима располажу повериоци. Ту нарочито долази до изражаја функција информисања коју има друштво, али и друга лица према друштву (управа, контролни акционари и други).<sup>56</sup>

Транспарентност у односу на повериоце нарочито се остварује поред објављивања основних података о друштву, и подацима о повезаним друштвима, као и његовим деловима, нарочито уколико послују у више различитих земаља. За повериоце су свакако најзначајније информације о финансијском стању друштва. Поред података о друштву и његовој финансијској ситуацији и резултатима пословања, ОЕЦД је истакао објављивање података о структури и нарочито политици и основним карактеристикама управљања друштвом у својим Принципима корпоративног управљања.<sup>57</sup> Такође се истиче и информисање о питањима која се тичу запослених и других лица која имају интерес у друштву.<sup>58</sup> Ипак, последњих година све више расте значај објављивања и других нефинансијских података. Они имају значај не само у заштити чланова,

53 S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 160.

54 P. Mahoney, *нав. рад*, стр. 1046. Супротан став, према коме је ефикаснији унутрашњи надзор од објављивања, вид. G. Hertig, *нав. рад*, стр. 124. О информисању у вези са накнадама и предностима које оно има, вид. В. Радовић, *нав. дело*, стр. 413 и даље.

55 C. Villiers, *нав. дело*, стр. 13.

56 Paul Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2008, стр. 904.

57 OECD Principles of Corporate Governance, 2004, стр. 22.

58 *Ibid.*

инвеститора, поверилаца, већ и других значајних група лица, те се често истиче тзв. друштвено и еколошко извештавање.<sup>59</sup> Информације које даје привредно друштво у сфери еколошког и друштвеног извештавања по правилу су добровољне, за разлику од других финансијских и нефинансијских података, за која важе законска императивна (и евентуално саморегулаторна правила и кодекси).<sup>60</sup> Ипак, не треба занемарити значај правила која нису законом предвиђена, а ипак се односе на финансијске или друге нефинансијске податке. Тако је, на пример, и домаће право подвукло значај информисања, пре свега као основ доброг корпоративног управљања у циљу заштите друштва и његових чланова, као и првенствено инвеститора. У том циљу, поред обавезног информисања установљеног законом и подзаконским актима,<sup>61</sup> и Кодексом корпоративног управљања истакнут је значај информисања, нарочито принципа истинитости, потпуности и јавности.<sup>62</sup> Податке који нису изричито финансијског карактера, а могу да значе заинтересованим лицима у заштити њихових права, истиче и Група стручњака компанијског права, нарочито у успостављању одговорности у погледу (не)објављених информација.<sup>63</sup> Дакле, обавезу објављивања мора да прати адекватан систем одговорности оних субјеката на које се обавеза односи, о чему ће бити речи.

#### 4. Замена за материјално-правна правила

Последњих година све више се поставља питање да ли је постојање правила о обавезном објављивању не само значајан регулаторни механизам, већ и довољан да замени одређена материјално-правна правила. Пример за такву могућност представља недавна пракса Суда ЕУ, који је подвукао овакву функцију објављивања. Наиме, у случајевима који су се односили на изигравање правила о минимуму оснивачког капитала,

59 Више о значају тих информација вид. Radu Mares, *The Dynamics of Corporate Social Responsibilities*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2008, стр. 186–198.

60 С. Villiers, *нав. дело*, стр. 38.

61 Посебна правила у погледу начина, рокова и садржаја достављања одређених информација које се објављују предвиђена су у домаћем праву осим законских одредби, о којима ће бити речи, и подзаконским актима које је усвојила Комисија за хартије од вредности. Вид. Правилник о садржини и начину извештавања јавних друштава и обавештавању о поседовању акција са правом гласа (*Службени гласник РС*, бр. 100/2006, 116/2006, 37/2009).

62 Вид. чл. 292 Кодекса корпоративног управљања (*Службени гласник РС*, бр. 1/2006), као и 2 део, поглавље 1 Кодекса корпоративног управљања Београдске берзе а.д. Београд.

63 Вид. *Report of the High Level Group*, стр. 68.

који се традиционално сматрао најзначајнијом заштитом поверилаца, Суд ЕУ је нашао да не постоји опасност за повериоце, све док они знају (могу да се обавесте) да се ради о страном друштву (на које се примењују одредбе меродавног права за статусна питања друштва у погледу минималног оснивачког капитала).<sup>64</sup> Дакле, правила о објављивању су *довољна заштитна за повериоце уместо материјалних правила* о минимуму капитала.<sup>65</sup>

Питање домашаја објављивања и могућност замене материјално-правних правила односи се не само на минимум капитала, већ и на друга питања, попут одговорности. У односу на та питања, треба упитати да ли постојање одређеног броја информација, које је друштво обавезно да објави, може довољно (и адекватно) да заштити интересе свих заинтересованих лица.<sup>66</sup>

Идеју којом се подстиче развој правила о објављивању уместо материјалних правила истакао је и Извештај групе стручњака.<sup>67</sup> Наиме, сматра се да објављивање подстиче одговорност и транспарентност у управљању друштвом и у односу на његово пословање. Такође, објављивање информација може да представља флексибилнији и боље прилагођен систем правила у односу на строга материјална правила.<sup>68</sup> Ипак, иако објављивање може да представља (једини) регулаторни механизам, могуће је да он буде неадекватан или неефикасан.<sup>69</sup> Дакле, информисање мора да буде прожето одговарајућом садржином и формом – значајно је шта се објављује, на који начин и којим лицима, да би могло да испуни постављене циљеве.<sup>70</sup>

Улога информисања као ефикасног регулаторног средства уместо материјално-правног регулисања истакнута је и у САД, где је првобитно истицана заштитна улога објављивања, али је таква функција временом

64 Вид. пар. 32–33 пресуде у случају *Centros* (C-212/97) и пар. 135 пресуде у случају *Inspire Art* (C-167/01). Случајеви доступни на адреси: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/), 15.4.2011.

65 Више: S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 499. Додуше, Суд ЕУ је у пресуди у случају *Inspire Art* (C-167/01), нагласио да нема потребе да Суд разматра да ли правила о минимуму оснивачког капитала представљају по себи одговарајућу заштиту. Вид. пар. 135 те пресуде. Више о одлукама Суда ЕУ и последицама на заштиту поверилаца вид. Тајјана Јевремовић Петровић, „Утицај праксе Суда ЕУ на заштиту поверилаца у компанијском праву“, *Право и привреда*, бр. 10–12, 2010, стр. 87–102.

66 Више вид. Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 98.

67 *Report of the High Level Group*, стр. 33.

68 *Ibid.*, стр. 34.

69 C. Villiers, *нав. дело*, стр. 4.

70 *Ibid.*, стр. 5.



критикована, а значај релативизован.<sup>71</sup> Уместо тога, све значајнија је улога објављивања у стварању ефикасног тржишта, о чему је било речи.<sup>72</sup>

Ипак, чини се да у Европи и даље преовлађује мишљење о ограниченом домету објављивања, и неопходности постојања других инструмената заштите, међу којима и даље доминира капитал друштва и правила о његовом одржавању.<sup>73</sup> Информисање представља основ за индивидуалну заштиту поверилаца. Такође, оно је и предуслов за ефикасну примену правила о капиталу, заједно са правилима о финансијском извештавању, односно предуслов за правила о одговорности. Но, на питање да ли је могуће *умесио* њих поставити само правила о обавезном објављивању информација, чини се да не може да се да позитиван одговор. Нарочито ће аргументи за такав став бити значајни у оквиру правила о капиталу и финансијским извештајима, и њиховом међусобном утицају, о чему ће бити речи.

Ако се могућност замене материјалних правила искључиво правилима о објављивању не може прихватити за сва питања (у вези са заштитом поверилаца), то је ипак могуће у односу на нека. На нивоу ЕУ то је учињено у односу на групе друштава, за која тренутно постоје само правила у погледу објављивања консолидованих финансијских извештаја.<sup>74</sup> Будућа регулатива група замишљена је, пре свега, кроз њихову транспарентност, односно кроз правила о објављивању, као најзначајнији вид заштите акционара и поверилаца, као и осталих трећих лица.<sup>75</sup>

#### IV Субјекти објављивања и одговорност

Субјекти објављивања су привредна друштва. Међутим, према подацима које морају да објаве, првенствено се прави разлика према форми друштва. Тако се основне информације о друштву (име, форма, заступници и слично) објављују за сва регистрована друштва. Подаци о капиталу и финансијски извештаји се објављују само за одређене форме

71 *Ibid.*, стр. 25.

72 *Ibid.*

73 Вид. више о односу правила о информисању према другим обавезним правилима: Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 104.

74 Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, *OJ L* 193, 18.7.1983, стр. 1–17.

75 Вид: 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. Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm), 4. 5. 2010, стр. 19.

(по правилу друштва капитала). Најзад, посебна правила о информисању нарочито се односе на отворена или котирана друштва. Таква друштва се обавезују да објаве низ података везаних за финансијску ситуацију, посебно важне догађаје и слично, а циљ им је, поред заштите тржишта, првенствено заштита инвеститора.<sup>76</sup>

Различите информације које друштва објављују првенствено према облику (форми) редован су начин регулисања тог питања. Исти став заузела је и Група стручњака компанијског права, наводећи потребу посебног правног режима за отворена и котирана друштва, који укључује и правила о објављивању.<sup>77</sup> Међутим, неки аутори истичу да би много корисније било утврђивање обавезног информисања према обиму друштва, и његовом пословању на тржишту.<sup>78</sup> Ипак, чини се да би такво решење било сувише непрактично, те да је разумљиво да се према критеријуму отвореног или котираног друштва по правилу може правилно утврдити број и врста обавеза у погледу информисања. Чини нам се да је неколико логичних разлога за то. Прво, таква друштва су по правилу и већег обима, односно заступљенија на тржишту, па је претпоставка да велико друштво значи и акционарско друштво, нарочито оно које је котирано. Друго, чини се да обавеза информисања која је нарочито истакнута код отворених или котираних друштава има сврху заштите више различитих категорија лица у односу на друге форме друштава, и то управо према подацима које морају да објаве. Са друге стране, из угла заштите поверилаца, критеријум форме могао би да буде неадекватан систем одређивања субјеката који су дужни да објаве информације. Ипак, обавеза објављивања према форми по правилу имлицитно значи и обим друштва и његовог пословања.

Обавеза извештавања односи се, пре свега, на јавност, и у том смислу је најзначајнија у погледу заштите поверилаца. Међутим, та обавеза може да постоји и према самом издаваоцу или другим надлежним (надзорним) телима (код нас, на пример, према Комисији за хартије од вредности), чиме се остварује посредна заштита поверилаца.<sup>79</sup> Обавезно објављивање информација је у домену јавних понуда и котације постало све јаче изражен проблем у односу на стране издаваоце како се појачавала интернационализација међународног тржишта хартија од вредности. Стога је у оквиру Организације комисија за хартије од вред-

76 Критику таквог приступа вид. код: Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 111.

77 *Report of the High Level Group*, стр. 35.

78 Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 111.

79 Такође обавеза обавештавања постоји и према организатору тржишта (берзи) уколико се на њој налазе хартије од вредности тог издаваоца. Н. Јовановић, *нав. рад*, стр. 199.

ности усвојено низ докумената који су олакшали такве међународне активности.<sup>80</sup>

Обавеза објављивања информација подразумева различите механизме заштите, који се пре свега успостављају кроз одговорност.<sup>81</sup> Она, по правилу, постоји у односу на привредно друштво, али и у односу на лица која су одговорна унутар (или ван) друштва за информације које састављају, пре свега у односу на њихову потпуност и истинитост.<sup>82</sup> Одговорност одређених лица (нпр. директора, ревизора и слично) може да постоји у погледу финансијских извештаја, објављивања проспекта (одговорност за погрешне или лажне податке) и других података, чије је објављивање обавезно, на основу којих инвеститори доносе одлуку о куповини или продаји хартија од вредности.<sup>83</sup>

По правилу је за повреду правила о обавезном објављивању предвиђена грађанска одговорност за проузроковану штету, али и кривична одговорност.<sup>84</sup>

80 О утицају такве регулативе на област информисања вид. више: Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 116.

81 Могуће су и неке друге санкције, зависно од података који се објављују. Тако је, на пример, могуће да у случају повреде правила о обавештавању друштва (и надзорних тела) о поседовању одређеног прага акција са правом гласа уследи губитак права гласа. Вид. чл. 68 Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (*Службени гласник РС*, 47/2006; у даљем тексту ЗОТХВ).

82 У домаћем праву посебно је предвиђена објективна одговорност за штету проузроковану објављивањем нетачних или непотпуних података у проспекту за издавање хартија од вредности, као и у вези са другим облицима јавног оглашавања *издаваоца*, као и солидарна (субјективна) одговорност *ревизора и других лица* која су учествовала у припреми проспекта за издавање хартија од вредности, а исто правило односи се и на одговорност у погледу годишњих и других финансијских извештаја, као и објављивања других података, попут извештаја о битним догађајима, извештаја учесника на организованом тржишту и слично. Вид. чл. 27 и 69 ЗОТХВ. Више: Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 486–492.

Домаће право установљава и одговорност за штету надлежног органа или овлашћеног лица привредног друштва у односу на своје ортаке, чланове или акционаре кроз одредбе Закона о привредним друштвима (чл. 43). За повериоце, који се нађу истовремено у улози тих лица важи, стога, и тај режим одговорности. Више: Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 490.

83 Вид. више у: Holger Fleischer, „The Responsibility of the Management and Its Enforcement“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, in: Guido Ferrarini, Klaus Hopt, Jaap Winter, Eddy Wymeersch (Editors), Oxford University Press, Oxford, 2004, стр. 405. За одговорност у односу на издавање проспекта види члан 6 Директиве о проспектима (Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L* 345, 31.12.2003)

84 Тако је и у домаћем праву, према чл. 248 и даље ЗОТХВ, који установљава кривичну одговорност.

Значај одговорности чланова управе, односно директора, за састављање финансијских извештаја истакнут је у Извештају групе стручњака истицањем њихове *заједничке одговорности*.<sup>85</sup> При том, сматра се да је неопходно постојање одговорности како у погледу финансијских података: годишњих и консолидованих рачуна, осталих извештаја који се односе на финансијску ситуацију друштва, проспекте и друге документе; тако и објављене податке који су значајни за јавност, иако не финансијског карактера: подаци о управљању и пракси у друштву, подаци о ризицима и њиховом управљању, пословним изгледима и инвестиционим плановима, стратегији у разним областима.<sup>86</sup> Индивидуална одговорност чланова управе различито је регулисана у упоредном праву, и у неким од њих је значајан инструмент у заштити интереса заинтересованих лица (између осталог и поверилаца).<sup>87</sup>

Иако одговорност може да буде значајан инструмент у остварењу обавезе објављивања, истакнуто је да таква санкција не мора да буде задовољавајућа, нарочито у односу према повериоцима.<sup>88</sup> Наиме, одговорност само може да погорша (ионако лошу) финансијску ситуацију друштва, а лична одговорност директора или других лица често није довољна да би имала превентивно дејство у заштити поверилаца, као ни накнадно, јер одговорна лица обично немају довољно личних средстава да би пружили ефикасну и адекватну заштиту повериоцима.<sup>89</sup> Међутим, иако недовољна да пруже самосталну заштиту, нарочито специфична правила о одговорности у вези са стечајем, позната у неким националним правима (нпр. *wrongful trading* – несавесно пословање енглеског права) заснивају се на обавези *обавештавања* да друштву прети стечај (или евентуално у обавези покретања стечаја у неким другим националним правима), што пружа додатну заштиту повериоцима.<sup>90</sup> Индивидуална одговорност највише и долази до изражаја у вези са стечајем, јер је друштво инсолвентно, и нема могућност да испуни обавезе према повериоцима.<sup>91</sup> Ипак, чак и у таквој ситуацији могуће је уочити постојање негативног

85 *Report of the High Level Group*, стр. 67.

86 *Ibid.*, стр. 68. У америчком праву одговорност за финансијске извештаје није колективна (управни одбор), већ на лицима која заузимају позицију генералног директора и генералног финансијског директора. Вид. више: Н. Fleischer, *нав. pag*, стр. 407.

87 Вид. више: Н. Fleischer, *нав. pag*, стр. 406.

88 Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 120.

89 *Ibid.*, стр. 120.

90 Више о тој одговорности у односу на ефекте информисања вид. Peter Mülbert, „A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, стр. 381–3.

91 Н. Fleischer, *нав. pag*, стр. 406.

публицитета, где нарочито податак да друштву прети стечај може да шкоди друштву.<sup>92</sup> У вези са индивидуалном одговорношћу појединих лица, последњих година све више се развија институт осигурања од одговорности, као важно средство додатне заштите како заинтересованих лица, тако и лица која носе одговорност.<sup>93</sup>

Због извесних недостатака који прате обавезу информисања, нарочито се у Америци, након крахова неколико великих друштава, развијају алтернативни механизми заштите. Они се састоје у спољној ревизији и провери финансијског стања друштва од стране независних стручних тела.<sup>94</sup> Такве идеје све више су присутне и у Европи, те се чини да систем спољне и независне контроле све више доминира компанијским правом. Ипак, такав систем не може да послужи као замена, већ пре као допуна недостацима објављивања.

## V Предмет (обавезног) објављивања

Ефикасна заштита поверилаца подразумева њихово познавање одређених чињеница и података везаних за дужника – привредно друштво. Међутим, да би такви подаци били одговарајући циљу коме су намењени, сматра се да морају да одговоре на неколико захтева.<sup>95</sup> Пре свега, информације морају лако да се прибављају, при чему савремени информациони системи одговарају лакој доступности информација широком кругу заинтересованих лица.<sup>96</sup> Затим, неопходно је да се периодично обнављају, да буду стандардизовани и да могу да буду једноставно искоришћени, како у погледу разумевања, тако и предузимања одговарајуће заштите.<sup>97</sup> Због тога право редовно предвиђа одређене услове у погледу објављивања, који се односе на форму извештаја, обавезну садржину, начин и рокове објављивања.<sup>98</sup>

92 Због тога се предлаже шира употреба алтернативних и флексибилнијих инструмената, као што је реорганизација, као „супериорнија алтернатива стечају“. Вид. Р. Mülberty, *нав. рад*, стр. 383. Наравно, такве алтернативе непосредно остварују и ефикаснију заштиту поверилаца.

93 Више о осигурању од одговорности директора и чланова управе вид. Наташа Петровић Томић, „Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија“, *Анали Правној факултету у Београду*, вол. 56, бр. 2, 2008, стр. 180 и даље.

94 Вид. више: Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, 120–121. Више о лицима одговорним за извештавање у енглеском праву вид. С. Villiers, *нав. дело*, стр. 57.

95 Вид. Р. Mülberty, *нав. рад*, стр. 380.

96 *Ibid.*

97 *Ibid.* Вид. и: С. Villiers, *нав. дело*, стр. 29 и даље.

98 Вид. више: Н. Јовановић, *нав. рад*, стр. 200.

Основни медији путем којих се врши објављивање у компанијском праву су регистар (различито уређен према националним правима), други видови обједињеног прикупљања података од стране појединих тела (попут тела надлежног за надзор над учесницима тржишта – као што је код нас, на пример, Комисија за хартије од вредности), као и медији, односно средства јавног информисања и све више интернет као изузетно снажан медиј.<sup>99</sup>

Информације које се објављују могу да буду финансијске и нефинансијске. Могу се односити на прошлост или будућност (нарочито је таква подела значајна за информације о финансијском стању друштва).<sup>100</sup> Такође, правно је релевантно да ли су подаци који се објављују тачни (у смислу објективности) или се ради о тзв. *меким* информацијама (као што су мишљења, предвиђања и друге субјективне изјаве).<sup>101</sup>

Иако за објављивање највећи значај имају саме информације, ипак не треба заобићи ни саме адресате којима су оне намењене. Задржавајући се на различитим врстама поверилаца, очигледно је да ће неким информације бити редовно средство формирања односа са дужником (попут економски значајнијих поверилаца, који ће на основу поседованих информација одлучивати о уговорним средствима заштите), без обзира да ли те информације прикупљају индивидуално, односно од самог друштва, или на основу обавезних правила о информисању. Са друге стране, неким категоријама поверилаца информације о дужнику могу да буду значајне, али не и у погледу установљења односа и њихових услова. На пример, повериоци на основу вануговорне одговорности по правилу не могу значајно да користе информације о друштву, јер не бирају дужника, Ипак, чак и у односу на њих се истиче посредан значај објављивања, пре свега у односу на испуњење осталих обавеза које су у вези са објављивањем – сачињавање финансијских извештаја и обавеза ликвидности и солвентности).<sup>102</sup> Такође, значај спољног извештавања мање је значајан за лица унутар друштва, која су истовремено повериоци (чланови, управа).<sup>103</sup> За њих су много значајније приватне (унутрашње) информације, али и други механизми унутрашње контроле.<sup>104</sup>

99 Вид. S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 162.

100 Подела наведена према: C. Villiers, *нав. дело*, стр. 14.

101 *Ibid.*

102 H. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 107, 110.

103 *Ibid.*

104 G. Hertig, *нав. рад*, стр. 126. Овај аутор указује на положај запослених (истовремено и поверилаца) који је значајно побољшан њиховим укључивањем у управљање друштвом, што изричито омогућавају нека национална права. *Ibid.*, стр. 128 и даље.

## 1. Опште информације о друштву

Савремено иступање друштава у правном промету незамисливо је без постојања одређеног броја јавно доступних основних података о њима. Велика уједначеност у погледу начина, форме и садржаја објављивања нарочито је остварена на тлу Европе, иако је врло слична и ван њених простора. Највећу заслугу за такву уједначеност имала је ЕУ, која је међу првим хармонизованим питањима предвидела правила о објављивању у оквиру (раније) Прве директиве компанијског права, постављајући минимум правила у односу на објављивање, заједничких свим правима земаља чланица ЕУ.<sup>105</sup> Предвиђено је да друштва морају да доставе надлежном органу (регистру) и *објаве* своје основне документе и податке, о којима трећа лица могу да се обавесте. Међу њима су основни подаци који се односе на име, седиште, форму и делатност друштва; оснивачки акти и њихове измене, лица која су овлашћена да заступају друштво, као и лица која чине управу и надзорне органе, подаци о капиталу, финансијски извештаји и други финансијски подаци и рачуни, те престанак друштва или чињеница да је покренут поступак стечаја и ликвидације.<sup>106</sup> Неке од ових информација нарочито су значајне за повериоце, попут седишта (и његових промена),<sup>107</sup> лица овлашћених за заступање, капитала и финансијских извештаја.<sup>108</sup>

## 2. Капитал друштва и финансијски извештаји

Објављивање финансијских извештаја и уопште података о пословању друштва, укључујући и његов капитал представља централну обавезу друштва у односу на своје повериоце (и шире – друге

105 (Прва) Директива компанијског права, Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, *OJ L 258*, 1.10.2009. Доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0101:EN:NOT>, 18.2.2011.

106 Детаљне одредбе у односу на обавезне податке вид. у домаћем праву чл. 6 Закона о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2005); у праву ЕУ вид. чл. 2 (раније) Прве директиве компанијског права и чл. 2 Друге директиве компанијског права.

107 Вид. S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 161.

108 Велики значај у заштити поверилаца имају и правила Једанаесте директиве компанијског права о подацима које мора да објави огранак у страниој земљи, чије се центар пословања налази у другој земљи чланици. Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, *OJ L 395*, 30.12.1989.

учеснике на тржишту).<sup>109</sup> Сврха стандардизованог објављивања података и услова који се односе на капитал друштва представљају оквир који је намењен заштити интереса поверилаца, пре свега уговорних, који на тај начин постају свесни свог ризика.<sup>110</sup> У европско право правила о објављивању података о финансијском пословању унета су под утицајем енглеског права.<sup>111</sup> Ипак, најзначајнији утицај у погледу ових правила уследио је из правила о капиталу друштва и његовом одржању, дефинисаним у оквиру ЕУ.<sup>112</sup> Наиме, предвиђен је такав концепт капитала (његовог минималног износа и обавезе одржавања, односно строгих услова за промену и исплате) чије је функционисање немогуће уколико га не прате адекватна правила о објављивању. Повериоцима није довољно само да постоји капитал и да се он одржава, већ је од превасходног значаја да знају тачне појединости у односу на њега. Стога друштво има обавезу да поред општих информација о самом друштву објави податке и о свом капиталу (величини, односно уписаном и уплаћеном/унетом капиталу).<sup>113</sup> Осим тога, друштво мора редовно да обавештава јавност о његовом стању у одређеном тренутку, што чини путем финансијских извештаја. У њима су представљени основни подаци о имовини, обавезама и капиталу друштва, приходима, расходима и резултатима пословања друштва.<sup>114</sup> Такође, промена капитала, нарочито смањење подразумева обавезу извештавања поверилаца због повећаног ризика за та лица.<sup>115</sup>

Међутим, у теорији је истакнуто да објављивање података о капиталу друштва и његовим променама заправо не пружа ефикасну

109 E. Ferran, *нав. дело*, стр. 77.

110 S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 173.

111 Вид. *Ibid.*, стр. 160–161.

112 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, стр. 1–13; измене: *OJ*, L 264, 25.9.2006, 32–36 и *OJ*, L 259, 2.10.2009. Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_en.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm#directives), 30.4.2010.

113 Информације које је друштво обавезно да објављује у погледу капитала предвидела је Друга директива у чл. 2.

114 Вид. нпр. чл. 25 Закона о рачуноводству и ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 46/06 и 111/09).

115 Тако се, на пример, према одредбама домаћег права, чл. 268 Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004; у даљем тексту ЗОПД) објављује одлука о смањењу основног капитала отвореног акционарског друштва у редовном поступку уз позив повериоцима да пријаве своја потраживања. Слично правило предвиђа и Друга директива у чл. 32, ст. 1.



заштиту поверилаца.<sup>116</sup> Основ за ову критику представља концепт минимума и одржавања капитала, па самим тим и његовог објављивања. Наиме, постојећа имовина друштва не мора да одговара номиналном капиталу, који је објављен, јер друштво својим пословањем може да промени, па чак и озбиљно угрози вредност имовине.<sup>117</sup>

У циљу модернизације компанијског права, креирања ефикасног и конкурентног привредног окружења, а посредно и заштите разних категорија лица, последњих година су све чешћи предлози измена концепта капитала Друге директиве, пре свега кроз правила о солвентности друштва.<sup>118</sup> Она подразумевају не само да се повериоци штите ограничењима исплата које су недозвољене уколико друштво не може да након исплате подмири своје обавезе у блиској будућности (углавном годину дана), већ почивају и на објављивању података који заправо указују на солвентност друштва.<sup>119</sup> Дакле, такав алтернативни систем капиталу друштва морао би да подразумева и додатна правила о објављивању, да би био потпуно ефикасан. Међутим, проблем у односу на објављивање података који се тичу солвентности и бонитета друштва, нарочито у будућности отвара изузетно значајно питање лица задужених за састављање таквих „прогноза“ и њихове одговорности.<sup>120</sup> Дакле, предвиђање да ли ће друштво бити солвентно у будућем периоду подразумева дозу несигурности у таквој информацији. Чак и када процену солвентности чини директор у складу са правилима своје струке и позиције коју заузима, и уз познавање информација од којих су неке

116 P. Mülberty, *нав. pag*, стр. 379.

117 Критику вид. нпр. код: Eillis Ferran, „The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 2, 2006, стр. 198.

118 Више вид. нпр. Rüdiger Veil, „Capital Maintenance – The regime of the Capital Directive versus Alternative Systems“, у: Marcus Lutter (Editor), *Legal Capital in Europe, European Company and Financial Law Review*, Special Volume 1, De Gruyter Recht, 2006, стр. 80. Исто мишљење заузела је и Група стручњака компанијског права ЕУ, али конкретне промене постојећег система капитала из Друге директиве и даље су само теоријски концепт. Вид. *Report of the High Level Group*, стр. 16, 87–8; Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU accounting regime, KPMG, January 2008. Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/capital/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_en.htm), 5.5.2010, стр. 5–6, 10, 306 и даље.

119 Тест солвентности као алтернативни метод исплата, који се сматра да је у складу са функцијом заштите поверилаца предвидео је Извештај групе стручњака. Вид. *Report of the High Level Group*, стр. 87–8. Такође је предвиђен и у нашем праву чл. 230 ЗПД (у комбинацији са тестом нето имовине). Вид. више: J. Nelissen Grade, M. Wauters, *нав. pag*, стр. 37.

120 P. Mülberty, *нав. pag*, стр. 380.

од њих непознате јавности, ипак не може да се искључи несигурност и непоузданост таквих информација.<sup>121</sup> Ту се додатно отвара проблем одговорности лица задужених за давање прогноза и процена, и требало би да је заснован на стандардима понашања и дужностима. Ако се пореди такав стандард понашања (процена будућег финансијског стања) са обавезама заснованим на правилима о капиталу (на пример, поштовање правила о исплатама и поступку смањења капитала), приметна је извесност и сигурност већ постојећег система, јер је одговорност објективизирана.<sup>122</sup>

Осим основних података о самом друштву и његовом капиталу, за трећа лица од изузетног значаја представљају финансијски извештаји друштва. То је, притом, једна од најважнијих обавеза друштва. За разлику од већине европских земаља, у којима постоји обавеза објављивања финансијских извештаја и за затворене типове друштва (капитала),<sup>123</sup> америчко право у односу на њих нема таква правила.<sup>124</sup> Ипак, и европска права за неке форме друштава, нарочито котирана, намећу чешће и обухватније извештавање.

Тако је објављивање финансијских извештаја регулисано Четвртом директивом компанијског права у погледу финансијских извештаја и стандарда за њиховог састављање, Седмом директивом у погледу консолидованих рачуна повезаних друштава и Осмом директивом у погледу лица овлашћених за сачињавање тих извештаја.<sup>125</sup> Њима је у оквиру ЕУ прихваћена идеја о заштити интереса одређених лица у вези са друштвима капитала путем информисања и објављивања финансијских података.<sup>126</sup> Најзначајнији подаци, попут имовине, добити, губитака, одговорности и финансијске позиције се исказују у годишњим извештајима, чији су садржај, састављање и објављивање детаљно регулисани овим документима.<sup>127</sup> Основни циљ таквог законског оквира налази се у потреби стандардизације података о друштву

121 *Ibid.*

122 R. Veil, *нав. рад*, стр. 88–91.

123 Вид. више: S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 160–161.

124 Та друштва су у обавези да сачињавају извештаје, али не и да их објављују. Вид. више: R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *нав. дело*, стр. 124.

125 Податке о тим документима, измене и садржину вид. на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm), 18.2.2011.

126 Werner F. Ebke, „The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond“, *European Business Law Review*, бр. 1, 2005, стр. 39.

127 Вид. нпр. чл. 2 и даље Четврте директиве. За теоријску анализу објављивања и недостатке вид. нпр. H. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 103.

и његовом финансијском стању, нарочито у циљу поређења између пословања и развоја привредних друштава.<sup>128</sup> Поред директива које су уредиле обавезно објављивање за сва друштва капитала, додатна правила предвиђена су за друштва чијим хартијама од вредности се тргује на организованом тржишту путем Директиве о обавезном објављивању.<sup>129</sup> Слична правила предвиђена су и у домаћем праву.<sup>130</sup>

Иако друштво има обавезу да објављује одговарајуће финансијске извештаје, споран је значај оних информација које се могу на основу тога добити. Већ раније је поменуто да основна слабост финансијских извештаја јесу подаци о односу имовине и обавеза који се везују за одређени тренутак у прошлости (по правилу крај финансијске године), у односу на који је могуће да протекне доста времена.<sup>131</sup> Дакле, могуће је да у међувремену наступе околности које битно утичу на положај поверилаца. Осим тога, информације које повериоци по правилу прикупљају се односе на могућност испуњења обавеза на основу тренутне и очекиване солвентности, с тим да такве податке по правилу финансијски извештаји не садрже.<sup>132</sup> Због тога се сматра да је заштита поверилаца значајнија путем објављивања финансијских извештаја који указују на пословање и оства-

128 С. Villiers, *нав. дело*, стр. 40.

129 Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L 390/38*, 31.12.2004. Тако друштва чије се хартије од вредности налазе на регулисаном тржишту у оквиру ЕУ обавезно морају да објаве своје годишње извештаје (четири месеца након краја пословне године), полугодишње извештаје (најкасније два месеца од истека првих шест месеци пословне године), а управа мора да објави полугодишње планове пословања (вид. чл. 4 до 8). Такође је предвиђена обавеза обавештавања о стицању одређеног прага капитал учешћа, промене у правима која се тичу издатих акција и других хартија од вредности (вид. чл. 9 до 16).

130 Вид. чл. 64 до 68 Закона о тржишту хартија од вредности, који предвиђају да се обавеза јавног објављивања коју имају јавна друштва односи на извештај о битним догађајима, извод из годишњих финансијских извештаја, док у односу на котирана друштва постоји обавеза њиховог објављивања у целисти уз шестомесечни план пословања који саставља управа друштва. Поред тога, јавна друштва морају да достављају одређене податке Комисији за хартије од вредности, као надзорном телу, које, између осталог, врши надзор и у погледу испуњења обавезе извештавања. Но, за повериоце је од изузетног значаја достављање годишњих финансијских извештаја Регистру привредних субјеката, и њихово објављивање у средствима јавног информисања, што је установљено одредбама ЗОПД (вид. чл. 44). Више о извештавању у домаћем праву вид. Н. Јовановић, *нав. рад*, стр. 198.

131 Тако се, на пример, финансијски извештаји код нас састављају за текућу пословну годину на дан 31. децембра те године, а достављају и објављују до краја фебруара наредне године. Вид. чл. 24 и 30 Закона о рачуноводству и ревизији.

132 Вид. више: Н. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 112.

рену добит и губитке друштва, од података о номиналном капиталу.<sup>133</sup> Такође, постоје и други недостаци у односу на корист финансијског извештавања. На пример, мањи повериоци се неће трудити да их прибаве, а чак и да то учине, некада неће умети да их правилно протумаче.<sup>134</sup> Стога је важно питање коме су намењени финансијски извештаји, односно да ли би требало да може да их консултује само стручњак у тој области, или просечно заинтересовано треће лице, или чак и лаик.<sup>135</sup> Нарочито заштита мањих поверилаца говори у прилог једноставности у разумевању информација које пружају извештаји.

Значајне проблеме у погледу финансијских извештаја и њиховог значаја за заштиту поверилаца представљају рачуноводствени стандарди, примењени у њиховом састављању. Наиме, конвенционални рачуноводствени методи, и даље присутни у неким европским земљама (нпр. Немачка), сматра се да су повољнији у заштити поверилаца, узимајући у обзир податке које пружају.<sup>136</sup> Са друге стране, све више земаља прелази на другачији систем сачињавања финансијских извештаја, заснованих на Међународним рачуноводственим стандардима (*International Financial Reporting Standards (IFRS)*). Ти стандарди су на нивоу ЕУ обавезни у консолидованим финансијским извештајима котираних друштава, а у земљама чланицама могу да буду прихваћени и за остала друштва, што су учиниле 17 од 27 земаља чланица.<sup>137</sup> Домаће право такође је прихватило ове стандарде.<sup>138</sup> Сматра се да је основни циљ сачињавања извештаја према овим принципима пре свега заштита инвеститора.<sup>139</sup> Међутим, подаци о новчаним токовима такође могу да погодују информисању поверилаца, те се сматрају напреднијим средством њихове ефикасне заштите.<sup>140</sup> Дакле, очигледна је веза између правила о капиталу, начину исказивања пословних резултата и података које садрже извештаји друштва (укључујући начин њиховог сачињавања и уноса података) и правила о извештавању.<sup>141</sup>

133 P. Mülbart, *нав. pag*, стр. 379.

134 *Ibid.*

135 H. Merkt, „Creditor Protection Through Mandatory Disclosure“, стр. 117 и даље.

136 R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *нав. дело*, стр. 125.

137 О утицају тих стандарда на питања капитала вид. више: Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime, стр. 7 и даље и 315 и даље.

138 Вид. чл. 2 Закона о рачуноводству и ревизији.

139 Више о овим стандардима вид. E. Ferran, *нав. pag*, стр. 204 и даље.

140 R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *нав. дело*, стр. 127.

141 Више вид. код *Ibid.*, стр. 125–127.

### 3. Посебне околности

Заштита поверилаца нарочито долази до изражаја у неким посебним случајевима. То су, на пример, битни догађаји попут смањења капитала, спајања и други поступци реорганизације. До сада је на нивоу ЕУ уочено неколико питања која су (мање или више) успешно регулисана уз постојање посебних правила усмерених на повериоце. Она се, првенствено састоје у обавези објављивања података везаних за поступак који утиче на права одређених лица (нпр, одлука о смањењу, нацрт уговора о спајању). Поред тога, нарочито је заштита изражена кроз обавезу друштва да обавести повериоце, и пружи им „адекватну заштиту“ у случају околности које могу да угрозе њихова потраживања.<sup>142</sup>

Такође је на нивоу ЕУ уочен проблем објављивања и транспарентности у односу на групе друштава, у којима може да буде споран положај повериоца, ризичан услед постојања посебног правног субјективитета сваке од чланица групе.<sup>143</sup> Пошто међу повезаним друштвима постоје такви односи, који могу знатно да доведу у питање могућност испуњавања неких својих обавеза, оправдано је повећано интересовање за тај проблем. Нарочито појачана потреба заштите постоји уколико се неко од друштава из групе користи за ризичније подухвате или ради недопуштених циљева. Досадашња регулатива у односу на групе друштава није довела до усвајања заједничког правила на нивоу ЕУ (иако је постојао предлог Девете директиве о групама друштава који је напуштен) услед постојања значајних разлика у националним правима земаља чланица ЕУ. Међутим, Извештај групе стручњака је указао на потребу да нека питања из те области ипак буду уређена на комунитарном нивоу, и то првенствено правилима о објављивању.<sup>144</sup> Циљ такве регулативе била би већа транспарентност групе и појединачно друштва која је сачињавају, укључујући податке о структури групе, и на тај начин, пружањем неопходних информација, заштита интереса лица која ступају у односе са групом или њеним члановима.<sup>145</sup>

142 Вид. нпр. чл. 32, ст. 1 Друге директиве; чл. 13 Треће директиве; чл. 4, ст. 2 Директиве о прекограничним спајањима; чл. 24, ст. 1 Статута СЕ; чл. 12 Шесте директиве; у којима су предвиђена посебна правила о заштити поверилаца. Сви документи доступни на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm), 15.4.2011.

143 Више о разлозима посебне заштите поверилаца у групама вид. R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *нав. дело*, стр. 127.

144 *Report of the High Level Group*, стр. 18, 95.

145 *Ibid.* Објављивање се односи и на финансијске податке, који су делом обухваћени поменутом Седмом директивом компанијског права у односу на консолидоване рачуне групе друштава. Такође је предвиђено и обавезно састављање рачуновод-

Посебна правила о информисању постоје и у оквиру берзанског права, која осим обавезе извештавања јавности (и других надлежних тела) о финансијском пословању, битним догађајима и другим околностима, садрже нарочито значајна правила о манипулацијама на тржишту и злоупотреби повлашћених информација.<sup>146</sup>

## VI Закључак

Информисање представља значајан инструмент у индивидуалној и колективној заштити поверилаца. Тај инструмент део је целокупног система компанијског (и берзанског, као и других сродних грана) права. Ефикасност објављивања данас не може успешно да се оспори, а користи и цена премашују све недостатке тог инструмента. Ипак, упркос изузетној улози као регулаторном инструменту, тешко је закључити да би он сам био довољан да самостално оствари такву функцију. Наиме, правила о обавезном објављивању само су део укупне заштите поверилаца, у коме координација са другим инструментима мора да постоји, и на тај начин буде ефикасна. При том, постојање негативних страна неког другог инструмента, као што су, на пример, правила о капиталу друштва, аутоматски делује негативно и на правила о објављивању. Стога би ограничене домете објављивања требало исправити интервенцијом у погледу оних правила која *заједно* са објављивањем штите повериоце. Тако би модернизација правила компанијског права путем, на пример, института ограничења плаћања морала да прате одговарајућа правила о објављивању.

И поред тога, објављивање остаје инструмент који има ограничен дomet и није лишен недостатака. Да би објављивање најефикасније остварило своје циљеве: заштиту тржишта и поверење у њега, заштиту инвеститора, поверилаца и других лица, као и транспарентност; неопходно је пронаћи праву меру и обим података који чине његову садржину. Ипак, оптималан оквир правила о објављивању заправо је предслов за успешно функционисање како индивидуалне, тако и колективне (императивне) заштите поверилаца. Не постоји могућност ефикасније и јефтиније индивидуалне заштите ако нема довољно информација које је друштво морало да објави. Тим пре, јер индивидуална заштита сама по себи представља скуп начин заштите.

За услове континенталног права, а нарочито домаћег права, не би било прихватљиво да се повериоци у потпуности (или углавном) штите уговорним или другим индивидуалним средствима. Нарочито економски слабији повериоци немају другог вида заштите до обавезног

---

ствених консолидованих извештаја према Међународним рачуноводственим стандардима (*IFRS*).

146 О томе овде неће бити речи. Вид. Paul Davies, *нав. дело*, стр. 906–914.

регулаторног оквира. Стога традиционалнији приступ обавезне заштите, кроз модернија правила у односу на такве инструменте представља препоручљив пут даље у заштити поверилаца. У њему није довољно само информисање, већ његова заштитна функција највише долази до изражаја уз ефикасна правила о капиталу и добро осмишљену одговорност (нарочито правовремену и у односу на одговарајућа лица). При том, не треба сметнути с ума да чак и најбоље осмишљена правила, која, између осталог, пружају заштиту поверилаца, не могу да надоместе мане (или непостојање) ефикасног правног система. Да би правила била функционална, неопходна је и њихова ефикасна примена у пракси.

**Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD**

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

## **CREDITOR PROTECTION THROUGH MANDATORY DISCLOSURE RULES**

### **Summary**

*This paper deals with the issue of creditor protection through mandatory disclosure rules. Voluntary disclosure has an overall positive impact on proper functioning of the market. Still, prevailing mandatory rules can better accomplish many different goals, among which are investor confidence and protection of categories such as investors, creditors and other interested parties.*

*Mandatory disclosure rules represent a basic principle of continental European laws, and they include disclosure of basic company information, formation and modifications of capital and financial reports. They can also consist of special rules for protection of creditors in the form of disclosure in the case of capital reduction, mergers and other company reorganisations. Mandatory disclosure is considered the best regulatory tool in the case of groups of companies and its transparent structure toward creditors. It is underlined that, apart from exceptional cases, mandatory disclosure is not suitable as the only regulatory tool and should be supplemented with other mandatory material legal provisions. Creditors' interests should be protected by disclosure, functioning in accordance with other mandatory rules such as capital rules based on solvency test, or modern provisions on responsibilities to creditors.*

**Key words:** *creditors, mandatory disclosure, financial reports, basic information on company, groups of companies, responsibility.*

**Jos UITDEHAAG**

судски извршитељ у Etnn-Leur, Холандија

члан одбора Краљевског савеза судских извршитеља Холандије  
руководилац Пројекта за реформу извршног поступка на Балкану

## **ИЗМЕЋУ ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ И МОДЕРНЕ ЕФИКАСНОСТИ: РЕФОРМА ИЗВРШНОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ\***

### **I Увод**

Владавина права уводи ред у друштво. У последњој деценији „водећи принципи владавине права“ су све више признати као критеријуми за сваки правни систем као гарант независног судског система. Судски систем који правилно функционише може да обезбеди стабилност. Постоји опште разумевање принципа владавине права; принципа који су примењени, на пример, у законодавству Европског суда за људска права (ЕCHR). Такође, у случају извршења.

Овде се посебно може поменути члан 6 став 1 ЕCHR-а.<sup>1</sup> Из текста би се могло рећи да се члан 6 ЕCHR фокусира искључиво на судски, контрадикторни део процеса. Бар до 1997. године. У преломном случају

\* Референце на нацрт Закона о извршењу и обезбеђењу се односе на верзију коју је одобрила Влада Србија у новембру 2010. год.

1 Чл. 6 став 1 ЕCHR. У одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним, законом установљеним судом. Пресуда се изриче јавно, али штампа и јавност могу бити искључене из целог или из дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када интереси малолетника или заштита приватног живота странке то захтевају или у мери изричито неопходној по мишљењу суда,



Хонсби vs. Грчка из 1997. године, Европски суд за људска права је одлучио: „...да би право било илузорно када би домаћи правни систем Уговорне Државе дозволио да коначна, обавезујућа судска одлука остане без учинка, на штету једне стране. Било би назамисливо да члан 6 § 1 треба детаљно да описује процедуралне гаранције дате странкама – поступци који су били фер, јавни и експедитивни – а да се не заштити примена судских одлука; тумачити члан 6 као да се он бави искључиво приступом суду и вођењем поступка би вероватно водило ситуацијама некомпатибилним са принципом владавине права који су Уговорне Државе прихватиле да поштују када су ратификовале Конвенцију. Извршење судске пресуде било ког суда мора се, сходно томе, сматрати саставним делом „судског процеса“ према члану 6...“<sup>2</sup>

Овом судском пресудом ЕСтНР је у свом целокупном законодавству истакао да државе чланице имају обавезу да обезбеде да лица која добију коначну и обавезујућу судску пресуду имају право и могућност на њено извршење. Међутим, пракса овог суда показује константан пораст случајева који се тичу извршења (коначних) пресуда или других извршних судских одлука и докумената. Број случајева пред ЕСтНР, нарочито у земљама у транзицији, и даље важи за показатеља стања ствари у области развоја владавине права, а нарочито у области правосуђа. Отуда сви ови случајеви доприносе интересовању земаља да унапреде (ефикасност) својих извршних система.

И Савет Европе и ЕСтНР траже решења за спречавање овог растућег прилива случајева. У Резолуцији бр. 3, 24. Конференције Министара правде у Москви (4. и 5. октобра 2001. године) усаглашено је да је „одговарајуће, ефективно и ефикасно спровођење судских одлука од капиталне важности да Државе створе, ојачају и развију снажан и поштован правосудни систем.“ На основу Резолуције из 2003. године, Одбор министара Савета Европе је усвојио Препоруку о извршењу.<sup>3</sup> Ове Препоруке је у децембру 2009. године следио сет Смерница које је донео СЕРЕЈ, Комисија за Ефикасност Правосуђа Савета Европе.<sup>4</sup>

Тако су створени стандарди и оквир извршног система. Очигледно, ЕСтНР има исто мишљење. У случају две скорашње пресуде ЕСтНР се чак експлицитно позвао на Преп. 17/2003!<sup>5</sup>

у посебним околностима у којим би публицитет могао нанети штету интересима правде.

2 ЕСтНР, 19. март 1997, Хорнсби против Грчке, пријава број 18357/91.

3 Препорука 17/2003, усвојена 9. септембра 2003, у даљем тексту: Рес 17/2003.

4 СЕРЕЈ (2009) 11 REV Смернице за бољу имплементацију постојећих Препорука Савета Европе о извршењу, 17. децембра 2009, у даљем тексту СЕРЕЈ (2009) 11 REV.

5 Видети: ЕСтНР, *Barret dr Sirjean ĩroyiv Француске*, 21. април 2010, ĩредсїавка 13829/03 (само на француском језику): „46. La Cour remarque que ce type de situation

## II Улога BERP и GIZ

Ово је позадина у којој је BERP активна у области извршења. Циљ BERP-а је да подржи различите правне системе земаља Западног Балкана у реформи њихових правних система у целини и посебно у обезбеђивању ефикаснијег и ефиктивнијег функционисања система за спровођење закона на националном и регионалном нивоу.

Пројекат финансира Холандска влада, а спроводе га Центар за међународну правну сарадњу (CILC) из Холандије и *Deutsche Gesellschaft fur Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH* из Немачке.

Растуће економске активности ће резултирати већим прекограничним извршењем и достављањем докумената. У овом тренутку, ефикасно и ефективно прекогранично и извршење и достављање докумената спутавају правне и практичне препреке. У оваквој позадини BERP намерава да ојача регионалну сарадњу у извршењу. На билатералном нивоу BERP помаже у реформи примарног и секундарног законодавства, као и прописа који регулишу професију (као нпр. дисциплински поступак) и њихово усклађивање са најбољом међународном праксом, затим у развоју и примени стратегија и програма обуке за судске службенике (из приватног и јавног сектора) који спроводе извршење судских пресуда, као и за службенике и институције којима је поверен надзор над применом процеса извршења, укључујући обуку на регионалном нивоу о темама као што су етика и дисциплинска питања, међународни аспекти извршења, подизање свесности и медији, стандарди квалитета и методологија обуке, успостављање и јачање националних професионалних организација у области спровођења закона и развој и увођење најбољих регионалних пракси у областима као што су квалитетно управљање, праћење и контрола, мерење перформанси, транспарентност средстава и сарадња са властима.

---

témoigne de l'inefficacité du système d'exécution et renvoie au risque de dérive – rappelé dans la Recommandation du Comité des Ministres en matière d'exécution des décisions de justice – d'aboutir à une forme de „ justice privée „ qui peut avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système juridique (ibid.)“ као и: *ЕСНHR Sud Est Réalisations пројекат Француске, 2. март 2011, прегледница 6722/05* (само на француском језику): „60. Face aux intérêts individuels en cause, il appartenait à celles-ci, après un laps de temps raisonnable pour trouver une solution satisfaisante, de prendre les mesures nécessaires au respect de la décision de justice. Force est de constater que le refus prolongé d'apporter le concours de la force publique en l'espèce a eu pour conséquence, en l'absence de toute justification d'intérêt général, d'aboutir à une sorte d'expropriation privée dont l'occupant illégal s'est retrouvé bénéficiaire. Cette situation renvoie au risque de dérive – en l'absence d'un système d'exécution efficace – rappelé dans la Recommandation du Comité des Ministres en matière d'exécution des décisions de justice, d'aboutir à une forme de „ justice privée “ contraire à la prééminence du droit.“

### III Јурисдикција ЕСтHR-а

Детаљан преглед јурисдикције ЕСтHR-а је ван домашаја овог члана. Међутим, заједнички тренд је јасан. Прво, изгледа да је садашње законодавство у већини земаља застарело и није у стању да обрађује већи број захтева за извршење. У већини земаља не постоји равнотежа између интереса дужника и повериоца. Оптужени могу лако да осујете извршење злоупотребом знатног броја правних лекова. Друго, ефикасност и ефективност у организацији система извршења није на потребном нивоу. У већини земаља једва да постоји било какав буџет за успостављање адекватног система извршења. Као резултат тога, постоји недостатак професионализма, обученог особља и инфраструктуре. Буџетско законодавство такође има свој утицај на приступ извршењу према Држави и државним институцијама. У већини земаља Држава као дужник има изузетан положај. То фрустрира поверење и очекивања у погледу функционисања система извршења. Право да се пресуда изврши је саставни део права на приступ суду, као што је и право на поступак у разумном року. Недостатак буџетских издвајања, организације извршења, пропуста извршитеља или недостатака у националном законодавству не би, по мишљењу ЕСтHR-а, требало да се користе као изговор.

### IV Западни Балкан

Већина земаља у региону западног Балкана имају намеру да постану чланице Европске уније. У позадини процеса приступања ЕУ ове земље реформишу своје правне и правосудне системе. Законодавство, процедуре и праксе морају бити усклађени са *acquis communautaire* (ЕУ) и међународно прихваћеним стандардима, као што су горепоменуте Препоруке Савета Европе.

БЈР Македонија је већ 2005. године усвојила нови закон о извршењу. Што се тиче осталих земаља у региону, различити извештаји Европске комисије<sup>6</sup> о напретку указују на то да постојећи извршни системи више не испуњавају захтеве данашњице: судови имају знатна заостајања, углавном проузрокованих предметима извршења. Број правних лекова изазива непотребне и дуге поступке пред судовима. Као последица тога, судови постају преоптерећени и број заосталих предмета је у порасту.

У различитим земљама се може утврдити један број узрока. Чини се да су ти узроци скоро идентични. Пре свега, један број проблема се односи на законодавни оквир. У већини земаља он је потпуно застарео. У Босни и Херцеговини, Хрватској, на Косову, у Црној Гори и Србији

6 Извештаји се објављују. Види: <http://ec.europa.eu/enlargement/>.

законска основа за извршење је Закон о извршном поступку Федеративне Југославије из 1978. године. Овај закон је, у социјалистичком систему, имао висок степен заштите дужника у извршним предметима. Као резултат тога, тешко да се може рећи да постоји баланс између интереса повериоца и дужника. Изгледа да је створена култура неплаћања. У знатном броју случајева где поверилац покушава да наплати своје потраживање извршењем судске одлуке, дужници осујете извршење. Огроман број правних мера је од помоћи дужницима да злоупотребе свој положај у процесу извршења.

У исто време, неопходан је критички поглед на улогу повериоца у извршном процесу. Статус веродостојних исправа у извршном процесу може да доведе до ситуације у којој повериоци не преузимају никакву одговорност за наплату својих потраживања, већ радије доставе све неплаћене рачуне судовима на извршење уместо да престану да пружају своје услуге. Садашње законодавство омогућава тим компанијама да једноставно доставе копију рачуна као веродостојну исправу на суду, чак и без обавезе да се покаже да је рачун достављен или да су они клијенту послали било какву опомену у вези са рачуном.

Други разлог се односи на организацију извршног процеса. У већини земаља Западног Балкана извршење је организовано преко првостепених судова. У оквиру судова, извршење има низак приоритет. Сходно томе, осим у главним судовима извршење не спроводе професионализовани људи. Лица која се баве извршењем су недовољно обучена. Не постоји јасна структура организације извршења на ефикасан и ефективан начин.

У већини земаља недостају финансијска средства и годишњи буџет да се судске одлуке спроводе на одговарајући и ефикасан начин. Из тог разлога је немогуће инвестирати у одговарајућу инфраструктуру. Тако је створена ситуација са неадекватним просторијама, недостатком превозних средстава и платом која изгледа да је на ивици егзистенцијалног минимума. Овај недостатак финансијских средстава доводи до знатних кашњења у извршењу. Поврх тога, постоји опасност од нежељене зависности од подносиоца захтева. Таква зависност подрива позицију извршитеља у правном систему.

## V Србија, садашњи закон

Садашњи закон о извршењу у Србији донесен је 2004. године. Поред овог закона један број других закона је такође релевантан јер нуде алтернативу судском извршењу: Закон о хипотеци (2005), Закон о регистрованим залогама на покретним стварима (2003) и Закон о финансијском лизингу (2003). Као и у Црној Гори, у Србији постоји

правна могућност да се укључе вансудски извршитељи. Извршење против заложеног покрића може се извршити у складу са Законом о регистрованим залагама на покретним стварима и Законом о финансијском лизингу. У пракси, ови закони су били врло успешни: поверилац је у могућности да узме у посед покриће у тренутку доспећа дуга. У случају да дужник не сарађује предајом покрића као одговор на захтев повериоца, поверилац је овлашћен на скоро истовремено решење суда (заобилазећи тешкоће парничног процеса). Закон о хипотеци предвиђа вансудско поравнање и убрзани извршни поступак. Ови закони се данас такође користе да поврате сигурност кредита.

Ја не намеравам да пружим исцрпан преглед садашњег система, већ да га окарактеришем у једној реченици. Садашњи извршни систем у Србији би се најбоље могао описати као систем са необично јаким странама и озбиљним слабостима.

За почетак пример необичне снаге: мислим да улога Народне банке Србије у активности принудне наплате треба да се помене. Ове активности се спроводе у Народној банци Србије у складу са чланом 57 Закона о платном промету (док се не установи организација принудне наплате). На основу решења о извршењу, Народна банка Србије је обавезна да изврши принудну наплату потраживања задуживањем свих дужникових рачуна (динарских и девизних) без претходне сагласности власника рачуна. Ако је ред тачан и постоји довољно информација, Банка ће одмах извршити задуживање наведених рачуна дужника и пренети приход на рачун повериоца. Ако износ није довољан да се покрије дуг, Банка ће одмах извршити компјутерску претрагу како би пронашла све друге рачуне са матичним бројем дужника. У случају да се пронађу додатни рачуни, они се задужују у износу неплаћеног дела судске пресуде. Ако пресуда још увек није задовољена, Народна банка ће извршити замрзавање свих рачуна дужника у корист повериоца, омогућавајући да се новац улива на рачун дужника, али не и да се излива из њега.

С друге стране, проблеми су бројни. ЕСтНР је нашао повреде правила у једном броју случајева у Србији које се тичу неизвршавања судских и других одлука. Тренутно, још увек постоји око 450 пријава пред ЕСтНР које се односе на неизвршење. Наравно, ови случајеви се односе на питања која се могу идентификовати и у другим земљама у региону, као што су дуги судски поступци<sup>7</sup> и велики број правних лекова.<sup>8</sup>

7 Видети на пример: *Самарџић и АД Пласџика њројив Србије*, 17. јул 2007. (Представка број 28443/05); *Илић њројив Србије*, коначно 9. јануар 2008. (Представка број 30132/04); *В. Димијријевић и Јаковљевић њројив Србије*, коначно 19. април 2010. (Представка број 34922/07); *М. В. њројив Србије*, 22. септембар 2009. (Представка број 45251/07).

8 Видети на пример: *Буловић њројив Србије*, 1. април 2008. (Представка број 14145/04).

Овде желим да поменем два проблема који се односе на улогу државе и, по мом мишљењу, воде ка опасности угрожавања независности судства преко државе.

Први проблем се односи на слабу подршку локалних власти као нпр. полиције. Резултат недостатка подршке су одлагања и избегавања у извршењу. Бројни примери недостатка сарадње могу се наћи међу ЕСтНР предметима. У случају *EVT Cotranu ȳроџив Србије*<sup>9</sup> из јануара 2005. године, подносиоца представке је обавестио Председник Привредног суда да поступак извршења ометају запослени код дужника, као и полиција. Полиција је одбила да помогне судским извршитељима у њиховим наредним покушајима за заплене имовину. Председник је изјавио да ће поступак поново почети чим судија који води случај разјасни ситуацију са шефом локалне полиције и закључио да је одбијање полиције да помогне судским извршитељима у њиховим дужностима уобичајено у случајевима који укључују „незадовољне раднике“ да су ангажовани у опструкцији поступка судског извршења. Након проглашења случаја прихватљивим, ЕСтНР је закључио да, без обзира да ли је дужник приватни или државни актер, држава мора да предузме све неопходне мере да се правоснажна судска пресуда изврши као и да се, сходно томе, обезбеди делотворно учешће њеног целог апарата, укључујући полицију, иначе неће одговорити на захтеве садржане у члану 6 (1) ЕСтНР.<sup>10</sup> Суд је истакао да је држава одговорна и за обезбеђивање подршке других органа, као што су катастар или Народна банка.

Други пример се односи на друштвена предузећа. Чини се да је велики број неспроведених одлука које се тичу дугова ових друштвених предузећа велики проблем. Све је већи број ових случајева који се налази пред ЕСтНР. Посебно у случају Качапор и други против Србије,<sup>11</sup>

9 Предмет *EVT Cotranu ȳроџив Србије*, 21. јун 2007. (Представка број 3102/05).

10 Видети сличне изјаве у *Качајор и груџи ȳроџив Србије*, бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06, 15. јануар 2008; видети такође *Црнишанин и др. ȳроџив Србије*, бр. 35835/05, 43548/05, 43569/05 и 36986/06 (Погл. 2, енг.), 13. јануар 2009.; *Влаховић ȳроџив Србије*, бр. 42619/04, 16. децембар 2008.; *Гришевић и груџи ȳроџив Србије*, бр. 16909/06, 38989/06 и 39235/06, 21. јул 2009.

11 *Качајор и груџи ȳроџив Србије*, 15. јануар 2008. (представке бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06). Друштвена предузећа (предузећа која послују већинским друштвеним капиталом). Ове компаније се састоје од друштвеног капитала и представљају остатак бившег југословенског комунизма. ДП је независно правно лице које је у власништву и које воде његови запослени и може бити предмет стечајног поступка. Од 2002. предузећа која нису формално приватизована, не могу, без претходног одобрења од стране Агенције за приватизацију (Агенција за приватизацију), која је и сама државни орган, да доносе сопствене одлуке које се тичу између осталог, приватизације, али и намирења потраживања (исплате дугова). Сваку одлуку донету у одсуству такве

ECtHR је јасно ставио до знања да „без обзира да ли је дужник приватни или државни актер, држава мора да предузме све потребне кораке да се правоснажна судска пресуда изврши, као и да, при томе, обезбеди делотворно учешће њеног целог апарата“.<sup>12</sup>

Коначно, ту је и улога судије у извршном поступку: чињеница да су судије преоптерећене формалистичким активностима у извршном поступку не доприноси ефективном и ефикасном извршном систему. Судија је укључен у сваку фазу извршног процеса и доноси све потребне одлуке у процесу, почев од одлуке о извршењу до одбијања предлога о извршењу све док се не задовољи извршни поверилац. Могло би да се постави питање да ли судија треба да обавља све ове активности: у случају образованих и добро обучених професионалаца, сви ти професионални извршитељи би могли да добију шира овлашћења.

Последица организације извршног процеса и преоптерећених судија је све већи број нерешених случајева. Сама Влада Србије указује да је просечно трајање цивилне парнице у Основном суду 1,52 година, у Вишем суду првог степена је 1,7 година, а другог степена је 1,3 година.<sup>13</sup> Број заосталих судских предмета расте током година и међу извршном случајевима: у 2007. години укупан број извршних случајева је био 871.049 (од чега је нерешених до краја године било 372.440). 2008. године укупан број случајева се повећао на 911.420 (нерешених до краја године: 392.334 од којих је било 219.382 нерешених случајева у Београду).<sup>14</sup>

Зашто заостатак? Преоптерећеност судија је један разлог. Други разлог има везе са судским извршитељима, лицима која обављају

сагласности, Агенција за приватизацију би прогласила неважећом. Овај режим је био на снази до марта 2007, пошто су надлежна министарства објавила да је његов наставак неизбежан. ECtHR је приметио да је дужник тренутно у власништву холдинг компаније која се претежно састоји од друштвеног капитала. Као такав, он је уско под контролом Агенције за приватизацију, која је и сама државни орган, као и Влада, без обзира да ли је било каква формална приватизација покушана у прошлости. ECtHR стога сматра да дужник, упркос чињеници да је посебно правно лице, не ужива „довољно институционалне и оперативне независности од државе“ да ослободи државу од њених одговорности по Конвенцији. Сходно томе, Суд је био мишљења да су притужбе подносилаца представке компатибилне *ratione personae* са одредбама ECHR.

12 Видети такође: *Гришевић и остали против Србије*, 21. јул 2009. (Представке бр. 16909/06, 38989/06, 39235/06) и *Црнишанин и други против Србије*, 13. јануар 2009. (Представка бр. 35835/05, 43548/05, 43569/05 и 36986/06, §§ 100–104) и *EVT Company против Србије*, 21. јун 2007. (Представка бр. 3102/05).

13 Извор: Одговор Владе Србије на Упитник Европске комисије „тражене информације од стране Европске комисије Влади Србија за припрему Мишљења о апликацији Србије за чланство у Европској унији“, Влада Србије, новембар 2010. (Одговор ЕК Поглавље 23), одговор на питање 23.

14 Извор: Одговор ЕК Поглавље 23, одговори на питање 30.

извршење. Према садашњем закону о извршењу, судски извршитељ је награђен као ниско рангирана особа у односу на судског службеника. Међутим, њихове одговорности су знатне. Извршење је веома интензиван посао. Обично је потребно више од једног покушаја да се обави одређена извршна радња. Као последица тога у великом броју случајева поступак се обуставља. Интензиван рад значи да је потребно имати довољан број судских извршитеља да би се обављало извршење. Међутим, постоји недостатак извршитеља који спроводе извршне предмете. Све већи број предмета значи да сваког месеца расте број предмета по извршитељу. Као што је речено, ретко већ први покушај резултира извршењем. Због растуће неравнотеже између броја предмета и броја извршења, кашњења (а тиме и заостатак) су у сталном порасту.

Поред тога, треба ставити примедбу и на радне околности: судски извршитељи морају да се баве случајевима уз минимум инфраструктуре и средстава: немају помоћнике, недостају им возила, компјутери, телефони и остала опрема, прелазе велике удаљености и, како што сам поменуо, примања су им ниска.

Чињеница да су судови преоптерећени покреће питање да ли укљученост суда у обичне предмете представља одговарајућу употребу судских ресурса или би умешаност суда требало ограничити на оне случајеве који захтевају доношење значајних одлука о питањима која превазилазе формалност. Чињеница да би судије биле лишене већине првостепеног одлучивања у вези са извршењем пресуда, значи да су саом извршном систему такође потребне промене.

Влада Србије је потврдила следеће: у припреми је нови Закон о извршном поступку који уводи професионални систем вансудског извршења.

## VI Србија, нацрт закона

### 1. Укљученост суда

Да ли, према новом закону, постоји било какав напредак у погледу укључености суда у извршење?

Једна од намера новог закона је била да се екстернализују извршења из судова. Са те тачке гледишта побољшања су свакако учињена. Избор професионалног извршног система ван судова има позитиван допринос и олабављује везе са судом. Добар пример је попис средстава извршења. У случају када је у извршење укључен извршитељ није неопходно да се напишу средстава извршења у предлогу о извршењу: „Извршитељ ће спровести извршење на средставима и предметима извршења као што је наведено у решењу о извршењу, а ако средстава или предмети нису



наведени извршитељ, на основу свог закључка, спроводи извршење на средствима и предметима извршења које сматра највише одговарајућим за намирење извршног повериоца.<sup>15</sup>

Други пример је укидање услова да судске пресуде морају да буду оверене клаузулом која потврђује њихову коначност и извршност које је издао суд који је одлучио о предмету. Према садашњем закону постоји потреба да извршност буде потврђена два пута, једном од парничног суда (клаузула извршности), а други пут од стране извршног суда (наредба о извршењу). Међутим, како наслов овог текста такође указује, са тачке гледишта „модерне ефикасности“ могао би да се предвиди извршни систем (као у Холандији) у којем је, без наредбе о извршењу, истек рока довољан за предузимање извршних радњи.

То су два позитивна примера. Међутим, чини се као да у нацрту закона судови и даље имају централну улогу у процесу извршења. Као и према садашњем закону, нацрт закона и даље сматра судију централном фигуром у процесу извршења за предузимање одређених радњи или интервенцију када је потребно. „Најмањи заједнички именилац“ система, како су га звали на конференцији о новом закону у организацији Савета Европе у јануару 2011. године: „Другим речима, чини се да упркос високим правним и професионалним вештинама будућих приватних извршитеља, они и даље неће бити овлашћени (баш као ни њихови „државни“ браћа и сестре) да у своје руке узму све или већину суштинских одлука и радњи у извршном поступку. Исто као и у прошлости, судска интервенција ће бити могућа, па чак и неопходна у многим ситуацијама од почетка до краја извршног поступка. То би могло значајно да умањи планирано повећање ефикасности новог система. Оптимално, ако су високо квалификовани извршитељи на располагању, судско интервенисање у спровођењу процеса би требало да буде маргинално или чак сведено на нулу. Ово изгледа није случај са DEAS – он је много ближи хибридном систему где је потребно интензивно укључивање и судија и приватних судских извршитеља. Такав систем већ показује своје слабости, нпр. у Словенији.“<sup>16</sup>

## 2. Правни лекови

Велики број правних лекова је један од проблема који је ECtHR идентификовао. У нацрту закона једини лек против решења о извршењу је приговор. Извршење се не спустендује по приговору. Основ за приговор је сведен на строги минимум:<sup>17</sup>

15 Члан 20 Нацрта закона Србије о извршењу и обезбеђењу (у даљем тексту: DSLES).

16 Као што је описао проф. Алан Узелац (Хрватска).

17 Члан 42 и 46 DSLES.

У погледу извршних исправа:

1. ако је обавеза из решења о извршењу испуњена;
2. ако је одлука на основу које је наложено извршење укинута, одузета, промењена, стављена ван снаге, учињена апсолутно ништавном, без правног дејства или статуса извршне исправе;
3. ако је намирење на основу којег је наложено извршење опозвано;
4. ако рок за испуњење обавезе није истекао или ако се услов из извршне исправе није стекао;
5. ако је законски рок за израду предлога за извршење истекао.

У погледу веродостојних исправа:

1. потраживање у веродостојној исправи није утврђено;
2. веродостојна исправа има неистинит садржај;
3. потраживање у веродостојној исправи није доспело;
4. обавеза је истекла или је на други начин окончана;
5. потраживање је истекло због застарелости.

Извршни поверилац може ставити приговор на решење само ако је његов захтев одбачен или одбијен или у случају приговора у погледу трошкова извршења.<sup>18</sup> О приговору одлучује исти суд који је издао решење о извршењу, овај пут веће од три судије.

По мом мишљењу, рокови за подношење приговора и одлучивање о њима су превише амбициозни – три дана за подношење и одлучивање.<sup>19</sup>

### 3. Улога експерата

Експерти имају увезену улогу у садашњем систему извршења. Улога или мишљење експерата ће бити ограничена у DSLES: „Стручна мишљења неће бити дозвољена у извршном поступку.“<sup>20</sup> Једино позивање на експерта се налази у члану 93 став 3 DSLES: „Ако суд односно судски извршитељ нареди да се спроведе процена након пописа на основу информација добијених од организације, институције или правних лица, процена се уноси у посебан записник.“

18 Члан 40 DSLES.

19 Члан 39 DSLES.

20 Члан 30 DSLES.

#### 4. Одлагање

Један од разлога дугих поступака су законске могућности за одлагање извршења. У нацрту закона ове одредбе се такође бришу. Апсолутно није потребно да се ове одредбе налазе у закону, под условом да закон омогућава странкама и извршној власти (што значи извршитељ, а не суд) да одлучује о одлагању. Ово је такође у складу са Смерницама СЕ-РЕЈ (2009) 11 REV: „70. Приоритет увек треба дати постизању споразума између страна у циљу координисања рокова извршења. Где се странке договоре између себе, рок за извршење сваке процедуре успостављене од стране државе чланице не би требало да спречи ове договоре да ступе на снагу.“

#### 5. Рочишта

Према садашњем закону, суд заказује рочиште када је то потребно по закону и када суд сматра да је одржавање рочишта одговарајуће. Да би процедуре биле ефикасније, према нацрту закона „у извршном поступку, суд или судски извршитељ искључиво делују на основу поднесака и других докумената.“<sup>21</sup>

#### 6. Систем дуплог колосека: суд и извршитељ

Једна од главних промена је увођење тзв. система дуплог колосека: суд налаже извршење, а спроводи га или суд или (самозапослени) извршитељ.<sup>22</sup> На тај начин се уводи нова професија.

Самозапослени (приватни) извршитељи делују или као самостални предузетници (индивидуални предузетници) или као партнери у фирми.<sup>23</sup>

Број извршитеља утврђује министар на основу броја становника (по правилу један извршитељ на 30.000 становника).<sup>24</sup> Извршитеље ће именовани министар за територију првостепеног суда и територију Привредног суда.<sup>25</sup> Извршитељ ће бити факултетски образоване особа која има најмање две године искуства у извршењу или три године радног искуства у правним пословима, која је положила испит за извршитеља.<sup>26</sup> Систем мониторинга и контроле, дисциплински поступак, лична од-

21 Члан 28 DSLES.

22 Члан 2 пар. 2 DSLES.

23 Члан 3121 DSLES.

24 Члан 315 DSLES.

25 Члан 312 DSLES.

26 Члан 313 DSLES.

говорност и професионална обука треба да задрже моралне и етичке стандарде нове професије.

Сви samozапослени извршитељи обавезно су чланови Коморе.

DSLES се веома фокусира на правни оквир samozапослених извршитеља.

Према DSLES, само суд, а не извршитељи ће имати надлежности у погледу извршења одлука у вези са породичним односима и питањима враћања запосленог на посао: „Суд је једини надлежан за спровођење извршења одлука које се тичу породичних односа и извршења са циљем враћања запослених на посао.“<sup>27</sup>

## VII Оквир примене

Развој правног оквира је једна ствар. Оно што је такође важно је примена новог закона. Реформа извршног процеса је у току, то је непрекидан процес. Посебно у области као што је извршење, законска реформа може бити успешна само када реформу подржавају све заинтересоване стране: повериоци, дужници и дужничке организације, судство, адвокати и, уопште, јавност. Подизање свести и образовање јавности су стога један од кључних елемената.

Још један од кључних елемената је транспарентност и отвореност. Прихватање транспарентности и отворености као једног од водећих принципа ће довести до стицања и одржавања поверења јавности. Веома је важно схватити да је јавност већ годинама незадовољна (садашњим) системом извршења. Увођење нове професије би могло довести до још више сумње и незадовољства. Искуство из других земаља такође показује да проблеми у раду извршитеља треба да буду предмет отворене дискусије, а не „скривани под тепих“.

Са усвајањем Закона треба предузети један број корака. Прво, важно је да се успостави јака организација (Комора). Ова организација ће обликовати професију и наметати минималне стандарде у погледу спровођења извршних радњи. Комора ће имати централну улогу у подизању нивоа професионалности кроз обуку.

Комора треба да буде успостављена пре израде подзаконских аката. Нацрт закона Србије предвиђа временски оквир за израду подзаконских аката.

Тakoђе, министар правде је укључен у израду одређених прописа. Један од стубова реформе ће бити регулација накнада и трошкова (у року од 90 дана од дана ступања Закона на снагу).

Још један камен темељац биће креирање механизма за ефикасно праћење и контролу: процењивање свих ризика који се могу деси-

27 Члан 3 DSLES.

ти и утицати на активности извршитеља. Надзор треба да буде подељен између Коморе и Министарства правде. Ова два тела ће самостално радити, што гарантује независне ревизије и надзор, али у блиској сарадњи једних са другима. Начело транспарентности захтева успостављање јасних критеријума за процену и праћење и развој стандардизоване методологије инспекција.

## VIII Закључак

Добро је што се толико пажње посвећује побољшању Закона о извршењу. Међутим, (будући) Закон о извршењу и обезбеђењу је само део целокупног правног оквира који се односи на извршење. Законодавци треба да буду свесни да усвајањем Закона о извршењу и обезбеђењу проблеми могу остати ако се не посвети пажња побољшању комплетног законодавног оквира.

DSLES, Нацрт закона о извршењу и обезбеђењу, по мишљењу аутора је добар почетак за укупну реформу српског извршног система. По мишљењу експерата, нацрт одражава смелост и спремност да се отргне од застареле правне традиције.

Бар делимично, предлагачи српског закона су могли да оду даље. Нацрт закона представља систем дуплог колосека. Зашто такав избор? Да ли да би се тестирала ефикасност нове професије? Да ли се он користи да би се олакшао прелазни период из једног система у други? Надлежности и извршитеља и судског извршитеља су само мало другачије. Свестан сам проблема и страхова око увођења само система самозапослених, али бих ипак изазвао српске власти да узму ово у разматрање. На основу искустава у другим земљама, јасно је да законодавство у стању да обезбеди механизме за превенцију и контролу такве професије.

Нова професија је уведена у нацрт Закона. Ипак ангажовање суда у процесу извршења је и даље знатно. Да ли је то страх од разбијања правне традиције, од тога да се дозволи суду да изађе из ове функције? Највероватније ће увођење нових извршних професионалца довести до бржег и ефикаснијег и ефективнијег извршења. Једна од претњи може бити чињеница да се систем именована у Србији заснива на броју становника (један извршитељ на 30.000 становника). На тај начин ће се створити веома затворен систем, они који су именовани ће радити у врло заштићеној ситуацији са могућим монополом на извршење у њиховом округу.

Услови за именовање се углавном фокусирају на правну способност извршитеља.<sup>28</sup> Међутим, модерни извршитељ треба да има пословне и менаџерске вештине. Поред тога, по мом мишљењу, било би добро да се финансијско стање извршитеља проверава пре именовања.

28 Члан 313 DSLES.

СЕРЕЈ (2009) 11 REV Смернице 34 дају преглед могућих споредних делатности извршитеља: „Извршитељи такође могу бити овлашћени да обављају споредне делатности у складу са својом улогом, тежећи да сачувају и обезбеде признавање права странака са циљем убрзавања судског процеса или смањење обима посла судова. То могу бити, између осталих: отплата дуга, добровољна продаја покретне или непокретне имовине на јавној аукцији, одузимање робе, снимање доказа и извештавање о њима, обављање посла судског разводника, пружање правних савета, стечајни поступци, обављање задатака које им доделе судови, представљање странака у судовима, израда приватних власничких листова и исправа, подучавање.“ Нажалост, те активности, посебно вансудско извршење дуга, нису споменуте у нацрту закона.

Улогу Владе у извршењу не треба потцењивати. Поготово у систему где извршење спроводе samozапослени извршитељи, улога Владе је још важнија него у систему са државним службеницима. Влада има важну улогу у развоју нове професије: кроз успостављање, нпр. система мониторинга и контроле и дисциплинског поступка, Влада може активно да допринесе успеху новог извршног система.

## IX Коначно

У марту 2004. године у Утрехту, Холандија, одржана је међународна конференција под називом: „Извршитељ у Европи: утопија или реалност?“<sup>29</sup> Један од говорника је рекао: „Када извршитељи у Европи могу да раде на основу истог модела рада, адекватан систем извршења се може постићи на правно исправан и прагматичан начин.“<sup>30</sup>

Али шта је адекватан систем извршења? Како он изгледа? Да ли ми имамо идеални систем? Да ли постоји идеални систем извршења? Не слажем се. То је утопија. Земље размишљају различито о решавању сличних правних проблема. Исти је случај и са извршењем. То је разлог зашто не постоји један „идеалан“ систем. Почео сам овај текст са освртом на принципе владавине права. Ти принципи, преточени у, на пример Препоруке Савета Европе, уобичајени су и могу се користити као „Смерница“ за развијање добро промишљеног и уравнотеженог система извршења. Система који поклања пажњу и правној традицији и модерној ефикасности.

29 Видети такође публикацију са ове конференције: *Судски извршитељ у Европи: Утопија или реалност*, приредио проф. А. V. Jongbloed, Kluwer, 2004.

30 Судски извршитељ у Европи: Утопија или реалност, Kluwer, 2004, стр. 313.

**Драјољуб СИМОНОВИЋ**  
адвокат у Београду

## КО ПИШЕ ЗАКОНЕ У СРБИЈИ

### Резиме

*Пишање које је садржано у наслову овог рада исцрпноцирала су нарочито два проблема. Прво, представља се проблем језика закона. Ту аутор подразумева језичка правила, која се у основној школи уче, а тичу се правилног писања, граматики, интерјункције итд.*

*Други проблем односи се на разумљивост и читљивост закона. Нарочито у последњој деценији, у процесу хармонизације нашег права са правом Европске уније, српски закони су у великом броју случајева недовољно разумљиви и читљиви. Наши закони у том погледу све мање испоњавају наведене захтеве, што ствара проблеме не само грађанима, него и правницима.*

*Ко пише законе у Србији? Аутор то питање представља са позиција њиховог јавно-језичког квалитета и изражава уверење да у креирању законских текстова често изостају јавни и језички стручњаци.*

**Кључне речи:** закон, језик, разумљивост, читљивост.

### I Увод

Ово је рад без фуснота. Аутор верује да ће му тај занатско-технички недостатак рецензенти опростити, у корелацији са садржином и суштином мисли и опомена које је желео да искаже на јубиларном сусрету правника у привреди.

Српска привреда на коленима. Данак, између осталог, узимају транзиција и реструктурирање, те две „тешке српске речи“.

Реч „привреда“ истински опстаје још у називу сусрета правника Србије у привреди. За јубиларни двадесети сусрет аутор је наоштрио оловку која пише опоменом српском законодавцу и свима који учествују у креирању текстова наших закона.

Два десетлећа школе правника у привреди. Леп јубилеј у не баш таквом општем, правном, економском и моралном амбијенту Србије. Правољупци, правдољупци, истинољупци и језикољупци изражавају захвалност Школи која на 19. сусрету није хтела да прећути прекор српском законодавцу који у ткиво закона које доноси убризгава речи „физичка и правна особа“.

Двадесет година Школе представља време које Закон о основама својинскоправних односа захтева за апсолутни одржај. Школе која, упорос објективним непогодама, чува и негује речи „право“ и „привреда“ у нити апсолутног одржаја, у земљи у којој готово све постаје релативно.

Разни су закони... На пример, Фарадејев, Блез-Паскалов у природним наукама.

Закони природе. Без гушчијег пера и „тајмсђуромана“, али строги, упозоравајући, репресивни до катастрофалних последица. Човек уништава природу, она му узвраћа ударац. Тзв. цивилизацијски данак. Мајка природа је, изгледа, једина мајка у свету која још увек примењује закон талиона.

Овде ће бити опсервирано језичко стање закона за које се подижу два прста. Законе доноси Народна скупштина, а њихови текстови све отуђенији од народа, судећи по све нижем степену читљивости и разумљивости.

## II Закон мора бити такав да га свако разуме

### *Ignorantia legis nocet.*

Древно правило са којим се студенти права срећу као бруцоши. Незнање закона никог не оправдава. Ако је тако од вајкада, а јесте, и савремени парламенти чији су посланици све ближи електронским чудима, а све даље од народа, морали би да доносе читљиве и разумљиве законе, сваком поданику схватљиве. Само такви закони могу помоћи поданицима да се упознају са њима и избегну тешке последице горњег правила.

*Leges ab omnibus intelligi debent* (С.Ј. 1, 14, 9) – Законе треба сви да разумеју.



*Lex reiecit superflua, pugnantia, incongrua* – Закон одбацује све сувишно, контрадикторно и нескладно.

*In legibus magis simplicitas, quam difficultas placet* (Just. Inst., 2, 23, 7) – Бољи су једноставни, него компликовани закони.

Законик *треба да буде изражен јасно, кратко, јасно и сваком разумљиво. Закон ваља да јасношћу излагања и методичним распоредом буде јасношћу свима, колико се више може. Језик је главно средство за разумевање закона. Закони треба да изражавају разум, а не да га зајумљују* (Валтазар Богишић).

Ваљало би да закони буду *јасно састављени да их могу читати и разумети и нестручни људи* (Михаило Константиновић).

Правни језик мора да буде *јасан, одређен, прецизан и доследан у употреби јединичних речи и израза* (Радомир Лукић).

Оћу да се из закона *издвоје што је још излишно и вишњо. Оћу да се традиција и члан закона још разуму, јасно и јасно* (Милош Обреновић).

Наведени цитати из мисли и речи великана морали би бити сталан путоказ законодавцима. Нажалост, српски законодавац и остали учесници у писању закона зашли су у дубоке странпутице у погледу јасноће, разумљивости и читљивости закона.

Сублимирајући наведене исказе умних људи, закључак је да језик закона мора да буде разуман, јасан, разговетан, једноставан, складан, разумљив, доследан.

### III Нужност реafirмације лектора

Аутор је у неколико чланака указивао на нужност реafirмације лектора у законодавном процесу у Србији. При томе, узимао је за пример Закон о раду који неретко садржи одредбе које су у завади са правним језичким изражавањем. Неке погрешне законске одредбе не би се могле опростити основцима. Шта тек рећи за нашег законодавца и „стручњаке“ који га опслужују?!

*Exempti causa*, у Закону о раду саставни везник „и“ не разликује се од раставног везника „или“. Тако се уговор о привременим и повременим пословима именује и регулише као један (јединствен) уговор, а ради се о два уговора. Први је уговор о привременим пословима, а други уговор о повременим пословима. У питању су две врсте послова, те их је требало раздвојити раставним везником „или“ (као што су то чинили наши ранији радни закони, до 1996. године).

Језичко браќање везника „и“ са „или“ доноси негативну оцену из познавања језика. У корелацији са тим, и правна оцена је негативна, с обзиром да наведена језичка грешка повлачи за собом правну, у виду мешања кумулације („и“) и алтернације („или“).

Довољно је истаћи још једну реченицу из Закона о раду, за илустрацију непознавања језичких варијација и ружног изражавања.

Према одредби члана 195 ст. 1 тог закона, против решења којим је повређено право *зайосленої* или кад је *зайослени* сазнао за повреду права, *зайослени*, односно представник синдиката чији је *зайослени* члан ако га *зайослени* овласти може да покрене спор пред надлежним судом.

У једној реченици осредње дужине реч „запослени“ употребљена је чак пет пута, четири пута у номинативу и једном у генитиву. Употребом личне заменице *он* или присвојне заменице *његов*, ову одредбу би учинио бољом просечан ђак основац. Ово је опомена законодавцу и његовим стручним службама. Такође, опомена је непознавању језика и површности. Ако се неко ко одлучује постиди због оваквих реченица у закону, аутор га саветује да стид једноставно може конвалидирати реафирмацијом лектора. Недостатак новца за супротно понашање био би лош изговор, пошто се из државне касе плаћају и језички незналци.

#### IV Похвала – Закон о облигационим односима

Најлепши нормативно-правни и језички изданак наше легислативе несумњиво је Закон о облигационим односима (ЗОО). Правно стамен и језички леп закон. Он је саздан на скромно названој, а грандиозној Скици професора Михаила Константиновића коју је законодавац у извесној мери покварио, на пример, увођењем самоуправног социјалистичког морала уместо традиционог стандарда добрих пословних обичаја.

Овај закон готово је достигао идеал језичког чистунства. Његове кратке реченице одишу лепотом и „питкошћу“.

Кратка реченица је украс сваког језика (на пример, романеског, драмског, приповедачког), па и законског. Она се лако чита, плени. Она годи читаоцу, не замара му мождане ћелије. Читалачка пажња је „посе-стрима“ кратке реченице.

ЗОО обилује лепим кратким реченицама. У њему постоји 96 реченица састављених од десет и мање речи. У овом расаднику језичке лепоте три четвртине кратких реченица (72) садрже једноцифрен број речи. Од седам речи састављено је 17 реченица, од шест – 10, једна садржи пет, а три реченице састављене су од само четири речи. Поједина латиноамеричка имена дужа су од неких ставова нашег облигационог закона.

Кратке реченице су језички драгуљи. У српској легислативи главно станиште им је ЗОО. Ево, како изгледају ове лепе језичке творевине.

Ђутање понуђеног не значи прихватање понуде (чл. 42 ст. 1).

Привидан уговор нема дејства међу уговорним странама (чл. 66 ст. 1).

Одредбе уговора примењују се онако како гласе (чл. 99 ст. 1).

Даље, прекрасно су језички саздани и поједини целовити чланови овог закона. Просто невероватно за тежак, гломазан, компликован и бирократизовани језик законодавца, али ЗОО садржи чланове који су састављени од једноцифреног броја речи.

Право на истицање ништавости не гаси се (чл. 110).

Подзакуп престаје у сваком случају када престане закуп (чл. 590).

Због прекомерног оштећења не може се тражити поништење поравнања (чл. 1094).

(Супротно, дугачка реченица је ружна, до језичке „наказности“ у неким одредбама Закона о удруженом раду из 1976. године. Тај закон је је садржао реченице од 60, 64, 66, па и 70 речи!)

Док се кратке реченице просто лепе за перцепцију и пажњу читаоца, дугачке реченице га замарају и изазивају тешке мисаоне операције у циљу њиховог разумевања и тумачења. То се нарочито односи на оне гломазне, садржајно неповезане и контрадикторне реченице, које ни сам творац не би могао да растумачи.

Ипак, дуготрајном и упорном опсервацијом, аутор је у ЗОО пронашао неке језички погрешне или непримерене речи.

Тако, реч „уговарач“ погрешно је изведена из основне речи „уговор“ (требало би да изведеница гласи „уговорач“, јер не постоји ни једно правило које би оправдавало прелаз *о* у *а*). Боља би била употреба речи „уговорник“, језички исправна и „милозвучнија“ од речи „уговарач“.

Реч „што“ (из штокавице) садржана је у ЗОО, а треба употребити реч „шта“ (из штакавице) која је примерена бићу српског језика. До овога је дошло под утицајем Скице професора Константиновића родом Чачанина (у Чачку, Ужицу и другим местима Западне Србије уместо „шта“ у народу се употребљава реч „што“, као у Црној Гори).

Реч „што“ у ЗОО најчешће се употребљава у синтагми „што друго“ у објашњењу бројних института и у одредбама које успоставља диспозитивно правило, са резервом „ако није што друго уговорено“. Језичка грешка која је проистекла из очигледне незаинтересованости (можда и незнања) законодавца на релацији штакавског (који важи у Србији) или штокавског дијалекта, може се лако језички избећи тако што се уме-

сто речи „што друго“ може употребити реч „друкчије (другачије)“. Дакле, штокавштина изражена у деловима реченице „ако није што друго одређено“ могла се избећи изразом „ако није другачије одређено“.

Код уговора о превозу ЗОО се определило за реч „превозилац“, иако је уобичајена употреба речи „превозник“. Трагом језичке логике „превозиоца“ изведеног од речи „превоз“, од речи „рад“ изведеница би била „радилац“, а не „радник“.

Код уговора о контроли робе и услуге, уместо саставног везника „и“ требало је употребити раставни везник „или“, с обзиром да се роба и услуга не могу једновремено (кумулятивно) контролисати. Код овог уговора законодавац је лоше одабрао синтагму „вршилац контроле“, која је непримерена једноставности и лепоти језика ЗОО. Ту уговорну страну треба назвати „контролор“. Поређења ради, код уговора о делу постоји „посленик“, а не „вршилац посла“.

## V Читљивост закона

Читљивост и разумљивост закона у тесној су корелацији. Законски текст је јасан и разумљив ако се лако чита, тј. ако је читљив.

Према Флешовој формули читљивости, наш ранији Закон о удруженом раду има оцену 1,9 која га сврстава у ред закона са веома ниском стопом читљивости. Поређења ради, Манифест комунистичке партије има вредност 31,23 (та оцена овај марксистички документ сврстава у ред изузетно читљивог штива).

Али, и над Манифестом издиже се један законски текст по читљивости. То је управо наш ЗОО који, према Флешовој формули, има високу оцену читљивости од 39,28. По оцени аутора, тако високој оцени пресудно су допринеле кратке реченице на чију је лепоту горе указано.

Између осталог, читљивост подразумева изостанак сувишних речи (поштапалица и слично) у законском тексту. Чак и у најчитљивијем ЗОО понегде се поткраде сувишно слово, на пример, у реченици „ако сагласност није дата, сматра се да уговор није ни закључен“. Овде је сувишна речица „ни“. Лепота и економија језика захтевају да ова реченица гласи „ако сагласност није дата, сматра се да уговор није закључен“ у којој ток мисли није прекинут непотребном речицом „ни“.

## VI Таксације

Најмање су читљиви они закони који обилују таксацијама, тј. таксативним одредницама (набрајање, систем енумерације).

Процесни закони имају изразито занатску димензију, с обзиром да уређују поступак са строго утврђеним редоследом процесних радњи. Стога, основано је очекивање да се непопуларне таксације у највећем обиму налазе у законима који уређују парнични, кривични и друге поступке (набрајање надлежности, битних повреда поступка, разлога за изузеће итд.).

Зашто су таксације непопуларне код читалаца закона, посебно правника?

Због тога што, по схватању аутора, оне напрежу само оне ћелије мозга које популарно можемо назвати „складиштем информација“. Оне се код таксација пуне пуким меморисањем („бубањем“), те су непопуларне још код студената права, бар код оних који схватају да је лепота правне струке у промишљању, тумачењу, сучељавању аргумената *pro et contra*, попуњавању правних празнина не само помоћу параграфа, судске праксе и стручних мишљења, него и призивом неких граничних струка (историје, социологије, филозофије, психологије, лингвистике, етике итд.), као и правде, савесности и поштења, те других начела која негују и чувају врлине у међуљудским односима.

Међутим, у нашој легислативи процесни закони нису доминантни по броју таксација. Напротив. Процесни закони у Србији умерени су по критеријуму броја чланова који садрже таксације, изражене тачкама и алинејама.

Тако, наш Закон о парничном поступку (за кога би се могло претпоставити да буде шампион таксација) од укупно 494, таксације садржи само у 24 члана (мање од 5%). У истој сразмери налази се Законик о кривичном поступку (од укупно 577, таксације су само у 28 чланова), слично и Закон о извршном поступку (22 члана са таксацијама од укупно 306).

Што се материјалних закона тиче, по броју таксација високо место заузима Закон о привредним друштвима (таксације у 96 чланова од укупно 457, тј. нешто преко 22%). Закон о раду од укупно 287 чланова, таксације садржи у 44 члана (око 15%).

Поређења ради, Породични закон који је компилација материјалних и процесних (поступак у брачним и патернитетским споровима) норми, од укупно 363, таксације садржи у 24 члана (око 7%). Иначе, уз ЗОО и Закон о наслеђивању, Породични закон спада у наше најчитљивије законе.

Шампион наше легислативе у погледу таксација је нови Закон о заштити потрошача који је почео да се примењује 1. јануара 2011. године. Аутор је једини коментатор у Србији претходног Закона о заштити потрошача (2005). Припрема се за писање коментара новог закона, али

још се не усуђује да га започне, јер са великим тешкоћама ишчитава законски текст и доживљава га не само као шампиона таксације, него као врхунац нормативне изобличености, контрадикција, неразумљивости, нечитљивости...

По свом бићу и циљу који би требао да оствари, закон који уређује заштиту потрошача морао би бити кратак, лак за читање и разумевање, прави *lex popularis* (шведски Закон о забрани неразумних (некоректних) клаузула из 1971, са укупно седам чланова (!) сматра се најбољим потрошачким законом у Европи и остварио је највећи утицај на друге развијене земље).

Закон о заштити потрошача треба да се заснива на осам основних потрошачких права, утемељених актима ОУН, са основним одредницама које упућују потрошаче како да се заштите од неразумних (некоректних, онерозних, „лавовских“) клаузула и непоштених поступака трговца. Такав закон морао би бити једноставан и читљив, како би био лако доступан и разумљив целокупној потрошачкој популацији, јер „сви смо ми потрошачи“ (Џон Кенеди).

Какав је наш нови Закон о заштити потрошача?

Нормативно-правни „кентаур“. Шта друго рећи, а остати у границама пристојности? Са 155 чланова (вероватно најобимнији у Европи), он представља чудновату „збирку“ 15 директива Европске уније (шеснаеста је остављена за посебан закон о заштити потрошача у финансијским услугама).

Ако тај закон аутор, као једини коментар његовог претходника, чита са великим тешкоћама и сукобљава се са нејасним и контрадикторним нормама, није тешко закључити да је просечан српски потрошач уместо „народског“ добио неразумљив закон, исписан тешким стручно-бирокупским језиком.

Нови Закон о заштити потрошача, као неславни шампион таксација, исте (означене као тачке) садржи у 56 од укупно 155 чланова (преко 30%). У том („тачкастом“) закону садржано је чак 389 тачака! Њих је тешко и набројати. Да не говоримо о читљивости новог „потрошачког“ закона. Свака даља реч била би сувишна.

Као антипод оваквог закона, тешког и за читање, хипертешког за тумачење и примену, појављује се Закон о наслеђивању. Он је веома читљив и „питак“, од укупно 239 чланова таксације садржи само у три и то умереног обима (укупно 11 тачака).

Дакле, Закон о наслеђивању обима 239 чланова има 11 тачака, док Закон о заштити потрошача од 155 чланова има 389 тачака! Податак који довољно говори који је закон читљив, а који је од тог епитета удаљен „светлосним годинама“.

Како са таксацијама и тачкама стоји наш најбољи правно-језички изданак (ЗОО)?

Наш најбољи и најобимнији (1109 чланова) закон таксације садржи у само осам чланова (мање од 1%), са укупно 31 тачком.

Сваки даљи коментар на ову тему је сувишан. Аутору остаје нада да ће неко од оних који учествују у креирању закона макар прочитати овај текст опомене.

## VII Ко пише законе у Србији

Наведено питање испровоцирано је свим оним што је претходно речено у овом раду. Заиста, ко пише законе у Србији?

Аутор не зна одговор на ово питање, а ставио га је у сам наслов чланка. Слути само да их све мање пишу правници. Уверен је да то све мање чине добри и језички „потковани“ правници. Он је само једном имао прилику „уживо“ да посматра како се гради нацрт закона, као консултант радне групе.

Краткотрајно, на две седнице. Напустио је „ангажман“ (коме се, признаје, у први мах обрадовао) по сазнању да нико од официјелних чланова радне групе није правник, а други стручни консултант му је замерио што инсистира на чињеници да закон мора имати прелазне одредбе, иако су оне „небитне и непотребне“. Иначе, други консултант је био професор правног факултета (?!).

## VIII Закључак

Ко је покварио језик српских закона?

Ко је крив за стање ентропије у нашем законодавном језику? Он је често лишен лепоте речи и правилног итражавања.

Промена система вредности у којем се квазивредности издижу изнад правих рефлексија знања и струке. Апатија. Затирање духовне баштине и српског језика. Профит као мотив и резултат оствареног делања (сумњиво, често криминално) мањине и недосањаних снова већине. Доминација политике над професијом и спречавање да ова друга дође на право место. То су само неки од претпостављених разлога у ауторовој перцепцији.

Кварење и ружење језика (и народа) нарочито је присутно у последњој деценији.

Ипак, највише је крив сам законодавац (законописац), персонификован онима што подижу два прста и онима који га „стручно прате и опслужују“.

Несумњиво, највећи спољни (фактички) утицај на кварење закона има сила политике. Та свемоћна кваритељка свега што има традиционалну вредност, а што је у Србији двадесет првог века волшебно „експроприсано“.

Ево, како по исказу једног професора изгледа језик наших политичара.

*Говори српских њолићичара сјоро се мењају, рејко иду набоље, мало има нових идеја..., њолићичари насјујају као да их неко њрисиљава да јоворе оно шјо не мисле..., јоворима недосјаје средишње, њема, искрен однос њрема сајоворнику и онима који слушају. Преовлађује фразерство. Неки кад зајочну, не знају шја ће да кажу. Друји, кад кажу, не знају шја су рекли...* (Добривоје Станојевић, професор стилистике и реторике на Факултету политичких наука у Београду, 24 часа, број 1128 од 7. фебруара 2011.).

Горња импресија професора стилистике и реторике о говору (усмени исказ) политичара аутора неодољиво подсећа на писмени исказ нашег законотворца.

Једно је сигурно. За ружење закона учитељица није крива. Она је некад послушне и стабилне ђачиће (сада несташне и превртљиве „политкомесаре“), док су учили у безгрешним мислима, лепо научила речима, реченицама, подмету, прироку, именицама, заменицама, глаголима, придевима, прилозима, предлозима, везницима..., васпитању и лепом понашању, чак и плусквамперфекту...

Данас у Србији није само ауторитет учитељице у плусквамперфекту, него и стечено знање, касније надограђивано факултетским образовањем и докторатима. Наравно, изузетак су позиције оних посленика који пристају да своја знања „оплемене“ партијским припадништвом. Само њима се указује шанса.

Знање, традиционалне вредности и врлине чудесним путањама одлазе у још чуднији етар који се повремено Србији враћа у узаврелој парламентарној атмосфери, зачињеној сувим репликама и сочним псовкама. Ако и ципела полети, приде, то симболички показује да се парламентарна култура приземљује. Томе је саобразна и чињеница да законски језик у Србији никад није био приземнији.

На његово васкрснуће и евентуални узлет, чини се, данас нико ко одлучује „у име народа“ не размишља.

Увек се нађу преча посла. *Prior tempore, potior...* Тешко је наћи реч која ће ваљано завршити познату сентенцу.



**Dragoljub SIMONOVIĆ**  
Attorney at Law, Belgrade

## WHO WRITES THE LAWS IN SERBIA

### Summary

*The question that is contained in the title of this article has been provoked by particularly two problems. First, the problem is the language of the law. Here the author considers the language rules that are taught in primary school, concerning spelling, grammar, punctuation, etc.*

*The second problem is related to the clarity and readability of the law. Especially in the last decade, in the process of harmonization of our law with the law of European Union, Serbian laws are in many cases insufficiently clear and readable. Our laws in this regard less and less fulfill mentioned requirements, which create problems not only to the citizens but to the lawyers as well.*

*Who writes the laws in Serbia? Author has set up this question from the point of legal – linguistic quality of the laws and expresses his belief that in the creation of legal texts, often do not participate the legal and linguistic experts.*

**Key words:** law, language, clarity, readability.

мр Бранислав РАДУЛОВИЋ  
члан Сената Државне ревизорске институције Црне Горе и  
потпредседник Удружења правника Црне Горе

## НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ ФИНАНСИЈСКЕ КОНТРОЛЕ У ЦРНОЈ ГОРИ

### Резиме

Контрола финансијског извјештавања, у нормативном смислу, представља скуп позитивних прописа којима се уређују основни институцији, институцији и органи који врше контролу финансијских извјештаја и пословања управљачких структура у реалном и јавном сектору. Правно уређење система контроле финансија је комплексна и обимна материја, која нужно захтијева додато разумјевање финансијског, привредног, пословног и буџетског права, рачуноводства и ревизије. У раду су обрађени најважнији институцији, процедуре и субјекти везани за пословање контроле финансијских извјештаја у области реалног сектора у Црној Гори. Највећи дио рада посвећен је позитивној нормативи, која уређује ову област, која је садржана у више системских закона, подзаконским актима и у међународним ревизорским стандардима. У Црној Гори не постоји јединствен пропис којим се уређује област контроле финансијског извјештавања, већ се иста, у зависности да ли се ради о привредним субјектима или буџетским корисницима, нормира посебним законским текстовима. Контрола финансијских извјештаја у реалном сектору (привредних субјеката) нормативно је уређена са два системска закона: Законом о рачуноводству и ревизији и Законом о привредним друштвима. Област контроле финансијског пословања банкарског и сектора осигурања додато је регулисана и кроз Закон о банкама и Законом о осигурању.

**Кључне речи:** *контрола, ревизија, јавни и реални сектор, иривредна друштва, ревизорски стандарди, финансијски извјештаји.*

## I Финансијско извјештавање

Финансијско извјештавање означава финансијске извјештаје (билансе), као и финансијска открића или образложења тих извјештаја, које су правна лица дужна да састављају и објављују. За кориснике ових извјештаја, посебно је значајан налаз независног ревизора о реалности и објективности биланса, који доприносе смањењу тзв. информационог ризика. Постоје бројни корисници информација, изван самог правног лица, који их користе као што су акционари, зајмодавци, пословни партнери, порески и други државни органи, новинари, шира јавност итд. Основна сврха финансијских извјештаја је да њиховим корисницима пруже поуздану основу за процјену финансијске позиције правног лица, профитабилности, висине капитала, стицања и коришћења готовине итд. Финансијско извјештавање се врши у форми рачуноводствених извјештаја (енгл. *financial statements*), који се још називају рачуноводственим исказима, годишњим рачунима или билансима,<sup>1</sup> који се састављају у складу са националном нормативом и Међународним стандардима за финансијско извјештавање (ИФРС).<sup>2</sup> Према ИФРС комплет финансијских извјештаја састоји се од више појединачних извјештаја као што су биланси: стања, успеха, сопственог капитала или извјештаја о пројенама на капиталу и резервама, токовима готовине и пратећих напомена које иду уз објелодањивање финансијских извјештаја. Само рачуноводство представља средство помоћу којег се мјери и описују резултати економске активности правног лица и све приказане информације и подаци морају бити презентирани у истом облику и уз примјену истих критеријума. У том погледу се тежи хармонизацији националних законодавстава, као и стандардизацији која се остварује јединственом примјеном усвојених међународних рачуноводствених стандарда.

## II Контрола финансијских извјештаја

Примарни разлог за постојање контроле финансијских извјештаја је постојање „супротности интереса између менаџмента клијента и корисника финансијских извјештаја“.<sup>3</sup> Менаџмент је одговоран за

1 Душан Милојевић, *Ревизија финансијских извјештаја*, Београд, 2006, стр. 10.

2 International Financial Reporting Standards.

3 Д. Милојевић, *нав. гјело*, стр. 27.

евидентирање, обраду, сумирање и свеобухватну и тачну презентацију финансијских информација. Контрола пружа „разумно увјеравање“ да су тврдње менаџмента испитане и потврђене од стране стручног и независног субјекта. Контроле финансијских извјештаја могу се подијелити према различитим критеријумима. Тако, у зависности од циља контроле постоје *контроле тачности* (правилности) и *контроле ефикасије* (ревизија 3 „е“: ефикасности, економичности, ефективности). Ако се као критеријум одреди да ли субјекат располаже приватним или јавним средствима контрола финансијских извјештаја се дијели на: контролу у реалном и контролу у јавном сектору. У Црној Гори не постоји јединствен пропис којим се уређује област контроле финансијског извјештавања, већ се иста, у зависности да ли се ради о привредним субјектима или буџетским корисницима, нормира посебним законским текстовима.

- а) Контрола финансијских извјештаја у реалном сектору (привредних субјеката) нормативно је уређена са два системска закона: Законом о рачуноводству и ревизији<sup>4</sup> и Законом о привредним друштвима. Област контроле финансијског пословања банкарског<sup>5</sup> и сектора осигурања додатно је регулисана и кроз Закон о банкама и Законом о осигурању.
- б) Контрола финансијских извјештаја за јавни сектор третира се кроз системски Закон о буџету,<sup>6</sup> Закон о Државној ревизорској институцији и Закон о систему унутрашњих финансијских контрола у јавном сектору.

Нормативна уређеност контроле јавног сектора посебно је третирана и у Уставу Црне Горе, кроз уставну норму<sup>7</sup> којим се дефинише позиција, надлежности и организација врховног органа државне ревизије у Црној Гори. Контрола финансија уређена је и међународним стандардима, гдје се посебно издвајају: *IFAC*-ови за комерцијални сектор и *INTOSAI* за јавни сектор. Ови међународни стандарди су саставни дио националног законодавства и директно се примјењују у поступцима контроле финансијских извјештаја у Црној Гори. Трећи сегмент нормативне уређености финансијске контроле чине подзаконска акта и интерне методологије које су усвојене од стране органа који спроводе поступке контроле. Разумјевање контрола финансијских извјештаја, као претходно питање, претпоставља тачно утврђење који субјекти

4 *Сл. лист Црне Горе*, бр. 69/05 и 80/08.

5 Закон о Централној банци биће посредно третиран у дјелу о банкарском сектору.

6 Даном примјене чл. 39 и 40 Закона о систему унутрашњих финансијских контрола престају да важе одредбе поглавља: „IX унутрашња ревизија“ и чл. 56, 57 и 57а) Закона о буџету (*Службени лист РЦГ*, бр. 40/01, 44/01 и 71/05 и 12/07).

7 Устав Црне Горе, чл. 144.

припадају реалном, а који јавном сектору. Ова диференцијација је важна из разлога прецизног утврђења која се норматива примјењује на конкретан субјекат.

Под *реалним сектором* подразумјевају се сва правна лица регистрована за обављање привредне и друштвене дјелатности и дио страног друштва које привредну дјелатност обавља на територији Црне Горе. То су субјекти који послују на тржишту, остварују доходак и дужни су да изврше регистрацију код надлежног државног органа. У реални сектор, поред привредних друштава, са становишта контроле финансијских извјештаја, у овом раду посебно ће се третирати још и банке и осигуравајућа друштва.

Под *јавним сектором* подразумјевају се органи и организације које управљају или располажу буџетским средствима и имовином државе и јединица локалне самоуправе, фондови, Централна банка и друга правна лица у којима држава учествује у власништву (независна регулаторна тијела, акционарска друштва и друга правна лица у којима држава или општине имају власнички удио или је оснивач). Они субјекти се финансирају из јавних прихода, посредством буџета или користе буџетска средства и државну имовину. У појединим случајевима, као што су то јединице локалне самоуправе, државне регулаторне агенције или привредна друштва са доминантним учешћем државе у акцијском капиталу, могу бити истовремено предмет и комерцијалне и државне екстерне ревизије. Сврха постојања јавног сектора није остварење профита, већ задовољење јавних потреба и вршење јавних функција. *Међународни рачуноводствени стандарди* полазе од става да се појам јавни сектор односи на: „националне власти, регионалне управе, локалне самоуправе и сличне државне ентитете“. <sup>8</sup> Код јавног сектора треба јасно нагласити да јавне финансије и државни буџет нијесу исти појмови нити имају исто одређење, мада се често контрола јавних финансија поистовјећује са буџетском контролом коју спроводи врховни орган државне ревизије. За разлику од јавних финансија, које представљају радње прикупљања државних прихода и стварања расхода, односно трошења финансијских средстава државе – буџет представља детаљан, годишњи обавезујући план прикупљања и трошења новчаних средстава државе.

### III Терминолошко и појмовно одређење контроле и ревизије

Термини контрола и ревизија, у овој проблематици, представљају својеврсне синониме и поред чињенице што термин ревизија има трет-

8 М. Андрић, Б. Крсмановић, Н. Чалија, Д. Кулина, *Ревизија јавног сектора*, Суботица 2007. стр. 4–5.

ман ужи у односу на све шта би се могло подвести под појам – контрола финансијских извјештаја. То из разлога што финансијски извјештаји могу бити предмет контроле и од стране нпр. органа тужилаштва или унутрашњих послова. Контрола се може спроводити и у дијелу прикупљања средстава (нпр. радње које спроводи Пореска управа) или контроле које интерно спроводе привредни субјекти, што се не може подвести под појам ревизије. У теорији не постоји потпуна унификација, како у термилошком тако и у појмовном одређењу, института контроле и ревизије. И поред чињенице да ће се у овом тексту користити углавном као синоними направити се њихово појмовно разграничење, а у ситуацијама када имају другачије значење то ће се посебно нагласити.

*Финансијска контрола*, у ужем смислу, представља радње које треба да верификују финансијске извјештаје контролисаног субјекта у складу са националним законодавством и међународним стандардима. Рачуноводствена контрола представља испитивање и утврђивање исправности примјене рачуноводства у пракси. Рачуноводствена контрола може бити:

- *интерна* – ако је врше одговарајућа стручна лица која су дио саме структуре субјекта;
- *екстерна* – ако је врше екстерна лица организована у оквиру приватних фирми или тијела који су специјализована за рачуноводствену ревизију.

У случају екстерне контроле увјек се користи термин ревизија, чија је функција да финансијским извјештајима обезбједи кредибилитет. За финансијске извјештаје је одговорна управа, а за њихову вјеродостојност је одговоран ревизор.<sup>9</sup> *Финансијска регулатива* представља скуп прописа (правила, стандарда) којима се уређује ова област. Термин регулатива води поријекло од латинске ријечи „*regula*“ која означава – правило, пропис или закон, док регулатива чини скуп правила или закона који се односе на одређену област.

*Контрола* представља скуп радњи које спроводи надлежни орган над контролисаним субјектом у циљу утврђења тачности извјештаја или одређених чињеница и исправности поступака њиховог усвајања или презентације. Контролу могу да спроводе само овлашћени орган по тачно утврђеним процедурама. Постојање контроле финансијских извјештаја осигурава стабилност економског и политичког система државе, јер за законито и успјешно функционисање реалног и јавног сектора је од посебне важности постојање адекватног и функционалног система располагања

9 Hayes, Schilder, Dassen, Walage, *Принципи ревизије – међународна пракса*, Mc Graw-Hill Internacional (UK), 2002.

финансијским средствима и имовином. Контрола умањује могућност злоупотребе и подиже степен повјерења јавности, што додатно мотивише физичка и правна лица да извршавају своје пореске и друге фискалне обавезе. Контроле могу бити различите у зависности шта је предмет контроле, па тако постоје: контроле докумената, благајни, економичности и ефикасности рада, ангажовања средстава, као и контроле књиговодства или књижења. Ужи појам од генералног појма контроле је финансијска контрола која може бити формална или стварна.

*Формалном контролом* се контролише формална страна финансијских докумената, пословних финансијских књига и позитивно-правних прописа којима се регулише поступак вођења финансијске евиденције, доношење надлежних и компетентних одлука о финансијском пословању и начин извршавања тих одлука.

*Стварном контролом* се контролише суштинска страна финансијског пословања, као што су поштовање и спровођење законских и уговорних обавеза. При томе се посебно цијени:

- *ефективности* – до које мјере су постигнути планирани циљеви и однос између жељеног резултата и оствареног резултата неке активности;
- *ефикасности* – однос између резултата, у терминима добара, услуга или др., и утрошених финансијских средстава да би се тај резултат постигао;
- *економичности* – да ли су остварени минимални утрошци при обављању неке дјелатности, водећи рачуна о постигнутом квалитету.

Термин *ревизија* потиче од латинског израза „*revisio*“ који означава – „поновно виђење, поновно гледање“. Ревизија је средство помоћу којег се једно лице увјерава од стране другог лица у квалитет стања и статус неког предметног питања које је ово друго лице испитивало.<sup>10</sup> Појам ревизије у међународној правној и економској теорији и пракси све више добија шире значење и појављује се у више облика (енгл. *audit* – преглед рачуна). У савременој економској теорији ревизија представља „сваку системску и детаљно проведену накнадну контролу пословања“. Ревизија финансијског пословања обухвата детаљно испитивање читавог пословања у одређеном периоду или испитивање једног ужег сектора и врши се када је потребно прецизно расвијетлити право стање, кад се сумња на постојање финансијских злоупотреба или кад је то потребно органима управљања из неких посебних разлога.<sup>11</sup> Ревизија

10 Tom Lee, *Corporate Auditing Theory*, Chapman and Hall, London, 1993, стр. 15.

11 С. Куколеча, *Организациони пословни лексикон израза, појмова и метода*, Завод за економске експертизе, Београд, 1990, стр. 1319.

има за циљ да изрази *мишљење* о томе да ли су финансијски извјештаји, по свим битним питањима, састављени у складу са утврђеним оквиром за финансијско извјештавање. Сходно наведеном, ревизија се може дефинисати<sup>12</sup> као: „системски процес, који изводи независан и компетентан ревизор, који скупља и вреднује довољне и релевантне доказе о пословним трансакцијама и њиховим посљедицама, да би утврдио на који је начин стање, власништво, вредновање и објелодавање тих активности исказано у рачуноводству и ниво сагласности исказивања тих промјена са рачуноводственим стандардима.“

#### IV Одређење финансијских контрола реалног сектора

Прецизније одређење финансијских контрола (ревизије) зависи од више елемената, од којих је посебно важан утврђење предмета контроле и врсте контролисаног субјекта. У том погледу разликујемо контролу (ревизију) у:

- комерцијалном (реалном) сектору и
- јавном (државном) сектору.

*Комерцијална ревизија* реалног сектора у Црној Гори, спроводи се у складу са одредбама Закона о рачуноводству и ревизији, којим се утврђују:

- а) услови и начин вођења пословних књига,
- б) састављање и презентација финансијских исказа (рачуноводство) и
- в) услови и начин провођења поступака и вршења ревизије финансијских исказа (ревизија).

Овај закон се примјењује на правна лица регистрована за обављање привредне и друштвене дјелатности. Ревизија *привредних друштва* може се дефинисати као: „испитивање финансијских исказа ради давања мишљења да ли финансијски искази, обухваћени ревизијом, истинито и објективно приказују стање имовине, капитала и обавеза, као и резултате пословања.“<sup>13</sup>

Основни механизам контроле заснован је на ревизији финансијских извјештаја, који представљају скуп финансијских исказа и осталих пратећих извјештаја које саставља менаџмент контролисаног правног лица. Контролу свеобухватности и тачности тврдњи менаџмента, који су садржани у финансијским извјештајима, ревизор прво евидентира

12 Андрић-Крсмановић-Јакшић, *нав. дјело*, стр. 17.

13 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 2.



у радним папирима ревизије. Радни папири имају вештструки значај за процес ревизије. Они су основа за планирање ревизије, обезбјеђују евиденцију о прибављеним доказима ревизије и резултатима провјера тврдњи менаџмента, представљају основу за израду извјештаја о ревизији и обезбјеђују увид и надзор у квалитет обављеног посла у процесу ревизије.<sup>14</sup> Контрола субјеката реалног сектора спроводи се у складу са Међународним стандардима ревизије и обухвата контролу:<sup>15</sup>

- *биланса стања* – приказује финансијску позицију правног лица на одређени дан, неутрошене економске ресурсе са којима располаже за будуће пословање, обавезе које има према другим ентитетима, као и висину њеног сопственог и позајмљеног капитала;
- *биланса усјеха* (рачун добитака и губитака) – приказује профитабилност бизниса у периоду за који се тај биланс саставља;
- *биланса сопствене капиталне* или извјештај о промјенама на капиталу и резервама – пружа аналитички преглед промјена до којих је у обрачунском периоду дошло у висини сопственог капитала фирме;
- *биланса токова готовине* – који приказује прилив и одлив готовине у истом периоду за који је састављен биланс усјеха;
- напомене и објелодањивање уз финансијске извјештаје.

Утврђени резултати налаза се, на одговарајући начин, саопштавају заинтересованим корисницима у виду ревизорског извјештаја<sup>16</sup>.

*Корисници извјештаја ревизора* могу се подјелити на екстерне и интерне.

У *екстерне кориснике* спадају физичка и правна лица која нијесу дио структуре контролисаног субјекта и они на идиректан начин су повезани са њим. Они се ослањају на налаз ревизора, који им служи као основа за доношење својих економских одлука. Задатак ревизије није да даје своју интерпретацију финансијских извјештаја, већ да повећа сигурност да је оно што је дато у финансијским извјештајима истинита и објективна реалност датог субјекта. У ову групу спадају: пословни партнери (купци и продавци), кредитори (банке), инвеститори, акционари, пореске службе и друга заинтересована лица.

У *интерне кориснике* спадају лица која су саставни дио структуре контролисаног субјекта и то је у првом реду менаџмент субјекта,

14 Зопан Тодоровић, „Поступци, методе и процеси ревизије финансијских извјештаја“, *Правни зборник*, Подгорица 1–2009, стр. 159.

15 Д. Милојевић, *нав. гјело*, стр. 2–3.

16 Андрић-Крсмановић-Јакшић, *нав. гјело*, стр. 17.

рачуновође, интерни ревизори и одбор за ревизију. Ревизија „стимулише“ менаџмент контролисаног субјекта да са посебном пажњом води, саставља и објављује финансијске исказе и води рачуна о ефикасности рачуноводственог система, јер зна да ће бити извршена екстерна провјера њиховог рада. Извјештај ревизора усваја се на органима контролисаног субјекта (скупштина) и јавно објављује (на *web* сајту Привредног суда). Комерцијална ревизија обавља се у *привредним друштвима*, банкама, осигуравајућим друштвима, берзама итд.

## 1. Ревизија акционарских друштава

Са становишта контроле финансијских извјештаја акционарска друштва заузимају посебно мјесто. Организациона структура овог привредног друштва је најсложенија од свих законом<sup>17</sup> установљених облика. Обавезни органи акционарског друштва су:

- а) скупштина акционара, која је највиши орган и који се обавезно оснива;
- б) одбор директора, који је орган управљања и руковођења друштвом, чије одлуке извршава секретар друштва и извршни директор;
- в) извршни директор и секретар друштва;
- г) *независни ревизор*, којег су акционари друштва обавезни да изаберу.

И поред чињенице да закон, као обавезан орган, установљава независног ревизора, што га бира скупштина акционара, законом му је установљена позиција и дјелокруг надлежности за независног (спољнег) ревизора се не може тврдити да је орган друштва. И то из следећих разлога:

- зато што представља облик екстерне контроле од стране спољних и независних контролора, које именује скупштина на одређено вријеме и које не може бити дуже од годину дана;
- зато што је основ његовог ангажовања заснован на облигационо-правном основу (уговору) којим се дефинишу узајамна права и обавезе ревизора и друштва;
- зато што се његов ангажман не остварује у континуитету, није трајна обавеза вршења сталне контроле, већ се само односи на ревизију годишњих финансијских извјештаја и подношење извјештаја о спроведеној ревизији истих.<sup>18</sup>

17 Закон о привредним друштвима (*Службени лист ЦГ*, бр. 06/02, 17/07 и 80/08).

18 Драган Радоњић, *Право привредних друштава*, Подгорица, 2008, стр. 100 и сл.

## 2. Права и обавезе ревизора

Ревизија финансијских исказа, од стране независних и овлашћених спољњих ревизора, изричито је прописана за сва а.д. Установљена је законска обавеза избора ревизора који, по истеку сваке финансијске године, а прије одржавања редовне годишње скупштине акционара, врши ревизију финансијских извјештаја а.д.

Основ за ангажовања ревизора је уговор, који се закључује са ревизором на основу одлуке скупштине о његовом избору. Уговор се може раскинути прије истека уговореног рока само по одлуци скупштине, чиме се обезбјеђује независан положај ревизора. Такође, уставновљено је и право ревизора да раскине уговор прије истека уговореног рока, али уз обавезу достављања писменог обавјештења, у коме се наводе разлози због којих се уговор раскида. У зависности од разлога наведених у поднеску ревизора, а.д. преузима одређене радње. Уколико је изричито изјављено да се уговор раскида из разлога о којима се не морају обавијестити акционари или повјериоци или других сличних разлога, онда нема даљег прописаног поступка, осим обавезе ревизора да у року од седам дана достави копију обавјештења о раскиду уговора ЦРПС.<sup>19</sup> За случај да ревизорово обавјештење о раскиду уговора садржи изјаву да се уговор раскида из разлога о којима се морају обавијестити акционари или повјериоци, прописана је обавеза а.д. да у року од седам дана достави копију тог обавјештења сваком лицу које има право да добије копије финансијских извјештаја. Тада ревизор има право да захтијева од одбора директора да сазове скупштину акционара да би образложио наведене разлоге. Одбор директора је дужан да у року од 28 дана, без испитивања оправданости ревизорових навода, сазове ванредну скупштину акционара. Ревизор не може самостално да сазове скупштину, али има право, као и повјериоци друштва, да у случају несазивања скупштине од стране одбора директора, захтијева да ванредну скупштину акционара сазове суд. У случају сазивања скупштине акционара ради обавјештавања од стране ревизора о околностима раскида уговора о којима се морају обавијестити акционари или повјериоци, ревизор је овлашћен да евентуално припреми и додатни писмени извјештај, који је одбор директора дужан да достави скупштини акционара. Примарна обавеза ревизора је да изврши ревизију, у складу са међународним стандардима, и сачини писмени извјештај о извршеној ревизији са мишљењем, који се обавезно доставља скупштини акционара. С обзиром да су ревизорски извјештаји обимни, на скупштини акционара читају се само изводи из извјештаја, како би се осигурало да акционари буду

19 Централни регистар Привредног суда у Подгорици – [www.cprs.me](http://www.cprs.me).

обавијештени о свим битним оцјенама и налазима ревизора. Акционари, ако то затраже, имају право да изврше непосредан увид у цјелокупан извјештај ревизора. Да би спољни ревизор могао цјеловито и успјешно извршити ревизију годишњих финансијских извјештаја а.д., законом му је обезбјеђено право увида у све пословне књиге. Ревизор има и право да захтијева од чланова одбора директора и менаџмента да буде упознат са свим подацима и објашњењима о којима они имају сазнање или их могу прибавити, а који су му потребни да сачини извјештај.<sup>20</sup>

### 3. Заштита права акционара

Акционар је физичко или правно лице чија је одговорност ограничена до висине улога и које је власник најмање једне акције у акционарском друштву. Права акционара у привредним друштвима могу се подјелити на имовинска и неимовинска права. Акционар, у оквиру неимовинских права, има законом установљена права контроле финансијских извјештаја и рада менаџмента а.д. Акционари имају право предлагања кандидата за ревизора друштва уколико посједују најмање 5% акционарског капитала. Акционари који посједују најмање 5% акцијског капитала имају и право, у циљу контроле рада друштва, да именују представника који ће накнадно и додатно испитати пословање или рачуноводство друштва. Трошкове испитивања плаћају акционари који су то захтјевали, осим када резултати испитивања укажу да постоји оправдан разлог да трошкове сноси друштво.<sup>21</sup> У циљу заштите права акционара:

- а) Друштво може, када утврди да је дошло до неправилности у управљању или пословању друштва, да тужи одговорно лице код Привредног суда. У случају да друштво не тужи одговорно лице, акционар има право да у своје име, а за рачун друштва тужи одговорно лице у друштву које је одговорно за неправилности у управљању или пословању друштва.
- б) Акционар друштва има право<sup>22</sup> да поднесе тужбу ако:
  - а. је нека радња друштва незаконита или ван овлашћења друштва;
  - б. већински акционари дискриминишу или преваре мањинске акционаре.

20 Д. Радоњић, *нав. дјело*, стр. 119.

21 Закон о привредним друштвима, чл. 32.

22 Закон о привредним друштвима, чл. 30.

#### 4. Разврставање правних лица

Са становишта контроле – ревизије финансијских извјештаја посебно је значајно разврставање правних лица на *мала, средња и велика*.<sup>23</sup>

Класификација на три основне групе врши се у зависности од: просјечног броја запослених, укупног прихода на годишњем нивоу и укупне активе.

У средња правна лица разврставају се правна лица која на дан састављања финансијских исказа испуњавају два од три сљедећа критеријума:

- 1) да је просјечан број запослених у години за коју се подноси извјештај од 50 до 250;
- 2) да је укупан приход на годишњем нивоу од 10.000.000 до 50.000.000 еура;
- 3) да је укупна актива од 10.000.000 до 43.000.000 еура.

Правна лица чија су два, од наведена три критеријума, нижа од најниже наведених критеријума разврставају се у мала, а чија су два критеријума већа од највиших наведених критеријума разврставају се у велика правна лица. Разврставање, у складу са наведеним критеријумима, врше правна лица самостално, на дан састављања финансијских исказа и добијене податке користе за наредну пословну годину. Просјечан број запослених, за ова правна лица, израчунава се тако што се укупан број запослених крајем сваког мјесеца подијели са бројем мјесеци. Ова класификација значајна је са становишта обавезности подношења одговарајућих извјештаја, који су предмет обавезне контроле и јавног објављивања.

#### V Финансијски извјештаји привредних друштава

Нормативна уређеност финансијске контроле реалног сектора (привредних друштава, банака, осигуравајућих друштава итд.) је веома значајан сегмент укупног правног уређења финансијског пословања у једној држави, јер реални сектор представља њен изузетно важан сегмент. Финансијска контрола привредних друштава превасходно се спроводи преко контроле финансијских извјештаја које су ови субјекти дужни да састављају и достављају на јавно објављивање. Финансијски извјештаји обавезно подлијежу контроли независног спољњег ревизора.

*Финансијски извјештаји* представљају скуп финансијских исказа и осталих пратећих извјештаја који могу подразумевати и извјештаје

23 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 3а.

менаџмента, коментаре управе, мишљења и извјештаје ревизора и друге исправе.<sup>24</sup> Финансијски извјештаји који нијесу били предмет контроле (ревизије) не обезбјеђују сигурност корисницима да дају реалан и објективан приказ стања. Тако, усљед непостојања одговарајуће, законом установљене контроле, неке обавезе се могу предвиђети или изоставити из биланса стања. Неке компоненте имовине могу бити прецијењене као резултат аритметичких грешака или посљедица непознавања општеприхваћених рачуноводствених стандарда итд.<sup>25</sup> Основ нормативне уређености финансијског извјештавања и контроле реалног сектора у Црној Гори представља *Закон о рачуноводству и ревизији*, чији садржај се, у основи, може подјелити на двије основне цјелине:

- рачуноводство и књиговодство и
- ревизија финансијских исказа.

Контрола финансијског извјештавања привредних субјеката уређена је и *Законом о привредним друштвима* у дијелу дефинисања обавезе ангажовања екстерног ревизора. У банкарском и сектору осигурања додатно су питања унутрашњих и спољних контрола уређена посебним законима.

Правна лица дужна су да припреме годишње финансијске исказе и консолидоване исказе са стањем на дан 31. децембар пословне године, односно на дан регистрације статусних промјена (спајање, припајање, пођела) и на дан доношења одлуке о добровољној ликвидацији правног лица.

*Финансијски извјештаји* представљају скуп извјештаја који се састављају на крају пословне године и који презентирају резултате пословања клијента у претходном периоду. Своје финансијске исказе, правна лица дужна су да доставе Централном регистру Привредног суда (ЦРПС), најкасније до 28. фебруара текуће за претходну годину. Финансијски искази ЦРПС достављају се у папирној и електронској форми. Привредни суд на сајту објављује биланс стања и биланс успјеха ових лица, чиме се обезбјеђује пуна транспарентност ових извјештаја. Обавеза састављања финансијских исказа је законска обавеза по којој велика и средња правна лица имају обавезу да састављају консолидоване финансијске исказе, а мало правно лице дужно је да ЦРПС достави биланс стања, биланс успјеха и статистички анекс. За тачност финансијских исказа одговара лице које их је сачинило, руководилац финансијско-рачуноводствених послова, предсједник одбора директора, односно извршни директор. Сви ови финансијски извјештаји су

24 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 2 ст. 4.

25 Д. Милојевић, *нав. гјело*, ст. 28.

предмет посебне контроле коју спроводи независни екстерни ревизор. Ревизија финансијских исказа је обавезна за акционарска друштва и правна лица категорисана у групу великих правних лица. Ова правна лица (привредни субјекти) дужна су да Централном регистру Привредног суда доставе *извјештај о ревизији са мишљењем о финансијским исказима*, у папирној и електронској форми најкасније до 30. јуна текуће за претходну пословну годину, који се у циљу доступности и јавности објављује на интернет страници ЦРПС. Подносиоци финансијских извјештаја одговорни су за њихову тачност. За случај достављања нетачних или кривотворених извјештаја у Кривичном закону Црне Горе<sup>26</sup> прописано је кривично дијело – састављање лажних биланса.

Акционарско друштво и друго правно лице које емитује хартије од вриједности и друге финансијске инструменте којима се тргује на организованом тржишту, као и матично правно лице које је дужно да саставља консолидоване финансијске исказе, дужно је да у писаном и електронском облику сачињава и доставља Комисији за хартије од вриједности годишње и кварталне финансијске исказе. Комисија за хартије од вриједности финансијске исказе ових субјеката објављује на својој интернет страници. Ближи садржај, рокови и начин сачињавања и достављања исказа утврђују се правилима Комисије за хартије од вриједности.

## VI Израда и достављање финансијских исказа

Правна лица дужна су да припреме годишње финансијске исказе и консолидоване исказе са стањем на дан 31. децембра пословне године, односно на дан регистрације статусних промјена (спајање, припајање, подјела) и на дан доношења одлуке о добровољној ликвидацији правног лица.<sup>27</sup> Искључиво право усвајања годишњих финансијских исказа и извјештаја пословних друштава припада скупштини акционара.<sup>28</sup> Скупштина акционара, у оквиру послова финансијског управљања, такође, има искључиво право да:

- доноси одлуке о располагању имовином друштва (куповини, продаји, закупу, замјени, стицању или на други начин располагању) чија је вриједност већа од 20% књиговодствене вриједности имовине друштва (имовина велике вриједности);
- доноси одлуке о расподјели добити;

26 Кривични законик ЦГ (*Службени лист ЦГ*, бр 42/93), чл. 276.

27 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 6.

28 Закона о привредним друштвима, чл. 35.

- повећава или смањује капитал друштва;
- врши замјену акција једне класе акцијама друге класе;
- доноси одлуку о добровољној ликвидацији друштва, реструктурирању или подношењу приједлога за покретање стечајног поступка;
- одобрава процјену неновчаних улога итд.

Правна лица дужна су да достављају финансијске исказе у папирној и електронској форми, уз које се доставља и статистички анекс. Велико и средње правно лице дужно је да Централном регистру Привредног суда (ЦРПС) достави финансијске исказе и консолидоване исказе, у складу са захтјевима МРС/МСФИ, најкасније до 28. фебруара текуће за претходну годину.

Биланс стања и биланс успјеха привредног друштва објављују се на сајту ЦРПС. Мало правно лице дужно је да Централном регистру Привредног суда достави биланс стања, биланс успјеха и статистички анекс.<sup>29</sup> Акционарско друштво и друго правно лице које емитује хартије од вриједности и друге финансијске инструменте којима се тргује на организованом тржишту, као и матично правно лице које је дужно да саставља консолидоване финансијске исказе, дужно је да у писаном и електронском облику сачињава и доставља Комисији за хартије од вриједности годишње и кварталне финансијске исказе, која их објављује на својој интернет страници.<sup>30</sup>

## VII Овлашћени ревизор

Овлашћени ревизор је физичко лице које има лиценцу за обављање ревизије. Лиценца за обављање ревизије може се издати лицу које испуњава слjedeће услове:

- 1) да има звање сертифициваног рачуновође;
- 2) да је најмање три године под надзором овлашћеног ревизора по основу уговора о раду обављало дјелатност ревизије правних лица;
- 3) да није осуђивано за кривично дјело које га чини недостојним за обављање послова из области рачуноводства и ревизије.

Ревизију финансијских исказа и евиденција не може вршити овлашћени ревизор:

- 1) ако је акционар, члан или оснивач правног лица код кога се врши поступак ревизије;

<sup>29</sup> Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 6а.

<sup>30</sup> Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 6б.



- 2) који за потребе правног лица које је обухваћено ревизијом обавља рачуноводствене послове или пружа савјетодавне услуге.

Такође, ревизор друштва не може бити изабран у одбор директора, нити са истим имати пословне трансакције које би довеле у питање његову независност. По правилу, код великих и акционарских друштава Одбор за ревизију предлаже именовање ревизора, односно закључење уговора.<sup>31</sup> Коначну одлуку доносе власници (акционари) преко скупштине акционара. Законска обавеза избора ревизора друштва у складу је са захтјевом из чл. 51, пар. 1 (а) Четврте директиве ЕУ. Ангажман се по правилу закључује, у форми уговора, на једну годину. Уговор са клијентом који потписује ревизор треба да:

- минимизира могуће неспоразуме око степена ревизорске одговорности;
- обезбједи писану потврду о прихватању посла, дефинише подручја ревизије и форме извјештавања;
- утврди степен посебних обавеза клијента, директора и ревизора.

Ревизор своје услуге изводи уз накнаду. Висина накнаде, динамика плаћања и други елементи дефинишу се уговором о ангажовању. Обавеза је сваког правног лица које је ангажовало ревизора да у свом завршном финансијском извјештају прикаже износ средстава која су исплаћена ревизору. Овлашћени ревизор може ангажовати и друга лица за помоћ при обављању ревизије под условом да та лица обављају послове ревизије под надзором овлашћеног ревизора. Извјештај о ревизији са мишљењем о финансијским исказима може потписати само овлашћени ревизор. Ревизор је одговоран за свој рад, па тако „ревизор одговара због злоупотребе свог положаја и овлашћења, посебно ако намјерно или непажњом допринесе преварној активности менаџера или противно закону обави или открије неовлашћеним лицима пословне тајне клијента или на други начин допринесе настанку штете за друштво.<sup>32</sup> Због наведених радњи ревизор може бити тужен за накнаду штете заједно са члановима одбора директора и извршним директором.

## 1. Забрана утицаја на ревизора

Забрана утицаја на рад ревизора, посебно се законски нормира на начин да одбор директора не смије ограничавати овлашћења реви-

31 Андрић-Крсмановић-Јакшић, *нав. гјело*, стр. 200.

32 Закон о привредним друштвима (*Службени лист ЦГ*, бр. 06/02, 17/07 и 80/08), чл. 47-а.

зора нити, на било који начин, утицати на његов рад. Ревизор је одговоран за свој рад и његова одговорност је за случај злоупотребе свог положаја и овлашћења, посебно ако намјерно или са непажњом допринесе преварној активности менаџера или противно закону објави или открије неовлашћеним лицима пословне тајне клијената или на други начин допринесе настанку штете за друштво. Овлашћени ревизор може бити тужен за накнаду штете заједно са члановима одбора директора и извршним директором. Ангажман ревизора, по правилу, престаје после завршетка уговореног посла или за случај отказа који може бити од стране менаџмента или ревизора. Отказ ревизору мора бити у писаној форми, на који ревизор има право жалбе скупштини акционара. Одлука скупштине акционара, на којој ревизор има право присуства уз могућност да образложи свој став, је коначна. У акционарским друштвима обавезно је одржавање ванредне скупштине акционара ако то захтјева овлашћени ревизор који је поднио оставку.<sup>33</sup> Овлашћени ревизори и друштва за ревизију могу, осим ревизије финансијских исказа, да пружају само услуге процјене вриједности имовине, обавеза и капитала, услуге финансијских анализа и израде финансијских елабората.

## 2. Друштва за ревизију

Друштва за ревизију могу почети са радом само ако су претходно обезбједила дозволу за рад коју им издаје надлежни државни орган. Да би одређено правно лице у својству друштва за ревизију могло обављати послове кормецијалне ревизије у Црној Гори неопходно је да испуњава законом утврђене услове.<sup>34</sup> У првом реду мора имати најмање два оснивача друштва који су овлашћени ревизори и који посједују већину од најмање двије трећине гласова у управљању друштвом. Поред послова комерцијалне ревизије (ревизије финансијских извјештаја) друштво за ревизију, као и овашћени ревизор могу само још пружати услуге:

- процјене вриједности имовине, обавеза и капитала;
- услуге финансијских анализа;
- израде финансијских елабората.

За случај несавјесног и нестручног рада или кршења Кодекса етике овлашћеном ревизору, односно друштву за ревизију може се одузети дозвола за рад.<sup>35</sup> Друштва за ревизију, односно овлашћени ревизор, дужни су закључити уговор о обавезном осигурању од одговорности за штету коју би својим радом могли нанијети лицу за које врши

33 Закон о привредним друштвима, чл. 40 ст. 5.

34 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 15.

35 Закон о рачуноводству и ревизији, чл. 16ц.

ревизију. Друштва за ревизију, као и ревизор, *одговорна* су за случај да злоупотребе свој положај и овлашћења, због чега могу бити тужена за накнаду штете.<sup>36</sup> Данас у свијету постоје 4 доминантне ревизорске куће<sup>37</sup> и то: *Pricewaterhouse Coopers PWC*, *Deloitte & Touche*, *Ernst & Young EY* и *KPMG*. Ревизорске фирме, су организоване као друштва лица или друштва капитала. Развој појединих од њих трајао је више од једног вијека и поједине су настале интеграцијом као што је то случај са *Pricewaterhouse Coopers PWC*.<sup>38</sup>

### 3. Ревизорски одбор и интерни ревизор

Привредна друштва која се класификују и велика правна лица морају основати ревизорски одбор од најмање три члана, који именује скупштина акционара, односно надлежни орган утврђен статутом друштва. Најмање један члан ревизорског одбора мора бити стручњак из области рачуноводства и ревизије. Ревизорски одбор има, законом утврђење, сљедеће надлежности:

- прати поступак финансијског извјештавања;
- прати дјелотворност интерне контроле друштва и интерне ревизије;
- прати законом прописану ревизију годишњих и консолидованих финансијских исказа;
- прати независност ангажованих ревизора или друштава за ревизију, који обављају ревизију, као и уговоре о додатним услугама;
- даје препоруке скупштини друштва, односно оснивачима о избору овлашћеног ревизора или ревизорског друштва;
- расправља о плановима и годишњем извјештају унутрашње контроле, као и о другим питањима која се односе на финансијско извјештавање и ревизију.

Ревизорски одбор разматра извјештаје овлашћених ревизора или друштва за ревизију посебно у дијелу гдје се наводе пропусти у раду унутрашње контроле.

Велика правна лица, такође, морају имати и *интерног ревизора*, који не може обављати друге послове у унутрашњој пословној структури привредног друштва. Интерни ревизор врши послове контроле на основу годишњих планова интерне ревизије, који се сачињавају на основу

36 Види – Закон о привредним друштвима, чл. 47а ст. 2.

37 Погледај: [www.manningelliott.com](http://www.manningelliott.com).

38 Андрић-Крсмановић-Јакшић, *нав. гјело*, стр. 51–53.

процјене ризика. Интерна ревизија је облик контроле над пословањем предузећа, која се спроводи уз систем интерних унутрашњих контрола. Теорија и пракса ревизије у развијеном свијету интерну ревизију радије сврстава у „*menagement controlling*“ него у област ревизије (*audit*) финансијских извјештаја.<sup>39</sup> У том смислу Институт интерних ревизора у САД дефинисао је да: „интерна ревизија представља независну контролну активност унутар предузећа усмјерену у преглед, односно испитивање, пословних операција и транскација у односу на филозофију, пословну стратегију, план и задатке које је одредио менаџмент. О налазу прегледа интерна ревизија извјештава менаџмент.“

Функционисање интерне ревизије се организује на начин којим се обезбјеђује трајност обављања функције интерне ревизије, доступност ревизији свих послова, независност, објективност и непристрасност у раду интерног ревизора и благовремено извјештавање о налазима интерне ревизије, адекватним и организованим вршењем функције интерне ревизије. Интерна ревизија има функцију да оцијени активности које се организују у оквиру неког привредног субјекта и које укључују испитивање, оцјену и праћење адекватности и ефикасности система интерних контрола. Интерне контроле се проводе преко система интерних контрола које представљају политике и поступке (интерних контрола) које је менаџмент клијента успоставио ради помоћи у постизању утврђених циљева. Систем интерних контрола<sup>40</sup> укључује: придржавање политике руководства, очување интегритета средстава, спречавање и откривање криминалних радњи и грешака, тачност и потпуност рачуноводствених евиденција и ажурно састављање поузданих финансијских информација. Закон о рачуноводству и ревизији прописује обавезни садржај годишњих планова интерне ревизије који обавезно садрже:

- циљеве и задатке интерне ревизије;
- подручја пословања у којима су посебно изражени ризици;
- области пословања које ће бити предмет ревизије;
- степен обухватности интерне ревизије по одређеним подручјима пословања правног лица;
- поступке ревизије за најважније области пословања правног лица;
- рокове за извршење планираних активности;
- динамику извјештавања о налазима интерне ревизије.

Статус интерне ревизије утврђен је Стандардима о професионалном обављању интерне ревизије (ИИА) који утврђују да: „организацио-

39 Андрић-Крсмановић-Јакшић, *нав. дјело*, стр. 388 и сл.

40 Исто.

ни положај ођељења интерне ревизије треба да буде такав да обезбједи извршење задатака ревизије.<sup>41</sup> Организационо позиционирање интерне ревизије<sup>41</sup> може се одредити према подручју које се покрива ревизијом, па са тог становишта она може бити организована: у оквиру рачуноводстава правног лица, у оквиру финансија, ван пословних функција правног лица.

У Црној Гори привредна друштва самостално одређују организационо позиционирање интерне ревизије. Интерни ревизор, по правилу је независан од менаџмента фирме, али сама чињеница да је дио структуре контролисаног субјекта чији рад испитује чини да никада не могу бити независни у истој мјери као и спољни (екстерни) ревизори. Интерни ревизори имају своју међународну професионалну организацију – Институт за интерну ревизију,<sup>42</sup> чији је задатак да доноси стандарде који се односе на ову врсту ревизије. Ова организација такође организује испите и издаје лиценце овлашћеним интерним ревизорима.<sup>43</sup>

---

41 Исто, стр. 398.

42 The Institute of Internal Auditors – IIA.

43 Certified internal Auditor – CIA.

**Mag. Branislav RADULOVIĆ**  
**Member of the Senate of the State Audit Institution of Montenegro**  
**Vice-President of Lawyers Association of Montenegro**

## **NORMATIVE REGULATION FINANCIAL CONTROL IN MONTENEGRO**

### **Summary**

*The control over financial reporting, in legal sense, represents the set of the positive regulations, which prescribe the basic institutes, procedures and bodies, which perform control over financial statements in the real and public sector. Legal establishment of the financial control system is a complex and huge material, which necessarily requires additional understanding of the financial, economic, business and budgetary law, accounting and auditing. The aforementioned ones include the most important institutes, procedures and entities related to the procedure of controlling the financial statements in the area of real sector in Montenegro. The major part of this work is dedicated to the positive legislature, which regulates this area, and which is included in many systematic laws, by-laws and international auditing standards. In Montenegro, there isn't a unique regulation which prescribes the area of controlling the financial statements, but it is regulated by special legal texts, whether it refers to the economic entities or budgetary users. The controlling of financial statements in the real sector (economic entities) is legally regulated by two systematic laws: the Accounting and auditing law and the company law. The area of controlling the financial operations of the bank sector and insurance sector is also additionally regulated by the Law on banks and Law on insurance.*

**Key words:** *controls, audits, public and real sector companies, auditing standards, the financial statements.*

мр Слободан ИЛИЈИЋ  
истраживач-сарадник ИМПП

## ПРАВНИ АСПЕКТИ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ОСИГУРАЊУ СРБИЈЕ

### Резиме

У раду су анализиране одредбе Закона о рачуноводству и ревизији, Закона о осигурању и Кодекса корпоративног управљања. То су важећи пројекти Републике Србије о интерној и екстерној ревизији у друштвима за осигурање. Закон о осигурању, као *lex specialis* у односу на Закон о рачуноводству и ревизији, обавезао је сва друштва за осигурање да организују интерну ревизију. Регионално истраживање обављено међу друштвима за осигурање из Словеније, Хрватске, Србије и БиХ указало је да је, поред интерне ревизије, у неким од ових држава засниван одбор за ревизију. У Кодексу корпоративног управљања уместо одбора користи се назив комисија за ревизију. Упркос различитих назива, обрађивачи истраживања су дошли до закључка да се при вршењу унутрашње контроле подударају надлежности ових тела, односно организационих делова друштва за осигурање. Из обрађених резултата истраживања може да се закључи да власници друштва за осигурање нису у потпуности прихватили законима предвиђен систем унутрашње контроле, како у виду интерне ревизије, тако у виду одбора за ревизију. Предложено је да се из Закона о рачуноводству и ревизији бришу неке речи као сувишне за остваривање улоге интерне ревизије. Препоручено је да се низ решења о интерној и екстерној ревизији из Кодекса корпоративног управљања угради у Закон о осигурању.

**Кључне речи:** интерна ревизија, екстерна ревизија, друштво за осигурање, корпоративно управљање.

## I Уводне напомене

1. Наука корпоративног права<sup>1</sup> основано сматра да у систему унутрашње контроле корпорације постоји велики број отворених питања од значаја за примену у условима транзиције у Србији. Из тог круга питања изведен је логичан низ одговора – предлога како систем унутрашње контроле у корпоративном управљању примерити условима транзиције у Србији. Један од тих предлога гласио је, и то: да се за котиране компаније, све евентуално отворене компаније, тражи, по правилу, да имају три комитета<sup>2</sup> (за ревизију, за именовања и за награђивање). Статус сваког од три комитета може појединачно да буде репрезентант нивоа корпоративног управљања, али је овај рад одабрао статус комитета за ревизију, кога домаћи законодавац назива – интерна ревизија. У упоредном корпоративном праву поред термина комитет за ревизију користи се термин одбор за ревизију, а у домаћем корпоративном праву и термин комисија за ревизију, тако да се овај рад определио за законски термин. Сагледавање правних аспеката радног тела друштва за осигурање, односно интерне ревизије почиње од њеног места и улоге у систему унутрашње контроле. Са интерном ревизијом органски су повезани управа и надзорни одбор друштва за осигурање, као и екстерни ревизор, кога је изабрало друштво за осигурање. Из цитираних извора науке несумњиво је да је интерна ревизија вид трансмисије управе и надзорног одбора у систему унутрашње контроле, али да се од ње у тој трансмисији ипак очекује извештајни степен независности и самосталности у раду. Стога, предмет овог рада су правни односи интерне ревизије у систему унутрашње контроле по важећим законима и аутономном корпоративном праву Републике Србије.

2. На избор теме овог рада утицало је неколико фактора. Из важећих прописа Републике Србије у делатности осигурања произашло је, као прво, да се друштва за осигурање могу сврстати у специфичне компаније и то, по правилу, у отворене компаније. Други фактор се огледао у једном вредносном суду, тј. да ревизију у Србији не треба схватати, ни тумачити, као замену за бившу службу друштвеног књиговодства. Трећи фактор имао је у виду најновију светску кризу. Наиме, у светским размерама злоупотребе екстерног финансијског извештавања дуго су заобилазиле велике компаније за осигурање, али их је било у мањим компанијама за осигурање. У најновијој светској финансијској кризи

1 Мирко Васиљевић, „Системи корпоративног управљања у упоредном праву“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (уредници), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008, стр. 57–72.

2 Мирко Васиљевић, „Управљање акционарским друштвом – упоредна анализа (други део)“, *Евројско законодавство*, бр. 9–10/2004, стр. 81–86.



злоупотребе финансијског извештавања захватиле су највећег светски признатог осигуравача у свету и у САД (АИГ).<sup>3</sup>

## II Законодавни режим ревизије у осигурању Србије

1. Закон о осигурању Републике Србије из 2004. године<sup>4</sup> донет је пре Закона о привредним друштвима.<sup>5</sup> На укупно шеснаест места (чланова) Закон о осигурању позивао се на закон којим се уређује правни положај предузећа. После дана ступања на снагу Закона о привредним друштвима, Закон о осигурању је више пута мењан и допуњаван,<sup>6</sup> али никада (дословно) нису из њега брисане одредбе у којима се позивао и позива на – закон којим се уређује правни положај предузећа. Ово позивање на закон који је престао да важи и везаност за економски појам предузећа<sup>7</sup> сведочи колико је Закон о осигурању удаљен од корпоративног управљања.

2. Закон о осигурању регулисао је у посебној глави делокрут полова интерне ревизије (чл. 135–141). Путем императивних норми законодавац је прописао да статут друштва за осигурање мора да предвиди да је интерна ревизија посебан организациони део у друштву и да је самостална и независна у свом раду. За ту независност и самосталност у раду законодавац је пружио следећу гаранције, и то: органи друштва и запослени у њему не смеју да спречавају, ограничавају или отежавају извештавање о налазима и проценама запослених у интерној ревизији. С једне стране, по изричитој законској одредби интерна ревизија непосредно одговара надзорном одбору друштва, а с друге стране предвиђено је да се рад интерне ревизије уређује правилником о раду интерне ревизије, који доноси управни одбор. Доносиоца тог правилника законодавац је обавезао да улогу интерне ревизије пропише у складу са начелима струке и праксом интерне ревизије, међународно признатим стандардима интерне ревизије<sup>8</sup> и етичким принципима ин-

3 Упркос претходно поднете оставке, против Мориса Гринберга, бившег генералног директора АИГ-а, државни тужилац Елиот Спицер, државе Њујорк, подигао је оптужницу због кривичног дела фалсификата (вести из света по хрватском часопису за теорију и праксу осигурања *Осигурање*, бр. 4/2006, стр. 14).

4 *Службени гласник РС*, бр. 55/2004 од 21. маја 2004. године.

5 *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 од 22. новембра 2004. године.

6 *Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – исправка, 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – УС и 107/2009.

7 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду и Профинвест, 2007, стр. 39–40.

8 У службеном тексту Предлога закона о осигурању није било прецизирано ко, када и где је донео међународно признате стандарде интерне ревизије и ко, када и где је

терне ревизије.<sup>9</sup> Дакле, интерна ревизија одговора за рад и управи и надзорном одбору друштва.

3. Закон о осигурању регулисао је детаљно делокруг послова интерне ревизије (чл. 137, 138, 139, 140 и 141). Интерној ревизији законодавац је поверио да први задатак буде да стално и свеобухватно контролише активности из пословања друштва, као и да у тој контроли процењује адекватност и примену прописаних политика и процедура контроле ризика, затим рачуноводствене поступке и поузданост и ажурност финансијских и управљачких информација. Такође, законодавац је наложио интерној ревизији да припрема програм рада и годишњи план рада, које усваја надзорни одбор. Међутим, по указаној потреби надзорни одбор или управа друштва могу да наложе интерној ревизији да врши и појединачне ревизије. Најзад, ако интерна ревизија утврди да друштво у целини или управа друштва или поједини чланови управе или лица са посебним овлашћењима друштва не поступају у складу са правилима о управљању ризиком, те да прети великвидност или несолвентност или чак сигурност пословања, законодавац је прописао кратке рокове (у сатима) за дејствовање интерне ревизије према управи и надзорном одбору. У сваком случају, интерна ревизија је дужна да саставља и подноси шестомесечни и годишњи извештај истовремено надзорном одбору и управи друштва за осигурање. Управа друштва обавезана је законом да годишњи извештај интерне ревизије, заједно са мишљењем надзорног одбора, презентира скупштини друштва, као и извештај о мерама које су предузете поводом налаза интерне ревизије и надзорног одбора за отклањање уочених неправилности. Дакле, законодавац је интерној ревизији поверио да врши ревизорске и саветодавне услуге у вршењу унутрашње контроле у друштву за осигурање.

4. Закон о осигурању је прописао да свако друштво за осигурање мора да запосли најмање једно лице за обављање послова интерне ревизије. Чини се да је смисао овог решења био да у интерној ревизији буде број запослених сразмеран обиму рачуноводственог и уопште пословног система друштва за осигурање. Међутим, овом законском правилу је приговорено да је било потребно да се за интерног ревизи-

---

официјелно објавио на српском језику те стандарде. Мањи део одговора код Проф. др Петер Хаусер, Директор одељења за ревизију концерна Уника групе за Аустрију, „Измене у области интерне ревизије, контроле и осигурања и њихова међусобна условљеност“, *Зборник радова – „Европски џури“ љава осигурања Србије љосебно љовора о осигурању*, Палић, 2008, стр. 54–61.

9 У службеном тексту Предлога закона о осигурању није било прецизирано ко, када и где је утврдио те принципе; ко, када и где је објавио официјелно те принципе на српском језику. Начелно о етичким принципима интерне ревизије у свету код Проф.др Петера Хаусера у реферату из претходне фусноте.

ра пропише стручна квалификација или професионално звање.<sup>10</sup> Поред тога, законодавац је предвидео још неке рестрикције за интерног ревизора, и то: прво, да лице, које обавља послове интерне ревизије, не може да буде члан управе ни члан надзорног одбора друштва; друго, предвиђено је да запослени у интерној ревизији не може да обавља друге послове у друштву за осигурање, нити може да припрема акта и другу документацију која може да буде предмет разматрања интерне ревизије. За разлику од наведених решења, која су штитила независан статус интерне ревизије, упоредно право осигурања познаје и друкчије приступе овој регулативи. Примера ради, словеначки закон из материје осигурања је предвидео да интерна ревизија контролише начин обрачуна бонус-малус система код аутоосигурања у друштву за осигурање, као и друге попусте које је то друштво одобравало.<sup>11</sup>

5. Делокруг екстерне ревизије у Закону о осигурању изложен је у шест чланова (чл. 196 до 201). Основно правило је гласило да се ревизија финансијских извештаја друштава за осигурање врши у складу са Законом о рачуноводству и ревизији, ако Законом о осигурању није друкчије уређено. Друкчије решење у Закону о осигурању у односу на Закон о рачуноводству и ревизији састојало се у овлашћењу Народне банке Србије (скраћено: НБС) да пропише садржину извештаја о обављеној ревизији финансијских извештаја друштава за осигурање. Преостале одредбе регулисале су троугао друштво за осигурање – екстерни ревизор – НБС. С једне стране, Закон о осигурању увео је обавезу за друштво за осигурање да о свом избору екстерног ревизора обавести НБС, а с друге стране, обавезу НБС да се у року од 15 дана од пријема обавештења о том избору изјасни, тј. да се сагласи или да се не сагласи са тим избором.<sup>12</sup> Међутим, у току вршења инспекцијског надзора над друштвима за осигурање, НБС је констатовала да је код седам друштава за осигурање исти екстерни ревизор дао позитивно мишљење о финансијским извештајима тих друштава, а да у тим друштвима позитивном ревизорском мишљењу није било места, што је условило, између осталог, да је НБС одузела дозволе за рад тим друштвима. По-

10 Катарина Иванчевић, „Интерна ревизија у друштвима за осигурање“, *Зборник радова „Осигурање у сусрет њроцесу њридуживања СЦГ ЕУ“*, Палић, 2006, стр. 301–319.

11 Бранко Чуш, „Нотрања ревизија резервациј за бонусе ин попусте“, *Зборник радова Словеначкој заваровалној здружења са 16. словеначких дана осигурања, одржаних 4–5. јуна 2009. у Порторожу*, Заваровалница Марибор д.д., Порторож, 2009, стр. 437–448.

12 Слободан Илијић, „Примена Закона о осигурању и развој тржишта осигурања“, приказ Округлог стола у Привредној комори Србије одржаног 25. маја 2005., „Осигурање“ Компаније „Дунав осигурање“ а.д.о., Београд, април-мај 2005, стр. 2.

том, средином 2005. године<sup>13</sup> измењен је и допуњен Закон о осигурању. Измењеним законским решењима обавезано је друштво за осигурање да убудуће поведе више рачуна при избору екстерног ревизора, односно друштва су обавезана да у сваком поједином случају испитују стручну оспособљеност ревизора и истинитост и објективност његових раније датих извештаја.<sup>14</sup> Управо ове нове одредбе представљале су специфичност законске регулативе о екстерној ревизији, али у тим одредбама се не регулише ко наведене радње треба да ради за рачун друштва за осигурање. Даљу законску специфичност регулативе екстерне ревизије представљале су одредбе о посебном поступку контроле НБС над вршењем екстерне ревизије у друштву за осигурање. Наиме, прописано је право НБС да при вршењу надзора над друштвом за осигурање разматра и исправност мишљења овлашћеног ревизора о финансиском стању тог друштва, па ако НБС посумња у исправност мишљења екстерног ревизора, НБС може да захтева проверу извештаја овлашћеног ревизора од стране овлашћеног ревизора кога она одреди. Ако се у поступку провере исправности мишљења овлашћеног ревизора од стране овлашћеног ревизора кога је одредила НБС потврди сумња у исправност мишљења овлашћеног ревизора, НБС сноси трошкове мишљења овлашћеног ревизора кога је одредила, а у супротном трошкове накнадне екстерне ревизије сносиће онај овлашћени ревизор који је први пут дао мишљење дотичном друштву за осигурање. У истом смеру НБС је добила овлашћење по Закону о осигурању да о нађеним неправилностима и пропустима у извештају о обављеној ревизији конкретног друштва за осигурање и с тим у вези о раду овлашћеног екстерног ревизора обавести надзорни одбор друштва, чији је ревизор вршио ту ревизију.

6. По мишљењу потписника овог рада, одредбе Закона о осигурању о интерној ревизији регулисале су статички интерну ревизију, тј. само у односу на надзорни одбор и управу друштва, али нема одредаба за случај да дође до стручних несугласица, чиме би се ефективно гарантовала самосталност и независност интерне ревизије. Такође, недостају законске одредбе у погледу правног односа и сарадње између интерне ревизије и екстерне ревизијом, као и одредбе о сарадњи интерне ревизије и актуара тог друштва. Данашња интерна ревизија води порекло од комитета за ревизију, а ти први комитети су били образовани управо у друштвима за осигурање и банкама у САД-у још 40-их година 20. века.<sup>15</sup> Дакле,

13 Службени гласник РС, бр. 61/2005.

14 Детаљније у чланку: Слободан Илијић, „Прва ревизија Закона о осигурању“, *Ревизија за право осигурања*, бр. 1–2/2005, стр. 23–31.

15 Краћи историјски осврт видети у чланку: Немања Николић, „Комитет за ревизију и Сарбејнс-Оксли закон“, *Вокс јурис*, децембар 2009, стр. 195–209.

неопходно је Законом о осигурању регулисати различите модалитете остваривања система унутрашње контроле од стране управе друштва, а истовремено неопходно је предвидети у оквиру система унутрашње контроле друштва за осигурање да се успоставља узајамна и активна сарадња нарочито између интерне ревизије и екстерне ревизије.

### III Интерна и екстерна ревизија у Закону о рачуноводству и ревизији

1. Закон о рачуноводству и ревизији<sup>16</sup> (скраћено: Закон) је прописао посебан начин приступа НБС контроли пословања у друштвима за осигурање. Према изричитој одредби, друштво за осигурање, чији су оснивачи правна лица са седиштем у иностранству, дужно је на захтев НБС да обезбеди податке на основу којих се може сагледати пословање тог друштва. На тржишту осигурања у Србији има доста друштава за осигурање, чији су оснивачи правна лица са седиштем у иностранству. У Закону о осигурању (са свим каснијим изменама и допунама) нема такве или сличне законске одредбе за НБС кад планира да сагледава пословање друштва за осигурање, које су основала правна лица са седиштем у Србији. Дакле, по Закону НБС је дужна да поднесе захтев друштву за осигурање – ћерки иностраног осигураваача у Србији, ако планира да сагледава пословање у том друштву, а по истом Закону ако НБС намерава да сагледава пословање друштва за осигурање, које су основала правна лица из Србије, НБС није дужна да подноси никакав захтев том друштву ради обезбеђења података на основу којих се може сагледавати пословање.

2. Закон, као *lex generalis*, садржао је један обиман члан о интерној ревизији (чл. 29). Први став тог члана предвидео је правило по коме правно лице није обавезно да обезбеди интерну ревизију, а изузетно је обавезно само у случају да то предвиђа посебан закон. Један од посебних закона, који је предвидео да је организовање интерне ревизије обавезно јесте Закон о осигурању. Поводом овог законског правила примећено је у стручној литератури<sup>17</sup> да је основни недостатак интерне ревизије управо то што њу врше запослени у правном лицу и што они треба независно и непристрасно да контролишу пословање управе правног лица, односно послодавца са којим закључују уговор о раду и од кога им зависи судбина у радном односу. Поред наведеног правила, у првом ставу тог члана утврђена је сврха интерне ревизије у том смислу да она

16 Службени гласник РС, бр. 40/2006 и 111/2009.

17 Милан Неговановић, „Појам и врсте ревизије“, *Радни односи и управљање*, Београд, бр. 5/2003, стр. 67–73.

испитује, оцењује и прати адекватност и ефикасност рачуноводственог система и система интерних контрола. Значај овако изражене сврхе интерне ревизије у Закону састоји се у томе што је прецизирано да је ревизија рачуноводствених исказа разлог постојања интерне ревизије, а да затим по важности долази њено учешће у систему унутрашње контроле. Истоветан став према ревизији рачуноводствених исказа постојао је на нашем тлу и раније, током прве Југославије, уз особен систем ревизије рачуноводствених исказа за поједине гране привреде.<sup>18</sup>

3. У другом ставу истог члана Закона о интерној ревизији разрађен је – појам система интерне контроле (чл. 29 ст. 2). Законски појам система интерне контроле обухватио је све процедуре и поступке које је руководство правног лица утврдило у циљу обезбеђења уредног и ефикасног пословања правног лица, придржавања утврђене политике руководства, очувања интегритета средстава, спречавања и откривања криминалних радњи и грешака, примене законских прописа, тачности и потпуности рачуноводствених евиденција, као и благовременог састављања поузданих финансијских информација. Другим речима, законски појам система интерне контроле је обухватио три функције ревизије: ревизију рачуноводствених исказа, ревизију пословања (оперативна ревизија) и ревизију подударности, али и један допунски елемент, који гласи: „спречавање и откривање криминалних радњи“. Дакле, према предмету и циљу испитивања<sup>19</sup> законодавац је дефинисао наведене три функције ревизије, али је уз њих унео и један допунски елемент у речима: „спречавање и откривање криминалних радњи“.

4. Кроз систем унутрашње контроле друштва за осигурање интерна ревизија по Закону треба да врши наведене три функције. Допунски елемент у систему унутрашње контроле вероватно представља заостатак од раније концепције друштвене самозаштите у самоуправно удруженом раду. У правном поретку Србије постоји обавеза сваког грађанина и сваког запосленог да пријави кажњиво дело, од кривичног дела до повреде радне дужности у правном лицу, тако да спречавање и откривање криминалних радњи у сваком друштву за осигурање треба да врше и иначе врше надлежни, стручно квалификовани и специјализовани државни органи, а никако интерна ревизија. Стога, приликом једне од наредних измена и допуна у члану 29 став 2 Закона о рачуноводству и ревизији треба брисати речи „спречавање и откривање криминалних радњи“.

18 Никола Илијић, *Историја задруге код Срба*, Београд, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, 1999, стр. 282 и др.

19 Види фусноту бр. 17.

#### IV Аутономно корпоративно право о односу интерне и екстерне ревизије

1. Ако будући предлагач закона из материје осигурања у Републици Србији буде тражио инспирацију како да регулише подручје унутрашње контроле друштава за осигурање у правцу добре праксе корпоративног управљања и у томе односе између интерне и екстерне ревизије у друштвима за осигурање, важеће аутономно корпоративно право у Републици Србији може да му понуди иницијална решења. Привредна комора Србије је крајем 2005. године донела Кодекс корпоративног управљања.<sup>20</sup> Реч је о савременом и аутентичном извору аутономног права,<sup>21</sup> јер га је донео недржавни субјект. Кодекс корпоративног управљања (скраћено: Кодекс) је донет после ступања на снагу Закона о привредним друштвима. Он је конципиран по узору на препоруке Комисије ЕУ, начела ОЕЦД-а и општеприхваћене методе корпоративног управљања из упоредног права.<sup>22</sup>

2. За тему овог рада кључне су одредбе треће главе Кодекса, у којој су, између осталог, регулисани управни одбор и његова радна тела. Међу радним телима Кодекс је направио разлику на тај начин што је утврдио да је обавезно образовање комисије за именовање и комисије за накнаде, док је образовање комисије за ревизију пожељно, али није обавезно. Кодексом је делокруг комисије за ревизију детаљно регулисан (чл. 224 до 234). Већину чланова комисије за ревизију треба да чине, по Кодексу, независни неизвршни чланови управног одбора, тако да се из реда тих чланова бира председник комисије. Предвиђено је у Кодексу да председник управног одбора не председава комисијом за ревизију. Питање стручности чланова комисије за ревизију Кодекс је регулисао на посебан начин, тј. утврдио је да најмање један члан ове комисије треба да буде стручњак за рачуноводство и финансије. Кодексом је предвиђено да комисија за ревизију остварује благовремен приступ свим информацијама, које су од значаја за ревизију, као и да је обавеза те комисије да одржава седнице најмање три пута годишње. Кодексом је утврђено и право и обавеза чланова комисије за ревизију да присуствују оним седницама управног одбора на којима се доносе одлуке у вези са финансијским извештавањем. Најзад, Кодекс је установио обавезу органа

20 Службени гласник РС, бр. 1/2006 од 9. јануара 2006. године.

21 Више о општем појму аутономног права код Будимир Кошутић, Драган Митровић, *Аутономно право*, Београд, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду, 1996, стр. 7 и др.

22 Драган Вујисић, „Кодекс корпоративног управљања“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, стр. 194–202.

за надзор друштва да комисији за ревизију доставља извештаје или изводе из извештаја о свом раду, са циљем да би комисија за ревизију могла да остварује делотворну контролу рада над тим органом друштва.

3. Кодекс је предвидео више конкретних задатака комисије за ревизију. Први задатак комисије за ревизију по Кодексу је био да та комисија припреми предлог за именоване или предлог за разрешење члана надзорног одбора друштва. Следећи задатак комисије по Кодексу је био да изнесе мишљење о кандидату за избор или за именоване екстерног ревизора, а у случају да се исти ревизор поново именује, комисија за ревизију треба да се изјасни и о том поновном именовану. Према Кодексу трећи задатак комисије би био да доставља управном одбору мишљење о уговору који се закључује са екстерним ревизором друштва.<sup>23</sup> Према Кодексу комисија за ревизију има обавезу да прати и испитује независност у раду екстерног ревизора, као и да проверава квалитет рада екстерног ревизора, што је четврти важан задатак те комисије. Као пети задатак комисије за ревизију, предвиђен у Кодексу, стоји овлашћење комисије да испитује све околности које могу или које несумњиво дају повода за отказ екстерног ревизора, као и да стим у вези препоручи, односно предложи мере за решење евентуалног проблема у односима са екстерним ревизором. Шести задатак комисије по Кодексу је био да комисија мора у свом привредном друштву да буде увек активна, како у односу на екстерну ревизију, тако и у односу на извршне директоре. У том правцу усмерен је и седми задатак комисије за ревизију у Кодексу, по коме је пожељно да комисија, с једне стране расправља важна питања са екстерним ревизијом и са извршним директорима, а с друге стране обавезан је екстерни ревизор да свој образложен извештај доставља комисији за ревизију, како би она могла да сагледа однос тог екстерног ревизора према друштву и повезаним друштвима. Осми задатак из Кодекса је обухватио обавезу комисије да се најмање два пута годишње састаје са екстерним ревизором и одбором за надзор друштва, ради расправљања питања у вези са ревизијом, али оба пута без присуства управног одбора.

4. Поред наведених задатака, Кодекс је предвидео и допунски задатак комисији за ревизију. Допунски задатак је био да комисија испитује

23 Напомиње се да мишљење о овом уговору може да има значајне материјалноправне последице по оштећеног. Ово стога што је важећим Законом о рачуноводству и ревизији предвиђено да се овлашћени ревизор обавезно осигурава од одговорности у корист трећих лица за штете причињене својом оценом финансијског извештаја клијента. Пошто наведеним важећим законом није прописана минимална сума обавезног осигурања екстерног ревизора, чињеница је да постојећи уговори о обавезном осигурању од професионалне одговорности ревизора садрже и ниске премије и ниске лимите осигурања од одговорности.



испуњеност критеријума за консолидовани извештај повезаних друштава.

5. Начин на који је Кодекс регулисао задатке комисије за ревизију, односно ралацију између интерне и екстерне ревизије, може да допринесе повећању интересовања за стицање звања овлашћеног интерног ревизора, ревизора и овлашћеног ревизора. Према подацима, изнетим у интервјуу генералног секретара Коморе овлашћених ревизора Србије Бошка Видаковића,<sup>24</sup> у првом кварталу 2009. године забележено је да се тој комори ради полагања испита пријавило 200 кандидата за звање овлашћеног ревизора и око стотинак кандидата за звање овлашћеног интерног ревизора. У интервјуу је констатовано да је у том тренутку у Србији било 35 привредних друштава овлашћених за екстерну ревизију са 122 овлашћена ревизора и 15 овлашћених интерних ревизора, што је оцењено као недовољно за потребе привреде Србије. Дакле, у Србији уопште, па према томе и у делатности осигурања, постоји оскудица у стручним кадровима са професионалним звањима у интерној и екстерној ревизији.

## **V Резултати једне регионалне анкете о корпоративном управљању у осигурању**

1. У регионалној стручној јавности реализовано је истраживање о корпоративном управљању у друштвима за осигурање и то у периоду од децембра 2006. до марта 2007. године на простору Словеније, Хрватске, БиХ и Србије.<sup>25</sup> Према наводима анкетара у истраживању су коришћени метод упитника и анализа веб странице друштва за осигурање. У резултатима анкете било је истакнуто да је анализа веб страница вршена само за оне осигураваче, који су имали отворене службене веб странице. Организатор је послао упитнике у 55 друштава за осигурање, која су имали различите проценте учешћа на националним тржиштима осигурања. Одговорило је 15 друштава за осигурање, али су, по оцени анкетара, то била друштва са значајним учешћем на националним тржиштима осигурања. Ове две чињенице определиле су анкетаре у уверењу да су добили довољно репрезентативан узорак за утврђивање препорука и закључака.

2. Из обраде анкете за сврху овог раду могу да се истакну неки од општих података. На постављено питање анкетираним друштвима

24 Б. Думић, „Кредит тек после парафа ревизора“, *Политика* од 14. марта 2009, стр. 11.

25 Мирослав Мишкић, Радо Максимовић, „Истраживање достигнутог нивоа корпоративног управљања у осигуравајућим друштвима“, *Свијет осигурања*, бр. 6/2008, стр. 45–50.

о преовлађујућем капиталу при оснивању, обрада анкете је изнела податак да је највећи број друштава или 73% било у потпуном приватном власништву, затим податак да је 20% друштава било у претежном државном власништву, а свега 7% је било у потпуном државном власништву. Даље, из анализе анкетара произашло је да је код 80% анкетираних друштава постојао један или више деоничара (повезаних лица), који су држали у поседу више од 50% укупног броја деоница. Из ових података, по мишљењу обрађивача анкете, изведен је закључак да је власничка структура у друштвима за осигурање затворена и да је та структура условљавала смањен интерес за развијање корпоративног управљања.

3. По питању каква је структура управљачких тела међу анкетираним друштвимама за осигурање, обрађивачи анкете су указали да су у структури била заступљена три управљачка тела, и то: управни одбор, надзорни одбор и одбор за ревизију. Обрађивачи анкете су констатовали да су називи тих тела били различити, због пет различитих закона у четири државе, али да су им биле подударне надлежности. Обрађивачи анкете су констатовали да је најчешћи облик управљачког тела био управни одбор, док је надзорни одбор био заступљен у свим анкетираним друштвима. По налазу обрађивача анкете одбор за ревизију је био заступљен у 40% анкетираних друштава, односно 60% анкетираних друштава за осигурање није имало одбор за ревизију. По мишљењу потписника овог рада, из обраде анкете може да се закључи да већина анкетираних друштава за осигурање није имала одбор за ревизију. Међутим, обрађивачи анкете нису повезивали заступљеност одбора за ревизију у друштву за осигурање са питањем да ли је по закону односне државе било обавезно образовање одбора за ревизију у друштву за осигурање?

4. По питању у којој је мери била заступљена екстерна ревизија, обрађивачи анкете су били резолутни. Они су истакли да су сва анкетирани друштва навела да сваке године врше ревизију рачуноводствених исказа. Такав резултат је уврштен и у закључке овог истраживања. Обрађивачи анкете су истакли и да од свих анкетираних друштава чак 87% има веб страницу.

5. У односу на постојање интерне ревизије у друштвима за осигурање, обрађивачи анкете су истакли да је у 60% анкетираних друштава била организована интерна ревизија, односно да у 40% друштава за осигурање није била организована интерна ревизија.

## VI Резиме уместо закључка

1. Интерна ревизија је различито регулисана у два важећа закона. Закон о рачуноводству и ревизији и Закон о осигурању се односе један

према другом као *lex generalis* према *lex specialis*-у у погледу регулативе интерне ревизије. Закон о рачуноводству и ревизији односи се на сва правна лица и предузетнике, што значи да се односи и на друштва за осигурање, а Закон о осигурању се односи само на друштва за осигурање. По Закону о рачуноводству и ревизији сва правна лица и предузетници, овде друштва за осигурање, неби била обавезна да организују интерну ревизију, као део организације тог правног лица. Међутим, по Закону о осигурању интерна ревизија је обавезни део организације друштва за осигурање и у том смислу тај закон је *lex specialis* у односу на Закон о рачуноводству и ревизији. У упоредном корпоративном праву уместо домаћег назива интерна ревизија може се сусрести назив комитет или одбор за ревизију и др. Сprovedено истраживање међу друштвима за осигурање из четири државе овог региона, Словенији, Хрватској, Србији и БиХ, указало је несумњиво да интерна ревизија у проценту од 40%, односно њена корпоративна алтернатија, одбор за ревизију, у проценту од 60%, нису прихваћене од стране свих друштава за осигурање. Из резултата обраде тог регионалног истраживања могло је да се закључи да постојећој власничкој структури у друштвима за осигурање очигледно није одговарало остваривање система унутрашње контроле, без обзира да ли се тај систем појављивао у виду интерне ревизије или у виду одбора за ревизију.

2. По Закону о осигурању и по Закону о рачуноводству и ревизији интерна ревизија има три функције, и то: функцију ревизије финансијских извештаја, функцију ревизије пословања и функцију ревизије подударности. Поред те три функције, по члану 29 став 2 Закона о рачуноводству и ревизији интерна ревизија у правним лицима, укључујући и друштва за осигурање, има улогу самоуправне друштвене самозаштите, тј. улогу „спречавања и откривања криминалних радњи“. Стога, у једној од наредних измена и допуна Закона о рачуноводству и ревизији треба брисати речи „спречавање и откривање криминалних радњи“ (чл. 29 ст. 2).

3. Из Кодекса корпоративног управљања, као важећег извора аутономног корпоративног права у Републици Србији, треба преузети у Закон о осигурању она нормативноправна решења, која омогућавају остваривање узајамне, континуиране и активне сарадње између интерне ревизије и екстерне ревизије. То посебно важи за правне односе између интерне и екстерне контроле, који у Закону о осигурању нису предвиђени у континуитету. Суштински, однос између интерне и екстерне ревизије јесте однос стручњака за ревизију. Поред тога, потребно је допунити одредбе Закона о осигурању у материји интерне ревизије и тиме што би интерна ревизија обавезно сарађивала и са актуарима у друштву за осигурање.

**Slobodan ILIJIĆ**  
Research Fellow, IMPP, Beograd

## LEGAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE IN INSURANCE OF SERBIA

### Summary

*In this paper are analysed the articles of Accounting and Auditing Law, Insurance Law and Code of Corporate Governance. Those are valid regulations about internal and external auditing in the Republic of Serbia. The Insurance Law, concerned as *lex specialis* to the Accounting and Auditing Law, has obliged all the insurance companies to organize internal auditing. Regional research which was performed between the insurance companies in Slovenia, Croatia, Serbia and B&H pointed out that in some of these states exists the board of auditing aside internal auditing. In the Corporate Governance Code instead of term board is used term audit committee. Inspire of various terms research analysts came to the conclusion that during internal control jurisdictions of these bodies, organisation parts of insurance companies, coincide. From analysed research results it can be concluded that owners of the insurance companies have not completely accepted legally anticipated system of internal control, as in internal auditing so in committee of auditing. In this paper is suggested that some words should be removed from The Accounting and Auditing Law for being redundant to accomplishing the role of internal auditing. It is recommended to include a lot of articles from the Corporate Governance Code about internal and external auditing in the Insurance Law.*

**Key words:** *internal auditing, external auditing, insurance company, corporate governance.*

**Соња СРЕЋКОВИЋ**  
дипломирани правник

**Ненад КОВАЧЕВИЋ**  
дипломирани правник

## **ПРАВО ПРЕУЗИМАЊА У СРБИЈИ – КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА И КРИТИЧКИ ОСВРТ**

### **Резиме**

*Данас и даље говоримо о „зачетку“ српској права преузимања. Наиме, није прошло ни десет година од како су се појавили први случајеви преузимања друштва у пракси. Најважнији извор права преузимања у Србији јесте Закон о преузимању акционарских друштва из 2006. који представља први законски текст који регулише ову материју у целини. Приликом доношења Закона прокламовано је да законска решења у највећој могућој мери хармонизована са Директивом ЕУ о понуди за преузимање. Ипак, имајући у виду решења из ујоредној права и праксе као и тржишне прилике у нашој земљи, нажалост, не можемо рећи да су тренутно важећа законска решења у области права преузимања акционарских друштва без мана и недостатака. И даље постоје одређена нејасна и противречна решења која нису у складу са потребама српске привреде и развоја тржишта капитала.*

**Кључне речи:** *привредној друштво, Закон о преузимању акционарских друштва, Нацрт Закона о преузимању из 2005. године, Директива ЕУ о преузимању.*

Преузимање привредног друштва (*takeover, prise de controle, Übernahme*) јесте скуп радњи којим једно лице (преузималац, купац,

стицалац) стиче владајуће учешће у капиталу и управљању привредног друштва, потискујући дотадашњег „владаоца“. Последица преузимања, кад је преузималац привредно друштво, јесте стварање групе привредних друштава („повезана друштва“). То је често праћено стварањем владајућег (доминантног или монополског) положаја групе у одређеној привредној грани и на одређеном подручју (тзв. релевантно тржиште).<sup>1</sup>

Имајући у виду далекосежне реперкусије које преузимање акционарских друштава има на економско и финансијско тржиште, на привреду уопште, овај феномен захтева свеобухватно ангажовање законодавца јер је у питању институт коме треба приступити са корпоративног, антимонополског и финансијског становишта. Наиме, користи од преузимања су бројне: повећање економске снаге и конкурентности привредних друштава, подстицај за нова технолошка достигнућа, делотворнија расподела производних и природних добара између чланица групе, приступ новим тржиштима. Наравно, не треба изгубити из вида и штете које могу бити коначни продукт преузимања као што је постојање ризика за стварање монопола и доминантног положаја привредних субјеката на тржишту, поремећај цена акција на тржишту, оштећивање мањинских акционара или преузимање које не води развоју делатности друштва већ искључивој распродаји његове имовине у корист нових власника.<sup>2</sup>

## I Институт преузимања у упоредном праву

У тржишним прописима упоредног права разликују се амерички, енглески и немачки систем регулисања преузимања. Ова класификација је направљена узимајући у обзир строгост режима преузимања. Наиме, законодавац одлучује да ли ће да својим нормама „затворити обруч“ или пак пустити да се преузимања слободно одвијају сходно економским законима понуде и тражње. Позитивна права могу сумарно или детаљно регулисати овај институт. То је могуће уредити императивним законским нормама штитећи тиме циљно друштво и мањинске акционаре, тиме отежавајући поступак преузимања као што то чини Немачка или могу имати либералнији приступ, као што то ради САД или Данска, где је берза у Копенхагену донела тзв. Правила етике преузимања. Данас можемо да говоримо и о европском систему регулисања, с обзиром на чињеницу да је 2004. године преузимање свеобухватно регулисано Тринаестом директивом Европског парламента.

1 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, стр. 494.

2 Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 496.

## 1. Право преузимања у европским законодавствима

Континентална Европа је захваћена померањем и прегруписавањем капитала тек 60-их година XX века.<sup>3</sup> Тада су европска привреда и финансијско тржиште били у жижи корпоративних борби привредних великана. Преузимање постаје моћно оружје пословних гиганта. Нека од значајнијих преузимања била су *Plessey*-а у Британији, *AirTouch*-а у немачком *Mannesmann*-у, *Mammouth*-а у Француској осамдесетих и деведесетих година прошлог века.<sup>4</sup>

У Енглеској, преузимање је углавном уређено правилима пословног света, без мешања државе, а мали број правила садржан је у компанијском закону и закону о тржишту вредносница. У Британији је пословни свет из Ситија, финансијске четврти из Лондона, донео Кодекс о преузимањима и сједињавањима 1968. године (*City Code on Mergers and Takeovers*) који је постао општеприхваћено право у области преузимања иако није *de facto* законски текст и Правилник о значајним стицањима акција (*Substantial Acquisitions of Shares Rules*). Кодексом администрира посебно тело (*Panel on Takeovers and Mergers*). Енглеска иначе припада земљама које су приступиле либералном режиму преузимања, по „строгоћи“ између САД и Немачке. У Великој Британији право преузимања је регулисано на начин који фаворизује измену власничке структуре путем преузимања.<sup>5</sup> За разлику од енглеског, немачки систем се састоји у томе што се преузимање у целости и детаљно уређује посебним законом, чиме се сврстава у један од најстрожих режима преузимања у Европи.<sup>6</sup>

## 2. Право преузимања у Европској унији

Директива ЕУ о преузимању је данас најугицајнији и најзначајнији извор права преузимања у Европи.<sup>7</sup> Она је обавезујућа само за државе чланице Уније, али је поред тога и релевантан правни узор за оне земље које стреме да се у ближој будућности прикључе Унији (попут Србије).

3 Небојша Јовановић, „Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2004, стр. 84–101.

4 Више о томе у Радивоје Петрикић, „Правни режим преузимања друштава у Европи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2000, стр. 205.

5 L. C. B. Gower, Paul L. Davies, *Principles of modern company law*, 8<sup>th</sup> edition, London, 2008, стр. 1056.

6 Јасмина П. Драгутиновић, *Тржиште преузимања у Србији*, магистарски рад, Београд, 2010, стр. 41.

7 Вук Радовић, *Мере одбране акционарској друштва од преузимања контроле*, Београд, 2008, стр. 172.

Историјат доношења ове директиве сеже у почетак седамдесетих година прошлог века. Један од главних разлога одуговлачења доношења директиве била је насагласност држава чланица о дужности неутралности управе циљног друштва при преузимању.<sup>8</sup> Ипак, Комисија ЕУ је октобра 2002. године сачинила предлог који је 21. априла 2004. године усвојен од стране Европског парламента и Савета министара под именом – Директива о понудама за преузимање.<sup>9</sup>

Тзв. Тринаеста директива се примењује на акционарска друштва чије се акције постојећих акционара преузимају у прописаном поступку обавезне јавне понуде (*takeover bids*). Директива између осталог регулише и институт преузимања акционарских друштава, те права мањинских акционара у смислу тог преузимања,<sup>10</sup> институт принудне продаје и принудне куповине (*squeeze-out, sell-out*) и права преосталих акционара.

Циљ Директиве је био да се охрабре преузимања великог обима широм ЕУ хармонизацијом односа у овој области. Не треба заборавити да је Директива настала као плод компромиса имајући у виду различите правне системе земаља чланица у праву преузимања.<sup>11</sup> Ипак, Директива о преузимању је добила критике због својих нејасноћа и превелике дискреције коју је оставила земљама чланицама.<sup>12</sup> Постоје и мишљења да је су националне разлике још увек превелике и да је тек сада потребна реформа како би се створио адекватан правни оквир за преузимања у ЕУ.<sup>13</sup> Нису мање гласни ни они који су предвиђали да ће Директива бити неефикасна и да служи само за промовисање „бирокуратског униформизма“ уместо да омогући несметан развој слободног тржишта.<sup>14</sup> На

8 Више о томе у: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 77–131.

9 Тринаеста директива ЕУ, 2004 (Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *Official Journal* No L 142), стр. 12–23.

10 Више о правима мањинских акционара са примерима из праксе видети Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 22 édition, Paris, 2009, стр. 653.

11 Thomas Papadopoulos, „The European Union Directive on Takeover Bids: Directive 2004/25/EC“, *International and Comparative Corporate Law Journal*, Vol. 6, Nr. 3, 2008, стр. 13–103.

12 Mark Humphery-Jenner, „On the Harmonization of Takeover Laws: Lessons from the EU Takeover Directive“, New South Wales, 2010., доступно на адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1723606](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723606), 14.12.2009. стр. 1.

13 Jette Knudsen, „Is the single European Market an Illusion? Obstacles to Reform of EU Takeover Regulation“, *European Law Journal*, Vol. 11, Nr. 4, 2005, стр. 507–527.

14 Gerard Hertig, Joseph A. McCahery, „Company and Takeover Law Reforms in Europe: Misguided Harmonization Efforts or Regulatory Competition?“, 2003, доступно на адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=438421](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=438421) & [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=438421](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=438421), 12.12.2009, апстракт.



другој страни, постоје и бројне позитивне реакције. Професор Жерард Хертиг (*Gerard Hetrig*) истиче да Директива обезбеђује преко потребну флексибилност, због чега се може брзо имплементирати. Највећи број коментатора се не осврће на очигледан неуспех одредбе о принципу неутралности, већ истиче да је и овако разводњена легислатива боља од потпуне нерегулативе.<sup>15</sup>

## II Право преузимања у Србији – историјски осврт и упоредна анализа

### 1. Историјски осврт

Пре доношења Закона о преузимању у Србији је било регулисано нормама садржаним у два законска текста. Слично „америчком“ моделу где се преузимање препушта прописима који регулишу тржиште капитала, регулатива за преузимање се налазила у Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године (у даљем тексту: Закону о тржишту хартија од вредности). Други пропис који је донекле регулисао преузимање је био Закон о предузећима из 1996. године. Овај компанијски закон је уређивао основне параметре преузимања акционарских друштава на основу добровољне понуде. Поред тога што систем регулисања није био потпуно заокружен и што је Закон о тржишту хартија од вредности имао бројне празнине и пропусте, није био решен ни проблем односа са Законом о предузећима. Један од највећих пропуста је био тај што је у исто време када је овај Закон ступио на снагу у Србији је процес приватизације већ увелико започео. Проблем је био у томе што су овим законом изузети од обавезе истицања понуде за преузимање купци који акције стичу у емисији од субјекта приватизације, то јест, од предузећа са државним или друштвеним капиталом.<sup>16</sup>

### 2. Упоредна анализа појединих решења са правом ЕУ и правом неких европских држава

Данас и даље говоримо о „зачетку“ српског права преузимања – није прошло ни десет година од кад су се појавили први случајеви преузимања у пракси. Уосталом, српско тржиште корпоративне контроле се не може посматрати ван контекста ширег тржишта капитала који је такође у раним фазама развоја али и још незавршене приватизације

15 Вук Радовић, *нав. дело*, стр. 192.

16 Небојша Јовановић, *нав. чланак*, стр. 84–101.

државних и друштвених предузећа. Примера ради, према актуелним подацима на званичној Интернет страници Централног регистра за депо и клиринг хартија од вредности из децембра 2010. године постоји свега 7 понуда за преузимање.<sup>17</sup> Као што је претходно речено ово је правни институт коме треба прићи тројако: са компанијског, антимонополског и тржишног угла. Закон о привредним друштвима уређује статусна питања у вези са акционарским друштвима, пре свега отворених акционарских друштава која су у предмет преузимања. С обзиром на то да је Закон о привредним друштвима донет још 2004. године<sup>18</sup> и да је формирана радна група 2008. године за доношење новог закона у овој области, импликације на преузимање ће се разматрати у светлу потенцијално нових прописа. Затим, Закон о заштити конкуренције РС из 2005. године<sup>19</sup> мора бити консултован не би ли се спречиле негативне последице преузимања, пре свега, спречавање и обуздавање монопола, концентрације тржишта, равноправност учесника на тржишту итд. Последње, као најважнији извор јесте претходно споменути Закон о преузимању акционарских друштава из 2006. (у даљем тексту: Закон о преузимању) који представља први законски текст који заокружује ову материју у целости. Према званичном мишљењу Министарства финансија, главни разлог за доношење новог Закона о преузимању и увођење института преузимања у регулаторне законске токове јесте заштита акционара.<sup>20</sup> Прокламовано је да је Закон у највећој могућој мери хармонизован са Директивом Европског парламента и Савета ЕУ о понуди за преузимање. Основни циљ законодавца биле су тежње да се оствари равноправност акционара, пре свега мањинских, да се оствари транспарентност процеса преузимања уз одговарајућу супервизију, као и повећавање конкурентности на тржишту капитала. Релевантна су још два подзаконска акта Комисије за хартије од вредности, оба донета 2006. године: *Правилник о садржини и форми понуде за преузимање акција* и *Упутство о садржини и форми понуде за преузимање акција*.

17 Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности има регистровано 576 успешних понуда за преузимање, према званичним подацима тренутно постоји понуда за преузимање циљних друштава (Графика АМБ АД, Инекс компани, Инеко АД, Инос синма АД, Паланачки кисељак АД, Синтеза АД, Соко Нада Штарк АД, Војводина реклам АД), званична страница Централног регистра за депо и клиринг хартија од вредности, доступно на [www.crhov.rs/?Opcija=12](http://www.crhov.rs/?Opcija=12), 26.12.2010.).

18 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 46/06 и 107/09, даље у фуснотама: ЗОПД).

19 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005).

20 Мишљење Министарства финансија Републике Србије бр. 011-00-00200/2009-16, од 27.2.2009. године.

*а) Предмет и права преузимања и понуда за преузимање*

Предмет стицања у преузимању су само вредноснице које стицаоцу омогућавају учешће у управљању циљним друштвом. То су најпре акције са правом гласа, чији је издавалац циљно друштво. У Србији су то само обичне акције, јер у нашем праву повлашћене акције не дају право гласа.<sup>21</sup> У Директиви ЕУ оставља се могућност да то буду и неке друге врсте акција. За разлику од нашег права, понуда за преузимање се у немачком праву односи на све хартије од вредности – акције и хартије од вредности издате уместо акција, а које дају посебно право за стицање акција и које су укључене у трговину на организованом тржишту у Немачкој или у ЕУ.<sup>22</sup> Исти је случај и са Француском – предмет понуде за преузимање су све хартије од вредности којима се тргује на организованом тржишту.

Понуда за преузимање јесте понуда одређеног лица (преузимаоца) којом тражи стицање владајућег учешћа у циљном друштву било да је понуђени постојећи владалац, други акционари или само друштво.

У позитивном српском праву се понудом за преузимање сматра искључиво општа понуда коју преузималац под једнаким условима упућује свим акционарима циљног друштва ради стицања њихових акција у циљном друштву. Закон о преузимању искључује могућност да се преузимање обави стицањем од циљног друштва, чиме се преузимање олакшава и онемогућава изигравање његових акционара. Један од главних појмова дефинисаних Директивом ЕУ, у члану 5, јесте обавезна понуда. Она мора бити упућена „што је пре могуће“ свим акционарима који имају акције са правом гласа уз задовољавање два услова: мора доћи до остваривања контролног учешћа али само ако оно већ није остварено добровољном понудом.<sup>23</sup>

*б) Услови за стицање понуде*

Да би преузимање било законито, нужно је да преузималац испуни одређене прописане услове за стицање понуде за преузимање. Поред општих услова облигационог права, потребно је и испуњење услова које захтева компанијско право. У посебне услове се убрајају: 1) обезбеђивање средстава за куповну цену, 2) одређена садржина пону-

21 ЗОПД, чл. 208, 209.

22 Dirk Van Gerven, *Common Legal Framework for Takeover Bids in Europe – Volume I*, Cambridge, 2008, стр. 160.

23 Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, Oxford, 2007, стр. 601.

де, 3) равноправност понуђених, 4) објављивање понуде, 5) одређеност понудиоцевог рачуна и 6) дозвола надзорног органа.

Лице које је заинтересовано за преузимање сме да истакне понуду за преузимање само ако му то претходно дозволи Комисија за хартије од вредности.<sup>24</sup> Понудилац је потом дужан да обезбеди средства за куповну цену свих акција за које му понуђени акционари прихвате понуду до истека њеног важења.<sup>25</sup> То мора бити новчана свота која је најмање једнака збиру понуђене цене свих акција, чију је куповину понудилац тражио од акционара циљног друштва.

Понудилац сме да упуту понуду акционарима циљног друштва само њеним објављивањем, и то само на прописани начин тиме што ће је упутити у пуном тексту циљном друштву и лично сваком његовом акционару. Он ће након тога морати да отвори посебан рачун код Централног регистра за хартије од вредности (рачун за преузимање) на који ће акционари друштва, који прихвате понуду, да пренесе продате акције.

### в) Дужности понуде (обавезна понуда, *mandatory bid*)

Да би се мањинским акционарима циљног друштва омогућило да своје акције продају преузимаоцу по истој цени и другим истим условима као и велики (владајући) акционари, закон намеће обавезу да се свим акционарима упуту понуда за преузимање под једнаким условима. Такво је решење усвојено и у француском праву<sup>26</sup> и у праву Велике Британије.<sup>27</sup> Ову дужност ће имати лице које се нађе у одређеној законском прописаној ситуацији односно у случају да понудилац пређе праг учешћа у укупним гласачким правима у циљном друштву преко прописаног износа. Постоје два система „преласка прага“ за која закон везује дужност истицања понуда за преузимање, као опште и јавне понуде за куповину акција.

Први је *систем намере* (у ком случају закон везује настанак дужности за истицање понуде за намеру одређеног лица да пређе праг, иако га још није прешло) а други је *систем стицања* (у ком случају закон везује настанак дужности истицања понуде за само стицање учешћа у гласачким правима у циљном друштву). Наше право начелно прихвата *систем стицања*.<sup>28</sup> Наиме, обавеза на истицање понуде за преузимање

24 Закон о преузимању (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006, даље у фуднотама: ЗОП), чл. 13, 15.

25 ЗОП, чл. 16.

26 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 113.

27 L. C. B. Gower, P. L. Davies, *нав. дело*, стр. 1013.

28 Чини се да је такав систем прихваћен и у немачком праву, више о томе у D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 161.

наступа чим стицалац пређе један од прописаних прагова, и то: 1) кад неко лице стекне више од 25 одсто акција циљног друштва, 2) кад неко лице стекне више од 25 одсто акција циљног друштва али мање од 75 одсто, дужно је да истакне понуду за преузимање за свако даље стицање акција циљног друштва и 3) кад неко лице стекне понудом за преузимање више од 75 одсто акција циљног друштва, дужно је да истакне нову понуду за преузимање само ако треба да стекне додатних 5 одсто гласачких акција друштва, као и кад у току узастопних 18 месеци стекне, без понуде за преузимање, додатних три одсто гласачких акција циљног друштва.<sup>29</sup> Занимљив је податак да се правима земаља чланица ЕУ прагови који обавезују понудиоца на обавезну понуду се крећу од 25 одсто (Мађарска) до чак 66 одсто (Пољска).<sup>30</sup>

У праг би требало да се урачунавају само акције које свом имаоцу дају право гласа у циљном друштву. Лице које стекне гласачке акције у циљном друштву преко прага, без понуде за преузимање, нема право гласа у циљном друштву по основу стечених акција. Тиме ће се онемогућава да лице влада друштвом, али му се стицање акција не ништи. У српском праву поред ове, постоји још једна санкција – ако стицалац прага не истакне понуду за преузимање, Комисија за хартије од вредности је надлежна да му наложи њено истицање. У немачком праву санкција би се састојала такође из суспензије права које би понуђач имао на основу већ стечених акција а био би лишен и дивиденди.<sup>31</sup> У Великој Британији<sup>32</sup> Панел (*Panel on Takeovers and Mergers*) има право да предузима одређене мере како би спречио кршење права и обавеза из понуде.<sup>33</sup>

Уколико је у питању обавезна понуда, понудилац је дужан да његовим акционарима понуди цену за куповину акција која је најмање једнака цени по којој је прешао праг. Ова „минимална цена“ се у нашем закону одређује имајући у виду кретање висине тржишне цене акција циљног друштва.<sup>34</sup>

### *и) Циљав ујраве ѿрема ѿреузимању и мере одбране од ѿреузимања*

Дужност управе циљног друштва је да ради у интересу циљног друштва, а не у интересу преузимаоца или запослених. У нашем праву

29 ЗОП, чл. 6.

30 Mads Andenas, Frank Wooldrige, *European Comparative Company law*, Cambridge, 2009, стр. 512.

31 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 172.

32 Више о обавезној понуди у праву Велике Британије у видети L. C. V. Gower, P. Davies, *нав. дело*, 1017.

33 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 443.

34 ЗОП, чл. 22.

управа циљног друштва може имати *позитиван или нејативан став* (за разлику од неких права која дозвољавају да има и неутралан став). У зависности од тога можемо говорити о пријатељском или непријатељском преузимању.<sup>35</sup> У праву Велике Британије управни одбор циљног друштва мора имати независно мишљење поводом понуде за преузимање, чија садржина мора бити позната акционарима.<sup>36</sup> Француско право, с друге стране, обавезује управу друштва да све мере које преузима морају бити у интересу друштва или у складу са принципом равноправности акционара.<sup>37</sup> Управни одбор ће имати обавезу да објави своје образложено „мишљење“ о понуди за преузимање у року од седам дана по објављивању понуде, и то на исти начин на који је објављена понуда.

Међутим, домен Закона о преузимању је двоструко сужен када су у питању мере одбране: прво, он уређује само овлашћења управног одбора циљног друштва да усваја мере одбране; и друго, овај закон се примењује искључиво на мере одбране усвојене за време поступка преузимања. Мере одбране скупштине акционара, као и мере одбране управе усвојене пре покретања поступка преузимања или након његовог окончања, су уређене другим прописима.<sup>38</sup>

Одбрана од преузимања представља укупност мера које циљно друштво, са својом управом, предузима не би ли спречило или отежало преузимање. Једно од кључних питања јесте о субјекту који ће предузети мере, односно да ли ће циљно друштво имати право да предузме мере, имајући у виду да оно није понуђено лице и да ли друштво има право да ограничава своје акционаре да слободно продају своје акције. Актуелност овог питања увећава се и стога што је само преузимање најчешће уперено против управе циљног друштва а не против самог друштва. И у Директиви ЕУ као једно од кључних питања појавило се питање агента који је меродаван да одлучи да ли је преузимање корисно или штетно за друштво. Чланови управног одбора се могу налазити у сукобу интереса и могу ставити своје интересе испред интереса компаније.<sup>39</sup>

Управи је забрањено да предузима било коју меру одбране уколико нема овлашћење за тако нешто. По правилу, циљно друштво ће имати право да се брани од преузимања али ће о томе одлуку морати да донесу његови акционари на скупштини као понуђена лица. Ипак, како се јавна понуда упућује непосредно акционарима циљног друштва који сваки за

35 Више о подели на пријатељска и непријатељска преузимања видети Athanasios Koulouridas, *The Law and Economics of Takeovers*, UK, 2008, стр. 119–201.

36 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 433.

37 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 117.

38 Вук Радовић, *нав. дело*, стр. 194.

39 S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 611.

себе одлучује о њеном прихвату или одбијању, ради се заправо о великом броју индивидуалних одлука акционара који не представљају одлуке друштва иако имају имају значајне последице по циљно друштво.<sup>40</sup> У нашем праву, управни одбор циљног друштва дужан је да писмено упозна све запослене у акционарском друштву о понуди за преузимање чим понудилац објави обавештење о намери преузимања. Током поступка преузимања управни одбор циљног друштва може да затражи такмичарску понуду за преузимање, али не сме да врши одређена овлашћења која по компанијском праву редовно има. Та овлашћења су да: 1) издаје акције ради повећања капитала друштва одобреним акцијама; 2) предузима ванредне послове, којим се битно мења стање имовине или обавеза друштва; 3) одлучи да друштво стекне или отуђи сопствене акције и 4) објави понуду циљног друштва упућену акционарима другог друштва за његово преузимање.<sup>41</sup>

Мере одбране од преузимања су у Тринаестој директиви регулисане на сличан начин као и у нашем праву: Наиме, ради спречавања самосталних поступака управе изричито се забрањује управи да, од времена објаве намере о преузимању циљног друштва, предузима било какве мере, осим тражења конкурентске понуде, које би спречиле преузимање, без овлашћења скупштине акционара. Наравно, уколико постоји овлашћење скупштине акционара управни одбор може предузимати све дозвољене мере. Директива такође обавезује управу циљног друштва да објави документ о свом мишљењу о понуди за преузимање и да га образложи, као и да га достави представницима запослених у органима учешћа запослених, а ако их нема, онда свим запосленима у друштву. Ако се њихово мишљење да благовремено, управа је дужна да га објави уз своје мишљење.<sup>42</sup>

У немачком праву управи циљног друштва забрањено је да преузима било какве радње од момента када је објављена понуда за преузимање акција друштва, које би могле угрозити успешност понуде.<sup>43</sup> Оно што је специфичност француског права јесте да у случају иностране понуде за преузимање, управа друштва мора изнети мишљење које ће садржати предности и могуће последице евентуалног преузимања како за понудиоца, тако и за акционаре и запослене у циљном друштву. Ово мишљење мора узимати у обзир и став независног стручњака уколико је ангажован од стране друштва.<sup>44</sup>

40 Више о томе и о тзв. „агенцијском проблему“ у: Вук Радовић, *нав. дело*, стр. 61.

41 ЗОП, чл. 38, 40, ст. 3.

42 *Тринаестта директива ЕУ*, чл. 9, ЗОП чл. 38–40.

43 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 179.

44 D. V. Gerven, *нав. дело*, стр. 107.

*г) Послужба преузимања*

Поступак преузимања се састоји од три фазе и то од *покрећућа, главне фазе и окончања*. Сам поступак преузимања покреће понудилац подношењем захтева за одобрење понуде за преузимање Комисији за хартије од вредности (у даљем тексту: Комисија). Понудилац мора пре подношења да испуни све услове за истицање понуде за преузимање, како би, уз захтев, Комисији могао да поднесе доказе да испуњава те услове. Комисија ће потом проверити да ли понуда за преузимање, праћена захтевом, садржи све прописане податке и да ли су они у складу са исправама на којима се заснивају. Комисија има дужност да одобри понуду за преузимање у року од два дана по пријему захтева уколико су подаци у понуди потпуни и усклађени са поднетом документацијом. Понудилац је дужан да понуду објави одмах по пријему решења Комисије, којим му се она одобрава. Он је такође, дужан да у понуди одреди и њено трајање, које не сме бити краће од 21 дан нити дуже од 45 дана од објављивања. Да би се спречиле злоупотребе током преузимања и поремећаји на тржишту акција, Закон о преузимању забрањује преузимаоцу предузимање одређених радњи.<sup>45</sup>

32. У главној фази преузимања понудилац објављује понуду, а акционари циљног друштва је прихватају током њеног трајања и преносе своје акције на име преузимаоца.<sup>46</sup>

### III Критички осврт на поједина решења Закона о преузимању

Имајући у виду решења из упоредног права и праксе као и тржишне прилике у нашој земљи, нажалост, не можемо рећи да су тренутно важећа законска решења у области права преузимања акционарских друштава без мана и недостатака. Свакако, српски законодавац је направио помак у односу ранију регулативу права преузимања, доношењем Закона о преузимању 2006. године, али то није довело до целовитог и ваљаног регулисања ове области.

Оно што се најпре да приметити приликом анализе законског текста, јесте да се српско право Законом о преузимању сврстало у *ред блажих режима*. То можда одговара тренутним потребама привреде како би се се из привредних друштава путем преузимања истерале неспособне управе и отворило тржиште корпоративне контроле. Такав систем

45 ЗОП, чл. 10, 19, 25, 36, 38–40.

46 ЗОП, чл. 18, 19, 21.



би могао бити адекватан и у земљама са доста развијенијим тржиштем капитала као што су земље ЕУ и САД. Међутим, имајући у виду бројне негативне последице преузимања за наше тржиште, као што су тенденција ка концентрацији и монополисању тржишта, намеће се закључак да овај метод нормирања није у складу са општим и дугорочним интересима привреде, који налажу примерену сигурност и стабилност у пословању.

Надаље, тежиште сваке операције преузимања акционарских друштава јесте однос између понудиоца и акционара циљног друштва. Правни односи који настају између ових субјеката морају бити посебно регулисани ради заштите најпре, мањинских акционара циљног друштва. Ипак, не треба испустити из вида економску садржину овог правног посла, то јест да су његови услови диктирани пре свега понудом и тражњом акција на одређеном тржишту капитала – тржишним законима. Стога, поступак преузимања мора бити конципиран тако да најпре узима у обзир права и обавезе, као и заштиту уговорних страна, а не права и обавезе странака према управним органима. Чини је да наш законодавац превише пажње поконио односу странка – управа (Комисија за хартије од вредности) уместо односу између две уговорне стране. Управо се овај приступ нашег Закона сматра једном од основних мана српског режима преузимања, посматрајући га као *ујравни йосйу-йак, умесйо као йословну ойерацију*.

Према Нацрту Закона из 2005. године (у даљем тексту: Нацрт), преузимање је било регулисано тако да се односи како на *оћворена йако* и на *зайворена акционарска друшйива*. Акционарско друштво као и друштво са ограниченом одговорношћу су друштва капитала, те им је могућ слободан пренос акција (удела).<sup>47</sup>

Наше право не йознаје делимичну йонуду за йреузимање, јер захтева да свака понуда за преузимање буде потпуна. Чини се да је то круто решење које не одговара потребама пословања у преузимању. Упоредно право допушта да добровољна понуда за преузимање буде делимична, али обавезна понуда не сме бити таква. Према Нацрту, понуда за стицање акција циљног друштва је упућена свим акционарима циљног друштва и да се односи на све њихове акције, које нису понудиоцеве у часу њеног упућивања (општа и потпуна понуда), ако у њој није означено да се односи само на одређену класу акција или само на у понуди највећи означени број акција (делимична понуда). Дакле, Нацрт је познавао општу односно потпуну, и делимичну понуду.

47 У друштвима са ограниченом одговорношћу и затвореним акционарским друштвима је могућ слободан пренос удела, односно акција, ако је тако уређено интерним актима друштва (нпр. оснивачким актом).

Закон о преузимању препознаје *само акције са правом гласа као њредмет стипцања* у преузимању. Нацрт је имао шири предмет стипцања обухватајући и акције без права гласа ако су замењиве за акције са правом гласа, обвезнице са правом гласа, чији је издавалац циљно друштво, обвезнице замењивих за акција са правом гласа у циљном друштву и потврде о праву на упис акција циљног друштва (варанти), као и других хартија које дају или могу дати право гласа или право на стипцање хартије с правом гласа у циљном друштву, ако се право на стипцање тих хартија може да оствари у року од шест месеци од дана кад је Комисија доставила одлуку којом потврђује преузимаоцу исход преузимања. Ово је решење би било у складу са Законом о привредним друштвима, који познаје, поред обичних акција, друге хартије од вредности које, *de facto*, могу пружати гласачка права у скупштини акционара.<sup>48</sup>

Српско право преузимања *не познаје преузимање њуштем стипцања соистипених акција* од самог циљног друштва, што му је мана. Закон о преузимању не познаје циљно друштво као понуђеног, иако га је познавао његов Нацрт. Тиме се олакшава преузимање акционарских друштава у Србији у односу на уобичајени европски режим, чиме се повлашћују преузимаоци као имаоци крупног капитала. Повлашћење се састоји у томе што стипцалац акција циљног друштва, који је обавезан да истакне понуду за преузимање, не мора да тражи куповину сопствених акција, него само акција у рукама акционара циљног друштва. То му појефтињује преузимање, јер може и мањим бројем купљених акција да овлада друштвом.

Закон о преузимању уређује *праове преузимања* у члану 6 а као што је објашњено у претходном одељку, у позитивноправним системима законодавац се може одредити за систем стипцања, систем намере или мешовити ситем приликом одређивања прагова. Српски законодавац се одредити за ситем стипцања. Приликом израде Нацрта, залагало се за мешовити систем који би можда био прихватљивији када се прописује више прагова. Наиме, у Нацрту закона јавну понуду за преузимање обавезно истиче лице које: 1) стекне обичне акције у циљном друштву, по основу једног или више уговора, које му, заједно са онима које већ поседује, дају најмање 25 одсто гласова у скупштини друштва, 2) већ поседује између 25 одсто и 50 одсто свих гласова у скупштини циљног друштва, кад год намерава да стекне у току 18 узастопних месеци нове акције, по основу којих повећава број гласова најмање за 3 одсто у скупштини друштва, и 3) стекне учешће од 50 одсто или више гласова у скупштини циљног друштва, заједно са акцијама које већ има. Као што је очигледно први и последњи праг је уређен системом стипцања а други

48 ЗОПД, чл. 210.

системом намере. Мешовити систем познаје и Кодекс о преузимању Велике Британије,<sup>49</sup> по чијем је узори рађен Нацрт. Српско законско решење је необично у још једном смислу. Наиме, прагови од 25 до 75 одсто, су претерано строги. По слову закона, лице које стекне макар једну акцију ће бити приморано да објави понуду за преузимање.

**Sonja SREĆKOVIĆ**  
Graduated Lawyer

**Nenad KOVAČEVIĆ**  
Graduated Lawyer

## TAKEOVER LAW IN SERBIA – COMPARATIVE ANALYSIS AND CRITICAL OVERVIEW

### Summary

*In Serbia, we are still talking about the “beginnings” of Serbian takeover law. Namely, it has barely been ten years since the first cases of takeovers appeared in practice. The most important source of law on takeovers in Serbia is the Law on Takeovers from 2006. This is concurrently the first legal text that regulates this matter in its entirety. Whilst passing this Law it had been stated that its legal solutions are, to the greatest possible extent, harmonized with EU Directive on takeover bids. However, bearing in mind the legal solutions found in comparative law, practice and market opportunities in Serbia, unfortunately, we could not say that the current solutions in takeover law are without flaws or shortcomings. On the contrary, there are still unclear and ambiguous solutions that are not in accordance with the needs of either the Serbian economy or the current development of the capital market.*

**Key words:** *takeover of companies, Law on takeover of companies, Draft Law on takeover from 2005, EU Directive on takeovers.*

---

49 Британски кодекс о преузимању из 1968. године (*The Takeover Code*), пар. F, чл. 9.

---

# СТЕЧАЈНО ПРАВО И ПРИВАТИЗАЦИЈА

---

мр Драјан РАКОЧЕВИЋ  
председник Привредног суда у Подгорици

## МЕДИЈАЦИЈА У ПРИВРЕДНО-ПРАВНИМ СПОРОВИМА И СТЕЧАЈНИМ ПОСТУПЦИМА

### Резиме

*Аутор је у тексту указао на значај посредовања – медијације као једној од најусијешнијих вансудских инструмената за рјешавање привредних спорова у циљу њиховој бржеј, флексибилнијој и јефтинијој рјешавања. Дати су нова рјешења у Закону о стечајном поступку Црне Горе којима се даје могућност посредовања и у стечајном поступку, и то у фази испитивања услова за отварање стечајног поступка – прелиминарног стечајног поступка, и у фази утврђивања и изражавања повјерлица по правилима парничног поступка, уз оцјену да ће њихова примјена утицати на смањивање трајања стечајних инструмената и ефикасније измирење и изражавања повјерлица.*

**Кључне речи:** медијација – посредовање, спорни однос, посредник – медијатор, судски инструмент, стечајни инструмент, утврђивање и изражавања, прелиминарни стечајни инструмент.

### I Увод

Дуготрајни судски поступак производи трајно незадовољство свих његових учесника и уопште свих корисника правосудног систе-

ма. Ово незадовољство проузроковано је осјећањем правне несигурности коју ствара неизвјесност како у погледу садржаја тако и у погледу остварења тражене судске заштите. Када се томе додају и значајни трошкови судских поступака проузроковани управо неефикасношћу и дуготрајношћу судских поступака, нарушену психичку и емоционалну равнотежу учесника усред стресних ефеката дуготрајног спорења, добијамо елементе који упућују на неопходност даље реформе правосудног система и изналагања метода и института за брже рјешавање судских спорова као и рјешавање спорова вансудским путем.

Са ових разлога све више расте притисак на државу да осигура грађанима и правним лицима прикладне механизме за рјешавање спорова, тако да у овом тренутку све више долази до изражаја прагматични елемент: како брзо и ефикасно ријешити спор, од тога како утврдити апстрактну истину по сваку цијену (*fiat iustitia, perrat modus*). Зато се сваки аутономни и недржавни механизам рјешавања спорова, који се до скоро сматрао својеврсном нелојалном конкуренцијом државном правосуђу, сада подстиче кроз такозвано алтернативно рјешавање спорова, са циљем да се олакша посао правосудним институцијама.<sup>1</sup> Стога је подстицање алтернативних метода рјешавање спорова, прије свега мирења, проглашено приоритетом у Европској унији, а сада су такве иницијативе наглашене и у државама региона, па и у Црној Гори.

Резултат таквих настојања и створене политичке климе за стварање ефикаснијег правосудног система је доношења Закона о посредовању у Црној Гори 28.4.2005. године, објављен у „Сл. листу РЦГ“ бр. 30/05 од 13.5.2005. године.

## II Појам медијације – посредовања

Посредовање – медијација је сваки поступак, у којем странке желе да спорни однос ријеше мирним путем, уз помоћ једног или више посредника – медијатора, који странама помажу да постигну споразум,<sup>2</sup> с тим што посредник – медијатор није овлашћен да странама намеће обавезујући споразум.

Странке и суд имају могућност да у привредноправним споровима предлажу рјешавање спора посредовањем (медијацијом) прије покретања поступка, као и за вријеме његовог трајања. Уколико је предложен поступак посредовања (медијације) странка има право да од суда тражи да о њеним предлозима одлучује у разумном року. Суд је дужан

1 Срђан Шимац, „Мирење и одвјетници“, *Одвјетник*, Загреб, 2006, стр. 32.

2 Љубица Милутиновић, *Медијабилност предмета*, Београд, 2007, стр. 15.

да обезбједи спровођење овог поступка без одуговлачења и са што мање трошкова.

Основне правне карактеристике поступка посредовања (медијације) испољавају се у чињеници да ће странке у случају успјешно окончаног спора, на бржи, флексибилнији и јефтинији начин доћи до рјешавања међусобног спорног односа.

Чак и у случајевима када медијација у потпуности не успије, она ипак има за резултат отклањања великог броја спорних питања, што ће итекако утицати на брже окончање самог судског поступка. На овај начин спорна питања у судском поступку своде се у основи на разрешење правних питања. У сваком случају медијација зауставља ескалацију постојећих сукоба међу странкама, губитак међусобног повјерења, погоршавање њихове даље међусобне комуникације, што је посебно значајно за странке које се налазе у дуготрајним пословним односима, а због чега су привредни спорови по својој правној природи и негативним економско-финансијским последицама дуготрајног суђења за привредне субјекте, веома погодни за рјешавање путем посредовања односно медијације.

Са ових разлога медијација се издвојила као један од најуспјешнијих вансудских поступака у читавом свијету, са теденцијом њеног проширења на све већи број спорова, чак и на оне који су донедавно могли бити рјешавани само у судском поступку. Са ових разлога Закона о стечају Црне Горе садржи одредбе о посредовању и медијацији у стечајним поступцима.

### III Начела медијације

Законом о посредовању („Сл. лист РЦГ“, бр. 30/05) одређена су основна начела поступка медијација, а то су:

1. добровољност,
2. једнакост странака,
3. искључивање јавности,
4. повјерљивост,
5. тајност података; и
6. независност и непристрасност.

Овај Закон не обухвата два основна начела посредовања (медијације) на којима се, у упоредним правним системима, управо заснива медијација, а то су неформалност и флексибилност, али су ова начела садржана и произилазе из његовог концепта и садржаја.

## 1. Добровољност

Начело добровољности значи да без изричите сагласности странака посредовања нема. Оно се по постојећим законским рјешењима може одвијати у било којој фази поступка. Значи прије покретања судског поступка или за вријеме његовог трајања укључујући поступак по редовним правним љековима, то јест до правоснажности одлуке о спорном односу.

Ако је поступак посредовања произашао из судског поступка, за случај одустанка једне стране, поступак посредовања се обуставља, а судски поступак наставља. На овај начин, медијација или посредовање представља сопствени избор странака, и њено прихватање или неприхватање, не може имати утицаја на ускраћивање судске заштите, за случај да се за неку од странака покаже као неодговарајући поступак.

## 2. Једнакост и равноправност страна

Једнакост и равноправност страна, као основно начело медијације, гарантује странкама остварење једнаке правне заштите. У случају да су странке које су се изјасниле за поступак посредовања у неједнаком правном положају, након покренутог судског поступка, судија је дужан да странки која није у једнаком правном положају укаже на штетне последице поступка. Ту обавезу има и посредник – медијатор. Неједнакост странака испољава се у њиховом правном образовању, могућности ангажовања адвоката или стручног засупника, економској моћи у смислу предујмљивања потребних трошкова и слично.

## 3. Искључивање јавности

У поступку посредовања јавност је искључена. Законска обавеза је свих лица која учествују у поступку посредовања да поштују приватност поступка и чувају као тајну све што су чули и сазнали у току поступка. Значи да у поступку посредовања учествују странке, њихови законски заступници, пуномоћници, а само са њиховом дозволом и трећа лица. Медијатор без сагласности странака, нема овлашћење да било коме осим самих странака и њихових пуномоћника омогући учешће у поступку медијације, ма колико се то наметало цјелисходним и оправданим за само рјешавање спорног односа.

#### 4. Повјерљивост и тајност података

Начела повјерљивости и тајности података испољавају се у забрани да се било шта, што је речено написано у поступку посредовања, користи у каснијим судским, арбитражним или другим поступцима. О поступку медијације не води се записник, па се информације, предлози и изјаве изнијете у току посредовања, дати искључиво у сврху измирења не могу користити у парничном или другом поступку, нити саопштити на други начин. Ако су у току поступка посредовања направљене било какве забиљешке, цртице или скице, на захтјев било које странке, оне морају бити уништене, а сваки поднесак, исправа или докуменат који је употребљен у поступку посредовања мора бити враћен странци без задржавања копије у складу са начелом тајности података. На основу истог начела посредник – медијатор дужан је да сваку забиљешку сачињену у поступку посредовања уништи послје његовог окончања.

#### 5. Независност и непристрасност

Начела независности и непристрасности испољавају се у обавези посредника – медијатора, да поступак посредовања спроводи независно и непристрасно у циљу постизања мирног рјешења спора. Он не смије да врши посредовање под било чијим утицајем и дужан је да током поступка поступа једнако и коректно према свакој страни у спору.

### IV Област примјене медијације

Закон о посредовању Црне Горе, у највећем дијелу се односи на медијацију након покретања и у току судског поступка. Са овог разлога је веома важно да судија добро процијени да ли је и када је конкретан спорни однос подобан за поступак медијације. Одређени спорови нијесу подобни за медијацију, па држава њихово рјешавање прописује кроз судски поступак, искључујући недржавне органе.<sup>3</sup> То су спорови из односа регулисаних принудним прописима или се тичу заштите јавних интереса. Међутим, велики број спорова настаје из односа странака који су резултат њихове диспозиције и аутономије воља, као што су привредноправни односи и спорови настали због неизвршења облигационих и уговорених обавеза, па је могућност примјене медијације у овим областима веома широка.

Иако медијација у основи има за циљ ефикасније рјешавање спорова могућа је и њена злоупотреба ради одуговлачења поступка и

3 *Ibid.*, стр. 23.



избјегавања законских и уговорених обавеза. Стога судија има веома значајну улогу, а и одговорност, да након покретања судског поступка препозна скривене намјере странака, мотиве за излазак из формалног, судског поступка ради постизања правно недопуштених циљева и одуговлачења поступка. Његова је обавеза да препозна и спријечи овакве намјере несавјесне стране у спору, јер се медијација не смије претворити у процес који пролонгира и одуговлачи поступак, без стварне намјере да се закључи споразум.<sup>4</sup>

Закон о посредовању одређује да се одредбе о посредовању примјењују у грађанско-правним споровима, укључујући и спорове из породичних, привредних и других имовинско-правних односа, физичких и правних лица у којима странке могу слободно располагати са својим захтјевима, као и у парницама из радних односа које су у току.

За рјешавање кроз поступак медијације због своје правне природе, међусобних односа странака и економске повезаности, нарочито су погодни спорови у којима се странке налазе у трајној пословној сарадњи, а то су: привредно-правни спорови, јер у њима често постоји потреба за изузетно сложеним доказивањем, дуго трају, са високим трошковима поступка. Такви привредни спорови су: спорови из осигурања, из промета роба и услуга, грађевински спорови, спорови заштите интелектуалне својине, забрана конкуренције и слично.

## V Однос посредовања и судског поступка

Поступак посредовања – медијације може се предложити прије покретања судског поступка и након његовог покретања, у било којој фази, па и у поступку по жалби, али не и по правоснажности судске одлуке.

За успјех поступка посредовања, када се оно врши након покренутог судског поступка, веома је битна процјена суда, када је најпогоднији тренутак за упућивање странака из овог поступка на поступак посредовања.

По неким ауторима најпогоднији тренутак је сам почетак судског поступка. Међутим, и у овој фази судског поступка различити су ставови који је то тренутак који је најпогоднији за нуђење могућности посредовања. Наиме, овај предлог се може учинити приликом достављање тужбе туженом, слањем припремљеног позива са обавјештењем о могућностима коришћења медијације. Други сматрају да је цјелисходније позив упутити по изјашњењу туженог, тј. достављања одговора на туж-

4 В. М. Пел, *Упућивање на мирње у парничном процесу, годашња улога или неодређеност професије*, Ријека, 2007, без назнака странице.

бу, када се објема странкама, уз позив за рочиште шаље обавјештење о могућностима коришћења медијације. Трећи, опет сматрају, да позив за рјешавање спорног односа посредовањем треба учинити на припремном рочишту, ако судија из излагања странака закључи да има основа за упућивање и да се ради о предмету, који је по свом правном основу и спорним чињеницама погодан за рјешавање путем посредовања.<sup>5</sup>

У сваком случају, странке се могу упутити на посредовање у било којој фази поступка, јер је чланом 9 Закона о посредовању („Сл. лист РЦГ“, бр. 30/05) одређено да ће суд који води поступак, ако оцијени да се спор може успјешно ријешити посредовањем, упутити странке на поступак посредовања. Ставом 2 истог члана одређено је, да уколико странке не ријеше спор посредовањем у року од 60 дана од дана упућивања, суд је дужан заказати рочиште. Ставом 3 истог члана, такође је одређено, да ако је судски поступак у току, странке могу прихватити поступак посредовања у било којој фази поступка. Чланом 329 Закона о парничном поступку („Сл. лист РЦГ“, бр. 22/04) такође је одређено, да ће суд, ако оцијени да би се спор могао успјешно ријешити путем посредовања, застати са поступком и упутити ће странке на поступак посредовања.

Имајући у виду ова законска рјешења и досадашњу судску праксу, може се закључити, да свака фаза поступка од најраније до жалбене, даје могућност упућивања на медијацију, ако је у питању предмет који се може рјешавати у поступку медијације и ако судија стекне увјерење да су странке спремне да о спорном односу преговарају. Значи да је медијација могућа све до правоснажног окончања поступка, тј. најкасније у поступку по жалби.

Када се тражи одговор на питање која фаза поступка може бити најпогоднија за покретање поступка медијације, оцјена је, односно одговор, да је то почетна фаза поступка, јер ће судски поступак најкраће трајати. У овом случају, предмет ће се ријешити посредовањем или ће се, по протеку остављеног рока, несумњиво знати шта је међу странкама остало спорно, односно око чега се не може преговарати и што се мора доказивати. Међутим, у пракси је често случај да су странке најмање спремне да преговарају на почетку самог судског поступка. Њихова неспремност може бити резултат догађања која су предходила спорном односу и покретању судског поступка, страха странака да ће прихватањем медијације бити оцијењено као слабљење позиције у судском поступку и увјерења једне странке у своју правну позицију, тако да медијација не представља одговарајући поступак. С друге стране, неки спорови по својој правној природи и чињеничног основа, једноставно

5 Љубица Милутиновић, *Медијабилност предмета*, стр. 41.

захтијевају период „сазријевања“, а код неких спорова медијација је могућа и цјелисходна тек након извођења одређеног броја доказа који отварају поље могуће примјењене медијације.

На крају, сам ауторитет суда може допринијети да странке за почетак, размисле о поступку медијације као начину рјешевања спорног односа, зато је неопходно да судија у току поступка „охрабрује странке“ на прихватање медијације. Ова активност судије треба да се ограничи само на давање потребних информација о медијацији као погодной методи бржег и јефтинијег рјешавања спора и не смије се претворити у убјеђивање странака да је медијација, једино и најбоље средство за странке.

## **VI Посредовање – медијација у стечајном поступку**

Стечај је облик генералног или општег извршења над цјелокупном имовином стечајног дужника, који се спроводи ради скупног или сразмјерног намирења повјерилаца. Основни циљ стечајног поступка је једнако или сразмјерно намирење повјерилаца из имовине стечајног дужника – стечајне масе. Са овог разлога је начело паритета, односно једнаког намирења повјерилаца, једно од основних начела стечајног поступка. У савременом стечајном законодавству ово начело је ограничено у оквиру исплатних редова, на начин што повјериоци вишег исплатног реда имају приоритет у односу на повјериоце нижег, односно следећег исплатног реда.

Стечајни поступак спроводи суд одређен законом, а то су у Црној Гори привредни судови. Овај поступак обухвата више фаза као што су: претходни поступак, отварање стечајног поступка, формирање стечајне масе, утврђивање потраживања повјерилаца, разврставање њихових потраживања по исплатним редовима, диоба стечајне масе, закључење стечајног поступка и др.

Једна од најважнијих и најсложенијих фаза стечајног поступка је утврђивање потраживања повјерилаца. По Закону о стечају („Сл. лист ЦГ“, бр. 1/2011), члан 114 став 2 стечајни управник је овлашћен да утврђује основаност, обим и исплатни ред сваког потраживања и о томе сачини листу признатих и оспорених потраживања и то у року од 40 дана од истека рока за подношење пријава потраживања. Коначна листа свих пријављених потраживања сачињава се на испитном рочишту (члан 117 Закона). Уколико је потраживање оспорено повјерилац се у складу са чланом 120 став 1 Закона, упућује на парницу ради утврђивања оспореног потраживања, коју може да покрене у року од осам дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживања, односно истека рока за посредовање.

Када је за утврђивање основаности потраживања потребно вођење парничног поступка, поступак ће у начелу наставити стечајни судија по правилима парничног поступка или ће из разлога цјелисходности и хитности, упутити стечајног управника или повјериоца да пред другим судијом, другим судом, органом управе, арбитражом или на други начин покрене поступак за утврђивање основаности потраживања.

Управо ова фаза стечајног поступка је погодна да се странке односно повјерилац чије се потраживање оспорава, упутити на поступак посредовања. Наиме, стечајне поступке, нарочито када је у питању стечај великих привредних система, по правилу карактеришу бројне пријаве потраживања и на основу њих бројни спорни односи, чије неблагоприятно рјешавање, кроз парнични или други одговарајући поступак, битно утиче на само трајање стечајног поступка, а самим тим и на могућност измирења неспорних потраживања повјерилаца. Како се у парничним поступцима на деклараторан начин утврђују потраживања, зависно од чињеничног и правног основа, независно од обима и вриједности стечајне масе, односно могућности измирења тако утврђеног потраживања, чест је случај да исход ових спорова није могуће реализовати кроз стечајни поступак услед недостатка стечајне масе.

Стога је, са ових разлога као и могућности да се у поступку медијације, од стручног посредника – медијатора добију све неопходне информације о могућности измирења потраживања кроз стечајни поступак износа исплате утврђених потраживања зависно од вриједности стечајне масе, основа потраживања који одређује одговарајући исплатни ред, односно приоритет у исплати и слично, а самим тим оцијене сврсисходности даљег вођења судског спора.

Управо ове чињенице су определијелиле законодавца да у члану 119 Закона о стечају, одреди да „повјериоци оспореног потраживања, односно стечајни управник могу предложити рјешавање спорног односа путем медијације у складу са Законом који регулише поступак посредовања“. Како је чланом 117 Закона о стечају одређено да се коначна листа пријављених потраживања утврђује на испитном рочишту, а чланом 120 став 1 истог текста да „повјерилац чије је потраживање оспорено упућује се на парницу ради утврђивања потраживања коју може да покрене у року од 8 дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживања, односно од дана истека рока за медијацију (посредовање)“, поставља се питање када се повјерилац, односно стечајни дужник може упутити на посредовање у стечајном поступку.

Имајући у виду одредбе Закона о стечају став је аутора да се, поступак медијације може покренути на самом испитном рочишту при-

ликом доношења одлуке по приговорима на пријављена потраживања, без обзира да ли је потраживање оспорено од стране повјерилаца или стечајног управника. Уколико се странке сагласе са предлогом да се оспорено потраживање утврди у поступку посредовања, суд ће оставити рок од 60 дана за споразумно рјешење спорног односа, сходно члану 9 Закона о посредовању. Уколико посредовање не успије поднијет ће предлог за настављање поступка ради утврђивања у складу са чланом 121 Закона о стечајном поступку.

Када се поступак за утврђивање оспореног потраживања спроводи по правилима парничног поступка, посредовање је могуће и након покретања тужбе за утврђивање потраживања, уколико за то постоји спремност странака, и то у свакој даљој фази поступка до правоснажног окончања спора.

Посредовање је по Закону о стечају могуће и у фази одлучивања о постојању стечајног разлога за отварање стечајног поступка. Наиме, одредбама члана 118 став 1 одређено је да суд, може, након прихватања предлога за покретање стечајног поступка, упутити предлагача на поступак медијације – посредовања, значи прије доношења рјешења о отварању стечајног поступка. Уколико се прихвати посредовање, предмет споразума повјериоца и стечајног дужника је отклањање стечајног разлога због којег је покренут стечајни поступак. Посредовањем се на споразуман начин одредјује измирење доспјеле, неизмирене обавезе стечајног дужника због које је покренут стечајни поступак. У случају закључивања поравнања и његовог записничког констатовања од стране стечајног судије, престаје разлог за отварање стечајног поступка па се доноси рјешење о повлачењу предлога по члану 59 Закона о стечају, или рјешење о одбијању предлога сходно члану 71 став 3 истог Закона.

## **VII Окончање поступка посредовања и поравнање**

Према члану 35 Закона о посредовању, посредовање се окончава даном:

1. закључења поравнања између странака;
2. када странке прихвате предлог посредника да посредовање није више оправдано;
3. упућивањем посреднику, односно другој странци одустанка, у писаној форми, од даљег поступка посредовања, осим ако и након одустанка једне странке, остале странке које учествују у поступку су сагласне да се настави поступак посредовања у спору између тих странака; и
4. другим случајевима одређеним овим Законом.

Чланом 36 истог Закона, даље је одређено, да на захтјев странака посредник може у свакој фази поступка, посредовањем давати предлоге за рјешење спора, као и учествовати у изради поравнања и да постигнути споразум у поступку посредовања има снагу судског поравнања, ако га на записник узме судија, осим у случајевима када је посебним Законом другачије одређено. Према ставу 5 истог члана закључено судско поравање има снагу извршне исправе.

Значи уколико се закључи споразум о спорном односу након покретања судског поступка чије је рјешење у надлежности привредних судова, постигнути споразум, након записничког констатовања од стране судећег судије који је задужен парничним списима, имаће снагу извршне исправе и погодан је за извршење принудним путем, кроз извршни поступак.

Уколико се ради о споразуму – судском поравнању у спору поводом утврђеног потраживања из стечајног поступка, послужит ће као основ за његово разврставање у одговарајући исплатни ред и исплату зависно од ранга приоритета, и вриједности стечајне масе без доношења посебне судске одлуке.

**Dragan RAKOČEVIĆ**

**President of the Commercial Court in Podgorica**

## **MEDIATION IN COMMERCIAL DISPUTES AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS**

### **Summary**

*The author is in the text stressed the importance of mediation as one of the most successful of extra-judicial procedures for resolving commercial disputes in order to make them faster, more flexible and cheaper to resolve.*

*The Law of Bankruptcy has a new solution in the phase of the opening of proceedings – preliminary bankruptcy proceedings, and gives the possibility of the mediation in insolvency proceedings at the stage of determining the claims of creditors under the rules of civil procedure.*

**Key words:** *mediation, dispute, mediator, judicial procedure, bankruptcy procedure, determination of claims, preliminary bankruptcy proceeding.*

**Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ**  
судија Привредног апелационог суда

## **ПОВЕРИОЦИ КАО ПОДНОСИОЦИ ПРЕДЛОГА ЗА ПОКРЕТАЊЕ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА**

### **Резиме**

*Само повериоци досијелих новчаних йоџраживања, и џо без обзира да ли су истиа обезбеђена (зложним џравом или хийоџеком) или су необезбеђена, моју бити подносиоци џредлоја за џокреџање сџечајној џосџујка над дужником, уз услов да су џоџраживања несџорна или џо оцени сџечајној судије веровајтна. Сама форма и садржина џредлоја као и џосџујак џо истиом изричиџо су законом џройисани и једини су џуџи за осџварење џрава кроз сџечајни џосџујак.*

**Кључне речи:** *џоверилац, џредлој, сџечај, излучни џоверилац, разлучни џоверилац, сџечајни џоверилац.*

### **I Подносиоци предлога за отварање стечаја**

Закон о стечају, регулишуџи покретање стечајног поступка, у члану 55 дефинише да се исти поступак покреће подношењем предлога, и да су овлашћени подносиоци предлога: повериоци, дужник и ликвидациони управник.

Поређењем ко су овлашћени предлагачи по Закону о стечају у односу на овлашћене предлагаче по Закону о стечајном поступку, уочава се да у Закону о стечају Пореска управа више није посебно наведена као овлашћени предлагач, али с обзиром да је Пореска управа поверилац по основу неизмирених пореза, она је овлашћени предлагач управо

у својству повериоца новчане обавезе. Уочава се такође да Законом о стечају, јавно правобранилаштво и јавни тужилац више нису посебно наведени као овлашћени подносиоци предлога за покретање стечаја.

У погледу јавног правобраниоца, суштински није извршена промена у погледу његовог овлашћења за подношење предлога за покретање стечаја, јер јавно правобранилаштво у име правних лица које заступа по закону, а која су повериоци има право да поднесе предлог. Оно у ствари заступа повериоце и предлог подноси у њихово име, па се стога у наведеној ситуацији ради о повериоцима као овлашћеним предлагачима.

Надлежни јавни тужилац међутим, више није овлашћени предлагач стечајног поступка иако је по Закону о стечајном поступку био овлашћен да може да покрене стечајни поступак ако учини вероватним да је стечајни дужник неспособан за плаћање, у ситуацији када има основа за сумњу да је његова неспособност плаћања повезана са извршењем кривичног дела, које се гони по службеној дужности. Наведена промена, у пракси неће донети ма какве промене јер ни до сада односно у стечајевима који су се покретали по Закону о стечајном поступку, јавни тужилац није био подносилац предлога за покретање стечајног поступка.

Важно је уочити и да је сада исправљен пропуст начињен у Закону о стечајном поступку, тиме што је у Закон о стечају ликвидациони управник, унет као овлашћени предлагач. Ради се наравно о ситуацији када сходно одредбама члана 358 Закона о привредним друштвима ликвидациони управник, у поступку спровођења ликвидације утврди да нема довољно средстава за потпуно намирење свих поверилаца. У тој ситуацији је његова обавеза да одмах обустави поступак ликвидације и да поднесе предлог за покретање стечајног поступка.

У судској пракси је до сада било веома мало стечајних поступака за које су предлог подносили сами стечајни дужници, а од ступања на снагу и почетка примене Закона о стечају, повећан је број предлога за покретање стечајних поступака поднет од стране стечајних дужника, али уз унапред припремљени план реорганизације, што је специфична ситуација.

Највећи број предлога за покретање стечајног поступка међутим, недвосмислено подносе повериоци инсолвентног лица, будућег стечајног дужника и поступак се најчешће по њиховом предлогу отвара и спроводи. Управо из наведених разлога изузетно је значајно размотрити разне спорне ситуације које су се у пракси појавиле у погледу повериоца као подносиоца предлога за стечај. Сам Закон није изричито прописао који повериоци могу поднети предлог, па је зато све спорне ситуације требало решити кроз судску праксу.



## II Стечајни повериоци као предлагачи

Према члану 48 Закона о стечају стечајни поверилац је лице које на дан покретања стечајног поступка има необезбеђено потраживање према стечајном дужнику. Релативно кратка и наизглед јасна норма није решила, међутим, многе спорне ситуације у погледу овлашћења стечајних поверилаца за подношење предлога, у случају специфичних потраживања.

### 1. Повериоци спорних потраживања

Пре свега, у судској пракси се кроз одређени број предмета појавило питање да ли и повериоци спорних потраживања могу бити овлашћени подносиоци предлога за покретање стечајног поступка. То је веома значајно због чињенице да по подношењу предлога, и утврђењу постојања стечајног разлога, када стечајни поступак буде решењем суда отворен, даљи поступак спроводи суд по службеној дужности, па стога више нема могућности да се исти обустави без обзира да ли се потраживање повериоца који га је иницирао покаже као неосновано, а то би свакако могло довести и до значајних злоупотреба. У досадашњој примени Закона о стечајном поступку није било посебне потребе да се заузме правно схватање о могућности и правима повериоца спорног потраживања за подношење предлога за покретање стечаја над његовим дужником, али је с обзиром на начин дефинисања и регулисања поверилаца као овлашћених предлагача пракса кроз судске одлуке изнела становиште према коме само повериоци чија су потраживања неспорна или их стечајни судија учини вероватним, уколико су спорна, могу поднети предлог за покретање стечајног поступка.

На наведено указује и чињеница да стечајни повериоци уз предлог морају, сходно члану 56 Закона о стечају којима се регулише форма и садржина предлога доставити и чињенице и пратећу документацију која доказује врсту, основ и висину неизмиреног потраживања ако је предлагач поверилац. Из цитиране норме посредно се закључује да је неопходно да потраживање буде неспорно или уколико је спорно, стечајни судија мора на основу достављене документације уз предлог оценити да је исто вероватно, да би поверилац таквог потраживања, био активно легитимисан да подноси предлог за покретање стечаја, односно да би суд по истом покренуо поступак стечаја.

### 2. Повериоци недоспелих потраживања

У пракси се такође поставило питање активне легитимације за подношење предлога за покретање стечаја од стране поверилаца недо-

спелог потраживања. Кроз више судских одлука, пракса Привредног апелационог суда изнела је становиште да само повериоци доспелих потраживања могу бити овлашћени подносиоци предлога за покретање стечаја. Иако потраживања на основу којих се предлаже стечај не морају бити доспела да би био испуњен стечајни разлог, јер у ситуацији у којој потраживања нису доспела, али је очигледно да их правно лице неће моћи да измири, постоји заправо претећа неспособност плаћања, која представља стечајни разлог, наведено недоспело потраживање не може бити основ повериоачевог предлога за покретање стечаја. Из наведених разлога, односно због разлога претеће неспособности плаћања, предлог за покретање стечаја може поднети само стечајни дужник, а не и поверилац недоспелог потраживања. Поверилац који има недоспело потраживање, заправо и није прави поверилац одређеног новчаног потраживања, већ лице које ће постати поверилац тек када потраживање доспе. Стога судска пракса повериоцима недоспелих потраживања није признала активну легитимацију за подношење предлога за покретање стечајног поступка у односу на свог дужника.

Чињеница да отварањем стечајног поступка доспевају све обавезе стечајног дужника јер је то предвиђено као једна од последица отварања поступка стечаја која наступа аутоматски даном истицања огласа о отварању поступка стечаја на огласној табли суда, не утиче на статус повериоца недоспелог потраживања, јер наведена последица сходно изнетом, наступа тек тренутком истицања огласа на огласну таблу, а питање активне легитимације повериоца мора се ценити у фази претходног поступка кроз оцену дозвољености предлога, оценом да ли је исти поднет од овлашћеног лица. Стога ако до тренутка подношења предлога дуговање дужника према предлагачу није доспело, он неће бити овлашћен да подноси предлог за покретање стечајног поступка.

Ако поступак стечаја буде отворен по предлогу неког другог предлагача потраживање ће доспети даном истицања огласа на огласној табли суда, па ће и поверилац до тада недоспелог потраживања моћи у стечају да учествује подношењем пријаве потраживања.

### **3. Повериоци неновчаних потраживања**

У пракси су се и повериоци неновчаних потраживања појављивали као предлагачи, па је стога судска пракса морала решити и наведену дилему.

Закон о стечајном поступку, није у својим одредбама којим дефинише стечајне разлоге инсистирао на томе да је стечајни дужник неспособан за плаћање ако не може испунити своје новчане обавезе, већ је

напротив у члану 2 Закона о стечајном поступку неспособност плаћања дефинисао као ситуација у којој је стечајни дужник не може одговорити својим обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе, односно ако је потпуно обуставио своја плаћања у периоду од 30 дана или стечајни дужник учини вероватним да своје већ постојеће обавезе неће моћи да испуни по доспећу – претећа неспособност плаћања. Стога, према Закону о стечајном поступку није било наглашено да се ради о новчаним обавезама, али је из самог текста наведеног члана с обзиром да је исти дефинисан као неспособност плаћања, било тумачења према којима је стечајни разлог постојао само ако се радило о постојању новчаног потраживања, а то би значило да је само поверилац новчаног потраживања био овлашћени подносилац предлога. Било је међутим, у пракси и случајева да је управо позивајући се на чињеницу да Закон не искључује могућност повериоцима неновчаних потраживања да поднесе предлог за покретање стечаја, такав поверилац подносио предлог.

Закон о стечају међутим, у члану 11 дефинишући стечајне разлоге наводи да трајна неспособност плаћања постоји ако стечајни дужник: 1) не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе, као и 2) потпуно обустави сва плаћања у непрекидном трајању од 30 дана. Тако је изричитим наглашавањем да се само неиспуњавање новчаних обавеза у року од 45 дана од дана доспелости исте, сматра трајном неспособношћу плаћања, отклоњена дилема судске праксе, јер је сада јасно да само повериоци новчаних потраживања могу бити подносиоци предлога, а не и повериоци неновчаних потраживања.

Код поверилаца неновчаних потраживања, важно је нагласити да, иако не могу бити подносиоци предлога односно нису активно легитимисани, за предузимање наведене радње, исти могу учествовати у току стечајног поступка који је отворен по предлогу неког другог повериоца који има новчано потраживање и према одредбама члана 81 став 2 Закона о стечају њихова неновчана потраживања према стечајном дужнику кроз пријаву потраживања изражавају се у новчаној вредности. Стога они ће моћи да пријаве своја потраживања изражена у новчаној вредности у стечају свог дужника, али нису овлашћени да поднесу предлог за покретање стечаја над својим дужником.

#### **4. Повериоци девизних потраживања**

Спорно питање је такође било да ли и повериоци девизних потраживања могу поднети предлог за покретање стечајног поступка, односно да ли су активно легитимисани за предузимање наведене радње.

Како су повериоци девизних потраживања, заправо повериоци новчаног потраживања у иностраној валути, то су према становишту судске праксе и повериоци девизних потраживања овлашћени да подносе предлог за отварање стечаја над њиховим дужником. У складу са одредбама члана 81 став 2 Закона о стечају њихово ће се потраживање у иностраној валути обрачунавати у динарској противвредности према званичном средњем курсу Народне банке Србије на дан отварања стечајног поступка. Они ће међутим, у пријави потраживања навести девизни износ.

Оцену вероватности њиховог потраживања на основу достављене документације уз предлог за покретање стечајног поступка у случају да је исто спорно, вршиће такође стечајни судија од чега ће и зависити даља судбина предлога за покретање стечаја који подносе овакви повериоци.

## 5. Повериоци условних потраживања

У пракси су се појавили и предлози за покретање стечајног поступка поднети од стране поверилаца условних потраживања.

Судска пракса је повериоцима који имају потраживање са раскидним условима признала активну легитимацију за подношење предлога за покретање стечаја над дужником наведеног потраживања, ако до рочишта за оцену испуњености стечајног разлога, на коме се отвара стечајни поступак, односно до истицања огласа којим се отвара стечајни поступак на огласној табли суда, није дошло до испуњења раскидног услова, сходно општем дејству раскидног услова према одредбама Закона о облигационим односима.

Много интересантније је било питање поверилаца са одложним условом и према становишту судске праксе истима није призната активна легитимација све до испуњења наведеног одложног услова, такође у складу са општим дејством одложног услова према Закону о облигационим односима. Стога им до испуњења одложног услова и није признат статус повериоца, који би био активно легитимисан да подноси предлог за покретање стечаја.

То свакако не значи да наведени поверилац не може учествовати у стечају који је отворен по предлогу другог повериоца. Поверилац потраживања са одложним условом, може учествовати у таквом стечају и уз наглашавање одложног услова за своје потраживање, исто мора пријавити, да би себи обезбедио намирење, наравно уколико одложни услов буде испуњен до доношења решења о главној деоби. Уколико до наведеног тренутка односно до доношења решења о главној деоби одложни услов не буде испуњен, наведени поверилац заправо губи својство повериоца и неће бити намирен из деобне масе.

## **6. Поверилац који је истовремено и дужник стечајног дужника**

У пракси се поставило питање и може ли поверилац који истовремено има и потраживања и дуговања према дужнику, поднети предлог за покретање стечајног поступка према истом.

Према размишљањима судске праксе само поверилац који има већа потраживања од дуговања према стечајном дужнику, може поднети предлог за покретање поступка стечаја, јер у супротном уколико су наведена потраживања и дуговања једнака или су дуговања таквог повериоца према дужнику већа од његових потраживања дужник би давањем компензационе изјаве проузроковао да се у смислу одредаба Закона о облигационим односима међусобна потраживања пребојем угасе, и то не даном давања исте изјаве, већ тренутком сусрета потраживања (што је свакако тренутак доспећа касније доспелог од наведених потраживања), а што би довело до гашења – престанка његовог потраживања уколико је исто мање од дуговања, а тиме и до губитка својства повериоца. То даље узрокује и губитак његове активне легитимације за подношење предлога.

Права поверилаца који истовремено има и дуговање према стечајном дужнику у поступку стечаја над таквим дужником дефинисана су одредбом члана 82 Закона о стечају, који регулише могућност и услове компензације. Тиме је отклоњен велики пропуст Закона о стечајном поступку који наведени институт уопште није регулисао, а због чега су настали значајни проблеми у судској пракси.

## **III Разлучни поверилац**

Појам разлучног повериоца дефинисан је чланом 49 Закона о стечају.

Као разлучни поверилац сматра се поверилац који има заложно право, законско право задржавања или право намирeња на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри и они имају право на првенствено намирeње из средстава остварених продајом имовине на којој су стекли то право. Посебно је наглашено да они нису стечајни повериоци осим за износ изнад обезбеђеног разлучним правом, као и у ситуацији у којој би се писменом изјавом одрекли свог статуса разлучног повериоца или без своје кривице изгубили могућност намирeња свог разлучног потраживања. Разлучна права стечена извршењем или обезбеђењем за последњих 60 дана пре дана отварања стечајног поступка ради принудног намирeња или обезбеђења, престају да важе и такви повериоци према изричитим одредбама члана 49 став 3 Закона

о стечају, нису разлучни повериоци, а надлежни орган је, на основу решења стечајног судије, дужан да изврши брисање уписаних разлучних права. У пракси се поставило питање овлашћења разлучних поверилаца да подносе предлог за отварање стечајног поступка над њиховим дужником.

Наведену дилему судска пракса је решила признајући разлучним повериоцима као повериоцима који имају заложно право или право намирења на стварима или правима о којима се воде јавне књиге или регистри на намирење на тој ствари или праву, легитимацију да буду подносиоци предлога за покретање стечајног поступка над дужником, али само ако они имају и новчана потраживања према њему. Стога повериоци који имају новчана потраживања према дужнику, без обзира да ли су обезбеђени или необезбеђени повериоци, овлашћени су према ставу судске праксе да подносе предлог за покретање стечајног поступка над дужником, без обзира на постојање средстава обезбеђења потраживања.

Занимљиво је питање да ли разлучни повериоци који имају на имовини дужника заснована заложна права, а да при том иста не служе обезбеђењу потраживања према том дужнику, могу подносити предлог за покретање стечаја над таквим дужником. У пракси се заправо појавила ситуација у којој хипотекарни поверилац односно лице у чију корист је уписано право хипотеке на имовини хипотекарног дужника подноси предлог за покретање стечаја над хипотекарним дужником, иако он нема истовремено и новчано потраживање према њему, већ је хипотека уписана на имовини дужника као трећег лица, као средство обезбеђења плаћања дуговања најчешће капиталом повезаних лица са самим стечајним дужником.

Размишљања која преовлађују у пракси у погледу решења спорне ситуације су да хипотекарни поверилац који није истовремено и поверилац новчаног потраживања према дужнику, није активно легитимисан за покретање стечаја над својим хипотекарним дужником, управо зато што он није поверилац новчаног потраживања, већ само има овлашћења да покрене поступак ради реализације свог стварно-правног обезбеђења – хипотеке.

Такав хипотекарни поверилац, по хипотеци која је уписана на имовини стечајног дужника као трећег лица у случају да по предлогу неког од овлашћених предлагача буде отворен стечајни поступак над истим, има статус разлучног повериоца, ако испуњава цитиране услове за признање наведеног статуса из члана 49 Закона о стечају односно ако је то своје разлучно право стекао и уписао 60 дана пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка и у стечају ће имати право

на намирење из стечајне масе односно из средстава добијених продајом заложним правом обезбеђене имовине, а стечајни органи ће бити дужни да му исплате одмах по продаји исте. Стога овакав поверилац ако испуњава услове у погледу уписа својих стварних права има и права приоритетног намирења из одређене имовине стечајног дужника, а тиме и услове за признање статуса разлучног повериоца, иако сам нема новчано потраживање према стечајном дужнику. Имајући у виду изнето такав поверилац би морао пријавити потраживање а његово потраживање је само признање права приоритетног намирења, а стечајни органи имају основа да признају исто. Уколико, међутим, изјашњавајући се о пријављеном потраживању односно праву приоритетног намирења стечајни органи исто оспоре, поверилац би за утврђење оваквог потраживања морао покренути парницу у преклузивном року од 8 дана. Уколико међутим, потраживање буде признато или парница окончана у корист таквог повериоца, по продаји ствари оптерећене разлучним правом у току стечајног поступка управник има обавезу да у року од три дана исплати разлучне повериоце у износу који омогућава постигнута цена а највише до износа уписаног заложног права.

Ако износ добијене цене при продаји ствари оптерећене заложним правом није довољан за намирење укупно обезбеђеног дуга заложног повериоца, такав поверилац не би имао права да за преостали износ дуга учествује као стечајни поверилац у подели деобне масе стечајног дужника. Разлучни поверилац није стечајни поверилац за наведени износ, у описаној ситуацији, јер сам стечајни дужник и није био дужник тог повериоца из основног посла, већ само његов заложни дужник, па је стога и одговорност стечајног дужника ограничена највише до износа обезбеђеног заложним правом, односно до износа добијеног продајом заложним правом оптерећене ствари.

Уколико би међутим, по исплати укупно обезбеђеног износа наведеног повериоца, из средстава добијених продајом заложним правом оптерећене ствари преостала средства, она би се усмерила у деобну масу ради повољнијег намирења стечајних поверилаца.

Имајући у виду изнето, разлучни повериоци би могли бити овлашћени предлагачи само ако су истовремено и повериоци новчаних потраживања према лицу за које подносе предлог за покретање стечајног поступка, док уколико су само хипотекарни односно заложни повериоци у односу на наведено лице и немају истовремено и новчано потраживање према њему, не би могли да поднесу предлог за покретање стечајног поступка, већ само да покрену поступак реализације својих хипотекарних односно заложних права, али би у стечајном поступку отвореном на предлог других поверилаца могли учествовати ради остварења својих разлучних права.

#### IV Излучни поверилац

Закон о стечајном поступку дефиницију излучног повериоца да је одредбама члана 50. којим наводи да је то лице које на основу свог стварног или личног права има права да тражи да се одређена ствар издвоји из стечајне масе. Положај излучног повериоца дефинисан је и одредбама члана 102 и 112 истог закона којим је регулисан и поступак реализације права излучног повериоца.

Разматрајући питање да ли излучни поверилац може бити овлашћени подносилац предлога за покретање стечаја над дужником, судска пракса је заузела становиште да излучни поверилац не може бити овлашћени подносилац предлога. Дакле, насупротив различитим повериоцима судска пракса, излучним повериоцима није признала право на подношење предлога за покретање стечајног поступка, јер они суштински не представљају праве повериоце, који имају одређена потраживања према стечајној маси стечајног дужника, односно његовој имовини. То су лица која на основу својих стварних или личних права имају права да захтевају да се одређена ствар издвоји из стечајне масе и њима преда односно врати, јер се иста налази у државини дужника. Право власника ствари да тражи да му се поврати државина на ствари представља право на својинску заштиту и омогућава власнику да наведену ствар врати у свој посед. Ствар на којој треће лице има излучно право, не улази у стечајну масу, а сам излучни поверилац према одредбама Закона није стечајни поверилац, па он и не може бити, према становишту судске праксе, подносилац предлога за покретање стечаја над лицем које држи његову ствар, већ само има право да наведену ствар тражи назад, односно да поднесе захтев за њено излучење.

Имајући у виду изнето, могло би се закључити да излучни поверилац може учествовати у стечајном поступку и то на начин који је прописан Законом о стечају, односно да може подношењем захтева, тражити да му стечајни органи врате ствар, али истовремено не може бити иницијатор стечајног поступка односно није овлашћен да буде подносилац предлога за отварање истог.

У ситуацији у којој би се отуђила ствар за коју излучни поверилац има право да тражи враћање – излучење, ако је то неовлашћено учинио стечајни дужник пре отварања стечајног поступка, излучни поверилац може према одредбама члана 102 став 2 Закона о стечају, захтевати да се на њега пренесе право на противчинидбу, ако она још није извршена, а ако је извршена има право на накнаду штете као стечајни поверилац. Ако је сходно изнетом, стекао статус стечајног повериоца, јер је његова ствар неовлашћено отуђена и не може остварити право на противчи-



нидбу, он постаје стечајни поверилац новчаног потраживања на име накнаде штете, па тиме и стиче статус овлашћеног предлагача, јер има новчано потраживање према стечајном дужнику.

Према изричитим одредбама члана 102 став 2 Закона о стечају уколико је ствар отуђена током претходног стечајног поступка након ступања на дужност привременог стечајног управника, накнада пуне тржишне вредности представља обавезу стечајне масе, што подразумева да овакав поверилац свакако није био предлагач наведеног поступка, јер у тренутку подношења предлога ствар и није била продата, па он и није имао новчано потраживање према стечајном дужнику односно стечајној маси, али у истом поступку може учествовати и то као поверилац са приоритетним правом намирења, јер ће се накнада штете проузрокована неовлашћеном продајом његове ствари у претходном стечајном поступку намирити као обавеза стечајне масе односно приоритетно у односу на обавезе стечајних поверилаца.

## **V Стечајни разлози за повериоце**

Разматрајући положај поверилаца као подносилаца предлога за покретање стечаја значајно је уочити да је чланом 55 Закона о стечају дефинисано да стечајни повериоци могу поднети предлог за покретање стечајног поступка у случају постојања трајне неспособности плаћања непоступања по усвојеном плану реорганизације или уколико је план реорганизације исте извојеван на преварни и незаконит начин. Сходно изнетом само наведена два разлога предвиђена су као стечајни разлози због којих поверилац стечајног дужника може поднети предлог за отварање стечаја у члану 11 став 2 Закона о стечају.

Важно је уочити да други стечајни разлози предвиђени чланом 11 Закона о стечају односно претећа неспособност плаћања и презадуженост као стечајни разлози нису дозвољени повериоцима, па би стога сваки предлог за покретање стечајног поступка поднет од стране поверилаца из наведених разлога био одбачен.

## **VI Форма и садржина предлога**

Према одредбама члана 50 Закона о стечају у предлогу је поверилац дужан да наведе стечајни разлог, а према становишту судске праксе суд је везан разлогом који је наведен у предлогу за покретање стечаја због сходне примене одредаба Закона о парничном поступку, а на основу члана 7 Закона о стечају. Стога изузетно је значајно који ће

од дозвољених стечајних разлога навести поверилац у свом предлогу, јер ће суд утврђивати само испуњеност истог, па у ситуацији када нађе да исти није испуњен, неће се ни бавити утврђивањем да ли је испуњен неки од других законом предвиђених стечајних разлога и отворати поступак стечаја већ ће предлог одбити чиме ће поступак по истом бити окончан.

## VII Обавеза уплате предујма трошкова

Анализирајући положај повериоца као предлагача, важно је уочити и одредбу члана 59 Закона о стечају који предвиђа да је предлагач дужан да у року од 5 дана од дана добијања налога од суда уплати предујам на име трошкова огласа и трошкова обавештавања поверилаца из члана 27 став 1 тачка 5 Закона, трошкова ангажовања стечајног управника и трошкова неопходних за обезбеђење имовине, у висини коју одреди стечајни судија. Стога уколико је поверилац предлагач, наведена обавеза се односи и на њега. Ако не поступи у складу са налогом суда у означеном року сходно члану 59 став 2 Закона о стечају, стечајни судија ће одбацити предлог за покретање стечајног поступка.

Наведено је изузетно значајно јер многи повериоци пропусти да уплате предујам трошкова у року, па се њихов предлог одбаци, а могућност спровођења стечаја изгуби, управо као последица тог пропуста.

## VIII Повлачење предлога

Анализа положаја повериоца као предлагача захтева да се укаже и да он свој предлог за покретање стечајног поступка над стечајним дужником на основу члана 58 Закона о стечају може повући све до истицања огласа којим се отвара поступак стечаја, на огласној табли суда (тј. све до тренутка док не наступе правне последице отварања стечаја над дужником), односно пре доношења решења о одбацивању или одбијању предлога за покретање стечајног поступка. У тој ситуацији стечајни судија обуставља поступак по предлогу, а трошкове поступка сноси предлагач.

Подношење предлога за покретање стечајног поступка само је први корак у остварењу наплате потраживања кроз поступак стечаја у случају трајне неспособности плаћања дужника, па је ова анализа положаја повериоца као предлагача, као најчешћег подносиоца предлога за покретање стечаја извршена управо са намером да се спречи да се

у тим првим корацима направе грешке, које би потом онемогућиле или отежале остварење права.

## IX Закључак

Само повериоци доспелих новчаних потраживања, и то без обзира да ли су иста обезбеђена (заложним правом или хипотеком) или су необезбеђена, могу бити подносиоци предлога за покретање стечајног поступка над дужником, уз услов да су потраживања неспорна или по оцени стечајног судије вероватна. Сама форма и садржина предлога као и поступак по истом изричито су законом прописани и једини су пут за остварење права кроз стечајни поступак.

**Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ**  
**Judge of the Commercial Court of Appeal**

## CREDITORS AS APPLICANTS OF THE PETITION FOR COMMENCING BANKRUPTCY PROCEEDING

### Summary

*Only the creditors of the monetary claim, and without considering if these are secured, can be applicants of the petition for bankruptcy over the debtor's previously mentioned claims, on the condition that the claims are indisputable or likely to due. The form and content of the proposal, as well as the same procedure are strictly prescribed by law and the only way of realization of the rights through the bankruptcy.*

**Key words:** creditor, petition, bankruptcy, secured creditor.

др Владимир ПОЗНАНИЋ  
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Београду

## РЕОРГАНИЗАЦИЈА ПРЕДУЗЕЋА КРОЗ СТЕЧАЈ

### Резиме

*Реорганизација предузећа кроз стечај представља поступак којим се унапређује пословање и омогућује повољније намирeње поверилаца негo када би предузеће банкротирало, а његова имовина била продата. За свих реорганизације врло је важна добра припрема, па та фаза поскупка реорганизације обухвата анализу и оцену стања у предузећу и дефинисање сценарија реорганизације. На основу резултата из припремне фазе прави се план реорганизације, који мора да усвоји већина поверилаца пре него што почне његово спровођење. С обзиром да је за реорганизацију потребан релативно дуи временски период, неопходно је успоставити контролу спровођења плана реорганизације, јер повериоци и други заинтересовани субјекти захтевају редовно извештавање о оствареним резултатима.*

**Кључне речи:** *стечај, реорганизација предузећа, план реорганизације, поступак реорганизације.*

### I Увод

Стечај представља посебан судски поступак који се спроводи када предузеће није у стању да измирује своје обавезе, а према закону из 2009. године, стечај се, у нашој земљи, спроводи банкротством или реорганизацијом. Банкротство подразумева продају целокупне имовине предузећа ради намирeња поверилаца, а реорганизација се изводи

са истим циљем, али према плану којим се редефинишу дужничко-поверилачки односи и предузимају друге мере реорганизације. Реорганизација се спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје услови за успешан наставак пословања предузећа. План реорганизације може се поднети истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка или након отварања стечајног поступка. Ако се план реорганизације подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка, онда се он зове унапред припремљени план реорганизације.

С обзиром да реорганизација предузећа представља врло сложен поступак, који се може односити на најважније домене пословања, неопходно је имати у виду и методолошке аспекте његовог спровођења. Зато се у овом раду прво разматра концепт реорганизације, а затим се дају основна методолошка упутства према појединим фазама поступка реорганизације.

## II Концепт реорганизације

Реорганизација предузећа има смисла уколико се, после њеног спровођења, може рачунати да ће повериоци бити намирени у већој мери него после банкротства и да ће предузеће успешно пословати у наредном периоду. Према томе, да би се оценила целисходност реорганизације, потребно је одговорити на неколико питања. Прво, у којој мери ће повериоци бити намирени уколико предузеће банкротира и друго, да ли се реорганизацијом може постићи већи степен намирења него што би се постигао банкротством. Ово друго имплицира и додатно питање, а то је под којим условима се мора спровести реорганизација, да би њени ефекти, за повериоце, били повољнији од ефеката банкротства. Исто тако, битно питање је и да ли ће предузеће моћи нормално да настави пословање, јер то представља услов за намирење поверилаца из резултата који ће бити остварен у будућности. Одговори на ова питања неопходни су приликом доношења одлуке о начину на који ће стечај бити спроведен, а да би се до њих дошло корисно је имати у виду да концепт реорганизације у основи обухвата анализу и оцену стања у предузећу и дефинисање сценарија реорганизације.

Анализа и оцена стања требало би да се односи на период који непосредно претходи реорганизацији и да, поред осталог, обавезно садржи процењену вредност имовине. Резултати анализе представљају полазну основу за дефинисање сценарија према коме ће се извршити реорганизација. Који сценарио, односно које мере и у ком обиму ће

бити предузете зависи од оцене финансијског стања предузећа и од могућности да оне буду спроведене, као и од ефеката на пословање предузећа у наредном периоду. Пројекције резултата пословања требало би да покажу да ли ће мере реорганизације поправити финансијско стање предузећа, односно да ли ће повериоци моћи да очекују повољније намирење у поређењу са намирењем које би се могло очекивати после банкротства. Истовремено, пројекције резултата би требало да покажу и да ли ће предузеће моћи нормално да послује и измирује своје обавезе. Уколико то није случај, онда се мора модификовати претходно дефинисани сценарио реорганизације и направити нове пројекције резултата. Исти поступак се понавља све док се не дефинише скуп мера чија примена доводи до нормализације пословања и стварања услова да се измири више обавеза према повериоцима него када би предузеће банкротирало. Другим речима, дефинисање сценарија за реорганизацију подразумева поступак који се најефектније може извести помоћу финансијског модела предузећа. Модел се прво конструише, тако што се дефинишу релације између најважнијих категорија биланса стања, биланса успеха и извештаја о новчаним токовима, а затим се пројектују резултати пословања за различите скупове мера или за различите сценарије реорганизације. Сценарио који се, после тестирања, покаже као најцелисходнији са становишта остварења циљева реорганизације, представља основу за израду плана реорганизације.

### III Поступак реорганизације

Реорганизација предузећа је врло сложен поступак који обухвата четири фазе: (1) припремне активности, (2) израда плана реорганизације, (3) усвајање плана реорганизације и (4) спровођење плана реорганизације. У свакој од ових фаза изводи се више различитих активности о којима ће бити више речи у наставку.

#### 1. Припремне активности

Успешна реорганизација предузећа, у значајној мери, зависи од активности које претходе изради плана реорганизације и чији резултати представљају битне елементе плана. Прва таква активност је анализа и оцена стања, која би требало да буде врло свеобухватна и да се односи на производно-техничке, комерцијалне и финансијске аспекте пословања, као и на правни статус предузећа, организацију и људске ресурсе. Друга активност је дефинисање сценарија реорганизације.

*а) Анализа и оцена стања*

За спровођење реорганизације неопходна је квалитетна информациона основа, коју чине резултати различитих анализа. Свака од њих представља посебну врсту испитивања и односи се на један од битних аспеката пословања. Тако је, на пример, потребно анализирати стање производње и технологије, дати оцену производних капацитета којима располаже предузеће и испитати његове производне могућности. Исто важи и за комерцијално пословање, које се анализира и оцењује као пословање на тржишту набавке, на коме се набављају сировине и репроматеријали, и на тржишту продаје, на коме предузеће пласира производе или услуге. Поред овога, неопходно је оценити адекватност правног статуса предузећа, функционисање његове организације и квалитет људских ресурса.

Посебно битан део анализе и оцене стања односи се на финансијско пословање, а требало би да садржи показатеље рентабилности, ликвидности и задужености, као и друге финансијске показатеље, који указују на узроке и последице неповољног финансијског стања и представљају индикацију да би се она могла превазићи реорганизацијом кроз стечај. Финансијско стање се анализира на основу финансијских извештаја предузећа, за период који претходи реорганизацији. Неопходно је да ти извештаји буду предмет независне ревизије, јер се на тај начин може добити објективна оцена финансијског стања. Мишљење ревизора о финансијским извештајима би свакако требало поштовати, али само уколико је ревизију извршила кредибилна ревизорска фирма, а приликом оцењивања финансијског стања требало би користити и финансијске извештаје за раније периоде, као и гранске или индустријске просеке финансијских показатеља, који су карактеристични за предузећа исте или сличне делатности.

За потребе анализе и оцене финансијског стања, потребно је извршити процену ликвидационе вредности имовине предузећа, с обзиром да се као критеријум приликом одлучивања о банкрутству или реорганизацији користи износ намирања који повериоци могу да очекују од продаје имовине. Процена може бити врло захтевна у предузећима која располажу обимном имовином у виду разних врста грађевинских објеката, производне и друге опреме и залиха сировина и репроматеријала. За обављање овог посла неопходно је ангажовање квалификованих проценитеља, од којих се може очекивати висок степен објективности и поузданости резултата процене.

Иако су за даље фазе поступка реорганизације потребни сви поменути елементи анализе и оцене стања, није неопходно да они буду разрађени до истог нивоа детаља. Међутим, део анализе који се одно-

си на задуженост предузећа, мора бити врло детаљан. То је практично листа свих идентификованих поверилаца, у којој се налазе подаци као што су: назив повериоца, износ дуга са поделом на главницу и камату, основ и датум задуживања и начин обезбеђења. Ови подаци би требало да буду систематизовани према класама поверилаца (на пример, државни и комерцијални) и да се свака класа опет подели према специфичним карактеристикама поверилаца (на пример, домаћи, инострани, обезбеђени и необезбеђени). Приликом формирања листе поверилаца, обично се јавља проблем неусаглашености износа дуга. Наиме, предузеће у својој евиденцији има износе дуга различите од износа које потражују повериоци, а разлози за то могу бити врло различити. Најчешће се ради о обрачуну камата и других уговорних обавеза, које предузеће и поверилац обрачунавају на различите начине. Због тога је усаглашавање са повериоцима, или верификовање износа дуговања, неопходно за утврђивање укупног дуга предузећа и дуга према појединим класама поверилаца, као и према сваком поједином повериоцу. Износ дуга, у периоду који претходи реорганизацији, представља једну од кључних информација, на основу које се касније дефинише сценарио реорганизације, односно формулишу мере за смањење задужености и унапређење пословања у наредном периоду.

### *б) Дефинисање сценарија за реорганизацију*

Сценарио за реорганизацију, или скуп мера које ће бити примењене приликом реорганизације предузећа, дефинише се на основу анализе и оцене стања. С обзиром да се свака реорганизација може спровести на више начина и да сваки од њих подразумева различите ефекте на будуће пословање и на степен намирења поверилаца, дефинисање сценарија представља врло значајну припремну активност у поступку реорганизације. Зато би, у вези са тим, требало консултовати све субјекте заинтересоване за пословање предузећа, а посебно највеће повериоце. На тај начин, власници предузећа могу добити индикацију о врсти мера које би требало да чине сценарио реорганизације и о обиму тих мера. Другим речима, дефинисање сценарија за реорганизацију би требало да се заснива на прелиминарној сагласности већине поверилаца или бар на индикацији да ће они прихватити предложене мере и касније усвојити план реорганизације.

Мере за реорганизацију могу се односити на све домене пословања и могу бити груписане на следећи начин.

- Мере за унапређење производње и продаје производа и услуга, односно мере за повећање прихода и смањење расхода. Оне



подразумевају промене у производњи и комерцијализацији производа и услуга, а могу захтевати улагања у нове капацитете и евентуалну продају имовине, која се неће користити у наредном периоду. Циљ ових мера је поправљање рентабилности, рационалније коришћење ресурса и подизање опште ефикасности у домену производње и комерцијалног пословања.

- Мере којима се модификују постојећи правни статус и организација предузећа и мере за унапређење стања у области људских ресурса. Овим мерама се подржава реализација мера из претходне групе, јер се елиминишу постојећи проблеми и унапређује функционисање предузећа. Оне би такође требало да допринесу јачању корпоративног управљања, менаџмента и контролних механизма у предузећу.
- Мере за унапређење финансијског стања, које се углавном односе на смањење задужености до нивоа који ће омогућити успешан наставак рада предузећа и намирено поверилаца из будућих резултата. Свакако, приликом избора ових мера, као и приликом дефинисања обима у коме ће оне бити примењене, неопходно је водити рачуна да би повериоци требало да буду намирени у већем степену, него у случају банкротства. То значи да би укупан износ дуга, који после предузимања ових мера остане у билансу предузећа, био враћен повериоцима из будућег резултата и зато он мора бити већи од износа који би се добио продајом имовине у случају банкротства.

Сценарио за реорганизацију не представља само листу мера већ садржи и њихову квантификацију. То значи да сложени поступак дефинисања сценарија обухвата, поред избора мера, и утврђивање обима у којем ће свака од њих бити примењена. Поступак се изводи тако што се прво прелиминарно дефинише сценарио за који се претпоставља да може бити погодан за реорганизацију, а затим се то проверава коришћењем финансијског модела предузећа. Провера, или тестирање ефеката мера на резултате пословања, захтева да се, уз помоћ модела, направе пројекције резултата пословања и финансијског стања предузећа и да се оцени да ли су они прихватљиви. Другим речима, да ли ће предузеће, у наредном периоду, бити у стању да успешно послује и да измирује обавезе које би остале у његовом билансу после усвајања плана реорганизације. Уколико пројекције покажу да то није могуће, онда је потребно модификовати прелиминарни сценарио и поновити тестирање. Ово се понавља све док се не дефинише сценарио чијом би се реализацијом могли остварити циљеви реорганизације. Избор мера за реорганизацију, њихова квантификација и тестирање ефеката помоћу

финансијског модела предузећа представљају активности чији резултати чине основне елементе плана реорганизације.

## 2. Израда плана реорганизације

Резултати активности које се спроводе у фази припреме за израду плана реорганизације, представљају његове најважније елементе. Уз њих се, у овој фази, додају и други елементи, који су углавном неопходни за поступак усвајања плана. План реорганизације се ради према садржају који је прописан Законом о стечају и Правилником о начину спровођења реорганизације и који обухвата следеће основне елементе:

- Приказ делатности предузећа и околности које су представљале узрок неповољне финансијске ситуације.
- Годишњи финансијски извештаји за претходне три године, са мишљењем ревизора, уколико су извештаји били предмет ревизије.
- Процена ликвидационе вредности имовине, која би била продата уколико би предузеће банкротирало.
- Листа поверилаца са поделом на класе и навођењем критеријума на основу којих су формиране класе.
- Сценарио према коме ће се спровести реорганизација са детаљним описом појединих мера.
- Финансијске пројекције, које укључују пројектовани биланс успеха, биланс стања и извештај о новчаним токовима, за период извршења плана реорганизације.

Поред овога, план садржи и низ других елемената, као што су рокови за спровођење плана, подаци о стручним лицима која ће се тиме бавити, изјава ревизора или лиценцираног стечајног управника да је план изводљив, изјава управе предузећа о веродостојности података коришћених за израду плана и опис поступка израде.

## 3. Усвајање плана реорганизације

Усвајање плана је такође прописано Законом о стечају и представља врло деликатну фазу поступка реорганизације. Она подразумева више различитих активности, а почиње подношењем плана реорганизације надлежном привредном суду и комисији за заштиту конкуренције. Истовремено се објављује и оглас са позивом заинтересованим лицима да доставе примедбе на план. Примедбе се прикупљају током претходног

стечајног поступка, који траје најдуже два месеца, а затим се припремају одговори на примедбе и проверава тачност информација наведених у плану.

План се усваја на посебном судском рочишту, на коме гласају повериоци из сваке класе и уколико већина подржи план, доноси се решење о потврђивању плана реорганизације. На самом рочишту су такође могући приговори, према којима се затим поступа, па ако дође до такве ситуације гласање се одлаже. Исто тако и на решење о потврђивању плана се може уложити жалба о којој одлучује виши привредни суд. Уколико план не буде усвојен следи банкротство предузећа, које се такође спроводи према Закону о стечају.

#### **4. Спровођење плана реорганизације**

После усвајања плана почиње последња фаза поступка реорганизације, која обухвата активности на спровођењу плана, односно на примени мера реорганизације. У којој мери ће оно бити сложено и колико ће захтевати времена зависи од сценарија реорганизације садржаног у плану. Ако је предвиђено спровођење мера за унапређење производње и продаје и ако се ради о озбиљнијим захватима, који, на пример, укључују инвестирање у нове капацитете, онда спровођење плана може трајати и неколико година. Исто тако и друге врсте мера, којима се унапређује функционисање предузећа или се поправља његово финансијско стање, обично не могу бити спроведене у кратком периоду.

С обзиром да је за реорганизацију потребан релативно дуг временски период, важно је да предузеће успостави систем за контролу спровођења плана реорганизације. Тај систем би требало да прикупља и обрађује податке који се односе на сваку од предвиђених мера реорганизације и да генерише извештаје о спровођењу плана. За извештаје су посебно заинтересовани повериоци, који су усвојили план и очекују да се он доследно спроводи. Уколико се то не догоди, повериоци могу захтевати да се преиспита план реорганизације и начин његовог спровођења, што доводи у питање наставак реорганизације.

### **IV Закључак**

Предузеће које није у стању да измирује своје обавезе може бити реорганизовано, односно стечај над таквим предузећем не мора да се заврши банкротством. Према Закону о стечају, реорганизација се спроводи на основу посебно припремљеног плана који усваја већина поверилаца. Израда плана захтева врло обимне припреме, а оне

обухватају анализу и оцену стања у најважнијим доменима пословања и дефинисање сценарија за реорганизацију. Током ангажовања на припремним активностима за израду плана, потребно је посветити посебну пажњу финансијској анализи и оцени финансијског стања у коме се налази предузеће. Поред тога, неопходно је направити процену ликвидационе вредности имовине, јер износ за који би се могла продати имовина служи за намирење поверилаца уколико предузеће банкротира. Ако се претпоставља да би повериоци били намирени у већем степену после спровођења реорганизације, онда је потребно дефинисати сценарио реорганизацији, који садржи различите врсте мера за реорганизацију. Дефинисање сценарија може бити врло сложено, нарочито ако је предузеће велико и ако укупан дуг представља значајан износ. Техника која у томе помаже заснива се на коришћењу финансијског модела предузећа за тестирање ефеката мера које обухвата сценарио реорганизације. Сценарио чије би спровођење резултирало успешним наставком пословања, уз намирење поверилаца из будућег резултата, које би било повољније него када би предузеће банкротирало, чини основу плана реорганизације. Усвајање плана изводи се у судској процедури и захтева да већина поверилаца прихвати план реорганизације. Спровођење плана реорганизације обично захтева дужи временски период, током кога је потребно контролисати да ли се планирани резултати остварују.

### Литература

1. Studart Slatter, David Lovett, Laura Barlow, *Leading Corporate Turnaround*, Chichester, 2006, стр. 234
2. Michael Pamerleano, William Shaw (editors), *Corporate Restructuring*, Washington, 2005, стр. 382
3. Gary Sutton, *The Six-Month Fix*, New York, 2002, стр. 294
4. Steve Miller, *The Turnaround Kid*, New York, 2008, стр. 253
5. Stuart G. Gilson, *Creating Value through Corporate Restructuring*, New Jersey, 2010, стр. 814
6. Denzil Rankine, Mark Bomer, Graham Stedman, *Due Diligence*, London, 2003, стр. 229
7. Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009), чл. 156
8. Правилник о начину спровођења реорганизације унапред припремљеним планом реорганизације и садржини тог плана (*Службени гласник РС*, бр. 37/2010), чл. 10

**Vladimir POZNANIĆ, PhD**

**Associate Professor at the Faculty of Economics University of Belgrade**

## **COMPANY REORGANIZATION THROUGH BANKRUPTCY**

### **Summary**

*The reorganization of the company through bankruptcy is a procedure that improves business operations and provides settlement of creditors' claims to a higher extent than if the company had gone bankrupt and its assets were sold. For the success of the reorganization good preparation of the reorganization is very important. The preparatory phase of the reorganization process includes the analysis and evaluation of the current position of the firm and the definition of the reorganization scenario. The reorganization plan is prepared based on the results of the preparatory phase, which must be adopted by a majority of the creditors before its implementation can begin. Since the reorganization process requires a relatively long period of time, it is necessary to establish control of the implementation the reorganization plan, as the creditors and other stakeholders require regular reporting on the reorganization results achieved.*

**Key words:** *bankruptcy, company reorganization, reorganization plan, reorganization process.*

др *Владимир* КОЗАР  
доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета  
Привредна академија у Новом Саду  
специјални саветник у НЛБ банци АД, Београд

## ПОСТУПАК АДМИНИСТРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА НАД БАНКОМ КОЈОЈ ЈЕ ОДУЗЕТА ДОЗВОЛА ЗА РАД

### Резиме

Најзначајније новину из Закона о изменама и дојунама Закона о стечају и ликвидацији банака и друштва за осигурање,<sup>1</sup> представља увођење института административног управљања у банци, којој је одузета дозвола за рад. Такође, значајне су нове одредбе којима је уређен пренос имовине и обавеза банке (*purchase and assumption*) у току института административног управљања, као и пословање и престанак рада банке за посебне намене (*bridge bank*). Затим, уведени су нови и редефинисани институти исљачни редови у случају стечаја банке.

Битну новину представља укидање добровољне ликвидације банке као вансудског института, односно предвиђање друшачије начина престанка рада банке на основу одлуке стачиине банке. Другим речима, новелама је избрисана разлика између добровољне и принудне ликвидације банке, иако да институти само један – јединствен институт ликвидације банке, без обзира на разлоге престанка, иј. без обзира да ли је банци одузета дозвола за рад или је, иак, стачиина банке донела одлуку о добровољном престанку рада банке.

---

1 Објављен у Службеном гласнику РС, бр. 91/2010, а ступио на снагу 11. децембра 2010. године.

*Новеле њредсѡављају њобольшање у односу на досадашња законска решења, јер уводе механизме зашѡишѡе финансијској сисѡема у целини, уз одјоварајућу зашѡишѡу њојединачних њнѡереса дејоненатѡа.*

**Кључне речи:** сѡечај, ликвидација, админисѡраѡивно уѡрављање, ѡренос имовине и обавеза, банка за ѡособне намене.

## I Циљ админисѡраѡивног уѡрављања банком

Поред поступка стечаја и ликвидације банака и друштава за осигурање, у измењеном члану 1 Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање<sup>2</sup> уводи и поступак админисѡраѡивног уѡрављања банком.

Новим чланом 1а одређено је да се админисѡраѡивно уѡрављање спроводи над банком која је добила сагласност Народне банке Србије на одлуку скупштине банке о престанку рада банке и над банком којој је одузета дозвола за рад, а истовремено се Агенција за осигурање депозита именује за админисѡратора банке.

За разлику од ранијег решења према коме је након одузимања дозволе за рад обавезно покретан поступак стечаја или ликвидације над банком, изменама и допунама предвиђено је админисѡраѡивно уѡрављање банком које спроводи Агенција за осигурање депозита у периоду од одузимања дозволе за рад до отварања поступка стечаја, односно ликвидације над банком. Кључни циљ овог уѡрављања је да се Агенцији остави одређено време како би могла адекватно да процени целокупно финансијско стање у банци којој је одузета дозвола за рад и одлучи о најбољем начину зашѡите имовине те банке и интереса депонената чији су депозити осигурани, односно спречи наступање штетних последица које би могле угрозити финансијску стабилност.

Поступак админисѡраѡивног уѡрављања спроводи се у два случаја: над банком којој је Народна банка Србије одузела дозволу за рад, као и над банком која је добила сагласност Народне банке Србије на одлуку скупштине банке о престанку рада. Овај поступак спроводи Агенција за осигурање депозита, коју је Народна банка Србије именовала за админисѡратора у решењу о одузимању дозволе за рад,<sup>3</sup>

2 Службени гласник РС, бр. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

3 У члану 130 Закона о банкама прописано је да даном доношења решења о одузимању банци дозволе за рад, Народна банка Србије блокира све рачуне банке и тим решењем истовремено изриче меру забране располагања имовином банке до уписа Агенције као админисѡратора у регистар привредних субјеката (став 3),

односно у решењу о давању сагласности на одлуку скупштине банке о престанку рада.<sup>4</sup>

## II Поступак административног управљања банком

Новим Поглављем IA и новим чл. 3а, 3б, 3в, 3г и 3д Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање ближе се уређује поступак административног управљања банком.

Чланом 3а ограничен је рок у коме може трајати административно управљање банком, односно за обављање функције административног управљања од стране Агенције, и он износи најдуже 25 дана од дана доношења решења Народне банке Србије о одузимању дозволе за рад банци, односно решења којим се даје сагласност на одлуку скупштине банке о престанку рада банке. Предвиђено је да Агенција обавља функцију администратора банке са свим овлашћењима управног и извршног одбора и скупштине банке утврђених законом. Дакле, на Агенцију прелазе законска овлашћења органа банке.

### 1. Забрана извршења и прекид судских и управних поступака

У току административног управљања банком имовина банке не може бити предмет извршења, а прекидају се сви судски и управни поступци против банке.<sup>5</sup> Ова правна последица административног управљања банком слична је мораторијуму као једној од мера обезбеђења у претходном стечајном поступку из чл. 62 и 63 Закона о стечају, као и забрани извршења и намирења која је последица отварања стечајног поступка (члан 93 ст. 1 и 2 Закона о стечају). Реч о дејству отварања стечајног поступка на потраживања субјекта стечајног поступка, с тим што се у стечају забрана извршења и намирења не примењује на излучне и разлучне повериоце.<sup>6</sup> Циљ наведене одредбе је омогућавање несметаног обављања свих активности неопходних за остварење циља административног управљања. Међутим, с обзиром на њену садржину поставља се питање да ли се забрана извршења и прекид судског по-

---

с тим што се у решењу о одузимању дозволе за рад банке Народна банка Србије именује Агенцију као администратора (став 4).

4 У члану 131 став 5 Закона о банкама прописано је да се решењем о давању сагласности именује Агенција за администратора у складу са законом којим се уређује стечај и ликвидација банака.

5 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање члан 3а став 3.

6 М. Васиљевић, *Пословно право*, Савремена администрација, Београд, 1997, стр. 334 и 335.



ступка односи и на излучне, односно својинске – ревиндикационе тужбе против банке у току административног управљања. Сматрамо да су такве тужбе и извршење дозвољени, јер туђе ствари не представљају имовину банке, а само је за имовину банке предвиђено да не може бити предмет извршења.

Према томе, спровођење административног управљања над банком има дејства и на саму облигацију, која се у правној теорији дефинише као правни однос између две одређене стране на основу кога је једна страна (поверилац, *creditor*) овлашћена да захтева од друге стране (дужник, *debitor*) одређено давање, чињење или уздржавање од нечега што би иначе имала права да учини, а друга страна је дужна да то испуни. Посматрано са становишта повериоца, облигација представља потраживање, док са становишта дужника, она значи дуг.<sup>7</sup>

## 2. Разлог за отказ уговора о раду

На радне односе запослених сходно се примењују одредбе закона које регулишу стечај привредних друштава. То значи да би спровођење поступка административног управљања банком представљало разлог за отказ уговора о раду који је банка закључила са запосленима (отказни разлог) у смислу Закона стечају.

Наиме, Законом о стечају (члан 77 став 1) преузета је одредба из Закона о стечајном поступку, којом је измењен положај запослених, на тај начин што отварањем стечајног поступка не долази до аутоматског престанка радног односа *ex lege*,<sup>8</sup> као што је то било прописано Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, већ је отварање стечајног поступка само разлог за отказ уговора о раду који је стечајни дужник закључио са запосленима.

## 3. Правно следбеништво банке за посебне намене и банке преузимаоца

Такође је предвиђено да Агенција у овом периоду може закључити уговор са банком која купује и преузима целокупну или део имовине и обавеза банке под административним управљањем или може основати банку за посебне намене у складу са овим законом и пренети целокупну или део имовине и обавеза банке којој је одузета дозвола за рад, на банку за посебне намене, с тим што се ова друга могућност (пренос имовине и обавеза на банку за посебне намене) не примењује на банку под ад-

7 С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, стр. 7.

8 М. Дукић-Мијатовић, *Водич кроз стечајни процес*, издање аутора, Нови Сад, 2010, стр. 132-135.

министративним управљањем која је добила сагласност Народне банке Србије на одлуку скупштине банке о престанку рада банке, дакле кад је у питању добровољни престанак рада банке у поступку ликвидације по одредбама члана 131 Закона о банкама.<sup>9</sup>

Ови нови правни институти у теорији се квалификују као реструктурирање.<sup>10</sup> Дакле употребљен је термин који се користи и у Закону о приватизацији. Увођење могућности реструктурирања банке, којој је одузета дозвола за рад, представља значајно побољшање с обзиром да је и после новела Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, остала забрана реорганизације. Наиме, када је у питању стечај банака и друштава за осигурање, законом није дозвољена реорганизација, већ банкротство представља једини могући правац одвијања стечајног поступка.<sup>11</sup>

Куповина и преузимање целокупне или дела имовине и обавеза банке под административним управљањем, по својим правним дејствима, слична је статусној промени спајања уз припајање из члана 381 став 2 Закона о привредним друштвима<sup>12</sup> односно спајању из члана 133 Закона о банкама, јер *банка преузималац (купац имовине)* постаје правни следбеник свих права и обавеза банке под административним управљањем.

С друге стране, оснивање банку за посебне намене на коју се у поступку административног управљања преноси целокупна или део имовине и обавеза банке којој је одузета дозвола за рад, има сличности са статусном променом спајање уз оснивање из члана 381 став 3 Закона о привредним друштвима.

Дакле, када се преузима целокупна имовина и обавезе, у оба случаја реч је о универзалној сукцесији, јер и банка за посебне намене и *банка преузималац* постају правни следбеници свих права и обавеза

9 Службени гласник РС, бр. 107/2005, 91/2010.

10 М. Кнежевић, „Стечај банака – нови правни институти и решења“, *Правни живот*, бр. 11/2010, стр. 553 и 556.

11 Члан 19 Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање прописује да се на стечајни поступак банака и друштава за осигурање, ако овим законом није друкчије одређено, примењују одредбе закона којим се уређује стечај привредних друштава, изузев одредаба о претходном стечајном поступку, скупштини поверилаца, националним стандардима које прописује министарство надлежно за послове привреде, Агенцији за лиценцирање стечајних управника и реорганизацији. Видети: М. Јовановић-Заттила, В. Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд, 2007, стр. 197; Д. Слијепчевић, С. Спасић, *Коментар Закона о стечајном пословању*, Цес Меџон, Београд, 2006, стр. 497; М. Велимировић, „Реформа стечајног законодавства“, *Зборник радова Актуелна истража савременог законодавства*, Савез удружења правника Србије и Републике Српске, Будва, 2008, стр. 218.

12 Службени гласник РС, бр. 125/2004.

банке под административним управљањем. Ако се преузима само део имовине, тада се преузима и сразмеран део обавеза, што би се такође могло квалификовати као универзална сукцесија.

Да су институти преноса имовине и обавеза банке под административним управљањем слични статусној промени припајања указује и одредба из члана 134 став 2 Закона о банкама, у којој је прописано да се на захтев за давање сагласности за преузимање права и обавеза банке у поступку административног управљања, односно банке за посебне намене сходно примењују одредбе члана 133 овог закона, дакле одредбе које регулишу процедуру и правне последице припајања банке, а које, између осталог предвиђају да је банка којој се припаја друга банка дужна да свој оснивачки акт измени тако да наведе да је она правни следбеник свих права и обавеза банке која јој се припаја (став 2 тачка 2).

### III Пренос имовине и обавеза банке под административним управљањем (*purchase and assumption*)

Пренос имовине и обавеза банке (енгл. *purchase and assumption*) под административним управљањем уређен је новим чл. 36 и 3в.

Чланом 36 Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање дефинисан начин је преноса имовине и обавеза на другу банку (*банка љреузималац*) или банку за посебне намене и обавеза Агенције да у тај пренос укључи све депозите депонената до висине осигураног износа (50.000 евра у динарској противвредности) утврђеног Законом о осигурању депозита.<sup>13</sup>

Скупштина банке преузимаоца одлучује о преузимању права и обавеза банке у поступку административног управљања.<sup>14</sup> Банка *љреузималац закључује* купопродајни уговор са Агенцијом за осигурање депозита, што значи да је у питању сагласност воља између банке преузимаоца и Агенције. Међутим, за пуноважност тога уговора, односно преузимања права и обавеза, потребна је сагласност Народне банке Србије.<sup>15</sup> На захтев за давање сагласности за преузимање права и обавеза банке у поступку административног управљања сходно се примењују одредбе Закона о банкама које регулишу правне последице припајања банке, од којих је најбитнија да је банка којој се припаја друга банка дужна да свој оснивачки акт измени тако да наведе да је она правни следбеник свих права и обавеза банке која јој се припаја.<sup>16</sup>

13 Службени гласник РС, бр. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

14 Закон о банкама, чл. 66 тач. 8.

15 Закон о банкама, чл. 134 ст. 1.

16 Закон о банкама, чл. 134 ст. 2 упућује на сходну примену члана 133 истог закона.

Пренос имовине и обавеза на банку за посебне намене не примењује се на банку под административним управљањем која је добила сагласност Народне банке Србије на одлуку скупштине банке о престанку рада банке, дакле кад је у питању добровољни престанак рада банке у поступку ликвидације, али је могуће извршити продају и преузимање целокупне или дела имовине и обавеза банке под административним управљањем другој, „редовној“ банци (коју закон назива „банка преузималац“), и то на основу купопродајног уговора који Агенција за осигурање депозита закључује са банком преузимаоцем. Међутим, ако Народна банка Србије не да сагласност на одлуку скупштине банке о престанку рада банке из разлога што банка није доставила неопозиву и плативу на први позив банкарску гаранцију издату од стране првокласне банке у износу којим се гарантује покриће свих обавеза у корист Агенције, или другу документацију потребну за разматрање захтева потребну за разматрање захтева за давање сагласности на одлуку о престанку рада банке, истовремено ће одузети дозволу за рад банци и именовати Агенцију за осигурање депозита за администратора,<sup>17</sup> па је у том случају могућ пренос имовине и обавеза и на банку за посебне намене, а не само на банку преузимаоца на основу купопродајног уговора.

Приликом преноса имовине и обавеза банке на банку преузимаоца или банку за посебне намене, Агенција је дужна да обезбеди једнак третман поверилаца банке под административним управљањем, у складу са исплатним редовима у стечајном поступку утврђеним овим законом. Постоји мишљење да се практичан домашај наведене одредбе састоји у томе да ако се на банку стицаоца преноси у целини обавеза банке под административним управљањем према једном повериоцу из одређеног исплатног реда, Агенција има обавезу да у целини изврши пренос свих осталих обавеза према свим повериоцима који припадају том исплатном реду (нпр. врши се пренос свих депозита великих правних лица).<sup>18</sup>

Поступак куповине и преузимања целокупне или дела имовине и обавеза банке, врши се без пристанка акционара, депонената и других поверилаца, односно дужника банке под административним управљањем. У правној теорији истиче се да наведена одредба, према којој се дуг преузима без пристанка поверилаца, представља одступање од општег правила из Закона о облигационим односима, према коме се дуг не може преузети без пристанка поверилаца.<sup>19</sup> Наиме, одредбом из

17 Закон о банкама, чл. 131 ст. 6.

18 Коментар најновијих измена и допуна Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање – *Службени гласник РС*, бр. 91/2010 – Paragraf Lex, правна база, в.12.2.

19 М. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 557.

члана 446 став 1 Закона о облигационим односима, прописано је да се преузимање дуга врши се уговором између дужника и преузимаоца, на које је пристао поверилац.

Извршен пренос не подлеже плаћању пореских обавеза (нпр. ПДВ, порез на пренос апсолутних права или порез на капиталну добит), као ни провизија надлежним органима. Наведеном одредбом пружа се подстицај и смањују трошкови трансакције.

Прописан је рок и начин обавештавања депонената банке, као и осталих поверилаца и дужника банке чија се потраживања, односно обавезе преносе на другу банку. О извршеном преносу имовине и обавеза банке, Агенција обавештава депоненте банке под административним управљањем путем средстава јавног информисања, а остале повериоце и дужнике обавештава појединачно у писаној форми у року од три дана од дана извршеног преноса.

Чланом 3в предвиђено је да током административног управљања банком, Агенција за осигурање депозита може обезбедити финансијску подршку банци која купује и преузима целокупну или део имовине и обавеза те банке, односно банци за посебне намене. Финансијска подршка се може обезбедити само када износ такве подршке представља резултат теста најмањих трошкова, који је утврдила Агенција, у складу са Законом о Агенцији за осигурање депозита.<sup>20</sup>

#### **IV Оснивање банке за посебне намене (*bridge bank*)**

Банка за посебне намене (енгл. *bridge bank*) је банка која се на захтев Агенције за осигурање депозита оснива на одређено време, ради преноса целокупне или дела имовине и обавеза банке којој је Народна банка Србије одузела дозволу за рад. Оснивач банке за посебне намене је Агенција.<sup>21</sup> На банку за посебне намене не примењују се одредбе Закона о банкама које се односе на давање прелиминарног одобрења за оснивање банке, дозволу за рад, оснивачку скупштину и регистрацију банке, као и одредбе о увођењу принудне управе и изрицању новчане казне.<sup>22</sup>

Изузетно од општег правила из члана 12 става 3 Закона о банкама према коме новчани део оснивачког капитала банке не може бити мањи од 10.000.000 евра у динарској противвредности, новчани део оснивачког капитала банке за посебне намене не може бити мањи од

20 Службени гласник РС, бр. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

21 Закон о банкама, чл. 2 ст. 2.

22 Закон о банкама, чл. 3а.

5.000.000 евра у динарској противвредности, према званичном средњем курсу на дан уплате. Дакле, новчани део оснивачког капитала банке за посебне намене нижи је за 50% од капитала „редовне“ банке.

Дозволу за рад банке за посебне намене даје Народна банка Србије на захтев Агенције, о чему закони садрже посебна правила. Решење о издавању дозволе за рад садржи и рок на који се банка оснива, могућност за продужење тог рока, као и могућност да продајом акција банке за посебне намене та банка настави да послује као банка у складу Законом о банкама.<sup>23</sup>

Чланом 3г Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање предвиђено је да се банка за посебне намене оснива средствима Агенције за осигурање депозита на период који није дужи од две године од дана издавања дозволе за рад тој банци од стране Народне банке Србије. Остављена је могућност Агенцији да поднесе захтев за продужења овог периода, за највише две године. Дакле, трајање банке за посебне намене, као правног лица, ограничено је на рок од две године, који може бити продужен за још највише две године.

Чланове извршног и управног одбора именује Агенција за осигурање депозита, а Народна банка Србије даје сагласност за њихово именовање.

Банка за посебне намене у свом пословном имену има речи „нова“ и „банка“, што значи да су наведене речи обавезни елементи фирме такве банке. На оснивање банке за посебне намене не примењују се одредбе Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената,<sup>24</sup> односно надлежни органи су дужни да за оснивање банке за посебне намене, по захтеву Агенције, донесу акта и спроведу радње предвиђене законом у року од два радна дана од дана подношења тог захтева (нпр. код одлучивања о издавању и упису акција).

## **V Окончање рада банке за посебне намене**

Постоје два начина на који се успешно може окончати рад банке за посебне намене: преносом њене имовине и обавеза на другу банку или прерастањем у „редовну“ банку након продаје њених акција.

### **1. Пренос имовине и обавеза на другу банку**

Чланом 3д регулисано је да Агенција за осигурање депозита у току пословања банке за посебне намене може закључити купопродајни

23 Закон о банкама, чл. 18а ст. 4.

24 Службени гласник РС, бр. 47/2006.

уговор са банком која купује и преузима целокупну или део имовине и обавеза банке за посебне намене, при чему се може обезбедити финансијска подршка тој банци у складу са Законом о Агенцији за осигурање депозита,<sup>25</sup> а након спроведеног преноса имовине и обавеза, Агенција подноси предлог Народној банци Србије за одузимање дозволе за рад банци за посебне намене. На овај начин, банка за посебне намене може да послужити као привремено решење, док се њена имовина и обавезе не пренесу на другу заинтересовану банку.<sup>26</sup>

Скупштина банке преузимаоца одлучује о преузимању права и обавеза банке за посебне намене.<sup>27</sup> Банка преузималац, дакле, закључује купопродајни уговор са Агенцијом за осигурање депозита, што значи да је у питању сагласност воља између банке преузимаоца и Агенције. Међутим, за пуноважност тога уговора, односно преузимања права и обавеза, потребна је сагласност Народне банке Србије.<sup>28</sup> На захтев за давање сагласности за преузимање права и обавеза банке за посебне намене сходно се примењују одредбе Закона о банкама које регулишу правне последице припајања банке, од којих је најбитнија да је банка којој се припаја друга банка дужна да свој оснивачки акт измени тако да наведе да је она правни следбеник свих права и обавеза банке која јој се припаја.<sup>29</sup>

Уколико Агенција изврши пренос имовине и обавеза банке која је под административним управљањем на другу банку, финансијска подршка коју би Агенција обезбедила банци на коју се преносе имовина и обавезе, не може прећи укупан износ који би Агенција исплатила на име осигураних депозита. Агенција је дужна да у продају и преузимање целокупне или дела имовине и обавеза банке укључи све депозите депонената до висине осигураног износа утврђеног законом којим се уређује осигурање депозита.

## **2. Продаја свих акција банке за посебне намене и наставак пословања**

Такође, Агенција може да прода све акције банке за посебне намене лицу које је дужно да обезбеди претходну сагласност Народне банке Србије на стицање власништва у банци у складу са Законом о

25 Службени гласник РС, бр. 61/2005, 116/2008, 91/2010.

26 М. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 558.

27 Закон о банкама, чл. 66 тач. 8

28 Закон о банкама, чл. 134 ст. 1.

29 Члан 132 став 2 Закона о банкама упућује на сходну примену члана 133 истог закона.

банкама,<sup>30</sup> а након уписа купца у Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности, као власника акција банке за посебне намене, банка за посебне намене наставља да послује као банка у складу са Законом о банкама, дакле као „редовна“ банка. Ово решење у правној теорији је оцењено као целисходније, имајући у виду привременост банке за посебне намене. Дакле, врши се отуђење акција те банке лицима заинтересованим за њено пререгистровање у банку која би у редовном поступку оснивања добила дозволу за рад од Народне банке Србије.<sup>31</sup>

Сматрамо да би у у том случају постојала обавеза банке да повећа новчани део оснивачког капитала са 5.000.000 евра (што је минимум за оснивање банке за посебне намене) на 10.000.000 евра у динарској противвредности, што представља минимум за „редовне“ банке.<sup>32</sup> Исто се односи и на обавезу одржавања минималног износа капитала.<sup>33</sup>

Средства остварена продајом акција банке за посебне намене уплаћују се на рачун Агенције. Могућност да Агенција за осигурање депозита прода све акције банке за посебне намене трећем лицу – купцу, након чега купац постаје власник акција банке за посебне намене (дакле власник банке), која наставља да послује као банка у складу са Законом о банкама, али са новим власником (купцем акција), у суштини најсличнија је институту продаје стечајног дужника као правног лица из чл. 135 и 136 Закона о стечају, који је изричито забрањен у стечајном поступку над банком и друштвом за осигурање одредбом члана 12 Закона стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање.<sup>34</sup> Битна разлика је у одговорности за обавезе – банка која је наставила да послује после продаје акција банке за посебне намене, одговара за све преузете обавезе према повериоцима, јер су претходно на банку за посебне намене, поред имовине, пренете и обавезе банке којој је одузета дозвола за рад, док после продаје стечајног дужника као правног лица, за потраживања према стечајном дужнику која су настала до обуставе стечајног поступка, ни стечајни дужник ни његов купац не одговарају повериоцима, а новац добијен продајом стечајног дужника, као и имовина стечајног дужника која није била предмет процене, улази у стечајну масу у односу на коју се стечајни поступак наставља намирењем стечајних поверилаца (члан 136 ст. 1, 3, и 7 Закона о стечају).

30 *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010.

31 М. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 558.

32 Закон о банкама, чл. 12 ст. 3.

33 Члан 22 Закона о банкама прави разлику између минималног износа капитала који је банка дужна да обезбеди у свом пословању, прописујући износ од 10.000.000 евра за „редовне“ банке и 5.000.000 евра за банку за посебне намене.

34 В. Козар, З. Петровић, М. Почуча, *Заступање правних лица у судским поступцима (привредно процесно право)*, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 126.



### 3. Продаја имовине и потраживања банке у стечају другој банци по ранијим прописима и рецепција судске праксе

У судској пракси насталој у примени ранијих стечајних закона, који нису изричито забрањивали продају стечајног дужника као правног лица у стечајном или ликвидационом поступку над банком, заузет је став о могућности продаје целокупне имовине и потраживања банке у стечају другој банци.

У интересу што бржег спровођења поступка ликвидације банака, односно у заштити интереса њених поверилаца, стечајни поступак односно поступак ликвидације банке може се окончати евентуално продајом комплетне имовине банке (непокретне, покретне, акција и удела – на основу процене вредности) и свих њених потраживања (према стању у пословним књигама) некој другој банци која би, заузврат, преузела све утврђене обавезе банке у ликвидацији према повериоцима (по решењу суда са рочишта за утврђивање пријављених потраживања и уз сагласност тих поверилаца) уз евентуално плаћање разлике акционарима банке у ликвидацији сразмерно њиховом учешћу у капиталу (уколико су преузете обавезе мање од процењене вредности укупне имовине и потраживања). Уговором који би био закључен између банке у ликвидацији и друге банке, уз сагласност акционара банке у ликвидацији или стечају и стечајног већа, било би предвиђено и јемство у смислу члана 159 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.<sup>35</sup>

Предложени механизам продаје целокупне имовине банке и свих њених потраживања некој другој банци која би, заузврат, преузела све утврђене обавезе банке у ликвидацији или стечају према повериоцима, уз сагласност поверилаца, може се применити и сада, у време важења нових стечајних закона, дакле у поступцима који се воде по Закону о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, у коме се сходно примењују и одредбе Закона о стечају, што значи да изложени став судске праксе није изгубио актуелност, док је неспорно постојање законске забране продаје стечајног дужника као правног лица у стечајном поступку над банком или друштвом за осигурање.<sup>36</sup>

Истовремено, овај механизам сличан је институту преузимања имовине и обавеза банке за посебне намене из члана 3д Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, па се може рећи да је законским новелама из 2010. године, у суштини извршена рецепција ставова заузетим у судској пракси.

35 Правни став – одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 27. септембра 2004. године.

36 В. Козар, З. Петровић, М. Почуча, *нав. дело*, стр. 95 и 96.

**Vladimir KOZAR, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law, Bussiness Academy Novi Sad  
Special Adviser, NLB Banka AD, Belgrade

## PROCEDURE FOR THE ADMINISTRATIVE CONTROL OF THE BANK WHICH IS REVOKED

### Summary

*The most important novelty in the Law Amending the Law on Bankruptcy and Liquidation of Banks and Insurance Companies, is the introduction of the procedure of administrative management in the bank, which is revoked. Also significant are the new provisions governing the transfer of assets and liabilities (purchase and assumption) during the procedure of administrative management, and business and the termination of the bank for special purposes (bridge bank). Then, they introduced a new and refined the existing order of payment in case of ankrruptcy of the bank.*

*An important innovation is the abolition of voluntary liquidation as extra-judicial proceedings. A different way of termination of the bank is set based on the decisions of the meeting of the bank. In other words, by introducing novelties was removed the difference between voluntary liquidation and compulsory liquidation, so that there is only one – a unique procedure of liquidation of the bank, regardless of the reasons for termination, ie. whether the bank revoked or, in turn, the bank's assembly passed a resolution on the voluntary dissolution of the bank.*

*Legal novels represent an improvement on the legal solutions, because introducing mechanisms to protect the financial system as a whole, with appropriate protection of individual interests of depositors.*

**Key words:** *bankruptcy, liquidation, administrative management, transfer of assets and liabilities, purchase and assumption, bank for special purposes, bridge bank.*

**Младен НИКОЛИЋ**  
судија, члан Високог савета судства

## ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ОДРЕЂЕНА ПОТРАЖИВАЊА ЗАПОСЛЕНИХ ПРЕМА ДРУШТВЕНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА

### Резиме

Реферат се бави проблемом који се појавио као једна од последица приватизације у Републици Србији. Ради се о потраживањима која зајослени имају према друштвеним предузећима, која су утврђена правноснажним одлукама суда, а нису намирена ни у извршном или стечајном поступку. У реферату се наводи о каквим је конкретно потраживањима реч и она се називају „заштићена потраживања“. Европски суд за људска права је донео неколико одлука по представкама зајослених у друштвеним предузећима и наложио исплату материјалне штете због повреде права на суђење у разумном року али и све износе досуђене у парницама које су вођене пред домаћим судовима, а нису измирени ни у извршном ни у стечајном поступку. Европски суд за људска права је нашао да постоји одговорност државе за неизмирена потраживања у конкретним случајевима, при томе налазећи основ за то одговорност у релевантним одребама Закона о предузећима, Закона о привредним друштвима и Закона о приватизацији, које и наводи. Намеће се потреба да због могућности да се појави велики број представки пред судом у Стразбуру, које би евидентно резултирале доношењем сличних или истих одлука, проблем реши унитарном правном системом Србије, било интервенцијом законодавца или поступком судова кроз креирање нове судске праксе.

**Кључне речи:** зајослени, друштвено предузеће, приватизација, Европски суд за људска права, заштићена потраживања, одговорност, држава.

## I Увод

Поступак приватизације друштвених предузећа, као део трансформације (претварања) друштвене својине у приватну својину у Републици Србији, као и у другим државама – бившим републикама СФРЈ произвео је низ последица. Ове последице и то, како директне: промена титулара (власника) капитала приватизованих предузећа, инвестиције које прате цео процес, значајан приход у буџету државе, тако и индиректне: неминовно смањење броја радних места у приватизованим предузећима након одређеног периода, стечај једног броја друштвених предузећа која се нису могла приватизовати, питања везана за потраживање према субјектима приватизације, односно потраживања у стечају, су веома значајне. Можемо их сагледати из више углова: економског, правног, социјалног... У овом реферату бавићемо се једним аспектом – проблемом који је везан за приватизацију и стечај друштвених предузећа и то посматрано из правног угла, с тим што се дотиче у доброј мери и социјалног угла.

Пре изношења овог проблема треба указати да процес приватизације (уопште) има и свој, не мање значајан, угао посматрања, а то је политички. Када је он у питању онда треба приметити да је у Србији, као и у свим бившим републикама СФРЈ већ на самом крају 80-их година прошлог века (дакле, у једнопартијском систему) сазрела политичка воља да се поступак приватизације спроведе и то не само у привреди, него и у другим областима друштва. Ова воља је постала јаче изражена увођењем вишепартијског система и конкретизовала се на самом крају 20. века, а доживела свој врхунац у првој деценији 21. века.

Грађани, а пре свега запослени у ранијим друштвеним предузећима, који су имали потраживања из радног односа према субјекту приватизације или стечајном дужнику који је друштвено предузеће, нису на почетку процеса, па и у самом процесу приватизације могли наслутити да ће им крајњу заштиту у остварењу њихових одређених права, пружити нека од европских институција. То се управо десило. Европски суд за људска права<sup>1</sup> је донео неколико одлука у којима је пружио заштиту подносиоцима представке из Србије, управо у односу на потраживања која се тичу права проистеклих из радног односа у друштвеном предузећу. У овом реферату ћемо се бавити неким питањима која се намећу, као последица правних схватања изнетих у пресудама Европског суда за људска права.

---

1 Пре Европског суда за људска права постојала је Европска комисија за људска права, која је укинута 1998. године.

## II Одлуке Европског суда за људска права, домаћи и међународни извори права

Европски суд за људска права је донео неколико пресуда<sup>2</sup> по представкама бивших запослених у друштвеним предузећима, којим су подносиоци тражили да се утврди повреда права на суђење у разумном року и повреда права на мирно уживање имовине. Тражено је да Република Србија исплати одређене износе на име накнаде нематеријалне штете, али и да исплати све износе досуђене у парницама које су вођене пред домаћим судовима, а нису измирени ни у извршном ни у стечајном поступку (који су трајали дуже време). Новчани износи досуђени правноснажним пресудама су се односили на накнаду за време плаћеног одсуства, те доприносе за пензијско, инвалидско и друга социјална осигурања. Европски суд за људска права је усвојио представке у највећем делу, те подносиоцима досудио одређене износе на име накнаде нематеријалне штете али и у највећем броју случајева наложио да Република Србија исплати све износе који су подносиоцима представки досуђени правноснажним пресудама домаћих судова.

Устав Републике Србије,<sup>3</sup> у члану 16 став 2 прописује, да опште прихваћена правила Међународног права и потврђени Међународни уговори су саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, те да потврђени Међународни уговори морају бити у складу са Уставом. Чланом 18 став 1 Устава Републике Србије прописано је да се људска и мањинска права зајамчена Уставом непосредно примењују.

Последица наведених одредби Устава јесте и примена Међународних стандарда који се тичу, како права на суђење у разумном року, тако и права на заштиту имовине. Устав Републике Србије даље у појединим својим одредбама прецизније регулише права грађана у погледу обраћања Међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајамчених Уставом, те права на правично суђење. Ово последње, подразумева да свако има право да му суди независан, непристрасан и законом установљен суд и то правично и у разумном року, при чему Устав јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу Закона,<sup>4</sup> али јемчи и правичну

2 Види ближе пресуде у предметима: Качапор и др. против Србије од 15.1.2008. год. (представке бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06, 3046/06), Гришевић и др. против Србије од 21.7.2009. год (представке бр. 16909/06, 38989/06, 39235/06,) и Црнишанин и др. против Србије од 13.1.2009. год. (представке бр. 35835/05, 43548/05, 43569/05, 36986/06).

3 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006, ступио на снагу 8.11.2006. године.

4 Види чл. 58 Устава.

накнаду за рад, као и право на накнаду зараде у случају привремене незапослености.<sup>5</sup>

Устав Републике Србије даље у одредби члана 142 став 2 прописује да су судови самостални и независни у свом раду и да суде на основу Устава, Закона и других општих аката када је то предвиђено Законом, опште прихваћених правила Међународног права и потврђених Међународних уговора. Чланом 194 став 4 Устава Републике Србије, се прецизира да потврђени Међународни уговори и опште прихваћена правила Међународног права део су правног поретка Републике Србије и потврђени Међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом. Ставом 5 истог члана је прописано да Закон и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним Међународним уговорима и општим прихваћеним правилима Међународног права.

Пре ступање на снагу садашњег Устава, Србија је (у време постојања Државне заједнице Србија и Црна Гора), постала чланица Савета Европе,<sup>6</sup> а касније ратификовала и Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. На тај начин је Србија примљена у чланство Савета Европе и грађанима Републике Србије омогућено да се обраћају Европском суду за људска права у Стразбуру. То да значи да је Србија прихватила надлежност наведеног суда, те да физичка и правна лица у случају да су им повређена права, а након што су исцрпила све предвиђене могућности заштите у оквиру правног поретка Републике Србије, могу да се обрате представком Суду у Стразбуру. Као последица напред наведеног у одређеном броју случајева физичка и правна лица из Републике Србије обратила се поменутом суду из разлога јер су им одређена права (пре свега право на суђење у разумном року, те право на заштиту имовине) била повређена.

Да подсетимо, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода<sup>7</sup> у члану 6 тачка 1 предвиђа права на правично суђење тако да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или кривичној тужби против њега, има права на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и нерпистрасним судом, образованим на основу Закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност може искључити из целог или из дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтева интерес малолетника или заштита приватног

5 Види чл. 60 ст. 4 и чл. 69 ст. 3 Устава.

6 3. априла 2003. године.

7 Сачињена у Риму 4.11.1950. године, ступила на снагу после ратификације земаља чланица Савета Европе.

живота странака или у мери која је, по мишљењу суда нужно потребна у посебним околностима да би јавност могла да нашкоди интересима правде.

Протокол<sup>8</sup> уз конвенцију о људским правима и основним слободама у члану 1 предвиђа заштиту имовине и то у ставу 1, да свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине осим у јавном интересу и под условима предвиђеним Законом и општим начелима из међународног права, а у ставу 2 да претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује Законе које сматра потребним да би регулисале коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни.

Прво питање, којим се у наведеним пресудама бавио Европски суд за људска права, а то је повреда права на суђење у разумном року, чини се да је у довољној мери разјашњено и да ово питање није спорно. Нажалост, систем судског извршења у Србији има озбиљне недостатке (пре свега у погледу спровођења извршења) и на то је Европски суд за људска права осим у поменутих указао у неколико других својих одлука<sup>9</sup> поступајући по представкама физичких и правних лица, наводећи, да је обавеза сваке поједине државе да створи такав систем извршења који ће омогућити да физичка и правна лица из тих земаља у разумном року остваре своје право које им је досуђено извршном исправом и на тај начин истовремено заштите своју имовину као и друга значајна права која су им Уставом државе загарантована.

Друго питање, којим се у својим пресудама бавио Европски суд за људска права, је интересантније за нас и тиче се одговорности државе (Србије) за дугове друштвених предузећа. У овом случају то су дугови према запосленима у тим предузећима. Објашњавајући правни положај друштвених предузећа Европски суд за људска права позива се на, за тај положај, релевантне одредбе Закона о предузећима,<sup>10</sup> Закона о привредним друштвима<sup>11</sup> и Закона о приватизацији.<sup>12</sup>

8 Сачињен у Паризу 20.3.1952. године, ступио на снагу ратификацијом за маља члана Савета Европе.

9 Види ближе пресуде у предметима: Предузеће ЕВТ против Србије (представка бр. 3102/05); В.А.М. против Србије (представка бр. 39177/05); Томић против Србије (представка бр. 25959/06); Маричић и шеснаест других подносилаца против Србије (представка бр. 17556/05); ЗИТ против Србије (представка бр. 37343/05); Буловић против Србије (представка бр. 14145/04).

10 *Службени листи СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01 и 36/02. Види одредбе чл. 392–400в и 421а.

11 *Службени гласник РС*, бр. 125/04. Види одредбе чл. 456.

12 *Службени гласник РС*, бр. 38/01, 18/03 и 45/05. Види одредбе чл. 1, 3, 14 и 41б.

Анализирајући одредбе Закона о предузећима на које указује Европски суд за људска права можемо закључити да је реч само о оном предузећу које у целини послује са друштвеним капиталом, да је капитал тог предузећа подељен на акције или уделе (друштво капитала), али и да, оснивачи друштвеног предузећа правно носе ризик његовог пословања само до висине својих улога (само под претпоставком да се строго поштује принцип тврдог буџетског ограничења и принцип транспарентности његовог финансијског пословања).<sup>13</sup> Ипак, чини се да су одредбе из члана 398а и посебне одредбе о управљању друштвеним предузећем у поступку приватизације (чланови 400 а, б и в), те одредба члана 421а, поменутог закона пресудно утицале на исказана правна схватања у поменутих одлукама Европског суда за људска права. Учешће државе кроз надлежну Агенцију или директно преко владе, у најзначајнијим одлукама друштвеног предузећа које се тичу: смањења или повећања капитала, реструктурирања, инвестиција, оптерећења или продаје имовине, те статусних промена и промена облика предузећа, уз у супротном, последицу ништавости донетих одлука, свакако да дају посебно обележје друштвеном предузећу. То обележје (контрола државе над друштвеним предузећем) и поред одсуства директне одговорности државе за обавезе друштвених предузећа, повезано са циљем и последицама одредби Закона о приватизацији, на које је већ указано, као и да цена (новац) добијен продајом друштвеног предузећа чини приход буџета државе, изгледа, неминовно проширује одговорност на оне случајеве у којима одређена потраживања (о којима је реч у одлукама Европског суда за људска права) нису измирена ни на основу правоснажне одлуке суда у извршном или стечајном поступку.

Описујући друштвено предузеће као реликт бившег југословенског самоуправног социјализма, Европски суд за људска права, указујући на одредбе Закона о предузећима, у вези Закона о привредним друштвима и оне одредбе Закона о приватизацији које говоре о роковима у којима процес приватизације је требао или треба да се оконча (првобитно до марта 2007. године), налази, односно закључује, да она у целини послују друштвеним капиталом, да могу бити предмет стечајног поступка али и да се средства добијена приватизацијом ових предузећа уплаћују у државни буџет. Даље, Европски суд за људска права с позивом на поменуте одредбе ових закона апострофира контролну улогу коју над друштвеним предузећима као субјектима приватизације има држава, а преко Агенције за приватизацију. Контрола се тиче доношења одлука везаних за капитал, продају или оптерећење имовине, измиривање новчаних потраживања као и узимање и давање зајмова.

Као последица напред наведеног, чини се да Европски суд за људска права користећи једноставну правну логику, а то је да држава, преко

13 Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996, стр. 340.



Агенције за приватизацију, а некада и Владе, у потпуности има „власт“ над друштвеним предузећем које треба приватизовати, чиме може да утиче и на крајњи исход тог поступка, укључујући и да он резултира стечајем, уводи, можемо рећи готово солидарну одговорност државе за обавезе друштвених предузећа према запосленима, у одлукама које је донео. У оваквој ситуацији, при чињеници да држава приходује средства спроведеног поступка приватизације, даље се чини логичним да је одговорност државе за потраживања према друштвеним предузећима, неизбежна и ту имамо у виду она потраживања која се тичу права из радног односа. Није случајно да Европски суд за људска права штити потраживања која се односе на накнаде за време плаћеног одсуства као и доприносе за ПИО и друга социјална осигурања. Обзиром да наведена врста потраживања имају посебан статус у поступку приватизације, али и у поступку стечаја,<sup>14</sup> није чудно да их Европски суд за људска права третира као „заштићена потраживања“. Ово и из разлога јер Устав Републике Србије посебно гарантује наведена права.

Иако би се могло полемисати са правним схватањима која су изнета у погледу одговорности државе Србије за обавезе друштвених предузећа према запосленима по основу наведених права из радног односа, јер таква одговорност није експлицитно предвиђена Законом о предузећима, нити Законом о привредним друштвима, поготово када имамо у виду опсег одговорности оснивача, ипак морамо бити свесни улоге коју Европски суд за људска права има. То је пре свега заштита основних права физичких и правних лица, у која у сваком случају спадају права (из радног односа) којима је пружена заштита у конкретним предметима. Због наведеног Европски суд за људска права сваки конкретан проблем који се јави у предметима по поднетим представкама, очигледно сагледава у ширем контексту одговорности државе, при томе имајући у виду да и овде сигурно важи правило да се слабијој страни (а то је несумњиво запослени у друштвеном предузећу) пружи заштита.

### III Како решити проблем?

Проблем за државу Србију, који се у овом случају, доношењем пресуда од стране Европског суда за људска права, неминовно намеће, а који није решен одредбама Закона о приватизацији<sup>15</sup> (штитећи од принудног извршења субјект приватизације), али ни одредбама За-

14 Види одредбе члана 35 Закона о стечајном поступку и члана 54 Закона о стечају.

15 Види одредбе самосталног члана 31 Закона о изменама и допунама закона о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 45/05) и члана 10 (познат као 20ж) Закона о изменама и допунама закона о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 123/07).

кона о стечајном поступку<sup>16</sup> (нема гаранција за исплату „заштићених потраживања“, само су уврштена у први исплатни ред у ограниченом обиму и за одређени период), јесте што ће се појавити или се већ појавио значајан број представки пред Европским судом за људска права, које указују на повреду права на суђење у разумном року и права на мирно уживање имовине, а све везано за потраживања запослених према друштвеним предузећима.

Очигледно је да Република Србија мора хитно реаговати. Један од начина је интервенцијом у погледу закона (законодавна власт), успостављајући механизам чврсте гаранције за исплате поменутих „заштићених потраживања“. Могуће је законом основати фонд у који ће ући део средстава од приватизације који ће служити за измирење наведених потраживања, која су утврђена извршном исправом, а нису намирена у извршном или стечајном поступку. У одсуству ове интервенције државе, друга грана власти (судска власт) би морала кроз праксу изнаћи решење како би „заштићена потраживања“ била намирена. Ово друго је увек посебан проблем имајући у виду да у Републици Србији судска пракса није извор права. Проблем и на овај начин, није нерешив, обзиром да се непосредно могу применити опште прихваћена правила Међународног права и потврђени Међународни уговори, а осим наведеног и одлуке Европског суда за људска права имају значајан и нимало занемарљив утицај на креирање судске праксе код нас. Реаговао је Врховни касациони суд и усвојио правно схватање: „извршни поступци који се односе на наплату новчаних потраживања из радног односа утврђених извршним исправама против дужника, субјекта приватизације у реструктурирању, неће се прекидати. Прекинути поступци ће се наставити и окончати“,<sup>17</sup> чиме се један део проблема, везан за предузећа у реструктурирању може превазићи. Интересантно је приметити, да нпр. Закон о парничном поступку<sup>18</sup> у одредби члана 422 тачка 10 предвиђа да донета одлука Европског суда за људска права против Републике Србије о неком правном односу може бити разлог за понављање поступка.

Значајно је овде указати и на одредбу члана 263 Закона о извршном поступку<sup>19</sup> из 2000. године која дерогира све одредбе из посебних закона које наређују прекид или одлагање извршног поступка који је у току. Како се (нажалост) неки од извршних поступака спроводе и по одредбама поменутог Закона о извршном поступку из 2000. године, ово

16 Службени гласник РС, бр. 84/04.

17 Усвојено на седници Грађанског одељења одржаној дана 22.2.2011. године, верификовано 24.2.2011. године.

18 Службени гласник РС, бр. 125/04.

19 Службени листи СРЈ, бр. 28/00, 73/00 и 71/01.

је за те случајеве могући излаз из проблема који постоји, а због одредбе из Закона о приватизацији, која налаже прекид извршног поступка.

Када су у питању поступци извршења који се воде по Закону о извршном поступку<sup>20</sup> из 2004. године, али и потраживања која се појављују у стечају над друштвеним предузеће, онда је очигледно да судови потраживањима из радног односа („заштићена потраживања“), имајући у виду изнета правна схватања у одлукама Европског суда за људска права, као и цитирано правно схватање Грађанског одељења Врховног касационог суда морају пружити посебну заштиту. Она би се огледала у намирењу ових потраживања у извршном поступку или у неким случајевима, у најмању руку реалном обезбеђењу против субјекта приватизације и поред чињенице да је у поступку реструктурирања, односно у утврђивању одговорности државе за ове обавезе, у случају да у стечају из било ког разлога ова потраживања не могу бити намирена. Треба имати у виду одредбу из Закона о стечају<sup>21</sup> (лица према којима се не спроводи стечај, а постоји одговорност оснивача, односно власника), која може бити путоказ како у одређеним случајевима и за одређена друштвена предузећа проблем може бити решен. У питању је аналогија, а свакако не непосредна примена наведене норме.

Свакако, да од „заштићених потраживања“ треба разликовати друга потраживања (по другим основима и других поверилаца) која се могу појавити према друштвеним предузећима и она не би могла уживати третман који је наведен за поменута потраживања. Друга потраживања била би третирана у складу са релевантним одредбама Закона о приватизацији (укључујући и последице реструктурирања) и Закона о стечајном поступку, односно Закона о стечају. То значи да у одређеним случајевима, када је реч о поступку стечаја друга потраживања би могла остати ненамирена, ако нема стечајне масе за њихово намирење, што спада у пословни ризик, сваког учесника у пословним односима, а „заштићена потраживања“ запослених, никако не бисмо могли подвести под пословни ризик из свих разлога који су изнети у реферату.

На крају реферата изнећемо једно питање које није у директној вези са темом о којој је били речи. Имајући у виду поуздане информације о томе, да Европски суд за људска права постаје све више загушен многобројним предметима проистеклим из мноштва поднетих представки против разних држава Европе, те да доношење одлуке узима све више времена, ко ће заштити права подносилаца представки, која се тичу суђења у разумном року, а у овом случају пред Европским судом за људска права? Но, то ће бити (или је) посебан проблем, којим ће се морати првенствено позабавити Савет Европе и надлежне европске институције.

20 Службени гласник РС, бр. 125/04.

21 Сл. гласник РС, бр. 104/09, види одредбу члана 14.

**Mladen NIKOLIĆ**

**Judge, Member of the High Judiciary Council**

## **LIABILITY OF THE STATE FOR CERTAIN EMPLOYEE CLAIMS TOWARDS STATE-OWNED COMPANIES**

### **Summary**

*The report addresses the problem that developed as one of the consequences of privatization in the Republic of Serbia. There are claims filed by employees against state-owned companies – confirmed by final court decisions – that were not settled in either enforcement or bankruptcy proceedings. The report states concrete types of claims, calling them “protected claims”. The European Court for Human Rights ruled in several cases upon petitions of employees of state-owned companies and ordered payment of intangible damages due to the violation of the right to a trial within a reasonable period of time, as well as payment of all the amounts awarded in trials held before domestic courts that were not settled in enforcement or bankruptcy proceedings. The European Court for Human Rights ruled that there exists the responsibility of the state for unsettled claims in concrete cases, basing this responsibility on cited relevant provisions of the Law on Enterprises, Law on Companies, and Law on Privatization. As it is possible that a great number of petitions may be filed with the court in Strasbourg, evidently resulting in similar or same rulings, there is the need to solve this problem within the legal system of Serbia, either through an intervention of the legislator or through the acting of courts and creation of new court practice.*

**Key words:** *employees, state-owned company, privatization, European Court for Human Rights, protected claims, responsibility, the state.*

**Бранка ЖЕРАЈИЋ**  
судија

## **ПРАВА СТИЦАОЦА ИЛИ НАСЛЕДНИКА КУПЦА КАПИТАЛА ИЗ ПРИВАТИЗАЦИОНОГ УГОВОРА НАКОН ЈЕДНОСТРАНОГ РАСКИДА**

### **Резиме**

*Приватизација представља прелазак својинских права и обавеза на средствима у друштвеној и државној својини у друге облике својине, по пржишним условима у складу са Законом о приватизацији.*

*Купац кавишала или имовине може бити домаће или стирано правно или физичко лице, са дашим ораничењима.*

*Пре закључења уговора Аенција за приватизацију, уврђује испуњеност законских услова за закључење уговора, како за физичко тако и за правно лице.*

*Закон о приватизацији не реулише ушцај стипусне промене правној лица, купаца кавишала, на већ закључен уговор, извршен у смислу Закона о привредним друштвима.*

*Правни следбеник купаца кавишала (стицалац) је активно леишмисан да у парничном испују доказује да нису били испуњени услови за раскид и ошварује права по шом основу, и овлашћен је да настави већ зайочеш парничне испује у којима је купац кавишала био стиранка у испују. Уколико докаже да је уговор неосновано раскинут, стицалац нема права на стицање стипусних права која је имао купац кавишала, јер су на њеа прешла имовинска али не и ошала права. Такође, стицалац није уговорна стирана у приватизационом уговору и на њеа не може бити пренет друштвени или државни кавишал без сировођења испују-*

ка приватизације, и без провере испуњености услова да ли то лице може бити купац кавитала.

**Кључне речи:** приватизација, Агенција за приватизацију, стипусне промене, раски уовора.

## I Појам приватизације

Приватизација представља прелазак својинских права и обавеза на средствима у друштвеној и државној својини у друге облике својине, по тржишним условима у складу са законом.<sup>1</sup>

Уставом Републике Србије из 2006. године, јамчи се приватна, задружна и јавна својина, а сви облици својине имају једнаку правну заштиту. Постојећа друштвена својина претвара се у приватну својину под условима, на начин и у роковима предвиђеним законом.<sup>2</sup>

То значи да је у поступку преласка друштвене и државне имовине у друге облике својине, део државне имовине постао јавна својина, а део је поступком приватизације променио облик у приватну својину.

Поступак промене друштвене и државне имовине у приватну својину, регулисан је Законом о приватизацији (Сл. гласник РС, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007 и 123/2007), (мада је испуцак промене облика својине зайочет још Законом о својинској трансформацији Сл. гласник РС, бр. 32/97), којим је у члану 1 и 3 прописано да је предмет приватизације друштвени и државни капитал у субјекту приватизације, исказан у акцијама или уделитема (зависно од облика организовања привредног друштва).

Приватизација се спроводи кроз продају капитала (путем јавног тендера или јавне аукције) и путем преноса капитала без накнаде (за посленим или грађанима). Истим законом прописано је и оснивање Агенције за приватизацију.

Агенција за приватизацију је правно лице које продаје имовину и капитал, промовише, иницира, спроводи и контролише поступак продаје.

## II Циљ и поступак продаје

Циљ поступка приватизације није сама продаја друштвеног и државног капитала, већ и стварање услова за развој привреде и пости-

1 Устав Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 1/90) чл. 59.

2 Устав Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 98/2006) чл. 86.

зање социјалне стабилности. То значи да је интерес друштва, поред постизања највише купопродајне цене и обезбеђење да субјекат приватизације, као трансформисан привредни субјекат настави да обавља привредну делатност за коју је био регистрован, у ком би запослени наставили да раде и остварују законска права по основу рада, као лица оспособљена за обављање те делатности, на који начин се постиже и социјална стабилност друштва.

То даље значи да је дужност Агенције за приватизацију да поступком продаје постигне тако постављене циљеве, а не само да капитал или имовина промени својински облик.

Прелазак друштвене или државне имовине у приватну настаје на основу закљученог Уговора о продаји. Како се наведени уговор закључује након спроведеног законом прописаног поступка, на основу ког долази до статусне промене субјекта приватизације, то уговор закључен у смислу одредби Закона о приватизацији између Купца капитала и Агенције за приватизацију, као продавца капитала и имовине, има тројаки карактер и то јавноправни, облигационоправни и статусни.

Наиме, Агенција за приватизацију, која послује у складу са прописима о јавним службама, у смислу Закона о Агенцији за приватизацију, обавља делатност посредовања у продаји државног и друштвеног капитала и имовине, и активно учествује у свим фазама приватизације, тако што обавља послове промоције приватизације, иницирања приватизације, спровођења приватизације као и контроле поступка приватизације.<sup>3</sup> Поступак у ком Агенција за приватизацију, врши своју делатност, има карактер управног поступка, обзиром да Агенција у том поступку врши јавноправна овлашћења.

По правилу, субјекат приватизације покреће поступак, мада то може учинити и министар надлежан за послове приватизације и заинтересовани купац, сачињава програм приватизације и прикупља документацију за приватизацију, ради утврђења вредности капитала, а Агенција за приватизацију контролише садржај програма приватизације, објављује проспекат и прикупља податке о потенцијалним купцима.<sup>4</sup> Уредбом Владе РС прописана је методологија процене вредности капитала или имовине субјекта приватизације.

Након спроведеног поступка продаје (без обзира на метод) Агенција за приватизацију ступа у облигационоправни однос са Купцем капитала и закључује Уговор о продаји у смислу члана 41 Закона о приватизацији. На наведени уговорни однос, при тумачењу права и оба-

3 Закон о Агенцији за приватизацију (Сл. гласник РС, бр. 38/01, 135/04 – 30/10), чл. 6.

4 Закон о приватизацији, (Сл. гласник РС, бр. 38/01, 18/03 – 30/10), чл. 16 и 17.

веза уговорних страна, примењују се одредбе Закона о приватизацији као *lex specialis*, као и прописи донети на основу тог закона, а потом одредбе општег закона тј. Закона о облигационим односима.

Након закључења уговора, и испуњености услова из уговора (уплата купопродајне цене, достављање средстава обезбеђења и сл.), код субјекта приватизације долази до статусне промене, тако што субјекат приватизације доноси одлуку о промени облика организовања у друштво капитала у смислу Закона о привредним друштвима, на основу које одлуке се спроводи упис статусне промене у Регистар привредних субјеката који се води код Агенције за привредне регистре, у смислу одредби Закона о регистрацији привредних субјеката.

### III Контрола извршења уговора

Агенција за приватизацију, осим чињенице да је уговорна страна у закљученом уговору и као Продавац, има и јавноправна овлашћења контроле извршења уговора. Наиме, Агенција за приватизацију прати испуњење уговором преузетих обавеза Купца па у случају да у том поступку утврди да Купац не испуњава уговором преузете обавезе, има право, али и дужност, да након истека накнадно остављеног рока за испуњење, једнострано раскине уговор.

То значи да је утврђивање испуњености услова за раскид уговора из члана 41а став 1 тачка 1 до 7 Закона о приватизацији искључиво у надлежности Агенције за приватизацију, у смислу Закона о Агенцији за приватизацију која, у оквиру поверених јавноправних овлашћења контролише извршење уговора о продаји капитала или имовине од стране купца капитала субјекта приватизације и раскида га уколико утврди да је дошло до повреде уговорних обавеза.

Из наведеног следи да изјава о једностраном раскиду има карактер изјаве воље једне уговорне стране из облигационоправног односа упућене другој уговорној страни, дате након утврђења испуњености услова за једнострану раскид у поступку контроле извршења уговора.

### IV Раскид и статусне промене

Купац капитала, који сматра да је Агенција неосновано раскинула Уговор о купопродаји, има право да у судском поступку доказује да нису били испуњени услови за раскид уговора, односно да је Агенција погрешно утврдила да је Купац повредио неку уговорну одредбу, односно да није испунио преузете обавезе, због чега је уговор и раскинут.



Закон о приватизацији као *lex specialis* закон, којим је регулисан поступак приватизације, не прописује која је правна последица погрешне одлуке Агенције за приватизацију донете у поступку контроле извршења уговора, односно погрешног утврђења да је Купац капитала повредио уговором преузете обавезе због чега је Агенција за приватизацију раскинула уговор, односно која је правна последица неосновано дате изјаве о раскиду уговора због неизвршења.

У тим ситуацијима своју правну заштиту Купци капитала су тражили у судским поступцима иницираним пред привредним судовима, па су постављали различите тужбене захтеве, у зависности од саме жеље, али и од процене могућности усвајања постављеног тужбеног захтева, позивајући се на општа правила облигационог права. Па тако купци капитала, у поступцима у којима оспоравају раскидне разлоге и правилност одлуке Агенције, иницираним пред привредним судовима постављају тужбене захтеве којим траже утврђење да је уговор и даље на снази, да уговор производи правно дејство, затим да не производи правно дејство обавештење о раскиду уговора, да постоји правни однос између Купца и Агенције по основу Уговора, утврђење ништавости изјаве о једностаном раскиду, као и накнаду штете.

У поступцима у којима су Купци капитала подносили тужбе којима су тражили утврђење да је ништаво и да не производи правно дејство обавештење Агенције о раскиду Уговора о продаји друштвеног капитала, због неиспуњења, свој правни став су образлагали да наведено обавештење представља управни акт који је Агенција за приватизацију донела након спроведеног поступка контроле испуњења уговором преузетих обавеза.

Међутим, судска пракса привредних судова је стала на становиште да дато обавештење не представља управни акт, већ изјаву воље једне уговорне стране дате другој уговорној страни, те не може бити предмет побијања.

Закон о Агенцији за приватизацију не прописује начин и поступак контроле испуњења уговора, већ у оквиру делатности Агенције прописује да иста контролише поступак приватизације, у оквиру кога прати извршење уговора. У судским поступцима који су иницирани након раскида уговора може се уочити да је Агенција за приватизацију вршила редовне контроле субјекта приватизације у току трајања извршења уговора, у одређеним временским размацима који су се разликовали од случаја до случаја, и увек приликом извршене контроле сачињавала записник, који је достављан како субјекту приватизације тако и купцу капитала. Такође је уочено да код сачињавања записника није тражена сагласност купца о утврђеним чињеницама нити је купац капитала имао

могућност да стави примедбе на записник, мада су то купци капитала често радили достављајући Агенцији писане примедбе за записник или изјаве о несагласности са чињеницама утврђеним записнички. Записници су сачињавани након контроле у Агенцији и достављани Купцу капитала али и субјекту приватизације.

Обзиром да Закон о приватизацији не прописује други правни пут, то Купац капитала може у судском поступку да доказује да нису били испуњени законски разлози за једнострани раскид уговора од стране Агенције за приватизацију, тј. да купац капитала није повредио уговорне обавезе, а што Купци капитала и чине, па се пред привредним судовима воде поступци по тужбама којима су тражили заштиту својих права, и то тако што су тужбеним захтевима тражили утврђење да је уговор на правној снази или да производи правно дејство, да постоји уговорни однос између купца капитала и Агенције за приватизацију као и захтеве за накнаду штете.

Међутим, од дана закључења уговора, као и током трајања извшења уговора, а посебно у ситуацији када је Агенција за приватизацију раскинула уговор о продаји капитала или имовине, због неиспуњења, па до утврђења да нису били испуњени услови за раскид (што се обично утврђује у судском поступку тј. до правноснажности одлуке) код Купца капитала може доћи до промене правног субјективитета и то статусне промене, уколико је купац правно лице, као и до ситуације да физичко лице умре или изгуби пословну способност.

Као што је то претходно наведено, Закон о приватизацији је прописао да купац капитала може бити физичко и правно домаће и страно лице. Међутим, наведени Закон је прописао и ограничења таксативно прописујући ко не може бити купац капитала. То значи да купац капитала не може бити свако домаће или страно правно или физичко лице, већ само лице које не спада у круг лица за које постоји забрана.

Тако на пример, купац капитала не може бити домаће правно лице које послује већинским друштвеним капиталом, физичко и правно лице које има доспеле неизмирене обавезе према субјекту приватизације, са којим је раскинут уговор о продаји капитала или имовине због неизвршења уговорних обавеза, физичко лице које је осуђивано или против кога се води поступак за одређена кривична дела, као и правно лице у ком се такво лице сматра контролним чланом или контролним акционаром, као ни правно лице које је зависно или матично у односу на субјекат приватизације, те чланови комисије и њихови сродници, као и правна лица у власништву чланова комисије и њихових сродника и др.<sup>5</sup>

5 Закон о приватизацији, (Сл. *Ћласник РС*, бр. 38/01, 18/03 – 30/10, чл. 12; Уредба о продаји капитала и имовине јавном аукцијом (Сл. *Ћласник РС*, бр. 55/05, 91/07, 96/08, 98/09), чл. 20.

Испуњеност услова да ли се неко лице може појавити као купац врши Агенција за приватизацију, и то након поднете пријаве физичког или правног лица са прописаном документацијом, уз коју се доставља доказ о уплати депозита (или банкарска гаранција) и потписан нацрт уговора. Након провере испуњености услова Агенција даје одобрење за учешће на аукцији, уколико се поступак приватизације спроводи јавном аукцијом, док проверу испуњености услова за учешће на јавном тендеру врши тендерска комисија.

Након спроведеног поступка продаје капитала или имовине (у поступку јавне аукције или јавног тендера) Агенција за приватизацију закључује уговор са лицем који је проглашен купцем након спроведеног поступка аукције или са лицем које је доставило најповољнију тендерску понуду.

Тек по испуњености свих наведених услова и окончања поступка продаје, стиче се статус купца капитала.

Након тога се приступа извршењу уговора и то тако што дотадашњи органи субјекта приватизације заказују оснивачку скупштину акционара, на којој се доноси одлука о организовању субјекта приватизације као друштва капитала и избору органа управљања, сходно Закону о привредним друштвима, након чега се приступа испуњењу и осталих уговорних обавеза, чије извршење се врши сукцесивно, током трајања уговора (инвестиционо улагање, обезбеђење континуитета пословања, права запослених и сл.).

Потребно је напоменути да је трајање извршења уговора закљученог у приватизационом поступку различито (зависно од услова уговора). Тако нпр. уколико се купопродајна цена исплаћује на рате онда уговорна престација траје до 6 (шест) година, а уколико је купопродајна цена исплаћена у целости онда две или три године, зависно који временски период је купац преузео обавезу да обезбеди континуитет пословања и испуњење социјалног статуса радника, док се уговорена обавеза инвестирања у субјекат приватизације уговара обично у року до једне године.

У ситуацији када је Агенција за приватизацију, у поступку контроле, утврдила да субјекат приватизације обавља регистровану делатност, да није било отуђења имовине, да радници оставарују права по основу рада, да је извршено инвестиционо улагање, да је достављена банкарска гаранција, те да није било кашњења у уплати купопродајне цене, евентуалне статусне промене купца капитала нису од значаја.

Међутим, у пракси се поставило питање, шта се дешава, уколико је Агенција за приватизацију једнострано раскинула уговор, због неиспуњења, а у периоду трајања приватизационог уговора, одлуком

оснивача купца капитала, због потребе даљег рада и пословања, или неког другог разлога, дође до статусне промене купца капитала, у складу са Законом о привредним друштвима, или је купац капитала физичко лице, које је у међувремену умрло, а правни следбеници односно наследници сматрају да није било повреде уговорних обавеза, односно да није било услова за раскид уговора. Наиме, која права има правни следбеник или наследник купца капитала, уколико докаже да нису били испуњени услови за раскид, те да ли је активно легитимисан да у парничном поступку доказује наведене чињенице ради остварења права, као и да ли је овлашћен да настави већ започети парнични поступак у ком је купац капитала био странка у поступку.

Агенција за приватизацију, обављајући своју делатност, утврдила је да су испуњени услови за раскид уговора, због неиспуњења, и након тога доставила купцу капитала обавештење о раскиду.

Даном достављања обавештења о раскиду, исто је произвело правно дејство и уговор је раскинут.

Након једностраног раскида уговора од стране Агенције за приватизацију, као уговорне стране, којој је претходио поступак контроле извршења уговора, у ком Агенција врши јавноправна овлашћења, долази опет до статусне промене субјекта приватизације, узроковане раскидом уговора о купопродаји друштвеног капитала, тако што су акције које су биле предмет купопродаје враћене у режим друштвене имовине, и дате на управљање Агенцији за приватизацију, која има законску обавезу да изврши њихову поновну продају.

Статусне промене привредних субјеката су спајање (спајање уз припајање и спајање уз оснивање) подела (подела уз припајање, подела уз оснивање, подела уз припајање и подела уз оснивање) и одвајање (одвајање уз припајање, одвајање уз оснивање и одвајање уз припајање и одвајање уз оснивање).<sup>6</sup>

Код статусне промене спајања уз припајање једно привредно друштво престаје да постоји без ликвидације преносећи другом постојећем друштву целокупну своју имовину и обавезу уз замену за акције или удела, док код спајања уз оснивање два или више привредних субјеката престају да постоје и преносе своју имовину и обавезе на новоформирано друштво.

Код статусне промене поделе једно привредно друштво престаје да постоји без ликвидације преносећи на два или више постојећих друштава целокупну своју имовину и обавезу уз замену за акције или удела, док код поделе уз оснивање имовина се преноси на два или више новоформирана привредна друштва.

6 Закон о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр.125/2004), чл. 381–382.

Код статусне промене одвајање уз припајање као и уз оснивање привредно друштво наставља да постоји, али један или више делова имовине преноси другом правном лицу постојећем или новоформираном.

Уколико је код купаца капитала, као уговорне стране, дошло до статусне промене али тако да је купац капитала као правно лице наставило да постоји, без обзира на извршену статусну промену, то нема утицаја на права и обавезе тог правног лица као Купца капитала из уговора о купопродаји капитала или имовине, и питање активне легитимације није спорно.

Међутим, сасвим је друга ситуација уколико је купац капитала, услед статусне промене, у току трајања извршења уговора, односно пре покретања парничног поступка или у току поступка, престао да постоји, без спровођења ликвидације нпр. услед статусне промене припајања другом правном лицу (што и јесте најчешћи случај) које промене су спроведене и регистроване.

У тој ситуацији, а имајући у виду да је правна последица статусне промене спајања уз припајање таква да имовина друштва која престаје припајањем, укључујући ненамирена потраживања према трећим лицима, прелази на друштво стицаоца, па како у имовину улазе и потраживања, то је стицалац активно легитимисан на подношење захтева на име потраживања, по основу уговора које је закључило правно лице које му је припојено, као његов универзални сукцесор.

Такође, у ситуацији када је купац капитала физичко лице, које је у међувремену умрло, његов наследник је активно легитимисан на подношења захтева на име потраживања из уговора које је закључио његов оставилац.

Међутим, иако стицалац, као универзални сукцесор Купца капитала или имовине, као и наследник физичког лица, има права на потраживања из уговора о куповини, стицалац је стекао одређена облигациона права и то само имовинска права.

Наиме, Купац капитала је на основу закљученог уговора стекао и статусна права према субјекту приватизације, па је куповином имовине или капитала постао власник акција или удела привредног субјекта чији капитал и имовина је била предмет приватизације, али стицалац, или наследник, не би могао претендовати на стицање и тих права, тј. статусних права која је имао купац капитала. Ово из разлога што иако је стицалац универзални сукцесор купца капитала или имовине, као и наследник физичког лица, на њега су само прешла имовинска али не и остала права, обзиром да стечена статусна права нису преносива, јер се ради о врсти личних права. Чињеница је да су лична права везана за

појам личности тј. физичког лица, али одређена лична права, као што је оснивачко право могу бити везана и за правно лице, обзиром на природу и карактер оснивачких права, која су иста без обзира да ли наведено право има физичко или правно лице, односно да ли је оснивач физичко или правно лице.

То значи, да би стицалац или наследник, у ситуацији када би доказао да је Агенција за приватизацију неосновано раскинула уговор о продаји капитала или имовине, због неиспуњења, имао право да захтева накнаду штете због неосновано раскинутог уговора између купца капитала, чији је он сукцесор или наследник, и Агенције за приватизацију, али не и право на повраћај одузетих акција субјекта приватизације, које су након раскида уговора пренете Акцијском фонду односно Агенцији за приватизацију, или право да тражи утврђење да постоји правни однос између стицаоца, као универзалног сукцесора Купца капитала и Агенције за приватизацију, по основу Уговора о продаји капитала или имовине.

У супротном, уколико би се стало на становиште да стицалац или наследник може стећи и статусна права лица које му је припојено, из приватизационог уговора, на стицаоца би се пренео друштвени или државни капитал без спровођења поступка приватизације у смислу Закона о приватизацији, и без провере испуњености услова да ли наведено правно или физичко лице може бити купац капитала у смислу императивних законских одредби које прописује ко може бити купац капитала. То значи да је држава у циљу заштите јавног поретка ограничила право одређеним правним и физичким лицима да стичу друштвени или државни капитал у поступку приватизације, тј. да се појављују као купци капитала или имовине, па би омогућавање правним наследницима да стичу наведена права из приватизационих уговора, било супротно интересима друштва.

Како је то већ наглашено, уговор о продаји капитала или имовине, представља посебну врсту уговора, приватизационог уговора (облигационог, статусног и јавног карактера), па стицалац или наследник не би био активно легитимисан ни за подношење захтева за утврђење да постоји правни (уговорни) однос између стицаоца или наследника, који није био уговорна страна, и Агенције за приватизацију.

Из наведеног следи да у случају статусне промене купца капитала, уколико купац капитала престаје да постоји без спровођења ликвидације, на сукцесора из приватизационог уговора, прелазе ограничена права, условљена правном природом приватизационог уговора и то имовинска права, али не и статусна права.

**Branka ŽERAJIĆ**  
Judge

## **RIGHTS OF LEGAL SUCCESSOR OR HEIR OF ACQUIRER IN A PRIVATIZATION CONTRACT AFTER THE RECISION**

### **Summary**

*Privatization is the transfer of property rights and obligations of the funds of social and state property into other property, according to market conditions in accordance with the Law on Privatization.*

*The buyer of capital or assets may be domestic or foreign legal entity or person, with the given constraints.*

*Before the conclusion the Privatization Agency, determines solidity of the legal requirements for concluding contracts for both the foreign legal entity or person.*

*Privatisation Act does not regulate the impact of mergers of legal entities, customer capitals, on the already concluded contract, reliance in terms of the Companies.*

*Legal successor of customer capital (the acquirer) is actively legitimated to prove in civil proceedings that the requirements were not met for termination and shall exercise the rights on that basis, and is authorized to continue the already initiated civil proceedings in which the buyer of capital was a party. Demonstrating that the contract was wrongfully terminated, the licensee has no right to acquire their rights, which had a buyer of capital, as it crossed the property but no other rights. Also, the licensee is not party to the privatization contract and it can not be transferred to social or state capital without the implementation of the privatization process, and without checking eligibility if the person can be a buyer of capital.*

**Key words:** *privatization, Agency for privatization, mergers and acquisitions, contract recision.*

др Маријана ДУКИЋ-МИЈАТОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета Привредна академија у  
Новом Саду

## ПРЕДЛОГ ПЛАНА РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ У СВЕТЛУ ЗАКОНСКИХ ПРОЦЕДУРА СТЕЧАЈНИХ ЗАКОНА У РЕГИОНУ

### Резиме

У стечајном праву основни инстинкти, којим је стечајни дужник вршио санацију било је принудно поравнање, а значај овог инстинкта следи и из наслова прелиминарно важне Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.<sup>1</sup> Стечајни план је квалитетнија замена за принудно поравнање.<sup>2</sup> Реорганизација стечајног дужника је актуелни инстинкт стечајног права, ирвено целосходан, обзиром да се њеним успешним спровођењем стечајни дужник ревитализује, а самим тим настаје низ позитивних последица за све учеснике стечајног поступка. Наведена решења познаје наш стечајни закон, али и стечајни зако-

1 Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, Службени лист СФРЈ, број 84/89 и Службени лист СРЈ, бр. 37/1993 и 28/1996.

2 Види више М. Велимировић, *Стечајно право*, Symbol, Нови Сад, 2004, стр. 189; С. Спасић, „Правна дејства стечаја привредних друштава на парнични и извршни поступак“, *Актуелна питања стечајног права*, Бања Лука, 2008; С. Спасић, „Новине у Закону о стечају“, *Зборник радова VII традиционалној научној скупи Златиборски дани права Универзитета Привредна академија Правни факултет за привреду и правосудје Нови Сад и часописа Право – теорија и пракса*, 2010; С. Спасић, „Стечајно поверилачки органи у поступку“, *Актуелна питања стечајног права*, Бања Лука, 2008; С. Спасић, „Однос и разграничење између извршног и стечајног поступка у Србији“, *Актуелна питања стечајног права*, Бања Лука, 2008; М. Дукић-Мијатовић, *Заштитна поверилаца у стечају*, докторска дисертација Правни факултет за привреду и правосудје Универзитета Привредна академија у Новом Саду, 2008; М. Дукић-Мијатовић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2010.



ни бивших југословенских република, на чија решења ће аутор указати овим радом кроз презентовање предлога плана реорганизације у светлу законских процедура стечајних закона у региону.<sup>3</sup> Повериоци су у значајно бољем положају, од оног у коме су се могли наћи да је дошло до банкротства и намерења по исљатиним редовима из формиране стечајне масе, док зајослени код стечајног дужника и власници кайишала стечајног дужника у реорганизацији свакако виде очување јосијојеће стайуса, али и могућности за боље и профитабилније јословање у будућности, што је изузетно битно јосмајрано са макро аспектима развоја привреде у региону, а самим тим и домаће привреде.

**Кључне речи:** стечај, предлог плана реорганизације, стечајни закони у региону.

## I Општи појмови поступка реорганизације

### 1. Појам реорганизације

Реорганизација се може дефинисати и као могућност стечајног дужника да живи поново, с тим да то мора бити економично за повериоце, који ће донети важну одлуку и одредити се за банкрот или реорганизацију, руковођени једино објективним постулатима за реорганизацију, какав је да постоји производни процес који се може наставити.<sup>4</sup> Реорганизација се заснива на уговору инсолвентног дужника са већинским повериоцима, дајући му могућност да се економски опорави и избегне престанак банкротством и омогућујући повољније намерење потраживања.<sup>5</sup> План реорганизације је платформа на којој се

3 Члан 155–173 Закона о стечају Републике Србије, *Службени јасник РС*, бр. 104/2009, члан 61–79 Закона о инсолвентности привредних друштава Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 25/2002, 2/2007, 62/2008, члан 142–194 Закона о стечајном поступку Републике Српске, *Службени јасник Републике Српске*, бр. 67/2002, 77/2002, 38/2003 и 96/2003, члан 142–194 Закона о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 29/2003, 32/2004 и 42/2006, члан 213–299 Стечајног закона Републике Хрватске, *Народне новине*, 1996/44, 1999/29, 2000/129, 2003/123, 2003/197, 2004/187, 2006/82.

4 „Отуда, реорганизација може водити спречавању банкротства, ако то субјекти који имају највише интереса за такав исход реорганизације прихвате као свој легитимни економски интерес, који је снажнији од секундарног економског интереса који води банкротству. У ове субјекте спадају пре свега повериоци инсолвентног друштва, а делом и његови власници.“ Види више М. Васиљевић, „Скица за филозофију стечајног права“, *Зборник радова III Конференције одбора јрисијујајућих земаља INSOL EUROPE*, Београд, 2007, стр. 19.

5 Види више Н. Јовановић, „Предрасуде о стечајној реорганизацији у Србији“, *Зборник радова III Конференције одбора јрисијујајућих земаља INSOL EUROPE*, Београд, 2007, стр. 51; С. Спасић, „Стечајна реформа – Одговоре на финансијску кризу на

уређују будући односи стечајног дужника и стечајних поверилаца, све у циљу успешне санације.<sup>6</sup> Реорганизација у функционалном смислу замењује принудно поравнање, али га не искључује.<sup>7</sup>

Ово зато што се реорганизација, између осталог, може извршити и путем смањења или одлагања исплате дугова, а што је неопходно за принудно поравнање. „За разлику од принудног поравнања, којим се олакшава положај дужника али се битно не утиче како ће даље водити пословање, реорганизација обухвата низ мера којима се задира у финансијску структуру дужника, у структуру његовог капитала; у структуру чланова привредног друштва, чланска права и права запослених, организацију и обим његових пословних активности.“<sup>8</sup> Реорганизација даје могућности трансформације дужника и то правноорганизационе, управљачке и финансијске.<sup>9</sup>

## 2. Компаративни преглед појма реорганизације

Како је институт реорганизације изузетно и функционално и структурално широк, још адекватнији је институт *redressment* (опоравак, подизање), који егзистира у француском стечајном законодавству,<sup>10</sup> јер крајњи циљ поступка реорганизације осим намирања поверилаца је очување привредне активности стечајног дужника.<sup>11</sup> „У Француској, ако су испуњени услови за покретање поступка, суд може да донесе одлуку о ликвидацији предузећа или да отвори поступак редресмана /опоравка/. По правилу, предузеће може да буде ликвидирано под условом

---

глобалном нивоу и у Србији“, *Правни живоић*, Београд, 2010; М. Дукић-Мијатовић, „Осврт на модалитете заштите поверилаца у стечају у светлу Закона о стечају“, *Зборник радова VII традиционалној научној скупи Златиборски дани права*, Нови Сад, 2010, стр. 339–375.

6 Види више М. Дукић-Мијатовић, „Преглед законских процедура у поступку утврђивања потраживања стечајних закона у региону“, *Темајски зборник радова Право земаља у региону*, Институт за упоредно право, Београд, 2010, стр. 368–390; М. Дукић Мијатовић, *Водич кроз стечајни посивуак – Осврћ на стечајно законодавство бивших јуословенских република*, ауторско издање, Нови Сад, 2010; С. Спасић, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2011; С. Спасић, „Новине у Закону о стечају“, *Зборник радова Златиборски дани права*, Нови Сад, 2010; В. Козар, *Коментар Закона о стечају*, Београд, 2010.

7 А. Tunc, *Le droit americain des sociétés anonymes*, Paris, 1985, стр. 302.

8 М. Велимировић, „Садржај и дејство стечајног плана“, *Правни живоић*, бр. 11/03, стр. 31.

9 Љ. Дабић, „Реорганизација стечајног дужника“, *Правни живоић*, бр. 11/2006, том III, стр. 93.

10 Види више М. Мићовић, „Реорганизација или *redressment* стечајног дужника“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 650.

11 G. Ripert, R. Roblot, *Droit commercial*, т. 2, Paris, 1996, стр. 878.

да је претходно отворен и спроведен поступак редресмана.<sup>12</sup> Ако је стање дужника такво да до опоравка неће доћи, суд може да ликвидира предузеће и без отварања поступка редресмана. „Такву одлуку суд може да донесе ако је дужник престао да обавља привредне активности или ако је опоравак очигледно немогућ. Процену немогућности опоравка врши суд имајући у виду пасиву дужника и могућност да у будућности одржи активности које обавља.“<sup>13</sup> За разлику од континенталног права, *common law* има традицију по питању реорганизације, те се законодавац одредбама главе XI Закона о стечају САД из 1978. године бавио искључиво овом регулативом, прописујући да судија може да остави дужнику рок од 120 дана (са могућношћу скраћења или продужења) да поднесе план реорганизације.

## II План реорганизације, као иницијални акт у поступку реорганизације

### 1. Подношење плана реорганизације (предлагачи, рокови и садржај)

Реорганизација је институт стечајног права, који је у светским регулативама веома познат и присутан.<sup>14</sup> Реорганизација се спроводи у судском поступку са циљем рехабилитације привредног субјекта у финансијским невољама.<sup>15</sup> Реорганизација се спроводи ако се тиме

12 E. Corre – Broly, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2001, стр. 651.

13 М. Мићовић, *нав. чланак*, стр. 651.

14 Више: Oscar Couwenberg, Abe de Jong, *American Law and Economic Review*, бр. 7/2008, стр. 253–83; „Costs and recovery rates in the Dutch liquidation-based bankruptcy system“, *European Journal of Law and Economics*, бр. 26(2), стр. 105–127; Sergei Davydenko, Franks Julian, „Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K.“, *Journal of Finance* 63 (April), стр. 565–608; Simeon Djankov, Oliver Hart, Caralee McLiesh, Andrei Shleifer, „Debt Enforcement around the World“, *Journal of Political Economy*, бр. 116(6), стр. 1105–1149; Mario Gamboa-Cavazos, Frank Schneider, „Bankruptcy as a Legal Process“, Manuscript, Department of Economics, Harvard University; Xavier Gine, Inessa Love, „Do Reorganization Costs Matter for Efficiency? Evidence from a Bankruptcy Reform in Colombia“ World Bank Working Paper, 2008; Oliver Hart, „Different Approaches to Bankruptcy“ у: Claessens et al. (eds.), *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, The World Bank, Washington DC; Joseph Stiglitz, „Bankruptcy Laws: Basic“, Claessens et al. (eds.), The World Bank, Washington DC; Joseph Stiglitz, „Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles“ у: Claessens et al. (eds.), *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, 2002; The World Bank, UNCITRAL „Legislative Guide on Insolvency Law“, June 2004.

15 Реорганизација није решење свих законодаваца. Она штити компаније које покушавају да се рехабилитују и за то време повериоци под посебним условима могу остварити своја потраживања. Јапан, Норвешка и САД имају функционалан

обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економско оправдани услови за наставак дужниковог пословања. „Стечајни план је акт (споразум), који је донесен сагласношћу квалификоване већине стечајних поверилаца, о модалитетима реорганизације дужника, а који потврђују надлежни суд и има снагу извршног наслова за све непривилеговане повериоце.“<sup>16</sup> Подношењем плана реорганизације, чија правна природа је двојна, јер има елементе како уговора, тако и судске одлуке, иницира се даље спровођење самог поступка, који ће резултовати намирењем поверилаца и ревитализацијом стечајног дужника, с тим да се обавезе које настану у току реорганизације исплаћују одмах, од постојећих прихода.<sup>17</sup> План реорганизације може се поднети истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка или након отварања стечајног поступка у складу са овим законом. Како је већ речено према одредбама члана 155 став 4 Закона о стечају ако се план реорганизације подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка његов назив се мења у унапред припремљен план реорганизације. Законодавац Републике Српске у члану 142 прецизирао је да дужник може план да поднесе и уз предлог, као и законодавац Федерације Босне и Херцеговине (члан 142). Према члану 16 Закона о инсолвентности привредних друштава „дужник који намјерава да се финансијски опорави у току стечајног поступка дужан је да суду код којег је предлог евидентиран поднесе у року од 20 дана од дана подношења предлога изјаву о намјери да изврши реорганизацију“. Црногорски законодавац је начело хитности стечајног поступка афирмисао посебно одредбама, којим регулише реорганизацију, тако да је прописано да на изјаву стечајног дужника у

систем реорганизације. У Бразилу је систем реорганизације заживео од 2004. Време стечаја се скратило са десет на четири године. Реформе су суочене са првим тестом у јуну 2005, када је бразилски авио превозник поднео захтев за банкрот и за нешто више од годину дана имовина је продата новом власнику и стечај је завршен у другој години. *Simeon Djankov*, главни економиста за финансије и развој приватног сектора групе Светске банке, „Стечајни режими током финансијске кризе“.

16 М. Велимировић, *Стечајно право*, стр. 187.

17 Стечајним законима бивших југословенских република реорганизација је регулисана релативно уједначено, па као ни у нашем Закону о стечају није транспарентано прописан циљ плана реорганизације, обзиром да правна теорија познаје ликвидациони план, преносни план и санациони план, као модалитете плана реорганизације. Сврха ликвидационог плана увећање стечајне масе, путем испуњења постојећих уговора. Преносним планом се у функцију доводи део предузећа стечајног дужника, тако да се стечајни повериоци намирују како из куповне цене добијене продајом предузећа, тако и добијањем удела у новооснованом друштву преузимаоцу или из будућих прихода предузећа. Санационим планом решава првенствено питање инсолвентности мерама репрограма дуговања, које воде санацији стечајног дужника. Види више Г. Станковић, Н. Петрушић, *Стечајно процесно право*, Београд, 2006; М. Дукић-Мијатовић, *нав. дело*, ауторско издање, Нови Сад, 2010.

року од 30 дана од подношења могу да поднесу писани приговор управник, сваки поверилац и група поверилаца, о чему суд извештава дужника у року од 24 сата, а рочиште на коме суд одлучује о приговору одржава се у року од десет дана од дана подношења предлога. Према члану 214 став 1 стечајног закона Републике Хрватске „стечајни план имају право стечајном вијећу поднијети стечајни управитељ и дужник појединац“, с тим да „дужник може стечајни план поднијети заједно с приједлогом за отварање стечајног поступка. Неће се узети у обзир план којег се поднесе суду након завршног рочишта.“

План реорганизације, могу поднети стечајни дужник, стечајни управник, разлучни повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику,<sup>18</sup> стечајни повериоци који имају најмање 30% необезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника.<sup>19</sup> Има ли стечајни управник обавезу да поднесе план реорганизације питање је које је актуелно у правној теорији?<sup>20</sup> Црногорски Закон о инсолвентности привредних друштава нуди идентично решење као наш стечајни закон, док хрватски стечајни закон право инструисања даје одбору поверилаца, а не стечајном судији, што је решење и законодаваца Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине. Националним стандардима за вршење надзора над извршењем плана реорганизације утврђује се поступак спровођења надзора од стране стечајног управника.

Трошкове сачињавања и подношења плана реорганизације сноси предлагач плана реорганизације. Трошкови у вези са сачињавањем и подношењем плана реорганизације, који предложе стечајни управник

18 Види више М. Дукић-Мијатовић, „Преглед законских процедура стечајних закона у региону у поступку остваривања права излучних и разлучних поверилаца“, *Зборник радова Акцијелне њромене у њравном сисџему Републике Србије Савејована Правнички дани њроф. др Славко Царић*, Сомбор, Правни факултет Универзитета Привредна академија у Новом Саду, 2011.

19 Идентично је решење црногорског законодавца из члана 62 Закона о инсолвентности привредних друштава. Стечајним законима Републике Српске (члан 143) и Федерације Босне и Херцеговине (члан 143) прописано је да стечајни дужник план реорганизације може поднети уз предлог отварања стечајног поступка, а након тога и стечајни управник, са којим у изради плана саветодавно сарађује одбор поверилаца, ако је основан и дужник појединац, што је решење и хрватског законодавца.

20 „Присталице супротног правног становишта сматрају да је подношење плана реорганизације право, а не дужност стечајног управника. Стечајни управник нема обавезу да поднесе план реорганизације, а стечајни судија у смислу члана 12 став 1 тачка 7 само врши надзор над радом стечајног управника и нема могућност да му наложи да план поднесе.“ – Види више Спасић С.. Спорна правна питања и практични проблеми у поступку реорганизације, *Златиборски правнички дани 2007*, Привредна академија, Нови Сад, стр. 111.

или стечајни дужник, представљају трошак стечајног поступка. План реорганизације подноси се стечајном судији најкасније 90 дана од дана отварања стечајног поступка. Ако је у овом року поднет образложени предлог за продужење тог рока, стечајни судија може рок да продужи највише за 60 дана. Ако у року за подношење плана реорганизације овлашћени предлагач затражи додатни рок за измену поднетог плана реорганизације, стечајни судија може, уз сагласност одбора поверилаца, да одобри додатни рок од највише 60 дана.<sup>21</sup> Идентично решење садржи Закон о инсолвентности привредних друштава Црне Горе, док Стечајни закон Републике Хрватске не садржи прописани рок,<sup>22</sup> већ тумачењем одредби долази се до закључка да је преклузиван, обзиром да се одбацује план реорганизације, који је поднесен суду након протекла рока. Законодавци Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине нису позитивном енумерацијом регулисали садржај плана реорганизације, него је одредбама члана 144 оба стечајна закона прописано да се стечајни план састоји од припремне основе и основе за спровођење, које су детаљно регулисане одредбама чланова 145 и 146 стечајних закона, као и у хрватском стечајном закону, где су одредбама члана 215 регулисане „припремна и provedбена основа“.<sup>23</sup> Међутим у стечајном поступку се примењују одредбе закона, који уређује парнични поступак, ако стечајним законом није другачије уређено. Како су рокови, које регулише Закон о парничном поступку преклузивни, намеће се и закључак да је рок за подношење плана реорганизације преклузиван.

Тумачењем одредби нашег стечајног закона, недвосмислено се потврђује хипотетички закључак, да је рок за подношење плана реорганизације преклузиван. Поверилачко рочиште одређује стечајни судија решењем о покретању стечајног поступка. Ако се на првом рочишту не изгласа банкротство од стране скупштине поверилаца тада се приступа изради плана реорганизације. План реорганизације се може поднети стечајном судији најкасније 90 дана од дана отварања стечајног поступка. То даље значи да уколико је прво поверилачко рочиште заказано 40 дана

21 Члан 161–162 Закона о стечају Републике Србије.

22 Члан 214 став 1 Стечајни закон Републике Хрватске.

23 „У правној теорији постоје два потпуно супротна становишта о преклузивности наведеног рока, с тим што присталице становишта да је рок инструкционе природе заснивају свој став на постојању правне празнине у Закону о стечајном поступку, обзиром да није прописано до ког тренутка се може продужити основни и накнадно одређени рок за подношење плана реорганизације, јер је продужење свакако могуће у случају једногласне одлуке одбора повериоца, а преклузивност рока би водила немогућности примене Закона о стечајном поступку у поступцима стечаја који су већ започети по претходно важећем Закону и неминовности банкротства.“ – Д. Слијепчевић, „Спорна правна питања о поступку реорганизације стечајног дужника“ – реферат објављен у Билтену судске праксе Врховног суда Србије, октобар 2006. године, стр. 51–466.

од дана отварања стечајног поступка, за израду плана реорганизације преостало је још 50 дана. Овај рок стечајни судија може да продужи највише за 60 дана, што значи да се план реорганизације може радити још највише 110 дана од дана одржавања тог поверилачког рочишта. Свако даље продужење рока за подношење плана реорганизације, стечајни судија може да одобри само уз једногласну сагласност чланова одбора поверилаца. Ако ниједан план реорганизације није поднет у прописаном року суд доноси одлуку о банкротству, а на основу тог решења стечајни судија доноси закључак о уновчењу стечајне масе. Уколико ниједан план реорганизације није поднет у прописаном поступку стечајни судија доноси закључак о уновчењу стечајне масе. То у ствари значи банкротство стечајног дужника.<sup>24</sup> „По доношењу ове одлуке пут ка реорганизацији стечајног дужника трајно је затворен.“<sup>25</sup>

Међутим, сви субјекти стечајног поступка имају своја очекивања везана за свој економски интерес, што се рефлектује и на заинтересованост за поступак реорганизације.<sup>26</sup> Са аспекта регулисања корпоративног управљања у стечају одредбе о реорганизацији стечајног дужника су најквалитетније одредбе нашег стечајног закона, обзиром да су корпоративни оквир и корпоративна структура у реорганизацији, кроз дефинисање позиција и надлежности учесника реорганизације, одређени у целости и видљиво измењени у односу на претходне фазе поступка, а посебно је квалитетан модалитет заштите поверилаца законодавац омогућио увођењем унапред припремљеног плана реорганизације.<sup>27</sup>

24 С. Спасић, „Спорна правна питања и практични проблеми у поступку реорганизације“, стр. 108; С. Спасић, „Стечајна маса – Осврт на хармонизацију стечајног права“.

25 Ј. Газивода, Д. Станојевић, „Прво поверилачко рочиште – непознанице и отворена питања“, *Правни живои*, бр. 11/2005, том III, стр. 415.

26 Необезбеђени повериоци су за реорганизацију углавном заинтересовани, јер кроз оживљавање пословања стечајног дужника могу да наплате отраживање у већем износу, него да је дошло до банкротства. Супротно њима, различним повериоцима више одговара бржа наплата кроз продају предмета хипотеке или залог. Запосленима свакако више одговара реорганизација него банкротство, ради очувања радних места.

27 Према одредбама члана 163 Закона о стечају стечајни судија може по службеној дужности или на предлог заинтересованог лица наложити стечајном управнику или другим стручним лицима које је ангажовао да утврде тачност података из предлога плана реорганизације. Трошкове настале по том основу сноси подносилац предлога плана реорганизације. Стечајни судија ће по службеној дужности или на предлог заинтересованог лица одбацити предлог плана реорганизације ако: нису поштоване одредбе овог закона о овлашћеним подносиоцима, садржини и року за подношење плана реорганизације, а недостаци се не могу отклонити или нису отклоњени у примереном року који је одредио стечајни судија; ако

## 2. Осврт на специфичности плана реорганизације код *pre pack*-а (унапред припремљеног плана реорганизације)

Појам и карактеристике *pre pack*-а. Институт *pre pack*-а или унапред припремљеног плана реорганизације у наше законодавство реципиран је из америчког Закона о банкрутству,<sup>28</sup> где је његова традиција у примени дала изузетно позитивне резултате у правцу економског опоравка привредних субјеката са тешкоћама у пословању, обзиром да се његова једноставност огледа у два параметра као што су ефикасно редефинисање дужничко-поверилачких односа<sup>29</sup> посрнулог дужника са његовим повериоцима, те стратешко решавање проблема путем статусних промена. Унапред припремљени план реорганизације захтева минимално трошење временских ресурса,<sup>30</sup> тежи очувању у великој мери персоналног супстрата дужника, путем задржавања запослених на њиховим радним местима и краћим останком у стечају, спречавају се незадовољни повериоци да отму контролу над стечајним дужником од њега самог.<sup>31</sup> Наш претходни стечајни закон је прописивао да се план реорганизације може поднети истовремено са подношењем предлога за покретање поступка стечаја, као и да план реорганизације може бити поднет и од стране стечајног дужника.<sup>32</sup> Ако се план реорганизације

---

план није у складу са другим прописом. Против решења којим се одбацује план реорганизације жалбу може изјавити само подносилац плана.

28 The Bankruptcy Code USA, Chapter XI.

29 Douglas M. Foley, James E. Van Horn, „Prepacks“, Turnaround Menagment Association Dedicated to Corporate Renewal, TMA International Headquarters, Aug 27, 2008; „Prepacks“, Practicing Law Institutes, In Brief 28.1.2009.

30 Holley Performance Products, Inc., et al., Case No. 08–10256 (Delaware); DJK Residential LLC, et al., Case No. 08–10375 (SDNY); Ziff Davis Media, Inc., et al., Case No. 08–10768 (SDNY); Hilex Poly Co. LLC, et al., Case No. 08–10890 (Delaware); The Wornick Company, et al., Case No. 08–10654 (SD Ohio).

31 Одредбе Главе XI у америчком стечајном закону које регулишу класичну реорганизацију често називају и „слободан пад“, јер нема сигурности и сигурног исхода. Такви случајеви трају од 12 до 36 месеци, чак и не успевају да се окончају. За просечно спровођење током 2005. године било је потребно 19,5 месеци до потврде. За разлику од класичне реорганизације *pre packs* се закључује за 90 дана или краће. Све остале предности препацкс су нижи трошкови, јача контрола и очување посла.на основу 1991 студија утврђено је да је временски период који протекне од подношења петиције за улазак у препацкс до потврде плана 42 дана до 123 дана у 7 најуспешнијих случајева. Више Rhett G. Campbell, „Prepacks“, National Law Journal Online, Special to The National Law Journal, March 5, 2007; Stephen H. Case, Mitchell A. Harwood, „Current Issues in Prepackaged Chapter 11 Plans of Reorganization and Using the Federal Declaratory Judgment Act for Instant Reorganizations“, *Ann. Surv. Am. L.*, 1992, стр. 79.

32 Одредбе члана 127 став 2 и 129 став 1 Закона о стечајном поступку Републике Србије нису омогућавале примену унапред припремљеног плана реорганизације,



подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка његов назив се према Закону о стечају мења у унапред припремљен план реорганизације.<sup>33</sup> Ако стечајни дужник истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка поднесе унапред припремљен план реорганизације у предлогу се мора јасно назначити да се предлаже покретање стечајног поступка реорганизацијом, у складу са унапред припремљеним планом реорганизације. Стечајни судија у року од три дана од дана подношења уредног предлога доноси решење о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације којим заказује рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану на које позива све познате повериоце. Рочиште се одржава у року предвиђеном за окончање претходног поступка. Осим наведеног рочишта стечајни судија може да одржи и рочиште ради одлучивања о одређивању мере забране извршења и намирења, као и рочиште ради одлучивања о именовању привременог стечајног управника. Оглас о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације израђује стечајни судија и објављује се на огласној табли суда и у *Службеном гласнику Републике Србије*, као и у најмање три високотиражна дневна листа који се дистрибуирају на целој територији Републике Србије. Трошкове објављивања огласа као и друге трошкове претходног поступка дужан је да предујми предлагач у износу који одреди суд, а у року од три дана од дана добијања судског налога. У случају да предлагач не уплати предујам, стечајни судија обуставиће претходни поступак и предлог одбацити. Претходни поступак траје најмање 30, а највише 45 дана. Стечајни судија може закључком продужити овај рок за највише 15 дана, уколико то захтевају разлози сложености пословања и дужничко поверилачких односа у вези са стечајним дужником. На предлог подносиоца плана стечајни судија у року од пет дана од дана подношења предлога може одредити забрану извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини стечајног дужника. У случају да

обзиром да је стечајни дужник могао да поднесе предлог за реорганизацију истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка, а у другим ситуацијама није било могућности за подношење овог предлога због одредби члана 130 став 1 којима је прописано да се подношење плана врши најкасније 90 дана од дана покретања (отварања) стечајног поступка, а даном истицања огласа о покретању стечајног поступка на огласну таблу суда сва корпоративна овлашћења прелазе на стечајног управника. Самим тим одредбе закона које су уређивале сам поступак реорганизације нису могле бити тумачене и примењене као да је у питању унапред припремљени план реорганизације. То је и решење законодавца Републике Српске и Федерације БиХ из члана 143 закона и хрватског законодавца из члана 214 Закона.

33 Члан 155 став 4 Закона о стечају Републике Србије.

нису испуњени услови за отварање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације прописани овим законом стечајни судија одбацује предлог за покретање поступка, а најкасније пет дана пре одржавања рочишта за гласање о унапред припремљеном плану реорганизације.<sup>34</sup>

*Значај и моћност и пре пак-а.* Унапред припремљени план реорганизације значи у суштини позив да се преговара о плану реорганизације са повериоцима и тражи прихватање тог плана пре подношења пријаве за стечај, а имајући у виду да са повериоцима врло брзо договор може бити постигнут, из стечаја се излази врло брзо.<sup>35</sup> *Prepacks* је хибрид два метода реорганизације, јер комбинује ниске трошкове вансудског договора са предностима формалне реорганизације. Три разлога су мотивишућа за избор унапред припремљеног плана реорганизације, а то су договор поверилаца, избегавање потпуног престанка делатности и очување пословања.<sup>36</sup> Унапред припремљени план реорганизације је одлично решење када дужник има ограничен број поверилаца, те је на суду да процени да ли је у поступку који је претходио подношењу овог плана дошло до поштовања свих когентних норми стечајног закона. Суд се не упушта у економску оправданост и изводљивост плана. Међутим, околност да је унапред припремљени план реорганизације усвојен од поверилаца, не значи да суд мора да га потврди. Овакав план елиминисе потребу за накнадним преговарањем, дужник ће пословати поново и трошкови ће бити нижи него код класичне реорганизације или евентуално банкротства.<sup>37</sup>

### III Закључна разматрања

Реорганизација је институт стечајног права, који је у наш стечајни закон, те стечајне законе у региону реципиран из светских регулатива, где се примењује са дугом традицијом. Спроводи се у судском поступку са циљем ревитализације привредног субјекта који послује са тешкоћама и обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство. Стечајни план је акт који је настао сагласношћу воља квалификоване већине стечајних поверилаца о модалитетима реорганизације дужника, који након што га потврди надлежни суд има снагу извршне ис-

34 Види члан 160 Закона о стечају Републике Србије.

35 Последњи актуелан случај ове врсте у САД био је *Crysler*.

36 *Pre pack* се користио и у мексичкој кризи и заживео након кризе и у Источној Азији, а варијација оваквог банкротства су и тзв. Лондонска правила. Види више С. Спасић, „Стечајна реформа – одговори на финансијску кризу на глобалном нивоу и у Србији“, *Правни животи*, бр. 12, 2010.

37 West Law Business 26.02.2009, *Prepack Bankruptcy: Avoid Chapter 11's Casino*.

праве и новог уговора.. Посебно је целисходан унапред припремљени план реорганизације, који значи у суштини позив да се преговара о плану реорганизације са повериоцима и тражи прихватање тог плана пре подношења пријаве за стечај, а имајући у виду да са повериоцима врло брзо договор може бити постигнут, из стечаја се излази врло брзо. Унапред припремљени план реорганизације комбинује ниске трошкове вансудског договора са предностима формалне реорганизације. Подношењем плана унапред припремљеног или класичног плана реорганизације иницира се даље спровођење поступка, који ће резултовати намирењем поверилаца и обнављањем пословања стечајног дужника, те је од изузетног значаја за развој домаће привреде, те привреда у региону, које функционишу по принципу спојених судова, да институт реорганизације и у материјалном и процесном смислу буде квалитетно регулисан и ефикасно примењен у пословној и судској пракси.

**Marijana DUKIĆ-MIJATOVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the University Business Academy of Novi Sad  
Faculty of Law**

## **THE PROPOSAL OF A PLAN OF REORGANIZATION IN LIGHT OF THE LEGAL PROCEDURES OF BANKRUPTCY LAWS IN THE REGION**

### **Summary**

*In bankruptcy law, basic institute used for conducting the rehabilitation of the bankruptcy debtor was compulsory settlement. The importance of this institute stems from the title of the previously existing Law on Compulsory Settlement, Bankruptcy and Liquidation. The bankruptcy plan is more suitable substitute for compulsory settlement. Reorganization of the bankruptcy debtor is current institute of the bankruptcy law, particularly expedient, given that its successful implementation the bankruptcy debtor is revitalized, and therefore performs a series of positive consequences for all participants in the bankruptcy proceedings. The above solutions are included in our bankruptcy law, and also bankruptcy laws of the former Yugoslav republics, which the solutions will be shown in this paper by presenting the proposal of plan of reorganization in light of the legal procedures of bankruptcy laws in the region.*

*Creditors are in a much better position than where they might find that there was a bankruptcy and settlement by the payment priority established in*

*the bankruptcy estate, while employed by the debtor and the capital owners of the debtor in reorganization certainly see the conservation of current status, and opportunity for better and more profitable business in the future, which is extremely important seen from a macro point of view of economic development in the region, and hence the domestic economy.*

**Key words:** *bankruptcy proceedings, proposal of plan of reorganization, bankruptcy laws in region.*

**Немања НИКОЛИЋ**  
специјалиста за корпоративно управљање  
правни саветник у консултантској кући Adventis Corporate Advisory

## **РЕСТРУКТУРИРАЊЕ У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ: КАКО ОБЕЗБЕДИТИ ЗАШТИТУ ПОВЕРИЛАЦА И ПРАВНУ СИГУРНОСТ?**

### **Резиме**

*У овом раду аутор се бави проблемом реструктурирања у процесу приватизације у контексту заштите поверилаца и правне сигурности. Рада је логички подељен на 6 делова. Аутор најпре разматра појам компанијског реструктурирања, затим наводи неке одлике приватизационог реструктурирања уз посебан осврт на финансијске аспекте овог процеса, и анализира законску одредбу о забрани извршења над субјектима приватизације у реструктурирању као извор правне несигурности. У завршетку аутор даје уредни приказ реструктурирања и стечајне реорганизације, и на крају закључује да је реорганизација субјекта приватизације по правилима Закона о стечају знатно квалитетнија алтернатива реструктурирању.*

**Кључне речи:** реструктурирање, приватизација, реорганизација, стечај.

## I О корпоративном реструктурирању

„Корпорација... је једноставно правна фикција која егзистира као *nexus* уговорних односа и коју карактерише постојање дељивих резидуалних права на средствима и новчаним токовима организације...“<sup>1</sup>

Овако су корпорацију (компанију, фирму) дефинисали *Jensen* и *Mackling* у свом револуционарном чланку из 1976. године. Суштина ове дефиниције лежи у схватању да је компанија заправо синалагматичка спона читавог низа конституенци. Дакле, скуп различитих уговора чини структуру једне компаније.<sup>2</sup> С тог аспекта посматрано, корпоративно (компанијско) реструктурирање претпоставља измене и допуне постојећих, односно закључење нових уговора који чине структурни, тј. „грађевински“ материјал компаније, док последице реуговарања могу бити видљиве на организационом, финансијском или портфолио сегменту компанијске структуре.<sup>3</sup> Циљ реструктурирања је побољшање ефикасности и конкурентности компаније, односно стварање или повећање вредности за власнике капитала као примарне резидуалне носиоце ризика компанијског пословања.<sup>4</sup>

## II Опште одлике приватизационог реструктурирања

### 1. Појам

Реструктурирање у поступку приватизације у нашем праву уређено је Законом о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 38/01, 18/03, 45/05, и 123/07), Уредбом о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације (*Службени гласник РС*, бр. 52/2005, 96/2008 и 98/2009) и другим подзаконским прописима из области приватизације.<sup>5</sup>

1 Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Volume 3, 1976, стр. 313.

2 Економски гледано, израз „структура“ подразумева специфичан и стабилан однос кључних елемената одређене функције или процеса. Тако: Gordon Donaldson, *Corporate restructuring: managing the change process from within*, Harvard, 2004, стр. 7.

3 Види друге дефиниције реструктурирања код: Achim Schmitt, *Innovation and Growth in Corporate Restructurings*, Wiesbaden, 2009, стр. 37–39.

4 Види Ranjan Das, Udayan Kumar Basu, *Corporate restructuring: enhancing the shareholder value*, New Delhi, 2004, стр. 21–24.

5 Уредба о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима (*Сл. гласник РС*, 45/06, 108/07, 126/07 и 60/08), Уредба о поступку и условима за претварање обавеза одређених правних лица у трајни улог државе (*Сл. гласник РС*, бр. 26/2002, 91/2002, 23/2005), и др.

По законској дефиницији, реструктурирање у поступку приватизације подразумева „промене које се односе на субјект приватизације и његова зависна предузећа које омогућавају продају његовог капитала или имовине“.<sup>6</sup>

С обзиром на уговорни аспект компанијске организације, реструктурирање приватних компанија се по природи ствари креће у границама компанијског и уговорног права.<sup>7</sup> Међутим, у приватизационом реструктурирању је реч о субјектима иза чијег капитала стоји држава, тако да се „промене које се односе на субјект приватизације“, а које имају за циљ омогућавање преноса уз накнаду на приватне власнике, дешавају у окружењу когентних правних норми које уводе специјалан правни режим са циљем да што више олакшају спровођење тих промена. Последишно, резултат је правни дисбаланс, односно позитивна дискриминација субјеката приватизације у односу на све остале тржишне актере.

## 2. Одлука о реструктурирању

Субјект приватизације се уводи у поступак реструктурирања у случајевима кад његов капитал или имовина показују елементе неконкурентности на приватизационом тржишту, а реч је о субјекту који има изванредан национални, економски, социјални, па чак и политички значај. Неконкурентност се првенствено манифестује кроз незаинтересованост (или очекивану незаинтересованост) потенцијалних купаца, а основни узрок томе лежи у неатрактивној финансијској, технолошкој и организационој структури оваквог субјекта. Самим тим, реструктурирање има за циљ да побољша постојеће аномалије како би се субјект приватизације учинио утрживим. Дакле, по члану 19 Закона о приватизацији, уколико Агенција за приватизацију „процени да капитал или имовина субјекта приватизације не могу бити продати методом јавног тендера или јавне аукције без претходног реструктурирања, Агенција доноси одлуку о реструктурирању“. Реч је о дискреционом праву Агенције да процењује да ли је целисходно или не прогласити реструктурирање у једном субјекту приватизације. Смернице за доношење одлуке даје чл. 7 Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације, и оне обухватају:

6 Чл. 19 ст. 2 Закона о приватизацији (Сл. гласник РС, бр. 38/01, 18/03, 45/05 и 123/07).

7 „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.“ – чл. 10 Закона о облигационим односима (Сл. гласник СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. гласник СРЈ, бр. 31/93).

- а) немогућност спровођења поступка приватизације субјекта приватизације у постојећем статусном, односно организационом облику или у постојећој правној форми;
- б) немогућност спровођења поступка приватизације субјекта приватизације са постојећом структуром капитала;
- в) кад обавезе субјекта приватизације превазилазе укупну вредност aktive умањену за износ губитака текуће и ранијих година.

Одлука о реструктурирању садржи податке од значаја за спровођење реструктурирања, региструје се код Агенције за привредне регистре и објављује у средствима јавног информисања у року од 15 дана од доношења.<sup>8</sup>

### 3. Мере за реализацију реструктурирања

Постоји читав низ мера које се везују за поступак реструктурирања. Обично се те мере сврставају у три категорије, у зависности од тога који се сегмент компанијске структуре мења, па се тако долази до појмова организационог, финансијског и портфолио реструктурирања.<sup>9</sup>

Кад је реч о приватизационом реструктурирању, промене (мере) које се спроводе, а које имају за циљ да омогуће продају капитала или имовине субјекта приватизације, изложене су у Закону о приватизацији, и обухватају:

- а) статусне промене, промене правне форме, промене унутрашње организације и друге организационе промене;
- б) отпис главнице дуга, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично;
- в) отпуштање дуга у целини или делимично ради намиривања поверилаца из средстава остварених од продаје капитала субјекта приватизације.

Променама побројаним у Закону пратећа уредба додаје још и „друге промене“, под којима подразумева: одлагање плаћања или репрограмирање дуга субјекта приватизације, конверзију новчаних потраживања од стране поверилаца са већинским државним капиталом у капитал субјекта приватизације, пренос обавеза са једног зависног предузећа на друго зависно предузеће у оквиру повезаних предузећа, повећање капитала у

<sup>8</sup> Види чл. 19а Закона о приватизацији.

<sup>9</sup> Ова категоризација се означава као „Bowman-Singh“ модел. Види: Arne Hildebrandt, *Empirical Evidence on Shareholder Value Effects of Corporate Restructuring*, Norderstedt, 2004, стр. 3–6.



субјекту приватизације, смањење или повећање броја запослених, и друге промене које се односе на субјект приватизације, а које омогућавају продају његовог капитала или имовине методом јавног тендера или методом јавне аукције.<sup>10</sup>

Оно што прво пада у очи у овом набрајању јесте терминолошка непрецизност, с обзиром да реструктурирање другим променама обухвата и „друге промене које се односе на субјект приватизације, а које омогућавају продају његовог капитала или имовине“. Дакле, доносилац ове уредбе, увођењем невешто формулисане одредбе о могућности реструктурирања „другим променама кроз друге промене“, заправо користи једну генералну клаузулу под коју би могла да се подведе било која фактичка или правна радња која није противна закону, а омогућава продају капитала или имовине субјекта приватизације као ултимативни циљ поступка приватизације.

#### 4. Пријава потраживања

Агенција за приватизацију објављује одлуку о реструктурирању у средствима јавног информисања у року од 15 дана од доношења. Приликом објављивања одлуке, Агенција чини и јавни позив за пријаву потраживања поверилаца који садржи елементе наведене у члану 3 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима (*Службени гласник РС*, бр. 45/06, 108/07, 126/07 и 60/08). Повериоци подносе писмену пријаву потраживања субјекту приватизације и Агенцији за приватизацију у року од 15 дана од учињеног јавног позива.<sup>11</sup>

По доношењу одлуке о реструктурирању, сви повериоци субјекта приватизације бивају разврстани у две категорије: „државни“ и „остали“ повериоци. Ова класификација је значајна са аспекта правних последица. Наиме, повериоци са епитетом „државни“ добијају знатно неповољнији правни положај који се двојачко манифестује: прво, ако државни поверилац не пријави своје потраживање у прописаном року, веродостојним и коначним подацима сматрају се подаци о висини потраживања државног повериоца садржани у пословним књигама субјекта приватизације; и друго, државни повериоци имају обавезу отпуста дуга ради намирења из купопродајне цене капитала субјекта приватизације.

10 Чл. 6 Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације (*Сл. гласник РС*, бр. 52/2005, 96/2008 и 98/2009).

11 Чл. 20а Закона о приватизацији и чл. 4 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима.

## 5. Оспоравање пријављеног потраживања

Потраживање повериоца се сматра утврђеним уколико није оспорено у року од осам дана од дана истека рока за достављање пријаве потраживања.<sup>12</sup> О утврђеном потраживању саставља се записник који потписују субјект приватизације и поверилац, а који се без одлагања доставља Агенцији за приватизацију.<sup>13</sup> Овај записник уједно представља и саставни део будућег програма реструктурирања.<sup>14</sup>

Оспоравање пријављеног потраживања врши се подношењем приговора посебно оформљеном арбитражном већу у року од осам дана од пријаве. Састав арбитражног већа одређују странке тако што једног арбитра предлаже поверилац, другог субјект приватизације, а председник већа је представник Привредне коморе Србије.<sup>15</sup> Међутим, уколико субјект приватизације оспори пријављено потраживање, а не именује свог члана арбитражног већа, или уколико не потпише записник о утврђеном потраживању а не поднесе приговор, коначним и веродостојним подацима се сматрају подаци из пријаве потраживања повериоца. И обрнуто, уколико поверилац не именује свог члана арбитражног већа у случају да субјект поднесе приговор, односно уколико не потпише записник о утврђеном потраживању, коначним и веродостојним подацима се сматрају подаци из пословних књига субјекта приватизације.<sup>16</sup>

Арбитражно веће има рок од 15 дана од дана подношења приговора да донесе одлуку о висини потраживања. Уколико то не учини у остављеном року, веродостојним и коначним сматрају се подаци о висини потраживања садржани у програму реструктурирања. Ово решење се не може оценити позитивном оценом, с обзиром да пропуштање доношења одлуке од стране арбитражног већа у прописаном року иде искључиво на уштрб поверилаца, пошто се у том случају утврђеним износом потраживања сматра износ наведен у програму реструктурирања, а исти израђује Агенција за приватизацију, односно саветник кога Агенција именује.<sup>17</sup>

12 Чл. 7 ст. 1 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима.

13 Чл. 7 ст. 2 и 3 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима.

14 Чл. 9 ст. 1 т. 1 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима.

15 Члан 206 Закона о приватизацији.

16 Чл. 11 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима.

17 Чл. 21 ст. 3 Закона о приватизацији.

### III Финансијско реструктурирање субјеката приватизације<sup>18</sup>

Финансијско реструктурирање је један од најкомпликованијих аспеката компанијског реструктурирања. Утолико пре што финансијско реструктурирање, посматрано кроз призму обавеза компаније према трећим лицима, не може бити спроведено само на основу одлуке менаџмента или власника капитала, већ захтева и сагласност друге уговорне стране. Што је већи број поверилаца, и што је диверсификованија структура обавеза, то је и реструктурирање захтевније, пошто имплицира напорне преговоре са много носилаца различито дефинисаних интереса. Са тачке гледишта дужника, свеобухватни циљ финансијског реструктурирања подразумева „постизање такве структуре дуга и капитала која омогућава компанији да имплементира своје планове заокрета, тј. да буде способна да сервисира своје обавезе по доспелости и да буде у стању да финансира своје стратешко реусмерење“.<sup>19</sup>

Кад је реч о реструктурирању у поступку приватизације, декларисани циљ је сасвим другачији и зове се: утрживост капитала или имовине субјекта. Међутим, и у приватизационом финансијском реструктурирању успех процеса директно зависи од уређења питања начина намирања поверилаца. Из тог разлога законодавац доста пажње посвећује овом питању, имајући у виду да је задуженост субјеката приватизације једна од највећих препрека успешној приватизацији.

Ипак, нема говора о успеху финансијског реструктурирања без учињених уступака поверилаца. Полазећи од те претпоставке, законодавац је оптирао да у одређеним случајевима императивним одредбама обезбеди финансијску релаксацију субјеката у реструктурирању насупрот традиционалним инструментима реструктурирања који су базирају на начелу диспозитивности и по правилу не напуштају границе уговорног права. Од мера финансијског реструктурирања (које по претпоставци подразумевају концесије поверилаца) Закон о приватизацији наводи отпис и отпуст дуга ради намирања из купопродајне цене капитала, док Уредба о поступку и начину реструктурирања томе додаје и репрограмирање дуга и конверзију у капитал.

18 За потребе овог рада, под финансијским реструктурирањем субјеката приватизације сматраћемо мере за регулисање обавеза субјеката приватизације према повериоцима.

19 Stuart Slatter, David Lovett, *Corporate Recovery: Managing Companies in Distress*, Washington, D.C., 1999, стр. 308.

## 1. Отпис главнице дуга, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично

По дефиницији из члана 4 ст. 1 Уредбе о поступку и начину реструктурирања, отпис главнице дуга, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично, обухвата одустанак повериоца од потраживања. Да би отпис, као једнострана изјава воље повериоца, био пуноважан, изјава о отпису мора бити достављена субјекту приватизације и Агенцији за приватизацију. Притом уредба не наводи писмену форму изјаве о отпису као услов пуноважности исте, из чега произилази да је правно ваљана и усмено учињена изјава о отпису. С друге стране, кад је реч о отпису потраживања по основу јавних прихода, Уредба о реструктурирању упућује на закон којим се уређује порески поступак и пореска администрација. С тим у вези, одлуку о делимичном или потпуном отпису пореза и споредних пореских давања пореског обвезника који се продаје у поступку приватизације, односно који је у поступку реструктурирања, доноси Влада Србије, на предлог министра.<sup>20</sup>

## 2. Отпуст дуга ради намирења из купопродајне цене капитала

Државним повериоцима Закон о приватизацији намеће обавезу отпуста дуга ради намирења из купопродајне цене капитала субјекта приватизације, али само за потраживања која су доспела до 31.12.2004. године.<sup>21</sup> За остале повериоце отпуст дуга је опција, што значи да ти повериоци могу, али не морају да отпусте дуг ради намирења из продајне цене капитала.

Отпуст дуга ради намирења из купопродајне цене капитала субјекта приватизације је правни институт *sui generis*. Наиме, према члану 344 Закона о облигационим односима, отпуст (отпуштање дуга) претпоставља сагласност воља повериоца и дужника која за правну последицу има гашење облигације (престанак обавезе дужника). Уколико детаљно упоредимо ова два института уочићемо значајне разлике. Отпуст дуга у поступку реструктурирања са аспекта државног повериоца представља законску обавезу, што значи да нема речи о слободно израженој вољи. С друге стране, не тражи се ни сагласност дужника (субјекта приватизације), нити се потраживање државног повериоца у потпуности гаси, већ се трансформише у *pro-rata* потраживање према средствима оствареним продајом капитала субјекта. Због тога, отпуст дуга ради намирења из купопродајне цене капитала пре личи на

20 Чл. 115 ст. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

21 Чл. 20г Закон о приватизацији.

комбинацију института замене *исцупљивања* из члана 308 Закона о облигационим односима и *правила о деоби стечајне масе* из Закона о стечају. Отпустом дуга државни поверилац стиче право да учествује у сразмерном намирењу из средстава остварених продајом капитала субјекта приватизације, што значи да „прима нешто друго уместо онога што му се дугује“, док сам начин намирења личи на деобу стечајне масе у случају продаје стечајног дужника као правног лица.<sup>22</sup> Међутим, обавеза отпуста дуга важи само за доспела а неизмерена потраживања државних поверилаца са стањем на дан 31.12.2004. године, што значи да за потраживања настала касније не постоји законска обавеза отпуста, те се начин намирења државних поверилаца у том случају уређује на другачији начин.

Са аспекта осталих (недржавних) поверилаца, отпуст дуга ради намирења из купопродајне цене капитала субјекта приватизације представља „претпостављену опцију“. Дакле, законодавац „очекује“ и од осталих поверилаца да отпусте дуг, а уколико то не учине, услове и начин намирења свог потраживања уређују у споразуму са купцем капитала субјекта приватизације.

### 3. Одлагање плаћања или репрограмирање дуга

Репрограм дуга је инструмент финансијског реструктурирања који се користи са циљем „разлабљивања“ чврстих уговора који проузрокују финансијско оптерећење дужника.<sup>23</sup> Репрограмирање подразумева реуговарање дуга, односно замену старог дуга за нови (енгл. *debt-for-debt exchange*). Ово се најчешће чини кроз одлагање плаћања, односно измену рокова доспелости, уговорање плаћања у ратама, али и изменом средстава обезбеђења и других чврстих услова уговора, све у циљу омогућавања дужнику да лакше поднесе терет сервисирања обавеза.<sup>24</sup> Репрограм дуга, као једна од мера реструктурирања, спада у домен уговорног права, те Закон о приватизацији и пратеће уредбе у том погледу не интервенишу императивним одредбама, већ могуће модалитете репрограма остављају на вољу субјекту приватизације и повериоцима као уговорним странама.

22 Види чл. 20г ст. 1 и 2 Закона о приватизацији, чл. 308 Закона о облигационим односима, и чл. 135 и 136 Закона о стечају. Ипак, треба напоменути да је отпуст дуга ради намирења из купопродајне цене капитала старији институт у нашем праву од продаје стечајног дужника као правног лица.

23 Bjørn Espen Eckbo, *Handbook of corporate finance: empirical corporate finance*, Volume 2, Amsterdam, 2008, стр. 249.

24 Репрограм дуга фигурише у Закону о стечају као прво наведена мера за реализацију плана реорганизације. Види Закон о стечају, чл. 157 ст. 1 т. 1.

#### **4. Конверзија новчаних потраживања поверилаца са већинским државним капиталом у капитал субјекта приватизације**

Конверзија потраживања повериоца у капитал дужника (енгл. *debt-to-equity swap*) је типична мера реструктурирања, па није заобишла ни прописе из области приватизационог реструктурирања. Међутим, осетљивост питања конверзије и потенцијална колизија са прокламованим начелима приватизације условили су специјално уређење овог инструмента. Законодавац је могућност конверзије потраживања у капитал субјекта приватизације резервисао искључиво за повериоце са већинским државним капиталом, с обзиром да би другачије уређење овог инструмента (односно омогућавање конверзије свим повериоцима) повредило начело јавности из чл. 2 ст. 1 т. 2 Закона о приватизацији. Уколико би сваком повериоцу субјекта приватизације у реструктурирању на располагању стајала могућност конверзије у капитал, то би за правну последицу имало фактичку приватизацију субјекта нејавном методом, што је у директној супротности са чл. 10 Закона о приватизацији по коме се продаја капитала субјекта приватизације врши искључиво јавном аукцијом или јавним тендером.

Питање конверзије потраживања поверилаца са већинским државним капиталом у капитал субјекта приватизације уређено је Уредбом о поступку и условима за претварање обавеза одређених правних лица у трајни улог државе (Сл. гласник РС, бр. 26/2002, 91/2002, 23/2005).

### **IV Забрана извршења над имовином субјекта у реструктурирању**

Забрана извршења против субјекта приватизације који су у поступку реструктурирања је једна од најконтроверзнијих одредби приватизационих прописа Србије. Према члану 20ж Закона о приватизацији, „од дана доношења одлуке о реструктурирању до дана доношења одлуке о окончању реструктурирања, не може се против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, одредити или спровести принудно извршење нити било која мера поступка извршења ради намирења потраживања... Поступак принудног извршења који је у току прекида се.“

Прописивањем забране извршења у поступку реструктурирања, субјекти приватизације се фактички изједначавају са стечајним дужницима у погледу имунитета од извршног поступка.<sup>25</sup> Међутим, за

25 Види чл. 93 ст. 1 Закона о стечају.

разлику од реструктурирања у поступку приватизације, стечајни поступак (кад се спроводи банкротством стечајног дужника) *per se* представља вид генералног извршења над имовином стечајног дужника и спроводи се по јасно постављеним правилима, при чему је заштита стечајних поверилаца кључно начело поступка. Супротно томе, реструктурирање у поступку приватизације има за циљ да ревитализује субјект приватизације како би исти наставио своју егзистенцију у правном поретку након промене већинског власника, и то се у доброј мери постиже на уштрб поверилаца, нарочито државних. Међутим, за разлику од Закона о приватизацији који уводи општу забрану извршења *над имовином*<sup>26</sup> субјекта у реструктурирању, Закон о стечају иде корак даље и оставља могућност стечајном судији да у одређеним случајевима, на захтев различног повериоца, донесе одлуку о укидању забране извршења и намирења над имовином која је предмет различног права.<sup>27</sup>

Све у свему, одредба о забрани извршења уводи значајну предност субјекта приватизације у реструктурирању у односу на било који други привредни ентитет који је посегао за сличним мерама. С једне стране, финансијски аспект приватизационог реструктурирања се одвија у неравноправним условима уз значајну фаворизацију дужника, а с друге стране повериоцима се „везују руке“ кроз немогућност спровођења принудне наплате потраживања. Како је реструктурирање временски неограничено, може доћи до знатног умањења дужникове имовине током спровођења самог поступка, па повериоци сем огромног опортунитетног трошка могу искусити и реални губитак пласираних средстава. Ово ствара правну несигурност несагледивих размера и доводи до потпуног урушавања фер тржишне утакмице.<sup>28</sup>

26 Судови су у пракси одредбу о забрани извршења, односно прекиду већ започетог поступка извршења над субјектом у реструктурирању тумачили рестриктивно. У једној одлуци из 2009. године, Виши трговински суд стао је на становиште да ће „започети поступак извршења према дужнику у реструктурирању бити прекинут само уколико се извршење спроводи на његовој имовини“, чиме је дозволио наставак већ започетог поступка извршења исељењем дужника у реструктурирању из пословних просторија у власништву извршног повериоца, правдајући овакву одлуку образложењем да се у конкретном случају не ради о извршењу над имовином субјекта у реструктурирању, већ над имовином извршног повериоца. Види Решење Вишег трговинског суда Иж. 1219/2009 од 8.5.2009 године у: Судска пракса трговинских судова, Билтен бр. 2/2009.

27 Види чл. 93 ст. 4 и 5 Закона о стечају.

28 Кад је реч о забрани извршења над имовином субјекта у реструктурирању, односно обавези прекида већ започетог поступка извршења, једно недавно усвојено правно схватање Врховног касационог суда Србије је поприлично узбуркало страсти. Наиме, Грађанско одељење Врховног касационог суда је на седници одржаној 22.2.2011. године усвојило сентенцу правног схватања, која је верификована 24.2.2011. године, а која гласи: „Извршни поступци који се односе на наплату нов-

## V Реорганизација по Закону о стечају као боље решење

Реструктурирање у поступку приватизације има за циљ да разноврсним правно-економским захватима омогући продају капитала или имовине субјекта приватизације, те Агенцији за приватизацију увек стоји на репертоару могућност покретања овог поступка уколико процени да је неопходан да би капитал или имовина субјекта могли бити продати. Имајући у виду да су овакви субјекти (који се не могу приватизовати без претходног реструктурирања) најчешће презадужени,<sup>29</sup> да нема спасоносног реструктурирања исти би највероватније завршили у стечају. Међутим, Агенција за приватизацију ни у том случају не би остала без функције, па би као законом овлашћени стечајни управник именовала свог повереника да обавља тај посао.<sup>30</sup>

Уколико пођемо од претпоставке да постоје *реални изледи* за наставак пословања субјекта приватизације код кога се стекао неки стечајни разлог (најчешће презадуженост), алтернативно решење реструктурирању било би покретање поступка реорганизације у складу са Законом о стечају, односно подношење стечајном суду плана реорганизације или чак и унапред припремљеног плана реорганизације. Многи аргументи говоре у прилог овом решењу.

Уколико би стечајна реорганизација превагнула над реструктурирањем, повериоци би имали знатно повољнији правни положај. Прво, не би се правила разлика између државних и осталих поверилаца, већ би сви повериоци били разврстани у одговарајуће класе према праву приоритета у намирењу.<sup>31</sup> Друго, сви повериоци унутар исте класе имали би једнак третман и равноправан положај.<sup>32</sup> Треће, план

---

чаних потраживања из радног односа утврђених извршним исправама против извршног дужника, субјекта приватизације у реструктурирању, неће се прекидати. Прекинути поступци ће се наставити и окончати.“ Ово правно схватање је очигледно супротно чл. 20ж Закона о приватизацији и тешко би се могло бранити. Можда је Врховни касациони суд имао у виду нека прокламована начела поступка приватизације као што су „начело стварања услова за развој привреде и социјалну стабилност“ и „начело флексибилности“, па је „флексибилно“ протумачио члан 20ж Закона о приватизацији и заузео правно мишљење које „доприноси социјалној стабилности“ тиме што фаворизује раднике субјеката у реструктурирању у односу на друге повериоце. Све у свему, остаје да се види како ће Врховни касациони суд ово правно мишљење одбранити, односно како ће се оно одразити на даље спровођење већ започетих поступака реструктурирања у Србији.

29 По дефиницији из чл. 11 ст. 5 Закона о стечају, презадуженост постоји кад је имовина дужника мања од његових обавеза.

30 Види чл. 5 ст. 2 Закона о приватизацији и чл. 19 ст. 2 Закона о стечају.

31 Чл. 165 ст. 3 Закона о стечају.

32 Чл. 4 Закона о стечају.



реорганизације (било „редовни“ или унапред припремљени) би морао бити изгласан од стране поверилаца да би ступио на правну снагу.<sup>33</sup> Четврто, подносиоцу унапред припремљеног плана реорганизације је дата могућност да издејствује меру забране извршења у претходном поступку подношењем предлога стечајном судији.<sup>34</sup> Кад је реч о „редовном“ плану реорганизације, чињеница да се исти подноси суду у већ отвореном стечајном поступку значи да је забрана извршења већ активна (од момента отварања стечајног поступка). У сваком случају, уколико се план реорганизације изгласа од стране поверилаца, он постаје извршна исправа, те се за потраживања поверилаца наведених у плану питање извршења изван плана и не поставља.<sup>35</sup> Пето, повериоцима стоји на располагању могућност покретања поступка банкротства уколико је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин, или уколико стечајни дужник не поступа по плану или поступа супротно плану реорганизације ако се тиме битно угрожава спровођење плана реорганизације.<sup>36</sup> Шесто, рок спровођења плана реорганизације по закону не може бити дужи од пет година,<sup>37</sup> док реструктурирање у поступку приватизације није орочено, те би хипотетички могло да траје годинама, па и деценијама. Орочењем спровођења реорганизације добија се временска извесност поступка, што је са аспекта поверилаца знатно квалитетније решење. Седмо, о оспореном потраживању се решава у парничном поступку, а не пред арбитражом која, уколико не донесе никакву одлуку у прописаном року, заправо одлучује против повериоца, с обзиром да се тада веродостојним и коначним сматрају подаци о висини потраживања садржани у програму реструктурирања који израђује Агенција за приватизацију, односно овлашћени саветник. Што се тиче реорганизације, чак и уколико је потраживање неког повериоца оспорено или несипитано, стечајни судија врши процену висине таквог потраживања у сврху гласања о плану реорганизације.<sup>38</sup>

Што се тиче мера за реализацију плана реорганизације, оне су таксативно побројане у чл. 157 Закона о стечају. Уколико би Агенција за приватизацију оптирала за стечајну реорганизацију субјекта приватизације уместо за реструктурирање, на располагању би јој стајале готово идентич-

33 Чл. 165 ст. 9 Закона о стечају. Супротно томе, реструктурирање у поступку приватизације се покреће дискреционом одлуком Агенције за приватизацију, при чему се повериоци не питају ни о чему.

34 Чл. 159 ст. 9 Закона о стечају.

35 Чл. 167 ст. 1 Закона о стечају.

36 Чл. 173 Закона о стечају.

37 Чл. 156 ст. 1 т. 15 Закона о стечају.

38 Чл. 165 ст. 1 Закона о стечају.

не мере као и оне наведене у Закону о приватизацији, односно Уредби о поступку и начину спровођења, укључујући: репрограмирање дуга, отпуст дуга, статусне промене, промене правне форме, организационе промене, отпуштање запослених или ангажовање других лица, докапитализација, конверзија потраживања у капитал, итд.

Закон о стечају је у одредбама које регулишу реорганизацију пре-видео и хипотетичку ситуацију у којој се реорганизација спроводи над субјектом приватизације. Додуше, овај закон субјекта приватизације дефинише рестриктивно, и то као „предузеће које послује већинским друштвеним капиталом“, насупротив ширем схватању Закона о приватизацији по коме је субјект приватизације предузеће које послује „већинским друштвеним или државним капиталом“.<sup>39</sup> У сваком случају, Закон о стечају прописује забрану реорганизације која је у супротности са приватизационим прописима, те подносиоцу плана реорганизације налаже да исти достави Агенцији за приватизацију ради давања претходне сагласности у ситуацији кад се мере реорганизације, а нарочито измене у структури капитала стечајног дужника, спроводе над субјектом приватизације.<sup>40</sup> Порука коју Закон о стечају шаље овом одредбом је потпуно јасна: стечајну реорганизацију је могуће спровести и над субјектом приватизације. Поставља се питање због чега се то не дешава у пракси.

## VI Закључак

У тренутку писања овог рада, око 160 субјеката приватизације се налази у поступку реструктурирања.<sup>41</sup> Над великим бројем ових субјеката реструктурирање је уведено након пропале приватизације, односно након раскида приватизационог уговора. Неки субјекти приватизације су продати тек након спроведеног поступка реструктурирања, да би се по раскиду приватизационог уговора вратили у реструктурирање.<sup>42</sup> Имајући у виду све у овом раду наведене негативне аспекте поступка реструктурирања, пре свега у контексту правног положаја поверилаца и правне несигурности коју овај процес производи, намеће се снажна потреба за проналажењем другачијег модалитета решавања проблема тржишно неатрактивних субјеката приватизације од оног који нуди Закон о приватизацији и пратеће уредбе. Још је јача ова потреба ако се има у виду чињеница да су огромне своте новца пласиране у те субјекте од стране комерцијалних поверилаца (пре свега банака), те да су та

39 Чл. 3 Закона о приватизацији.

40 Чл. 157 ст. 5 Закона о стечају.

41 Податак са сајта Агенције за приватизацију: <http://www.priv.rs/cms/view.php?id=112>.

42 Пример је Индустрија одеће „Први мај“ из Пирота.

средства фактички заробљена увођењем реструктурирања након раскинутих приватизационих уговора, при чему повериоци немају апсолутно никакву могућност „подизања гласа“, нити се могу макар делимично наплатити у извршном поступку с обзиром да је извршење над имовином ових субјеката законом забрањено. С друге стране, поступак реструктурирања није временски ограничен, што пружа додатну несигурност, односно омогућава извршној власти да у недоглед врши правно насиље над повериоцима, правдајући то разноразним политичким флоскулама, што је потпуно супротно прокламованим захтевима за владавином права и правном сигурношћу.<sup>43</sup> У крајњој линији, негативне последице се одражавају на све привредне играче, и то пре свега кроз слаб кредитни рејтинг земље и поскупљење кредита, што утиче и на ликвидност читаве економије.

Два су могућа решења овог акутног проблема. Први *de lege lata*, а други *de lege ferenda*. У првом случају, негативни аспекти приватизационог реструктурирања би били превазиђени променом курса Агенције за приватизацију, односно приклањању већ постојећим решењима Закона о стечају. У другом случају, изменама и допунама Закона о приватизацији би требало укинути реструктурирање у поступку приватизације и упутити Агенцију на правила о реорганизацији, уз додатна фина подешавања Закона о стечају ради потпуне хармонизације са приватизационим прописима.

Које год решење да се изабере, свакако ће бити боље од актуелног и значајно ће допринети заштити поверилаца и захтевима правне сигурности. Кад је Америка могла да спасе велики *General Motors* подржављењем истог по цени од 50 милијарди долара, па да по окончаној реорганизацији на основу унапред припремљеног плана приватизује државни пакет продајом акција на берзи, може и једна Агенција за приватизацију.<sup>44</sup>

---

43 „Колико год елеменат политичке воље у стварању права био важан и нужан, не сме се запоставити да је за суштину права далеко битнији онај елеменат који од њега чини темељ и стуб људских цивилизација. А то право постаје степеном своје рационалности у регулисању међуљудских односа, па и „праведности“ у његовом стварању и примени.“ Војислав Становчић, „Демократија и владавина права“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2005, стр. 48.

44 Више о спасавању, реорганизацији и поновној приватизацији *General Motors*-а види код: Richard A. McGowan, *Privatize This?: Assessing the Opportunities and Costs of Privatization*, Santa Barbara, 2011, стр. 191-196.

*Nemanja* NIKOLIĆ

Legal Advisor in Adventis Corporate Advisory

## PRIVATIZATION RESTRUCTURING IN CONTEXT OF CREDITOR PROTECTION AND LEGAL CERTAINTY

### Summary

*In this article the author analyses the problem of privatization restructuring in the context of creditor protection and legal certainty. The article has been logically divided into 6 parts. Firstly, the author discusses the notion of corporate restructuring, then gives the general characteristics of restructuring in the process of privatization with a special review of its financial aspects, and analyses the rule of foreclosure ban on privatization subjects' assets as the source of legal uncertainty. Further on, the author gives a comparative analysis of privatization restructuring and bankruptcy reorganization, and finally concludes that reorganization of privatization subjects in accordance with the Bankruptcy law is a much better alternative to restructuring.*

**Key words:** restructuring, privatization, reorganization, bankruptcy.

---

# ПОСЛОВНО ПРАВО ЕУ И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

---

др *Свейислав* ТАБОРОШИ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др *Тайјана* ЈОВАНИЋ, LL.M.  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ТРЖИШНА РЕГУЛАЦИЈА КАО МЕТАПРАВНИ СИСТЕМ И ЗНАЧАЈ ЕКОНОМСКЕ ДЕМОКРАТИЈЕ

### Резиме

*Тржишна регулација мора се схватиити далеко обухватније него што је то формална хармонизација са правом ЕУ уишем оснивања независних регулаторних тела. Облик регулације јесте везан за норму, али је тај облик адекватан само уколико постоје одговарајуће културне, привредне и политичке предпоставке система економске демократије.*

*Настанак јавних (регулаторних) агенција у Србији се не може уодобити процесу који је довео до њиховог настајања у САД или ЕУ, већ је у доброј мери резултат просве транслације процеса како би се тржишна регулација прилагодила европским стандардима. Агенције су настале ради утицаја на токове in spe, пре него што би постојале механизми друштвеног реаовања на недостатке тржишта који ће се тек касније манифестовати као тржишне деформације.*

*Регулација у процесу стварања тржишта у друштву у којем још не постоје издиференцирани stakeholder-и, као ни традиција усклађивања интереса кроз учешће јавности у регулаторном процесу, не може да има не само исти ефекат, него чак ни исту природу као у развијеним тржишним привредама. У мери у којој постоји, регулација није резултат*

тако усклађивања интереса stakeholder-a, него намењена интереса доминантне групе. А будући да је у таквим ситуацијама граница између волонтијаризма и укупне друштвене ефикасности умерена, тржишни механизам у целини делује субоптимално.

**Кључне речи:** регулација, тржиште, јавна управа, независна регулаторна тела.

## I Новум тржишне регулације

Тржишна регулација је релативно нов изазов у развоју привредноправних наука. Као концепт, регулација је, нарочито у либералној економској теорији, представљена као интервенција државе усмерена на отклањање недостатака тржишта, односно мешање државе у активности приватних страна.<sup>1</sup> „Регулаторна реформа је процес у којем је нагласак стављен на побољшање квалитета регулативе кроз унапређење резултата, смањење трошкова, квалитета и примене регулације.“<sup>2</sup> Нешто више нам говори дефиниција Светске банке, да је „главна улога регулације у томе што се бави тржишним недостацима који спречавају продуктивне инвестиције и раст.“<sup>3</sup> Дакле, главни протагонисти процеса врло мало говоре о природи регулације, ограничавајући се само на њен циљ. Стога је великом броју правника теоретичара сам концепт регулације прилично нејасан, јер не само што брише границе између јавног и приватног права,<sup>4</sup> него и границе између прописа и слободно формиране пословне праксе. Наиме, од самог настанка тржишних односа, очигледно је да је њихово друштвено регулисање било резултат многобројних и хетерогених друштвених норми: не само пословних обичаја, како се то обично представља у литератури која се бави настанком пословног права, него околности које су имале корен у историјским, културним и другим приликама различитих заједница. Право је (незаслужено) стекло привидни монопол регулисања тржишних односа кроз развој уговорног права, али је сасвим јасно да је управо његово стално ширење и попуњавање новим правилима тумачења, новим институтима или уговорима, доказ

1 Barry Mitnick, *The Political Economy of Regulation*, New York, 1980, стр. 2, 7.

2 OECD, *OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis*, Paris, 1997, стр. 6.

3 World Bank, *World Development Report 2005, A Better Investment Climate for Everyone*, Washington, 2005, стр. 10.

4 Franz Jürgen Säcker, „Regulierungsrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung“, у: Michael Ronellenfitch и др. (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2009, стр. 159; Н. Woolfe, „Public Law – Private Law: Why the Divide? A Personal View“, *Public Law*, 1986, стр. 220.

чињенице да се најпре тржишни односи развијају и преко граница које познаје право, а затим да су ти односи једно време, док не буду нормирани правним прописом, регулисани нормама које нису поткрепљене државном принудом.

Отуда јасно следи да правна норма когентне природе није једини инструмент<sup>5</sup> регулисања међусобних односа, односно правна норма представља технички састојак правног система.<sup>6</sup> Регулација друштвених активности, је процес систематског, легитимног утицаја на субјекте и догађаје према претходно постављеним критеријумима,<sup>7</sup> кроз комбинацију наредбодавних инструмената и механизма,<sup>8</sup> односно сврсисходни покушај да се утиче и контролише економска и друштвена активност.<sup>9</sup> Када се суочимо са чињеницом да је *тржишна регулација* део друштвене регулације, и да се у њеним оквирима налазе врло хетерогене норме које немају искључиво економску логику као основ настајања, односно одлучивања које из њих следи, не преостаје нам ништа друго до да је третирамо и као метаправни систем.

Дакле, аморфна и дифузна друштвена регулација тржишта је конститутивни елемент свих привредних заједница које су развијале тржишну привреду, а затим је, из разлога нормативне ефикасности и елиминисања конфликта међу нормама, прелазила у правну. Историјски посматрана, експанзија права на област свеколике тржишне регулације је очигледно била прогресивна, често као одговор на појаву кризе. 'Државни интервенционизам' је тако настао као покушај државе да отклони низ недостатака које има тржиште после велике економске кризе која је захватила развијене земље тридесетих година.<sup>10</sup> Интервенционизам је, без обзира на широку лепезу својих конкретних облика, почев од Рузвелтовог *New Deal*-а до тоталитарних режима у Европи, у суштини имао исту матрицу: држава је управи поверавала одређене функције непосредног деловања на привредне токове, функције чијим је вршењем оствариван велики, па чак и пресудан утицај на пословну самосталност или одлуке привредних субјеката. Опредељена пословна одлука одређене компаније је делимично, а често и у целини, зависила од конкретних

5 Инструмент друштвене регулације. Еуген Пусић, *Друштвена регулација*, Загреб, 1989, стр. 6.

6 Живан Спасојевић, *Нацрт једне општије теорије права*, Београд, 1989, стр. 40.

7 Eugen Пусић, *нав. дело*, стр. 149.

8 Cristine Parker, John Braithwaite, „Regulation“ у: Peter Cane, Mark Tushnet (eds), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, Oxford 2003, стр. 119.

9 Bronwen Morgan, Karen Yeung, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, 2007, стр. 1.

10 Marie-Luce Pavia: „Un essai de définition de l'interventionnisme“ у: L'interventionnisme de la puissance publique. Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot, Montpellier, 1984, t. 2., стр. 549.

схватања управе о томе како се у датом случају примењује одговарајућа општа правна норма. Аутономија привредних субјеката, а самим тим и функције тржишта, биле су стога двојачко ограничене: са једне стране, тзв. регламентарним нормама, подзаконским општим правним актима које је доносила извршна власт,<sup>11</sup> а са друге појединачним актима усмереним на одређене субјекте. Извесно је да такав економски накардан привредни систем није дозвољавао да се афирмишу позитивни садржаји тржишне привреде, односно, он је, ради елиминисања негативних (кризних, пре свега) обележја тржишне привреде тешко угрозио и њено економски рационално и друштвено опортуно језгро.

Но, као што свака појава носи у себи и клицу самоограничавања, тако је и пролиферација правних норми, тобоже ради отклањања тржишту иманентних дисфункција, довела до хипертрофије. Седамдесетих година XX в. Милтон Фридман је наговестио почетак супротног процеса, дерегулације привреде. Вршећи велики утицај на америчке политичке лидере из Републиканске странке, допринео је стварању веома либералног привредног система, и то не само у САД него и широм света. Но, упркос владајућој тези о неминовности ослобађања привреде од стега које јој је постављала интервенционистичка држава кроз норме регламентарног права или непосредним наредбодавним путем, свест о неминовности задржавања права у улози додајног тржишног стабилизатора (уз спонтано деловање економских закона),<sup>12</sup> чији је задатак да превентивно делује и спречи ескалацију тржишту иманентних аномалија, алтернатива – да држава путем правних норми мора да буде присутна у тржишној регулацији – ипак је опстала. Јер „интервенисање државе нужно је ујравно ради одржавања тржишне економије“.<sup>13</sup>

Проблем регулације тржишта путем правних норми је у суштини проблем неадекватности државног апарата да доноси одлуке у којима је неопходна процена економске целисходности. Но, упркос свим променама које доживљава, управни органи остају део државног апарата, а самим тим су подложни, сем основном принципу деловања на основу законитости, још и наглашеном политичком утицају.

Одређени политички надзор над догађањима на тржишту је, без сумње, неопходан. Различите злоупотребе тржишне моћи могу да изазову социјално непожељне ефекте и да угрозе не само правни поредак, него и општу стабилност. Но, циљ одржавања ових вредности се амал-

11 Норме регламентарног права представљају норме управне природе: *Лексикон грађанској права*, Београд, 1996, стр. 45.

12 Terence Daintith, „A Legal Analysis of Economic Policy“, *Journal of Law and Society*, Vol. 9, 1982, стр. 191.

13 Jacques Chevalier, „État et ordre concurrentiel, Rapport introductif“ у: *Ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, éd. Frison-Roche, 2003, стр. 59, стр. 62.



гамира са типично економским циљем, а то је одржавање тзв. перфектног тржишта у највећој могућој мери. Тамо где то, пак, није могуће, држава попуњава празнину јавним сектором или предузима мере у циљу заштите јавног интереса који се испољава као јавни економски поредак.<sup>14</sup> Из реченог произилази да у односу државне организације према тржишту постоје бар два основа сукоба приоритета: од политичког надзора над приватним сектором се не одваја економски (што има за последицу непосредни ефекат на токове примарне расподеле), а затим се, у равни тржишта, не ретко сукобљавају приватни и јавни сектор што доводи до пада квалитета економије и у једном и у другом.<sup>15</sup>

Показало се да је класична државна управа недовољно спремна да уважава и принцип целисходности код спровођења прописа, услед чега је она често била оптуживана да је препрека развоју привреде. Стога је неспорна тенденција да се класичној управи остави углавном само надзор над спровођењем закона у области тржишта, а све оне одлуке код којих постоји потреба да се цени целисходност, односно подвргну процесу усаглашавања, препуштају посебним органима који формално не спадају у оквиру управе већ ‘јавне администрације’, јавним (независним регулаторним) агенцијама. Отуда модерне привреде карактерише тенденција јачања снаге јавне управе, пре свега независних регулаторних агенција, које имају врло важну улогу у регулисању тржишта, односно његових појединих сегмената.

И у сфери регулисања привреде, систем управе постаје децентрализован. Држава, кроз (јавну) управу сада преузима посредничку улогу. Постојећа финансијска криза је указала на изазове регулаторне политике који су до сада били потцењени: недостатке реактивног приступа и неопходност да се постигне равнотежа између ефикасне регулације тржишта и заштите интереса друштва. Оваква динамичка равнотежа могла би се постићи само преласком од државног интервенционизма ка ‘регулаторном управљању’ (не баш најсрећнији превод често коришћене синтагме ‘*regulatory governance*’), сложеном систему интеракције многих државних и недржавних актера.<sup>16</sup> Управо многострукоост ових интереса и регулатора указује на нужност приступа којим се уједначавају јавни и приватни интереси кроз процес сарадње (*‘collaborative governance’*).<sup>17</sup>

14 Bertrand Remiche, „Droit économique, marché et l'intérêt général“ у: Marie-Anne Frison-Roche (ed): *Philosophie et droit économique: quel dialogue? (Mélanges Farjat)*, Paris, 1999, стр. 254.

15 Yvonne Burger, Jan Treur, „Decentralisation and autonomisation as a strategy for increased effectiveness in the public and the private sector“, *Society and Economy in Central and Eastern Europe*, Vol. 96(2), 1996, стр. 114–127.

16 OECD, *Regulatory Policies in OECD Countries: from Interventionism to Regulatory Governance*, OECD, Paris, 2002.

17 Jody Freeman, „Collaborative Governance in the Administrative State“, *UCLA Law Review*, Vol. 45, 1997, стр. 1.

Дакле, повлачење државе као некадашњег искључивог интерпретатора јавног интереса из те улоге дозвољава данас да се као заговорник јавних интереса јаве и вандржавни субјекти, тзв. невладин сектор, како би се остварила социјална тржишна привреда.<sup>18</sup> Но, алтернатива претераном мешању државе у привредно одлучивање и положај приватног сектора зависи првенствено од његове снаге и чврстине приватноправних институција. У англосаксонском свету, нарочито у САД, где је однос између привредне и политичке елите био уравнотеженији него у европским земљама, проблему тржишне регулације се пришло другачије: упркос неспорним облицима државног интервенционизма, економски надзор над тржиштем није прешао у руке државног апарата, већ се јавни интерес у тој области испољавао кроз специфичне организације за усаглашавање интереса учесника на тржишту, кроз јавне (регулаторне) агенције. А пошто је општи интерес овде првенствено везан за заштиту од ризика и елиминисање различитих злоупотреба економске моћи, информација, краткорочне максимизације ефеката (а на штету развојних) или пребацивање негативних екстерних ефеката на неуговорне стране, то је очигледно да се орган који треба да врши надзор над таквим трендовима мора да састоји од заговорника свих повезаних интереса.

Пошто у америчком правном систему постоје многобројни органи и организације са високом самосталношћу, било је природно да се агенције функционално изједначе са управним органима,<sup>19</sup> те њихов рад потчини искључиво судској контроли. Тако је постигнута независност од управних органа, а самим тим и од утицаја политичких циклуса на рад оваквих агенција, чији је задатак по самој својој природи временски дугорочан. Ако томе додамо да се састав јавних агенција у САД прописује тако да у њима не може да дође до мајоризације једне политичке партије, да се у њима искључиво колективно одлучује, као и да су чланови више заштићени од лица која су носиоци управне власти, проистиче да у таквом систему постоји врло јасна линија раздвајања између сфере приватног и јавног, односно, да постоји механизам усклађивања интереса кроз поступак преговарања.<sup>20</sup> То би, неспорно, требало да доведе до ефикаснијег уређивања тржишних односа.

18 Yves Dezalay, „Between the State, Law and the Market: The Social and Professional Stakes in the Construction and Definition of a Regulatory Arena“ у: Williem Bratton и др. (Eds), *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford, 1996, стр. 59–87.

19 Вид. Marko Davinić, *Koncepcija upravnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Beograd, 2004.

20 Antoine Pirovano, *Changement Social et Droit Negocié*, Economica, Paris 1988, стр. 5; Из угла америчког управног права вид. нарочито: Lawrence Susskind, Gerard McMahon,

Регулаторна стратегија подразумева стварање оптималног окружења за све субјекте у погледу којих одлуке регулатора имају домашај. Регулаторни процес састоји се из низа широко постављених стратегија, инструмената и техника регулације, који усмерава управа. Везивање процеса за стратегију је неизоставно, па би било тешко обезбедити легитимитет процеса ако стратегија не би била оцењена легитимном.<sup>21</sup> Стварање одговарајућег институционалног устројства и равнотеже између независних регулатора, политичара, регулисаних субјеката и друштва је свакако један од највећих изазова. Пре него што се осврнемо на неке параметре институционалног устројства, пре свега независност и одговорност регулатора, требало би укратко указати и на проблематику поимања регулаторних тела у Србији.

## II Тржишна регулација и регулаторна тела

Специфичности појединих друштвених и економских феномена и растућа комплексност привредних активности у последњих неколико деценија условили су тренд преношења регулаторних овлашћења са органа државне управе на такве независне регулаторне агенције, односно децентрализацију јавних служби кроз стварање „аутономних јавних служби“.<sup>22</sup> Овај тренд се из англосаксонских земаља, где су настале као одговор на практичне проблеме у функционисању привреде,<sup>23</sup> проширио Европом.<sup>24</sup>

Европске земље, а посебно земље у транзицији, имале су без изузетка дуги период у којем се супрематија државног и политичког апарата над свим друштвеним токовима, па и над тржиштем, читавала кроз пролиферацију правних прописа и пренаглашену регламентарну улогу

„The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking“, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 3, 1985, стр. 133.

21 Richard Baldwin, *Rules and Government*, Oxford University Press, Oxford 1995, стр. 291.

22 Где се претпоставља „додељивање извесне управне улоге техничким службеницима“. Леон Диги, *Преображају јавној управи*, Београд, 1998, Глава II.

23 Marshall J. Breger, Gary Edles, „Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies“, *Administrative Law Review*, Vol. 52, 2000, стр. 1111. О настанку, појму и врстама америчких регулаторних агенција вид. М. Давинић, *нав. дело*, стр. 87–112.

24 Xenophon Yataganas: Delegation of Regulatory Authority in the European Union, The Relevance of the American Model of Independent Agencies, *Harvard Jean Monnet Working Paper* No. 03/01, March 2001; Damien Geradin, „The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn From American Experience“, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, 2004, стр. 1.

управе. Тек са успостављањем Европске економске заједнице, изграђене око заједничког тржишта, постаје очигледно да његово регулисање и развој не могу да буду предмет деловања националних управа. Са друге стране, одсуство наддржавне управе (која би могла да се јави аналогијом са националном) разоткрило је потребу да се економски надзор над великим тржиштем повери неком облику јавне организације који не би био везан за државе чланице. Уосталом, и сам настанак првих заједница (за угљаљ и челик, на пример) је од самог почетка био наддржавни, односно, те заједнице су имале аутономију у односу на државе чланице тих првих европских заједница.

Специфични развојни проблеми европског привредног простора, проблеми функционисања најсложеније тржишне структуре на планети, усклађивање националних прописа путем линеарног снижавања националне ингеренције на најнижи могући (а неопходни) ниво, како би се економски надзор препустио заједничким органима, а политички поделио између националних и европских институција, учинили су да се концепт јавних регулаторних агенција савршено уклопи у такву схему. Но, када је реч о регулацији тржишта, било би потпуно погрешно везати је само за постојање адекватног правног оквира и постојање регулаторних тела, јер се на тај начин девалвира значај оних компонената система регулације који немају формални нормативни облик, као што су, пре свега, свест трансактора (менаџера) о потреби да поштују стандарде рационалног и фер пословања, обим тржишта који опредељује слободу избора уговорног партнера, релативну величину расположивих доходака, ниво културне отворености према окружењу и слично.

Овакве независне јавне агенције (*independent regulatory agencies*, „*autorités administratives indépendantes*“), имају јасан мандат и циљеве и поседују квалитете које регулаторни поступак чине транспарентнијим, професионалнијим и нарочито, више независним од политичке власти.<sup>25</sup> Оне „поседују техничко знање, имају могућност да прикупе потребне податке и да реше практичан проблем“.<sup>26</sup> Будући да су њихове перформансе супериорније у поређењу са класичним органима управе,<sup>27</sup> неза-

25 Са друге стране, политичари су вољни да пренесу овлашћења на агенције обзиром да тако преносе и одговорност за регулисање одређених сегмената привреде на агенције. Morris P. Fiorina, „Legislative Choice or Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process?“, *Public Choice*, Vol. 39, 1982, стр. 33, стр. 47.

26 Edward L. Rubin, „Law and Legislation in the Administrative State“, *Columbia Law Review*, Vol. 89(3), 1989, стр. 369, стр. 399.

27 Мајоне истиче да су независне регулаторне агенције ближе грађанину и „мање арогантне“ у поређењу са органима државне управе. Giandomenico Majone, „The Rise of the Regulatory State in Europe“, у: Richard Baldwin и др. (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford University, 1998, стр. 199.

висне регулаторне агенције тако постају неопходна компонента модерне управе.<sup>28</sup>

Тренд „агенцификације“ Европе није се зауставио само на стварању агенција у европским државама, већ је условио стварање паневропских мрежа агенција које регулишу исте секторе, односно „транснационалних регулаторних мрежа“.<sup>29</sup> У ЕУ ове агенције представљају *lunga manu* Европске комисије. „Агенције могу олакшати интеракцију друштвених чинилаца у поступку регулације (јавних и приватних, националних, међународних и европских)... охрабрити нова интересовања фаворизујући учествовање у одлучивању... Осмоза између националних и комунитарних агенција чини транснационалне мреже институција које следе исте циљеве и сусрећу се са аналогним проблемима, и више су мотивисане да бране професионалне стандарде ..против екстерног утицаја и да сарађују са осталим паралелним организацијама.“<sup>30</sup>

Специфичност земаља централне и источне Европе је и у томе што транзиција као процес подразумева истовремено и развлашћивање државе од њених ранијих непосредних привредних функција и успостављање потпуно нове улоге општег политичког надзора. Неполитички, стручни, надзор над привредом мора да буде измештен из државног капацитета, а добрим делом и из јавног права. Део дилеме о привреди транзиције управо и проистиче из привидне контрадикције: потребе да се држава удаљи из управљања привредом, и потребе да држава постаје одговорни гарант права и слобода привредних субјеката, што такође подразумева одговарајућу активну улогу државе.<sup>31</sup> Удаљавање без истовремене изградње новог профила улоге државе и њене одговорности у вези са привредом води у неолибералистички пакао; изградња новог профила, опет, није могућа без промене наслеђеног колективног менталног устројства које у држави није видело партнера већ надређену друштвену снагу.

Када упоређујемо тржишну регулацију ЕУ са оном у Србији, велику грешку чинимо уколико се задржавамо само на нормативној димензији. Настанак јавних (регулаторних) агенција у Србији се не може уподобити процесу који је довео до њиховог настајања у САД

28 О томе сведочи и студија Организације за економску сарадњу и развој. OECD: *Regulating Governance: Improving the Institutional Basis For Sectoral Regulation*, Meeting of the Regulatory Management and Reform Working Party, OECD, 2000.

29 Colin Scott, *The Governance of the European Union: The Potential for Multi-Level Control*, 8(1) *European Law Journal*, Vol. 8(1), 2002, стр. 59, стр. 67.

30 X. Yataganas, *нав. дело*, стр. 68.

31 Maria Manuel Leitao-Marques, „Le Droit économique entre l'État et le Marché“ у: *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, стр. 444.

или ЕУ, већ је у доброј мери резултат просте трансплантације прописа како би се домаћа тржишна регулација прилагодила европским стандардима. Дакле, у нашем праву су агенције настајале ради утицаја на токове *in spe*, односно више су служиле либерализацији и стварању услова за стране инвестиције него што су биле механизам друштвеног реаговања на недостатке тржишта<sup>32</sup>, који ће се манифестовати као тржишне деформације тек када тржиште буде стварно развијено. Такав превентивни карактер деловања се може видети на безбој примера: указаћемо само на то да су неке од агенција настале и пре него што је настао уставни основ за њихово оснивање, настале су на основу закона којим се преносе јавна овлашћења на „друге организације“ неколико година пре него што је Устав такву могућност предвидео. Агенције за приватизацију, енергетику, радиодифузију и телекомуникације су примери регулаторних тела која су настала законом донетим пре него што је успостављен одговарајући неспорни уставни основ.<sup>33</sup> Из тога се да закључити да се у Србији, као и у другим земљама у развоју, појава регулаторних тела везује за процес успостављања тржишне структуре, а не за његово кориговање.

Та чињеница, која са становишта правног система није таква да се не може бранити, има, међутим, далекосежне социјално економске импликације. Наиме, ако је логика постојања регулаторних тела у томе да се у процесу усаглашавања интереса легитимно израслих из правом гарантоване аутономије привредних субјеката и њихове пословне слободе постепено изграде норме које имају колективно самоограничавајући карактер, онда непостојање таквих актера у почетним фазама транзиције (јер још не постоје јасно економски дефинисани представници ни капитала ни рада, нити других *stakeholder*-а, осим оних које мимикријом ствара бивша политичка елита), директно негира основни рачио таквих тела. Поменућемо, илустрације ради, да су чланови прве Антимонополске комисије у Србији били махом директори највећих предузећа у земљи, односно представници оних који већ имају доманатан положај на тржишту. Представника осталих друштвених интереса готово да и није било. Како се онда може очекивати да у одсуству конфликта интереса тече њихово усаглашавање?

32 Сматрамо умесним закључак да су „притисци међународних међувладиних организација суштина објашњења зашто је дошло до дифузије регулаторних агенција у новим тржишним привредама: Gul Sosay, Unal Zenginobuz, *Independent Regulatory Agencies in Emerging Economies*, Paper at Annual Conference of the European Consortium for Political Research, Budapest, September 2005) доступно на адреси: <http://regulation.upf.edu/ecpr-05-papers/gsosay.pdf>, април 2011, стр. 3.

33 Ове три последње су основане од 2002. до 2004. г., а Устав Србије који им је дао уставни основ је донет тек 2006. г. О формалном разграничењу регулаторних тела и јавних агенција од органа власти в. чланак Дејана Шупута „Самостална регулаторна тела у правном систему Републике Србије“, *Прејлед*, 2/08.

Једно од претходних питања везаних за наш правни систем је и проблем односа између концепта јавне агенције и регулаторног тела. Законом о јавним агенцијама ове организације су одређене знатно шире, будући да им се намењују и други задаци – развојни, евиденциони и слични. Регулаторне су само оне које се оснивају управо са том сврхом.<sup>34</sup> Са друге стране, регулаторна тела се срећу и ван и агенцијског оквира, јер нека од њих, на пример, Народна банка, која је несумњиво такво тело (упркос томе што није организована на принципу репрезентативности интереса) не могу да се подведу под категорију јавних агенција. Да је НБС државни субјект јасно говори Устав Републике Србије, обзиром да се члан 107 посвећен НБС налази у оквиру Одељка В Устава који носи назив „Републички органи“. С тим у вези, требало би издвојити схватање да се ради о самосталној неуправној државној организацији изван управног апарата.<sup>35</sup>

Већ сама та чињеница указује на то да технолошки поступак регулације као најпре неспорног исказивања, а затим усклађивања интереса, који се релативно доследно огледа у раду регулаторних агенција, не само што није општи за јавне агенције (бар га нема у онима које се баве развојем и евиденцијама), него га нема чак ни у свим регулаторним телима. Народна банка није, при томе, једина која наступа са позиције власти. Од управних органа се разликују само по вишем нивоу независности (а са тим у вези често и стручности), али не и по спремности да општи интерес потпуно одвоје од његовог тренутног политичког схватања.

Требало би, дакле, истаћи чињеницу да увођење регулаторних тела у правни систем Србије није последица уочених дисфункција у тржишном систему, него има најчешће превентивни карактер.<sup>36</sup> Тако је

34 У пракси се, међутим, регулација схвата не само као тржишна превенција од том механизму иманентних деформација, него друштвена превенција свих понашања која имају економске ефекте који не проистичу из перфектних уговора: „Регулаторним и контролним, у материјалном смислу, могу се сматрати тела којима су поверени задаци у спречавању монопола, превенцији корупције, и контроли личне, политичке, партијске и финансијске моћи“ – тако одређује регулаторна тела Слободан Бељански, „Регулаторна и контролна тела у Републици Србији“, *Прејлед*, 2/08, стр. 57.

35 Зоран Томић: *Управно право – систем*, Београд, 1998, стр. 246–248 (под насловом „Самосталне неуправне државне организације и управни рад“), слично и Невенка Бачанин: *Управно право*, Крагујевац, 2000, стр. 161.

36 Таква оцена, ипак, није једнозначна: Комисија за борбу против корупције, Комисија за заштиту права учесника у поступцима јавних набавки и још неке друге имају пуно правно и економско оправдање већ у самом моменту настајања новог привредног система. Напротив, задаци других агенција и комисија добијају друштвено оправдање тек након настајања одређених тржишних деформација, дакле тек када се тржиште развије и постане транспарентно.

једна од карактеристичних ситуација – она која постоји код услуга од општег економског интереса, где се у развијеним тржишним привредама путем регулаторних тела симулира конкуренција у материји у којој она није могућа – у Србији постаје централни и најшири задатак регулаторних тела. Наслеђено превелико тржишно учешће јавног сектора који још постоји и у областима у којима се у земљама ЕУ среће само приватни, не може се превидети. Задатак регулатора није да поспешују процес приватизације, јер је његова динамика у домену политике, али њихов неспорни задатак јесте да се и у тим областима стварају услови за конкуренцију. Уопште, конкуренција не значи одсуство државе на тржишту, већ напротив подразумева нову улогу права у заштити јавног економског поретка који се заснива на слободној, али регулисаној, конкуренцији.<sup>37</sup>

Ако се примера ради, у области услуга електронских комуникација таква конкуренција већ стварно може обезбедити, у неким другим, попут услуге дистрибуције електричне енергије, регулаторна тела имају улогу инспиратора нових решења. Уколико се стварна конкуренција не може успоставити, регулатори ће прибећи њеној симулацији, преузимајући на себе улогу корисника и потрошача. Због релативне неразвијености српског тржишта, ова функција регулаторних органа би требало да буде далеко присутнија.

Већ смо поменули да је једна од недоречености нашег система релативно мешање органа и организација које дефинишемо као јавне агенције и регулаторних тела. Тако се као регулаторна тела наводе и Комисија за лустрацију или Републички одбор за решавање о сукобу интереса, а као агенције Агенција за енергетику, РРА и РАТЕЛ, иако ове три, упркос имену, суштински одступају од решења предвиђених Законом о јавним агенцијама. Једна подела регулаторних тела, коју можемо срести у литератури, изведена је на основу критеријума у којој мери извршни и политички органи утичу на рад тела, па се сва групишу у следеће категорије: а) потпуно независна, б) делимично независна, в) под значајним утицајем извршних органа, г) она која именује Влада и д) тела која су изједначена са радом државне управе.<sup>38</sup>

37 Michel M. Bazex, „La concurrence réglée: secteur public et privé“ у: Jean-Marie. Rainaud, René Christini (Eds), *Droit Public de la Concurrence*, Economica Paris, 1987, стр. 231.

38 С. Бељански у групу а) сврстава Комисију за лустрацију, Савет Комисије за заштиту конкуренције и Савет Републичког одбора за решавање о сукобу интереса, у брупу б) РРА, Повереника за информације, Државну ревизорску институцију и Комисију за хартије од вредности, у групу в) Агенцију за енергетику и Агенцију за телекомуникације, у групу г) Комисију за заштиту права понуђача, Социјално-економски савет, Високи службенички савет, Национални савет за научни и технолошки развој, Национални савет за високо образовање и Национални просветни савет, а у групу д) Агенцију за приватизацију, за лиценцирање стечајних управ-



Такав приступ јасно показује да се у нашој јавности на регулаторна тела гледа првенствено с обзиром на њихов организационо-статусни аспект, и да им је најважније обележје оно које говори о простој форми, о односу према државној управи, а не према друштвеној функцији коју имају. У регулаторна тела се, тако, сврставају она којима су пренета или поверена јавна овлашћења, па је регулација препакована државна функција, додуше мало подруштвљена; уместо да се иде трагом оног приступа који доминира у земљама ЕУ, где су регулаторна тела јавноправни, али невладини ентитети, односно органи јавне управе, са задацима установљеним законом, и под искључивом контролом судских органа. Само таквим приступом би се могла пресећи она економски илегална веза која спаја политичку елиту и сектор компанија, и због које у врло великој мери тржиште Србије још нема онај квалитет који би оптимално генерисао привредни развој уз истовремено поштовање принципа политичке и економске демократије.

Регулација, као процес утицања на понашање, подразумева методе интерпретације, усклађивања интереса и координације активности. Због тога је важно да се појача надлежност управе, пре свега независних регулаторних агенција, које би као стручне организације развијале методе усклађивања и координације заинтересованих субјеката, и то не само на националном нивоу, већ и транснационалном, кроз комплексне мреже регулаторних органа.

Централна улога, како на националном, тако и наднационалном нивоу (кроз регулаторне мреже) и даље припада управи, а основно питање које се поставља је како да се обезбеди законитост рада управе, односно који је оптимални ниво регулисања административне моћи. Превише ограничавања би је ограничило у брзом реаговању, док би премало ограничења водило великој арбитрерности и неконзистентном раду, као и подложности утицајима политичара и регулисаних субјеката.

Како би се спровела регулаторна стратегија, модерни регулатори морају имати не само институционалну, већ и оперативну независност. Да би се један регулатор сматрао независним регулаторним телом, поред институционалне независности у односу према влади следећи услови морају кумулативно да буду испуњени: постојање регулаторних овлашћења, међу којима пре свега могућност доношења подзаконских аката и одлучивање у управном поступку; могућност вршења надзора над регулисаним субјектима и могућност изрицања мера у надзору.<sup>39</sup>

ника, за осигурање депозита, за привредне регистре, за развој малих и средњих предузећа и предузетништва. С. Бељански, *нав. чланак*, стр. 57. Треба имати на уму да је број јавних агенција у међувремену повећан.

39 С. Colliard, „Préface“ у: С. Colliard, G. Timsit (Dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Actes du Colloque Paris, PUF, Paris, 1988, стр. 10.

Када се неком од учесника у процесу стварања друштвених (ванправних) норми дозволи да пресудно утиче на формирање интегралног оквира, говоримо о одсуству независности. Везе могу да се успостављају под условима који нису тржишни, или се, чак, актери повезују потпуно ван тржишта. Из тога би могла да настане опасност појаве дуалитета тржишних и вантржишних – административних или корпорацијских повезивања.<sup>40</sup> Доминација политичке елите која користи ванправне путеве је типичан пример блокаде. Међутим, кономска теорија критикује претпоставку независности регулаторне агенције нарочито истичући проблем пристрасности регулатора (*regulatory capture*) који под кишобраном јавног интереса настоји да заштити интерес регулисаних субјеката, или чак појединих међу њима. Теорија понашања регулатора заснована на концепту утицаја интересних лобија на регулаторни процес такође утиче на концепт независности регулатора и то не само у смислу да регулатори временом постају корумпирани од стране финансијских посредника на штету интереса корисника услуга, већ и да у вршењу признатих овлашћења спроводе лични интерес, чинећи оне кораке који превасходно повољно утичу на политичку кампању или имају очигледно редистрибутивне ефекте. Стиглер, а касније и многи други аутори, указали су да бирократија временом подржава захтеве интересних група, на штету општег друштвеног интереса. Указивање на утицај интересних група интензивирало је развојем бројних независних регулаторних организација, с обзиром да је политичка контрола њиховог рада у поређењу са класичним органима управе слабија. Притисак интересних група је за независне регулаторне агенције ван класичног управног апарата, оно што је политички притисак за агенције при органима државне управе.

Због слабе политичке одговорности неки аутори независне регулаторне агенције (у развијеним демократијама) називају четвртим обликом власти, поред законодавне, судске и извршне.<sup>41</sup> То, између осталог, значи да су ове агенције ван класичне поделе власти на три сегмента који одржавају еквилибријум демократских система, те им недостаје „политичка одговорност“. Међутим, ако се концепту независне регулаторне агенције може упутити приговор у погледу слабе политичке одговорности, искуство показује да ове агенције, у поређењу са другим облицима поверавања надлежности, карактерише стабилност у обављању поверених надлежности.<sup>42</sup> Но, регулаторним телима у земљама у транзицији

40 Michael E. Levine, Jennifer Forrence, „Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda: Towards a Synthesis“, *Journal of Law, Economics and Organisation*, Vol. 6, 1990, стр. 167.

41 Peter L. Strauss, „The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch“, *Columbia Law Review*, Vol. 84, 1984, стр. 573.

42 Dan Wood, Richard Waterman, „The Dynamics of Political Control of the Bureaucracy“, *American Political Science Review*, Vol. 85(3), 1991, стр. 801, 823.

потребна је заштита од претеране политичке одговорности, односно повезаности са политичком елитом, како би се оснажила неутралност регулатора и омогућило да остварују законом предвиђене циљеве.

### **III Тржишна регулација као развојни процес и неутралност регулатора**

Централна тема свих расправа о природи аутентичне, а не злоупотребљене регулаторне реформе је проблем неутралности регулатора. Неутралност је заиста суштински квалитет добре регулације, јер регулатор мора да буде спреман да на општи интерес (онако како га интерпретира дневна политика) не гледа као свој искључиви приоритетни заштитини објекат. Стварни заштитни објекат је сам тржишни механизам, односно очување његових суштинских квалитета од различитих видова деформисања који проистичу било из објективних околности, било услед посебне пословне политике трансактора. Уколико бисмо задатак регулатора желели да преведемо на најједноставнији правнички језик, онда би он могао да се одреди као обезбеђивање општих услова за закључивање перфектних (неманљивих) уговора. Приметимо да се регулатор не бави конкретним и појединачним манљивим уговором, него елиминисањем услова за њихово закључивање. Такође, пошто на ефикасност тржишта појединачан уговор не може да има велики утицај, регулатор пажњу обраћа само на оне тржишне околности које могу да изазиву масовнију појаву манљивих уговора.

Многобројни ставови о томе како се може постићи та неутралност занемарују чињенице да је амбијент у којем одговарајући орган делује пресудна за његово деловање, а не сам састав. Наравно, и састав је битан, али будући да се на индивидуалном нивоу неутралност може идентификовати са незаинтересованошћу па чак и некомпетентошћу, суштину не видимо у томе како су персонално састављени регулаторни органи, него у амбијенту у којем делују и према којем имају одговорност. Дакле, суштина неутралности регулатора је у томе што његове одлуке морају да буду неутралне, а не у томе да чланови органа буду такви.

Чињеница што се регулаторни органи успостављају на основу закона, а њихов рад и чланови бирају у парламенту, аутоматски подразумева да се већински интереси који се манифестују у парламенту на одговарајући начин могу реперкутовати и у раду регулатора. То проистиче из саме природе одговорности регулатора према парламенту, која, мада није политичка, није објективизована до те мере да се може одредити као неполитичка. Неполитичка, наиме, подразумева и ситуацију у

којој је регулаторни орган спреман да уведе меру која је против – политичка, супротна интересу доминантне групе у парламенту, уколико сматра да је она услов перфектног функционисања тржишта. Мада ово на први поглед изгледа као спекулација, борба за заштиту конкуренције, борба против корупције, борба за слободу информација и слично, често су уперене баш против лица и социјалних група које имају велики утицај у парламентима.

У развијеним и стабилним друштвима ова дилема делује као нестварна, али у сиромашнијим, где се економска политика служи различитим популистичким интервенцијама преко паритета цена, регулаторно тело мора да избалансира трајне и аутентичне интересе различитих група са оним краткорочним економским и дневнополитичким. Тада се оно јавља као субјект политичког процеса, чиме аутоматски губи привид неутралности. У ситуацији у којој су сви интереси антагонизовани, и онај који је неутралан је такође антагонизован у односу на све остале.

Дакле, неутралност регулатора захтева да он буде неутралан у односу на политичке и друге ванекономске интересе у друштву, али истовремено да буде одговоран за остваривање тачно задатих циљева: стабилно функционисање тржишта и спречавање његових деформација. О томе шта су деформације које настоји да спречи или поправи, регулатор мора да добије јасан задатак од политичког репрезентативног тела у моменту када почиње са радом, и он се краткорочно не може мењати.

Мада је неутралност у односу на сферу политике објективно најосетљивије питање регулатора, ништа мање није битно ни питање његове неутралности у односу на економске интересе тржишних трансактора и *stakeholder*-а. Најпре се поставља питање да ли је перфектно функционисање тржишта корелат са жељеном високом стопом привредног раста, јер се такав раст може постићи само уз апсолутизовање интереса оне друштвене групе која контролише токове капитала, а на штету других учесника. Са друге стране, да ли је инсистирање на решењима која су економски краткорочно субоптимална (на пример, ограничавање пословања монопола који има велики развојни потенцијал) заиста у интересу свих? Проблем усклађивања краткорочних и дугорочних интереса *stakeholder*-а није технично, него стратешко питање, а опредељивање регулаторног тела за таква решења аутоматски повлачи губитак његове неутралности. Наиме, таква решења краткорочно погодују једнима, а другима не. Са друге стране, ако се регулаторни орган ограничи оквирима које намеће статичка анализа, тј. усаглашава само краткорочне интересе *stakeholder*-а, он ће испунити своју законом опредељену функцију, али није извесно да ли ће можда угрозити привредни и друштвени развој. Регулаторна тела, суочена са поменутиим дилемама,

могу да оправдају своје постојање само уколико се чврсто држе прописа. Принцип законитости мора да одреди границе њиховог деловања, али принцип привредне ефикасности његову унутрашњу суштину. Уосталом, „избалансираности законитости, деловорности и развој, фино подесићи однос економских циљева и политичких потреба са захтевима реда, правде и правне сигурности – био је и остао изазов на макро и на микроцијалној равни“.<sup>43</sup>

Мада регулаторна тела треба да интегришу краткорочне приоритете компанија са развојним циљевима друштва, она сама не могу да буду заступници ни тих (дугорочних) циљева, јер би се тада изгубила њихова неутралност. Стога свој ауторитет не могу да изводе из надлежности добијене од стране политике, него из чињенице што се залажу за адекватно уважавање свих конкурентних циљева, а у оквиру основног задатка: да се очува ефикасно и слободно тржиште са својим недеформисаним изворним функцијама.

Упркос формалној идентичности основног принципа рада, принципа законитости, рад регулаторних тела се не може изједначити са понашањем органа управе у истим стварима. Наиме, преношењем, односно поверавањем, јавних овлашћења на регулаторна тела, законодавац је истовремено и ограничава. Када би задржао исти ниво законског нормирања какав постоји у периоду у којем управа врши комплетан (и политички и економски) тржишни надзор, регулаторна тела би била потпуно сувишна. Стога је нормативна суштина увођења регулаторних тела не у томе да неки други невладин или недржавни орган или организација прописује истоврсна правила, него у томе да тај орган у другачијем поступку од класичног законодавног, са другим учесницима у процесу усаглашавања интереса, ствара норме које директно проистичу из сфере аутономије воље различитих *stakeholder*-а. Њихова неспорна краткорочна циљна преференција (тржишни трансактори преферирају краткорочне ефекте над оним одложеним) се не може истовремено максимизовати, јер је најчешће реч о конфликтним интересима, па се стога могућност задовољавања свих индивидуалних интереса може јавити само уколико напустимо статичку анализу и схватимо да је нови оптимум могућ у оквиру развојног процеса. Дакле, привредни и друштвени развој, који можемо да идентификујемо са постојањем јавног интереса који је (иако не увек) супротстављен скупу приватних, уједно је и равн у којој се могу превазићи сукоби унутар круга приватних интереса. Регулаторна тела, доводећи у непосредни неполитички однос заступнике и једних и других, омогућавају да сви учесници прихвате *second best* солуцију: нормативни оквир у којем им по цену евентуалног текућег трошка (добровољног подвргавања норми) у перспективи стоји добитак

43 3. Томић, *нав. дело*, стр. 141 и 142.

који се огледа у чистом, конкурентном и стабилном тржишту, уз истовремено гарантовање пословне аутономије јер регулаторна тела својим нормама истовремено ограничавају конкуренцију управних органа у истим стварима. Стога инсистирање на принципу законитости у раду регулаторних тела материјално није идентично примени истог принципа у раду управе: овде може бити речи о обавези поштовања изворних права *stakeholder*-а, која се (само)ограничавају, док је у случају рада управног органа најпре реч о хетерономној норми, а затим и о далеко детаљнијој регулацији која самим тим и више утиче на пословну аутономију. Један од облика самоограничавања је ситуација када је регулисани субјект „принуђен“ да сам формулише сопствена правила понашања под надзором регулатора, познат као ‘*принудна саморегулација*’.<sup>44</sup> У оваквој стратегији преношења дела регулаторне функције, регулаторни орган ће се поред когнитивних правила ослањати и на правила усмеравајуће природе, принципе и стандарде, и развијати подстицајне механизме који би условљавали ендогени процес регулације унутар самих привредних субјеката.<sup>45</sup>

Упркос неспорној жељи да регулаторна тела буду неутрална, па чак и таквој обавези коју им законодавац прописује, стварна неутралност је немогућа. На примеру рачуноводствених стандарда, чије усаглашавање је такође задатак посебних регулаторних органа у виду међународних професионалних организација, види се да се стандарди дефинишу ипак према потребама и приликама групе доминантних компанија које их развијају управо у оквиру своје сопствене пословне стратегије. Усвајање стандарда касније стимулише друге компаније да своју пословну политику развијају у складу са формалним захтевима тих стандарда, те да теже пословном резултату који се оптимално исказује елементима усвојеног рачуноводственог стандарда. То може чак и да изазове структурне ефекте на тржишту.<sup>46</sup>

## IV Друштвено-политички амбијент тржишне регулације

### 1. Од дерегулације до демонополизације регулације

Економско право, као право тржишта, и регулација схватају се на један од начина које можемо да опишемо као концентричне кругове: као

44 Ian Ayers, J. Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, 1992, Глава II.

45 Нпр. Cary Coglianese, Jennifer Nash (eds), *Leveraging the Private Sector: Management-Based Strategies for Improving Environmental Performance*, Resources for the Future Press, Washington DC, 2006.

46 Jerome Haas, излагање на скупу *Journal of Regulation*, Annual Symposium, March 17, 2011.

скуп јавноправних ограничења, секторску регулацију као укупног нормативног амбијента за подстицање слободне конкуренције и као укупни друштвени амбијент у којем се развија конкурентно тржиште.<sup>47</sup> Свођење анализе на само један модел технички није неуобичајено, нарочито уколико је оперативни задатак регулације везан за идентификацију неке врсте системског поремећаја, односно недостатка тржишта и стварања услова за његово отклањање.

Очигледно је да је садашња глобална економска криза резултат различитих фактора у моделу привредног раста који је доминирао у свету после 1970-их година. Једнозначног одговора на питање зашто је до ње дошло, очигледно, нема. Социолошки, кризу вероватно можемо дијагностиковати као поремећај у систему примарне расподеле, глобално и унутар националних привреда. Јер ако су најкарактеристичније ране манифестације, тј. појава кризе, везане за финансијско тржиште и огромне приходе које је група финансијских магната и људи блиских њима остваривала из датог система расподеле, онда се ваља замислити над вредносним системом друштва у којем се то догодило. Нису непознате анализе које јасно доказују да је степен унутрашње неегалитарности у развијеним тржишним привредама почео да се повећава после 1970-их година, те да је тренд економске демократије тада напуштен. То се, иначе, поклапа са експанзијом неолиберализма<sup>48</sup> која тада започиње и надахњује светску привреду таквом дозом конкурентске неуросе која резултира у нестанку друштвених система који су у тој димензији друштвеног развоја били инфериорни. Не дуго после тренутка тријумфа<sup>49</sup> долази дебакл. Са њим се најпре суочава центар светског привредног система, а затим, по свим правилима историје, поремећај извози на периферију у којој се он хипертрофира кроз социјалне сукобе. Ако се неки закључак може из изнетог извести, онда је то закључак да стабилна привреда није могућа без социјалног окружења у којем постоји стварни консензус о свим битним претпоставкама система. У мери у којој јача самосвест друштвено маргиналних група и сазнање о томе да су оне дискриминисане у датом систему, појачавају се социјални конфликти који се драматично испољавају или на улици, или у дисфункцији привреде. А данас обично те две димензије иду заједно.

Очигледно је да је тржишна привреда неминовност савременог света, а са њом и конкуренција, егоизам па и економски национализам. Ако је период неолиберализма био претежно препознатљив као време

47 Светислав Табороши, „Настанак и развој Економског права на Правном факултету у Београду“, *Студентска ревија за привредно право*, бр. 1, Год. 2010/11, стр. 5, 8-14. Доступно на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/revijapp/sadrzaj%20br.1.htm>.

48 Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 2002.

49 Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, 1992.

дерегулације, јачања сваке врсте аутономије приватноправних транс-актора на тржиштима и јачању њихове позиције у односу на све друге учеснике у друштвеној привреди, онда би се краткорочно поправљање модела и његова ревитализација могла постићи уважавањем гласа оних који су били искључени у ранијем систему управљања привредом. У том приступу лежи суштина концепта регулације тржишта, којом се тежи да се систем привилегија прерасподели. Идеје о друштвеној одговорности компанија, а нарочито нове појаве у концепту корпоративног управљања, као и поједине акције, попут иницијатива о повећању пореских стопа на највише приходе у Америци, елементи су схватања да се захтев за социјализацијом управљања привредом мора преиспитати. Поготово данас, када је на Западу нестао алтернативни политички систем који је као своју главну предност истицао баш ту чињеницу. Социјализација управљања привредом кроз низ друштвених интеракција подразумева различите манифестације непосредних активности државе, парламентарних, недржавних институција.<sup>50</sup> Овај феномен представља окосницу новог јавног менаџмента (*New Public Management*), као теоријско-практични правац, заснован на интеракцијама између тржишних институција, невладиних и институција установљених с циљем заштите јавног интереса, под координирајућом улогом јавне управе.<sup>51</sup>

Регулаторни процес се све више инфилтрирао у приватноправни домен, ојачавајући улогу приватних лица у регулаторном процесу.<sup>52</sup> Демонополизација, односно приватизација регулаторне функције оправдава наш став са почетка излагања да се регулација тржишта не може јасно поделити на приватну и јавну сферу. Обзиром да је улога државе у данашње време све више усмерена и на индивидуалну корисност, нова димензија активности државе кроз јавну администрацију, где је она партнер у тржишној регулацији, има другачију логику од логике власти. У време финансијске кризе, промовисати систем који не би подразумевао контролисано, централизовано, одлучивање чини се чудним. Ипак, иако је постојећа економска криза по многим резултатом недовољног државног надзора (над финансијским системом), то не умањује значај демонополизације регулације. Супротно томе, криза је указала на нужност проактивне регулације. Више него икада, правни

50 Gary Becker, „A Theory of Social Interactions“, *Journal of Political Economy*, Vol. 82, 1974, 1063.

51 Од бројне литературе издвајамо: Christopher Hood, Colin Scott, *Bureaucratic Regulation and New Public Management in the UK: Mirror – Image Developments?* London School of Economics, London 1996; P. Bayne, „Administrative Law and the New Managerialism in Public Administration“, *Australian Law Journal* 62/1988, стр. 1040.

52 Fabrizio Cafaggi, „Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée“ у: *La régulation, nouveaux modes? Nouveaux territoires*, *Revue française d'administration publique*, Vol. 109, 2004, стр. 23.



систем суочен је са изазовом како променити мотиве приватних актера у меру којим би се боље обезбедила заштита општег интереса. Једна од најзначајнијих техника је интернализација регулаторне функције, односно ојачавање улоге приватних субјеката у развоју регулаторне стратегије.<sup>53</sup> Један од најбољих примера налазимо у ЕУ, где нови модалитети регулације, од ко-регулације до саморегулације, наглашавају функцију приватног права унутар мултидимензионалне регулаторне архитектуре.<sup>54</sup> Интернализација регулаторне функције на нивоу тржишних субјеката говори о томе да регулаторни процес постаје децентрализован – подељен – између јавне администрације, регулисаних субјеката и осталих *stakeholder*-а. А улога правне норме у овом процесу је и да уреди учешће субјеката кроз прописивање основа њихове регулаторне улоге као и круга овлашћења.

Наиме, дерегулација је инсистирала (са правом) на неадекватности државних, јавноправних норми које су утицале на процесе привредног одлучивања у компанијама, дакле на уклањању превеликог уплитања државе и дневнополитичких интереса које је ова често изражавала. Сам концепт дерегулација збуњује, обзиром да је реч о смањењу непосредне државне контроле које је заправо појачало регулаторну улогу државе,<sup>55</sup> парадокс да се улога државе смањује, а заправо се обогаћује.<sup>56</sup> Када би регулација значила само враћање таквих истих норми, лако бисмо се вратили у класични државни интервенционизам. Стога она мора да произведе и представља потпуно другачији систем друштвених норми који не само што се не може свести само на правне, него и да непосредно – дакле не путем политичког представништва и парламентарног процеса стварања права – омогући изражавање и социјално вредновање интереса *stakeholder*-а. Таква регулација мора да значи стварни компромис око модела развоја. Компромис око тржишта мора да буде део компромиса око суштинских питања друштвеног развоја у целини. Због тога је прихватање идеје регулације социолошки далекосежно и превазилази економистичко схватање регулације,<sup>57</sup> односно пасивну улогу државе као ‘ноћног чувара’.<sup>58</sup>

53 Gunther Teubner, „Regulatory Law: Chronicle of Death Foretold“, *Social and Legal Studies* 1/1992, стр. 451.

54 Fabrizio Cafaggi, „New Modes of Regulation in Europe: Critical Rethinking of the Recent European Paths“ у: Fabrizio Cafaggi, *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, 2006, предговор.

55 Ross Cranston, „Regulation and Deregulation: General Issues“, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 5, 1982, стр. 1.

56 Giandomenico Majone, „The Rise of Statutory Regulation in Europe“ у: Giandomenico Majone (ed), *Regulating Europe*, Routledge, London 1996, стр. 47, 54.

57 У суштини, у економији доминира ‘*performance regulation*’.

58 У смислу који је њеној функцији придавао Хајек: Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol I, Henley Routledge and Kegan Paul, 1973.

У прилог овако широког схватања, које не подразумева само укључивање нових учесника у процесе управљања, него и неспорне промене профила досадашњих учесника, првенствено унутар сектора компанија и државе, говори и то да се регулација не може идентификовати са правним инструментима, односно 'регулативом'. Идеја регулације никако се не може заснивати на негативној дефиницији регулације познатој у либералној економској теорији, која овај процес своди на инструмент (пре свега пуку регулативу). Као научна парадигма (и технички термин у природним наукама) поента 'регулације' је да се одржи еквилибријум привредног система као и допринесе његовом стварању.<sup>59</sup>

Уже поимање концепта 'регулација' обухвата настојања државе да утиче на друштвено пожељно понашање. У том смислу, 'регулација' би представљала модалитет или облик испољавања интервенционизма као алтернатива другим облицима утицаја на привреду. Шире поимање укључује друштвену природу регулације, која 'припада' свим тржишним субјектима, не само држави. Прихватајући ово друго решење прихватамо став да је регулација подељена функција.<sup>60</sup> Но, као што смо указали, регулација не подразумева само норме. Правна норма у регулисању привреде представља инструмент, односно технику регулације, а поред тога неке норме представљају и специфично „мета – право“, тј. право у систему регулације има свој неспорни правнотехнички садржај опредељен низом прописа, али и низ других друштвених норми, експлицитно формулисаних или чак и оних у настајању, које изражавају вредносна или циљна опредељења у друштву.

Економисти обично указују на пут којим се кроз мезо и макро ниво планирања могу превентивно спречити кризе, односно повећати стабилност привреде, али такав приступ и даље почива на апсолутизацији уско економских циљева. Укључивање других *stakeholder*-а, попут потрошача, професионалних удружења, невладиних организација и удружења грађана неће увек резултирати у неспорној супрематичности уско економског циља: он ће се наћи у конкуренцији са другим друштвеним циљевима, пре свега егалитарнијом расподелом и пожељнијим животним условима. Циљ регулаторне политике мора без сумње да одражава општи интерес, који се пре свега огледа у заштити јавног интереса.<sup>61</sup>

59 Marie-Anne Frison-Roche, „Le droit de la régulation“, *Recueil Dalloz*, 2001, 601, стр. 613.

60 Gerard Marcou, „Introduction“, у: Gerard Marcou, Franck Moderne, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, 2005, стр. 21.

61 Упркос разликама, општи интерес заштите тржишта у свим тржишним привредама је идентичан: К. Oettle, „L'intérêt général dans les différents systèmes d'économie de marché“ у: Н. Cox (Ed): *Services publics, missions publiques et régulation dans l'Union Européenne*, Paris, Pedone, 1997, стр. 165.

Када постоји *trade-off* између економске ефикасности, са једне стране, и правичности са друге стране, циљ регулације у општем интересу је постизање 'друштвено ефикасне употребе оскудних ресурса'.<sup>62</sup> Општи интерес одређује општи циљ регулатора: максимизације благостања друштва.

Главну тешкоћу за успостављање новог компромиса у управљању националном привредом (у многим случајевима и наднационалном) видимо у томе што се не може адекватно вредновати значај парцијалних интереса појединих група учесника. Не постоји у овом моменту никакав механизам на основу којег би се одређени интерес могао представити као два пута важнији од неког другог. Ако се задрже садашњи методи за презентацију парцијалних интереса кроз утицаје на јавно мњење, онда је извесно да ће се и даље интереси данас најмоћнијих кругова и даље наметати као важнији. Маргиналним групама и даље остаје улица као канал за промоцију сопствених.

Оно што може макар делимично да обезбеди социјално прихватљивију расподелу моћи у процесу друштвене регулације је околност да се тржишна регулација и данас већ заснива на широком скупу друштвених норми и групних понашања. Земље са развијеном тржишном привредом су суочене са два комплексна развојна тренда у нормирању тржишних односа. Са једне стране, то су норме које настају спонтано, услед процеса којег можемо да одредимо као централизација економске моћи и на тој основи повезивања крупног капитала и политичке елите. Из њиховог преклапања настају нове норме, делимично правне, нарочито на нивоу подзаконске регулативе, а делимично нове обичајне. Свакако треба поменути и појаве преношења јавних овлашћења на поједине велике компаније или професионална удружења, привидно због ослобађања државног апарата од нерентабилних функција. Овде имамо широку лепезу нових норми, а поменућемо као карактеристичне оне које проистичу из технолошког развоја. Нови стандарди у области интелектуалне својине представљају карактеристичне појаве у том смислу.

Са друге стране, у истом нормативном амбијенту постоје и правила понашања која су израз традиционалних улога различитих *stakeholder*-а. Један мали део тих правила је садржан у класичним правилима Грађанског права, други део у пословним обичајима, али се такве норме не могу идентификовати само са онима које се експлицитно појављују као нека формулисана правила понашања. У круг таквих норми које изражавају традицију морамо да укључимо и морална,

62 Den Hartog, „General theories of regulation“, *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume III, The regulation of contracts, Edward Elgar, 2000, стр. 223, стр. 231.

религијска, локална правила и обичаје, као и специфичне психолошке матрице понашања тржишних трансактора у различитим стандардним ситуацијама.

Једном речју, укупни хоризонти тржишне регулације у друштву са развијеном тржишном привредом су не само хетерогени у равни друштвених норми, него и вишеслојни у том смислу што и многа правила понашања која нису првенствено усмерена на регулисање тржишта имају одговарајуће реперкусије. Савремени изазови тржишне регулације у таквим срединама не представљају захтеве за изградњом система регулације, него за модификовањем неких од већ постојећих правила или увођењем нових у ситуацији у којој постоји регулаторна празнина.

Комплексност норми изражава чињеницу што већ постоји сложени систем субјеката и мрежа њихових интереса. Регулација у таквој ситуацији има задатак да отклони узроке типичних конфликта који се не могу спонтано превазићи, односно да интервенише у оној области коју називамо привредним системом. Регулација се зато мора схватити као укупност норми и акција којима се превентивно спречавају деформације тржишне структуре, било тако што се она ограничава на поједине секторе, било тако што реафирмише принципе тржишне утакмице у ситуацијама у којима су ови трајно угрожени. Наравно, не може се искључити ни она врста регулације која има задатак да у тржишну матрицу угради извесне ванекономске циљеве, чиме се индиректно подиже и укупна тржишна ефикасност.

Већ постојећи односи најважнијих група *stakeholder*-а су зато основа на којој се релативно малим интервенцијама у домену тржишних слобода (без обзира на то колико су те интервенције привидно драматичне) постиже очекивани циљ. Равнотежа социјалних снага каква је претпоставка изграђеног демократског друштва је суштински извор, али и оквир за регулацију. Немогућа је регулација која би подразумевала апсолутизацију интереса једних по цену потпуног негирања интереса других стакхолдера. Ни држава ни представници капитала немају такве могућности. Стога је алтернатива и 'дивљем капитализму' и планској привреди, специфични капитализам уређеног тржишта ('регулаторни капитализам') који подразумева подруштвљавање регулаторне функције.<sup>63</sup> Тај модел претпоставља не само потпуно другачији однос државе и привреде, него и другачији однос између права и норми којима се обезбеђује тржишна регулација. Као што држава не може да буде једини ауторитет привреди, тако ни право не може да буде једино средство координације односно регулације.

63 David Levi-Faur, „The global diffusion of regulatory capitalism“, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, No. 598, 2005, стр. 12.

## 2. Специфичности друштвено-политичког амбијента у друштвима постсоцијалистичке транзиције

Дакле, регулација се, као лек за оболелу тржишну привреду Запада, може схватити као напуштање раније доминантног концепта дерегулације, али само привидно. Отпори систему аутентичне регулације долазе из сектора компанија, нарочито финансијских, али се зато раније започета транзиција и ефекти текуће кризе итекако користе за пролиферацију концепта регулације у новим тржишним привредама (*emerging markets*).<sup>64</sup> Као и у односу на друге компоненте процеса транзиције које су мање развијеним земљама водеће земље и економске институције Запада наметале готово линеарно, тако је и концепт регулаторних тела, трансплантиран у те средине, дао другачије ефекте од оних у земљама са развијеном економском демократијом.

Без обзира на сличност правних система ових земаља са земљама развијене тржишне привреде, све остале компоненте укупног система тржишне регулације су различите. Чак је и само тржиште, с обзиром на ниво дохотка, потрошачке навике и пословне обичаје, другачије. Процеси глобализације воде интеграцији свих националних тржишта у светско, а тиме и стварању потпуно униформног система тржишне регулације, али је извесно да таква хармонизација укупног друштвеног амбијента око тржишног механизма уопште није иста. Идентификација читавог система регулације са његовим спољним, правним изразом, потпуно је погрешна. Друштва која су традиционално имала другачији однос јавне власти и приватног сектора, друштва у којима често ни појам „приватно“ није идентичан са појмом „индивидуално“, она која имају другачије традиционалне вредносне системе или религијска схватања, објективно ће на своја тржишта гледати другачије од оних првих. Ако, при томе, додамо да и сама идеја регулације као поправке већ постојећег тржишног механизма у овим срединама уопште не одговара стварној ситуацији, намеће се закључак да формална идентичност правних механизма тржишне регулације неће довести до истих ефеката.

Вероватно је најкарактеристичнији случај са друштвима у којима је улога државног апарата у ранијем привредном систему била доминантна, односно друштава у којима је постојао неки облик етатизма. Структура друштвене моћи је у процесу транзиције привидно веома промењена, јер након ње доминирају лица која контролишу изузетно велике капитале. Но, привидно је њихов утицај далеко већи од стварног, јер је процес који подсећа на првобитну акумулацију капитала обично контролисан од стране политичке елите. Стога политичка елита и даље има већи утицај у друштву, а посебно у привреди, него што би одгова-

64 G. Sosay, U. Zenginobuz, *нав. дело*, стр. 25-30.

рало демократској структури. Управо из тог разлога је неизбежна закономерност таквих друштава масовна појава корупције: не зато што су та друштва склонија корупцији, него зато што у њима и даље постоји неравнотежа економске моћи.

Но, у земљама транзиције још постоји конфузија око улоге различитих актера, првенствено стога што сектор компанија још није потпуно еманципован од веза са сфером политике. Тржиште је релативно нетранспарентно и због постојања многобројних административних прописа који су доношени ради уређивања неких конкретних ситуација, а касније нису опозвани. Најзад, неуједначеност правне регулативе тржишних односа у том смислу да су неки прописи потпуно хармонизовани са правом ЕУ, док код других имамо очигледна и велика заостајања за тим стандардом, јесу ванекономске околности које својим деловањем итекако утичу на пословни успех. Стога у овом тексту покушавамо да регулаторна тела лоцирамо не само у њихово правно и економско окружење, него и да укажемо на битне социјално-политичке околности од значаја за њихово функционисање.

Регулација у процесу стварања тржишта у друштву у којем још не постоје издиференцирани и самосвесни *stakeholder*-и, као ни традиција усклађивања интереса кроз учешће јавности у регулаторном процесу, не може да има не само исти ефекат, него чак ни исту природу као у развијеним тржишним привредама. У многим од земаља које називамо *'emerging market economies'* тржиште не функционише на онај начин који би добио подршку када би се на демократским изборима поставило питање да ли је расподела коју генерише задовољавајућа. То значи да у таквим ситуацијама тржишна регулација – у мери у којој постоји – није резултат усклађивања интереса *stakeholder*-а, него наметања интереса доминантне групе осталима. А будући да је у таквим ситуацијама граница између волунтаризма који води апсолутизацији парцијалних интереса крупних компанија и укупне друштвене ефикасности изразито померена, то таква тржишта, поготово уколико нису потпуно либерализована, обилују имперфектним уговорима, па стога тржишни механизам у целини делује субоптимално.

Главни проблем успостављања квалитетне регулације видимо у томе што постоји неспорно доминантна група. Наиме, мада су економска и политичка елита у свим друштвима повезане, оне су у старим тржишним привредама ипак утемељене на специфичним изворима моћи и њихове друштвене улоге се не преклапају. У земљама у развоју је увођење тржишне привреде у читаву друштвену структуру процес који је још у току, јер су значајни друштвени сегменти још традиционални. Експанзија тржишта стога претпоставља ванекономске интервенције, односно деловање политичке елите на стварању тржишне структуре.

Често се као промотер стварања модерног тржишта јавља државни сектор, што је парадоксално само по себи.

Дакле, ако су најутицајнији заговорници успостављања тржишне структуре они који су директно укључени или повезани са политичком елитом, дакле истом категоријом интересно дефинисаних субјеката каква је постојала и у претходној фази, онда се може рећи да су савремени носиоци пословног одлучивања само преоденути политичари. Матрица њиховог понашања се битно не мења, сем што многе раније скривене активности постају јавне. Логика политичара након њиховог уласка у свет тржишне привреде се не може битно променити: власт претпоставља другачији начин социјалне комуникације са окружењем, и тај начин се задржава и након метаморфозе. Оно што је главни извор економске моћи тако трансформисане елите је и даље употреба утицаја на основу ранијих позиција у друштву, тако да се пословне одлуке и пословни успех мање заснивају на тржишним информацијама и активностима, а више на преливању вредносне садржине ранијег јавног сектора и предузећа која су била у сличном својинском статусу. То је процес уништавања старих нетржишних субјеката од стране нових, такође нетржишних, који се разликују од претходних само по карактеру својине.

Видимо, дакле, да у процесу неопходне регулације нових тржишта често недостаје централна група учесника, они на које се регулација односи. Формално, они су ту, али интереси које заступају нису суштински изведени из тржишног амбијента, него нетранспарентне транзиције. Што се тиче, пак, друге битне групе учесника процеса регулације, оних који треба да се залажу за уважавање дугорочних и развојних приоритета, а које уобичајено представља тзв. владин и невладин сектор, и код ње постоји сличан парадокс као и код пословне заједнице. Наиме, политички циклуси и висока нестабилност ових привреда, економска и социјална, доводи до тога да се на политичкој сцени брзо мењају носиоци власти. Та чињеница веома снажно утиче на њихове временске перцепције о томе у ком периоду треба да максимизују своје личне интересе, те се стога, уместо заступања развојних интереса, баве искључиво текућим. А због карактера транзиције и значајног присуства ванекономских елемената у процесу, у свом положају виде сјајну шансу за злоупотребу положаја, одакле проистиче и обимно присуство корупције. Невладин сектор би могао да се појави као ефикасан партнер у процесу, на пример у облику професионалних организација или организација за заштиту потрошача, али њихово значајније ангажовање претпоставља да је већ постигнут онај ниво развијености тржишта који им то омогућава. Дакле, у иницијалној фази тржишне регулације у новим тржишним економијама је утицај политичке структуре дефинитивно предимензиониран, те се она појављује чак и као главни заговорник тржишне привреде.

Резултат неадекватне структуре учесника у процесу стварања норми доводи, са једне стране, до тога да у структури норми тржишне регулације доминирају правне, и то оне које имају карактер подзаконских аката које доноси управа, а са друге да се материјално кроз ту регулацију не представљају интереси других *stakeholder*-а, осим, у суштини аутентичних, привредних друштава. Штавише, и унутар комплекса који треба да изражава интересе тог сектора такође постоји деформација у репрезентативности, јер је очигледно да успешност пословања у несавршеном тржишном амбијенту зависи од ванекономских околности. Тако се и унутар овог сегмента, као што смо видели, срећу прикривени интереси политичке елите.

Ранија југословенска правна и економска теорија је јасно уочавала проблем са којим се суочава друштво које убрзано усваја стандарде модерне тржишне економије, проблеме којих су, углавном, била ослобођена она друштва у којима је процес трајао континуирано. Ти проблеми се тичу, пре свега, наглих промена у систему расподеле. Но, поред тога, уочавало се да ваља већ у самом почетку процеса у систем друштвеног надзора над тржиштем уградити и адекватан систем регулације,<sup>65</sup> који ће задовољити интересе свих учесника, али не и угрозити основне ефикасности тржишног механизма. Тај социјални експеримент је касније хипертрофиран до размера у којима је изгубио сваку рационалну црту, али је иницијално указивао на могући правац обезбеђивања друштва од процеса који воде дегенерацији тржишта. У пракси се систем називао „друштвеним договарањем“, а његова институционална димензија се огледала у постојању вишедомних представничких тела задужених за доношење прописа у одређеним областима. Најчешће се радило о већима давалаца и корисника услуга, кроз које су представници одговарајућих категорија изражавали своје интересе и залагали се за њих. Иако је замишљено да ова тела буду искључиво регулаторна и материјално не утичу на тржишне токове, то се, ипак, догодило, те се не може рећи да је тај експеримент успео. Разлог је био онај исти због којег се данас у земљама постсоцијалистичке транзиције суочавамо са озбиљним социјалним проблемима – непостојање аутентичних представника заинтересованих група.

## V Закључак

Упркос многобројним и слојевитим питањима везаним за успостављање ефикасног система тржишне регулације, као закључак бисмо

65 Једно од схватања које би у овом смислу требало истаћи је схватање А. Ваџића који је истицао да су привредне коморе и синдикати оптимални алтернативни субјекти регулације. Александар Ваџић, *Економска структура друштва*, Београд, 1969.



ипак истакли да је тржишна регулација у суштини манифестација економске демократије. У демократском процесу су сви учесници равноправни у оквирима својих на закону заснованих овлашћења. Поступак усклађивања интереса је стандардни процес борбе за утицај на доношење оних одлука које претендују на то да буду од општег интереса. У привреди је ситуација нешто другачија: општи интерес се савршено не преклапа са индивидуалним, а традиционално право, као и значајан део економске литературе, те индивидуалне интересе апсолутизује, па се општи појављује као специфично насиље над аутономијом трансактора које врши сфера политике, и то принудним путем.

Концепт тржишне регулације има задатак да помири ону логику која нагони приватне инвеститоре да следе искључиво своје егоистичне интересе<sup>66</sup> са захтевима њиховог друштвеног окружења, и то на тај начин што се ови захтеви претходно не амалгирају кроз политички процес и претварају у правна ограничења приватносвојинских права, него кроз непосредне сукцесивне итерације. Циљ регулације је стварање одређеног подстицајног тржишног и конкурентног амбијента, а не изазивање конкретне последице.

На тржиштима се сваког тренутка мења положај трансактора, и они готово тренутно реагују на те промене. Из таквих реакција настају одговарајуће друштвене норме које се испољавају кроз специфична и стандардизована понашања трансактора. У одсуству адекватне реакције других тржишних учесника на такве промене у пословању, могуће је да дође до сначајне дегенерације тржишног механизма па чак и угрожавања саме суштине размене као односа равноправних и аутономних уговарача. Зато је суштина регулације у томе да се успостави трајни механизам за превентивно усаглашавање интереса око оног заједничког садржаја за све *stakeholder*-е, а то је елиминисање свих оних деформација тржишта које настају онда када се апсолутизује интерес само једне категорије учесника.

Ефикасна регулација претпоставља да су различити интереси најпре дефинисани и аутентично изражени, исти ниво репрезентативности свих интереса (наравно, пондерисан њиховим релативним значајем) и стварање норми које су далеко шире и еластичније од данас доминантних правних, законских и подзаконских. Само таква регулација може да помири захтеве за поштовањем правног поретка (захтев уставности и законитости), са ефикасношћу, коју данас једино тржишна привреда и може да обезбеди. За Србију је тржишна регулација још и додатно битна, јер њене институције, које настају истовремено са успостављањем

66 Оног, у либералној литератури бескрајно хваљеног смитовског предузетника – индивидуе која брани искључиво сопствени интерес, и интересе свих других види искључиво као препреку за максимизацију сопственог.

комплетне тржишне структуре, треба да спрече многе од тржишних деформација са којима се капитализам суочио тек у својим каснијим развојним фазама.

Упркос постојању релативно великог броја прописа и одговарајућих органа или организација у позитивноправном систему Србије, оцена о томе како се схвата значај регулације у друштву још није позитивна. Најпре, изразит је ривалитет између управе и независних регулаторних тела, јер се, у великом броју случајева, одлуке регулаторних тела и односе на случајеве у којима је присутан утицај политичких тела на понашања трансактора. Чини се да влада тежи да умањи значај независних регулаторних тела задржавајући фактички утицај на трансакторе у фази у којој ови доносе своје пословне одлуке, а не ретко имамо и случајеве директног притиска на рад регулаторних тела. Са друге стране, ни правничка заједница, која има логички проблем смештаја регулације у дисциплинарну матрицу правних наука, не може јасно да одвоји ову нову друштвену јавну функцију од управноправне функције, нити регулаторна тела од органа управе. Одређену конфузију ствара и мешање концепта јавне агенције и регулаторног тела, будући да се под јавном агенцијом подразумева далеко шири круг невладиних органа или организација од круга регулаторних тела. Но, све ове конфузије се могу лако схватити уколико имамо у виду да у Србији још није изграђен ни материјални оквир (развијени конкурентни тржишни механизам) на којег би се регулација применила, нити су присутне социјално-политичке претпоставке које су неопходне за идентификацију аутентичних и изворних интереса група *stakeholder*-а.

На жалост, у транзицији се не развијају само тржишне институције, него и институције политичке демократије. Неразвијеност ових првих омогућује да се и даље задржава, отворено или латентно, доминација сфере политике над сфером привреде. Држава се недовољно доследно понаша, јер чак и када прокламује екстремно либералне економске програме, фактички задржава непотребно висок ниво правног нормирања привредних токова, или чак прибегава мерама које одговарају класичном интервенционизму. На терену односа према регулаторним телима, ова структурна аномалија се манифестује као притисак на независност и неутралност регулаторних органа, нарочито у односу на оне чији рад има импликације на сферу политике, попут Комисије за заштиту конкуренције и Комисије за борбу против корупције. Но, извесно је да и друга регулаторна тела имају ту врсту проблема. Из тога такође можемо да изведемо наш основни закључак да се тржишна регулација мора схватити далеко обухватније него што је то формална хармонизација са правом ЕУ путем оснивања регулаторних тела. Облик регулације

јесте везан за норму, али је тај облик адекватан само уколико постоје одговарајуће културне, привредне и политичке претпоставке система економске демократије.

*Svetislav* TABOROŠI, PhD

Full Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

*Tatjana* JOVANIĆ, PhD, MA, LL.M.

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

## MARKET REGULATION AS METALEGAL SYSTEM AND THE IMPORTANCE OF ECONOMIC DEMOCRACY

### Summary

*Market regulation should not be interpreted only as formal harmonisation with the EU law through the establishment of independent regulatory bodies. The form of regulation reflects the norm, but the process shall be successful only when appropriate cultural, economic and political preconditions of economic democracy are fulfilled.*

*The rise of public (regulatory) agencies is not based on the same grounds which led to their establishment in the US or EU, but is often a result of simple transplanation of laws, in order to align market regulation to match European standards. Agencies emerged with the aim to influence the market in spe, rather than representing a mechanism of social reaction to market failures, which will subsequently manifest as deformations of the market.*

*In this process of market building, in a society which lacks differentiated stakeholders and the tradition of balancing interests through public participation in the regulatory process, not only that regulation may not have the same effect, but as well not even the same nature as in developed market economies. As far as it exists, regulation is not the result of balancing stakeholders' interests, but the manner of imposing interests of the dominant group. Taking into account that in such situations the border between voluntarism and overall efficiency is shifted, the market mechanism is suboptimal.*

**Key words:** regulation, market, public administration, independent regulatory bodies.

др Блажоје С. БАБИЋ

## ПРАВНА СТРАНА КРИЗЕ ЕВРОПСКЕ МОНЕТАРНЕ УНИЈЕ

### Резиме

Главни узрок кризе Европске монетарне уније (ЕМУ) су њравне њразнине у њројисима Европске уније (ЕУ).

Успешности јединствене валуте теоријски ѡређују се ѡстојање најмање два услова: (а) економски – да се ѡривреде земаља чланица ЕУ ѡо сљедећу ѡривредне развијености међусобно ѡриближе довољно да јединствена валута има смисла; и (б) ѡравни – да ЕУ ѡостигне способна да брани кљовну моћ јединствене валуте.

Криза ЕМУ, која је избила на ѡвршину 2008, ѡстигла је на дневни ред ѡправо ѡишњање у коликој мери ЕУ данас испуњава ова два основна услова?

Како је ЕУ ѡривредни ѡростор састављен од ѡривреда с различитим сљедећима развијености и с различитим сљруктурама, ЕУ није у најбољим односима с теоријом о ѡптимальном валутном ѡодручју (optimal currency area): у њој радна снага није довољно ѡкрећљива, номиналне зараде су ѡглавном ѡнромењиве. С друге сљране, евро је једина валута у сљећу иза које не стоји држава. Стога не ѡстоји федерални фискални сљећем који би могао ѡнтервенисати у цикличним кризама.

Из сваке досадашње кризе ЕУ је излазила на вишем сљедећу ѡнтервенисати. Превладавање кризе евра вероватно ће имати за ѡследицу ново ѡмерање ЕУ ка некој врсти сложене државе.

**Кључне речи:** евро, Европска монетарна унија, ѡптимально валутно ѡодручје, фискална ѡолитика.

## I Полазна поставка

Главни узрок кризе Европске монетарне уније (ЕМУ) су правне празнине у прописима Европске уније (ЕУ).

## II Појам ЕМУ

ЕМУ је подручје важења јединствене валуте – евра као заједничког мерила цене у оквиру ЕУ.<sup>1</sup> Више држава чланица ЕУ, са засебним привредама, обавезало се да, у одсуству светског номиналног сидра какво је било злато, уведе јединствену валуту и да јој у условима пливања валутних курсева у светским размерама, обезбеди постојану куповну моћ.

## III Услови за успех евра

Успешност јединствене валуте теоријски претпоставља постојање најмање два услова: (а) економски – да се привреде земаља чланица ЕУ по степену привредне развијености међусобно приближе довољно да јединствена валута има смисла; и (б) правни – да ЕУ постане способна да брани куповну моћ јединствене валуте.<sup>2</sup>

Криза ЕМУ, која је избила на површину 2008, поставила је на дневни ред управо питање у коликој мери ЕУ данас испуњава ова два основна услова?

### 1. Економски услов

#### а) Теоријски појед

Како је ЕУ привредни простор састављен од привреда с различитим степенима развијености и с различитим структурама, питање је да ли је она „оптимално валутно подручје“ (*optimal currency area*)?

Многи научници, пре свега у англосаксонском свету, оспоравају економску основаност стварања ЕМУ. Упориште оспоравања су предности које у економском прилагођавању има променљивост девизних

1 Благоје Бабић, „Европска монетарна унија“. У: Благоје Бабић (редактор): *Југославија у европским финансијама*, Институт за међународну политику и привреду, Београдски есконтни центар и Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1993, стр. 73 и следеће.

2 „The Maastricht decisions on European Economic and Monetary Union“, *Monthly Report of the Deutsche Bundesbank*, February 1992. In: *Bank for International Settlement Review (BIS Review)*, 1992, No. 30, p. 1.

курсева: (а) она омогућава отклањање неравнотеже платног биланса и уопште прилагођавање релативних цена између двеју земаља кад су цене нефлексибилне; и (б) пливање девизних курсева омогућава свакој земљи независност у макроекономској политици, на пример у избору стопе инфлације.<sup>3</sup>

Мид (*James Meade*) је још 1957. писао да Западна Европа није кандидат за монетарну унију. Пошавши од налаза да је овде покретљивост радне снаге ниска, он је тврдио да девизни курсеви треба да буду промењиви да би се западноевропске привреде могле прилагођавати.<sup>4</sup>

Мандел (*Robert Mundell*), зачетник теорије о „оптималном валутном подручју“,<sup>5</sup> је 1961. писао: „Кад би свет могао бити подељен на подручја унутар којих постоји покретљивост чинилаца производње (*factor mobility*), а између којих не постоји покретљивост (*factor immobility*), тада би свако подручје морало имати засебну валуту која плива у односу на све друге валуте“.<sup>6</sup> Другим речима, за омеђивање једног валутног подручја битан је степен покретљивости чинилаца производње у оквиру њега, то јест покретљивост физичког капитала и радне снаге. Покретљивост чинилаца производње јавља се као алтернативно средство економског прилагођавања. Она врши улогу коју нормално има мењање девизног курса. Тамо где је висок степен покретљивости чинилаца производње оправдана је јединствена валута. Подручје у коме не постоји висок степен покретљивости чинилаца производње није кандидат за то, јер би онда привреда остала без и једног инструмента прилагођавања.<sup>7</sup>

По Фелдстину (*Martin Feldstein*), ЕУ не испуњава ни један од услова за јединствену валуту према теорији „оптималног валутног подручја“: (а) да су земље које усвајају једну валуту изложене сличним ударима; и (б) да је радна снага високо покретљива између земаља које су ушле у јединствено валутно подручје. Земље ЕУ су изложене различитим ударима из више разлога: имају различите структуре друштвеног производа, извозе на различита тржишта, зависе од увоза нафте. Што се тиче покретљивости радне снаге између чланица ЕУ, она ће још дуго бити ограничена због језичких и културних разлика. „Вештачки изведена Ев-

3 Milton Friedman, „The case for flexible exchange rates“: *Y: Essays of positive economics*, The University of Chicago Press, 1953.

4 James Meade, „The Balance-of-payments problems of European free trade area“, *Economic Journal*, Vol. 67, September 1957, стр. 379–396.

5 Robert A. Mundell, „A theory of optimal currency area“, *American Economic Review*, September 1961.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

ропска монетарна унија ће скоро сигурно временом подићи просечни ниво незапослености“.<sup>8</sup>

Незапосленост и немогућност коришћења девизних курсева за прилагођавање су разлози из којих и Бекер (*Garry Becker*) из чикашке школе сматрао да је Европска монетарна унија грешка.<sup>9</sup>

Самуелсон (*Robert Samuelson*) оспорава ЕМУ бригом за интересе ЕУ више него теоријским разлозима: неће она да побољша економију, а лако може да подрије политичко заједништво Европе.<sup>10</sup>

За разлику од Самуелсона, који глуми забринутост за ЕУ, Дорнбуш (*Rudi Dornbusch*) истиче забринутост за интересе САД. По њему, „САД се боје ЕМУ: она носи висок ризик од рецесије и отуда и политичких поремећаја... Европа нема ни флексибилне најамнине нити јој функционише тржиште рада, а већ има масовну незапосленост. ЕМУ ће томе додати“.<sup>11</sup>

По Шоросу (*George Soros*), судбину ЕМУ би могла запечатити незапосленост. Она је у Западној Европи висока из два разлога. Први је што је тржиште радне снаге круто. Други, порези на зараде су сувише високи. И раскид радног односа је скуп. Зато послодавци тешко примају у стални радни однос. Стога је знатан део радне снаге неупошљен.<sup>12</sup> Због тога се у јавности незапосленост везује за евро. „Зато би било боље немати уопште заједничку валуту“.<sup>13</sup>

Бергстен (*Fred Bergsten*), Американац по пореклу Скандинавац, није се придружио англосаксонском походу против ЕМУ. Он сматра да евро испуњава свих пет кључних услова од којих зависи статус светске валуте. Ти услови су: обим привреде која је иза њега и положај у светској трговини; независност домаће валуте од спољних ограничења; непостојање девизне контроле; ширина, дубина и ликвидност тржишта капитала у домаћој привреди; снага, стабилност и стање спољних рачуна привреде.<sup>14</sup>

8 Martin Feldstein, „Does Europe need a single currency?“, *Washington Economic Reports*, USIS, Belgrade, December 9th, 1991, стр. 7.

9 Гари Бекер, Монетарна унија је грешка. Интервју шпанском листу *El Pais*. Пренето у: *Политика*, 21. јун 1997.

10 Роберт Самуелсон, „Време је да се одбаци евро“, *Newsweek*, New York. Преведено у: *Политика*, Београд, 18. август 1997.

11 Rudi Dornbusch, „Euro Fantasies“, *Foreign Affairs*, September/October, 1996, стр. 124.

12 George Soros, „Can Europe Work?“, *Foreign Affairs*, 1996, September/October, стр. 10.

13 *Ibidem*, стр. 13.

14 C. Fred Bergsten, „The Dollar and the Euro“, *Foreign Affairs*, Vo. 76, 1997, No. 4, стр. 84.

*б) Трошкови и користи*

У крањем степену, расправа о оправданости монетарне уније, као и других пројеката, своди се на поређење трошкова и користи. Заједничка валута усваја се под претпоставком да се користи максимизују а трошкови минимизују.

Нема спора да користи од увођења јединствене валуте укључују: снижавање трансакционих трошкова, вишу ефикасност због интеграције тржишта и усидравање цена на ширем валутном подручју.<sup>15</sup> Јединствена валута увећава извесности у погледу услова пословања. Тржиште више цени стабилност него раст.

Трошкови заснивања монетарне уније укључују: губитак независне монетарне политике и девизног курса као инструмената прилагођавања односно за ублажавање спољних удара. Ако једно подручје у оквиру ЕМУ западне у кризу, на пример зато што му је извоз застарео, дефлација долази уместо девалвације. Ако, пак, неко подручје доживи економски бум, рецимо услед развоја истраживања, образовања и слично, инфлација ће заузети место апрецијације.<sup>16</sup>

Англосаксонски крсташки рат против ЕМУ у Европској унији није узиман у рачун. То је јасно показао италијански економист Фиорентини. Ни по њему ЕУ није у најбољим односима с теоријом о оптималном валутном подручју: у њој радна снага није довољно покретљива, номиналне зараде су углавном непромењиве, а не постоји федерални фискални систем који би могао интервенисати у цикличним кризама. Али постоји јак разлог из кога се треба оглушити о теорију оптималног валутног подручја. Он је политичке природе: увођење јединствене валуте биће знак да је интеграција постала неповратна.<sup>17</sup> Другим речима, иза стварања ЕМУ не стоје само економски него и далекосежни политички разлози. „Будући развој у области политичке уније биће од кључне важности за трајан успех монетарне уније“.<sup>18</sup>

*в) Неизвесности*

Спор раст привреде ЕУ као целине и недовољност усаглашавања економских политика чланица ЕУ и ЕМУ појачавају неизвесности у погле-

15 David Cheney, „Optimum currency area: the challenge for policy“, *International Monetary Fund Survey (IMF Survey)*, 1997, January 13, стр. 14.

16 Dornbush, *op. cit.*, стр. 120.

17 Riccardo Fiorentini, „Monetary Union and economic integration: do we need the Maastricht treaty?“, Annual Conference of the European Association of Evolutionary Political Economy, Panteion University, Athens, 4–7<sup>th</sup> November 1997.

18 „The Maastricht decisions ...“, *op. cit.*, стр. 1.



ду чврстине и постојаности евра.<sup>19</sup> Девизни курс више није инструмент прилагођавања унутар Уније. Крутост тржишта радне снаге умањује способност појединих чланица да одговарају на ударе. Ту се опет враћа структурни проблем, који заострава проблем фискалног прилагођавања.

Најозбиљни фискални проблеми на путу афирмације евра су: висок порески терет и високи социјални трансфери.<sup>20</sup> Из политичких разлога тешко се снижавају трошкови за социјалне програме. Истовремено ће опасти укупан број запослених. Избор пред владама је: повећавати порезе или одступати од „критериума конвергенције“.

Углавном, излази да је главни проблем ЕМУ што њене чланице у замену за губитак монетарне суверености немају на располагању одговарајуће фискалне мере нити структурне промене.<sup>21</sup>

## 2. Правни услов

### а) Критериуми конвергенције

Учлањење у ЕМУ није аутоматско. Правно, да би нека чланица ЕУ постала чланица ЕМУ, то јест подручја евра, мора испунити истовремено све услове прописане у Уговору о Европској унији из *Maastrichta* (чланови 104 Ц и 109 Ј Уговора, разрађени у посебним протоколима).<sup>22</sup> Ти услови, означени као „критеријуми конвергенције“, су:

а) *јавни дуг* мора бити сведен на „прихватљив ниво“: годишњи буџетски дефицит не сме бити виши од 3% домаћег бруто производа; а укупан јавни дуг не сме бити изнад 60% једногодишњег домаћег бруто производа;

б) *стајња инфлације* може надмашити просечну непондерисану стопу инфлације у три земље с најнижом инфлацијом за највише 1,5 постотних поена;

в) *колебање девизног курса домаће валуте* мора остати у оквиру нормалне маргине колебања девизних курсева у оквиру Европског монетарног система у најмање две последње године;

г) *дујорочне каматне стајње* не смеју бити преко 2 постотна поена изнад непондерисаног просека каматних стопа у три чланице с најнижом стопом инфлације.<sup>23</sup>

19 Bergsten, *op. cit.*

20 Paul R. Masson, „EMU could require greater fiscal policy coordination“, *IMF Survey*, September 9, 1996, стр. 280-282.

21 *Ibidem*, стр. 282.

22 Душко Лопандић и Милутин Јањевић (превели и приредили), *Уговор о Европској унији*, „Међународна политика“ и други, Београд, 1995, стр. 238-240.

23 „Convergence: situation des 15 Etats members“, *La Banque*, hors serie – mai 1997, стр. 26-28.

Снижавање буџетског дефицита је услов за улазак у ЕМУ који је било најтеже испунити. То се могло остварити на два начина. Један је снижавање расхода, а други – повишавање пореза. Пошто су порески терети већ били високи, а њихово дејство на привреду неповољно, преостајало као боље решење снижавање јавних расхода. Али, да би испуниле услове у погледу висине буџетског дефицита и висине јавног дуга, многе владе су привремено морале да посегну и за повишавањем пореза.<sup>24</sup>

ЕМУ је заснована 1. јануара 1999. године са 11 чланица Европске уније, које су успеле да у међувремену задовоље „критеријуме конвергенције“, добрим делом уз помоћ „стваралачког рачуноводства“ (*creative accounting*).<sup>25</sup> Само је Луксембург несумњиво иуспуњавао све ове критеријуме. Ту је, у ствари, „источни грех“ ЕМУ. Она није основана на сасвим здравој економској основи, него на политичкој решености главних протагониста – Француске и Немачке – за „продубљивање“ инетграције.

Чланица ЕУ које су засновале ЕМУ су: Аустрија, Белгија, Ирска, Италија, Луксембург, Немачка, Португал, Финска, Француска, Холандија и Шпанија. Тако су се чланице ЕУ поделиле на оне које су у подручју евра („*ins*“) и оне које су изван њега („*outs*“). Но свим чланицама ЕУ су отворена врата ЕМУ, под условом испуњења „критеријума конвергенције“. У међувремену ЕМУ су се придружиле: Грчка, Кипар, Малта, Словачка, Словенија, Естонија. Изван ЕМУ је остало 10 чланица ЕУ – неке што не испуњавају услове, а друге што нису спремне да се одрекну своје валуте.

### б) Заштити евра

Валута се правно сматра једнако важним симболом суверености као грб, химна и застава. Сви ови симболи морају имати једнаку правну заштиту.

Таква заштита поменутих симбола била је прдвиђена Уговором о Уставу Европске уније (*Constitutional Treaty*).<sup>26</sup> У Уставном уговору евро је био укључен у листу симбола ЕУ као што су застава, грб и химна. Али, овај Уговор је пропао на референдумима у Француској и Холандији. Уследила је његова преправка позната као „Лисабонски уговор“ (ЛУ) из кога су изостављени симболи уставне природе, па и евро.<sup>27</sup> Евро се у

24 *La Banque*, hors serie, mai 1997, стр. 26.

25 Robert Kahn, „Conference focuses on implications of EMU for Europe and the world economy“, *IMF Survey*, 1997, No. 7, стр. 101.

26 „Treaty establishing a Constitution for Europe“, *Official Journal of the European Union (OJEU)*, No. 2004/320/1, Decembre 16, 2004.

27 Sylvia Gloggnitzer, „The Treaty of Lisbon – Amendments to the EU Treaties and Their Consequences for EMU“, *Monetary Policy & The Economy*, Oesterreichische Nationalbank, Quartal 1, 2009, стр. 84.

ЛУ не мпомиње као симбол ЕУ. Но, у члану 3(4) ЛУ евро се означава званичном валутом.

Углавном, правно, ни један од ових симбола у ЕУ нема „уставну“ заштиту. Тако је евро постао једина валута у свету која нема правну заштиту као симбол суверености.

Питање је у коликој мери је евро заштићен стварно?

Пактом о стабилности и расту (*Growth and Stability Pact*), усвојеним 1997. године<sup>28</sup>, државе чланице ЕУ су се обавезале да ће и по уласку у подручје евра, то јест у ЕМУ, важити финансијска дисциплина каква је била обавезна за улазак у њу.<sup>29</sup>

Одбрана куповне моћи једне валуте претпоставља способност одржавања одговарајуће сразмере између количине новца у оптицају и понуде робе и услуга. По испадању злата из монетарног система централне банке настоје да то постигну планирањем монетарних агрегата. То, дакле, постаје ново номинално сидро.

Другим речима, поверење у валуту без златне подлоге почива на уверењу да централна банка неће злоупотребити теоријски неограничену моћ за „стварање новца“.<sup>30</sup> То, даље, претпоставља одговарајућу монетарну власт. Према одлуци из Маастрихта, у ЕУ то треба да буде „Европски систем централних банака (*ESCB – European System of Central Banks*) са Европском централном банком (*ECB – European Central Bank*) у средишту.

Лисабнски уговор,<sup>31</sup> потписан у Лисабону 12. децембра 2007, којим је замењен Уговор о Уставу ЕУ<sup>32</sup> пропалом на референдумима у Француској и Холандији, садржи посебне одредбе о ЕМУ. ЕЦБ, кључна установа ЕМУ, добија статус органа ЕУ.

ЕЦБ има искључиву надлежност за монетарну политику у подручју евра и за усаглашавање мера држава чланица. Она је независна како од држава чланица тако и од органа ЕУ. Задужена је за заједничку монетарну политику. Њен основни задатак је чување постојаности цена односно постојаности куповне моћи евра.<sup>33</sup> Овај циљ је укључен у ли-

28 „Resolution of the European Council on the Stability and Growth Pact“ (Amsterdam, 17 June 1997), *Official Journal of the European Communities*, C 236 of 2.8.1997.

29 „Infeuro“, March 1997, стр. 3.

30 *Ibidem*.

31 Изворни назив Уговора: „Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community“, *Official Journal of the European Community*, 2007/C 306/01.

32 „Treaty establishing a Constitution for Europe“, *OJEU*, No. 2004/320/1, Decembre 16, 2004.

33 Gloggnitzer, *op. cit.*, стр. 70.

сту циљева ЛУ (чл. 3(3)). Постојаност цена и евра по ЛУ остаје битан састојак новог правног поретка ЕУ. ЕЦБ има својство правног лица. Једино је тело које одобрава емитовање евра.

в) *Недовршеност заштитне евра*

Многи стручњаци су и пре заснивања ЕМУ указивали на правне празнине у прописима којима је она уређена.

Макинон (*Ronald McKinnon*), који је даље развио Манделову теорију о „оптималном валутном подручју“<sup>34</sup>, тврди да ЕМУ не може успети из следећег разлога: заједничкој централној банци се резервише право штампања новца, а појединим државама чланицама се оставља широко овлашћење да финансирају своје расходе јавним задуживањем.<sup>35</sup> Исту идеју заступа и Шорош. По њему, привредама повезаним заједничким валутама нужна је заједничка фискална политика.<sup>36</sup> Под тим условима ЕМУ би могла успети. Али, такав приступ не треба очекивати од власти у Бриселу. Унију обликују бирократи, а бирократи нису способни за револуционарне промене.<sup>37</sup>

По Волкеру (*Paula Volckera*), ЕЦБ је „јединствен подухват“: независне земље преносе монетарну сувереност на заједничку установу, али нема паралелног државног органа с којим би она сарађивала. По њему, ЕЦБ је „крајње формална“, јер ни једна централна банка не може успешно обављати свој посао ван политичког контекста. Другим речима, за заштиту евра, сем ЕЦБ, нужно је и неко политичко тело које би било иза ње.<sup>38</sup> Без тога ауторитет ЕЦБ као монетарне власти отпочетка могао бити компромитован.<sup>39</sup>

Претпоставка је, дакле, да иза јединствене валуте стоји јединствена монетарна власт. Истина, ЕЦБ су поверена сва овлашћења која има једна монетарна власт. Међутим, правни проблем евра је у томе што иза ЕЦБ не стоји монопол насиља у виду суверене државе. ЕЦБ није орган

34 Ronald McKinnon, „Optimal Currency area“, *American Economic Review*, September 1963.

35 Према: Bruno Jossa, „Is European Monetary Union Impossible?“, *Banca di Roma, Review of Economic Conditions in Italy*, July – December 1996, p. 1. – Видети и: Бранко Васиљевић, *Европска монетарна интеграција, еуро и динар* (рукопис), Београд, 11. јул 1997.

36 Soros, *op. cit.*, стр. 10–13.

37 *Ibidem*, стр. 13 et 14.

38 Paul Volcker, „Hopes for Renewed Cooperation in the Wake of the Euro’s Creation“, *IMF Survey*, 1997, No. 7, стр. 105.

39 Jean-Pierre Roth, *s’interroge sur les implication de l’Union monetaire pour la Suisse*, *Bis Review*, 1997, No. 57, стр. 6.

ни једне државе, него заједничка установа савеза држава, то јест једне међународне организације. Стога не постоји санкција за непоштовање њених одлука, нити за одступање од критеријума конвергенције. То је кључна слаба тачка ЕМУ, па и саме ЕУ.

### *i) Правне њразнине на делу – ЕМУ у кризи*

Финансијска криза која је довела Грчку и Ирску на ивицу банкрота дала је за право злослутним пророцима. Она је обелоданила оно што се знало од почетка: земље с тако различитим степенима развијености и структурама привреда, као што су чланице ЕУ, не чине оптимално валутно подручје. Не чине то ни чланице ЕМУ, иако су привидно испуњавале „критеријуме конвергенције“.

Теоријски, суштина је следећа. Финансијска криза је „открила“ да су чланице ЕМУ голоруке. Прихватањем јединствене валуте остале су без главних оруђа за превладање цикличних криза – монетарне политике и девизног курса.

а) Уласком у ЕМУ чланице су се одрекле сопствене монетарне политике, преневши је у надлежност ЕЦБ. Не могу да повећавају монетарну масу да би подстицале конјунтуру и превладале рецесију.

б) Увођењем јединствене валуте чланице ЕМУ одрекле су се и девизног курс као средства за управљање текућим билансом, то јест остају без девизног курса као инструмента прилагођавања. А терет прилагођавања се мора негде превалити. То је тржиште рада.<sup>40</sup> У земљама с крутим тржиштем рада као што је ЕМУ, флексибилни девизни курсеви су важни. Без тога криза привреде је неизбежна

У Уговору из *Maastrichta* није назначено шта је замена девизном курсу као средству порилагођавања. „Конкурентско тржиште рада јесте одговор, али је то ружна реч у Европи државе благостања“.<sup>41</sup> Централно банкарство у ЕУ не узима у обзир да кресање буџетских расхода подразумева прилагодљиву монетарну политику. Пошто такве политике нема, ЕУ не може очекивати знатнији привредни раст. Стога је могућ „рецесиони дебакл“ за који би била окривљена ЕМУ.<sup>42</sup>

Чврста монетарна политика, на коју је обавезана ЕЦБ, и снижавање буџетског дефицита стварају дефлациони притисак (*deflationary bias*). Захваљујући Пакту о расту и стабилности, тај притисак је морао опстати и након заснивања ЕМУ. Како је незапосленост већ висока, то значи да монетарна страна интеграције долази у сукоб са економском.

40 Dornbush, *op. cit.*, стр. 124.

41 *Ibidem*, стр. 120.

42 *Ibidem*, стр. 122.

То може родити сумњу у корисност ЕМУ као средства за подизање благостања у ЕУ.<sup>43</sup> Шорш истиче да је још Кејнс показао да „пуна запосленост није природан исход тржишне равнотеже“, него да је за то потребна одговарајућа политика државе.<sup>44</sup>

в) Са стриктним ограничењима јавног дуга и буџетског дефицита чланице ЕМУ остале су без маневарског простора за одговарање на цикличне поремећаје фискалном политиком.<sup>45</sup>

У таквим околностима скоро све чланице ЕМУ су нашле „решење“ у одступању од критеријума конвергенције: повишавање буџетског дефицита и јавног дуга изнад плафона прописаних Уговором. Прве су од тих одступили главни протагонисти ЕМУ – Француска и Немачка, не узимајући у рачун да ће тиме дати лош пример осталим чланицама (*Quod licet Jovi, non licet bovi*). Следиле су их скоро све друге чланице ЕМУ. Најдаље су отишле Грчка, Ирска, Потругал, Шпанија и Италија. Грчка и Ирска нашле су се на ивици банкрота и затражиле зајмове од ЕУ и ММФ.

Спољни и унутрашњи дуг чланица ЕМУ изражен је у истој валути – еврџу. Тај дуг може да се отплати само у еврџу. Како да се отплати? Начелно, само из суфицита текућег биланса: повећавањем извоза и смањивањем увоза. То се постиже девалвацијом домаће валуте. Пошто је у оптицају јединствен валута целе ЕМУ, земље које су запале у кризу отплате дуга не могу да врши девалвацију евра. Дакле, оне немају средства за подстицање извоза и смањивање увоза да би зарађивале средства нужна за отплату дуга на међународном тржишту.

Дакле, да би могле да враћају дуг у еврџима, земље чланице ЕМУ у кризи морају да га прибављају из домаћих извора или из новог задуживања. Прибављање евра на унутрашњем тржишту врши се снижавањем најамнина и повишавањем пореза. На оба начина се смањује количина новца у оптицају, што значи дефлацију, која појачава рецесију и раст незапослености. Опадање домаћег производа значи опадање пореских прихода. Тако се затвара круг.

Грчка и Ирска су за излазак из зачараног круга затрежиле помоћ у виду зајмова од осталих чланица ЕМУ и ЕУ. Тако последице своје фискалне недисциплине преваљују на остале гланице ЕМУ. Запретила је криза евра. Остале чланице ЕМУ па и ЕУ су се нашле пред избором:

а) Враћање свих чланица ЕМУ на своје раније валуте и претварање евра од заједничке валуте у обрачунско средство. Ово решење значило

43 *Ibidem*.

44 George Soros, „Can Europe Work?“, *Foreign Affairs*, 1996, September/October, стр. 9.

45 *Ibidem*.

би не само пропаст ЕМУ него и озбиљну кризу ЕУ. За то нема интереса ни у оквиру ЕУ ни изван ње.

б) Искључити из ЕМУ земље које нису способне да испуњавају критеријуме конвергенције. Ово решење није оствариво ни из правних ни из економских разлога:

(аа) У Уговори о Европској унији не постоји одредба по којој би се мога искључити држава чланица било из ЕУ било из ЕМУ. Према члану 7(2) и (3) Уговора, постоји казна у виду привременог обустављања неких права држава чланица које „озбиљно и упорно крше начела наведених у члану 6(1) Уговора о ЕУ“.<sup>46</sup> Да би се увело право искључивања, требало би унети одговарајуће измене у Уговор о ЕУ из Лисабона. Таква измена, по члану 48. УЕУ, предвиђа једногласност. Дакле, искључивање из ЕУ и из ЕМУ фактички не долази у обзир.<sup>47</sup>

(бб) И кад би правно било могуће, искључење из ЕМУ није стварно могуће, јер би водило у распад ЕМУ, пошто скоро све њене чланица имају или јавни дуг или буџетски дефицит или обоје више од предвиђењих у критеријумима конвергенције.

в) Одобрвати зајмове „неспособним“ чланицама ЕМУ у еврима како би се она спасила. То у крајњем степену значи повишавање емисије евра било преко ЕЦБ били одобравањем кредита у еврима од стране других чланица ЕМУ. На тај начин се у ствари врши емисија и подрива поверење у евро, у ЕМУ и у ЕУ.

г) Главни протагонисти ЕМУ, пре свега Немачка која сноси главни терет помоћи „недисциплинованим“ чланицама ЕМУ, иступили су с предлогом за исправљање „конструкционе грешке“ ЕМУ – отклањањем правних празнина у правном систему ЕУ, почев са уношењем измена и допуна у Уговор о оснивању ЕУ („Лисабонски уговор“). Суштина је да се створи механизам који онемогућава пробијање критеријума конвергенције.

За сада начелно је постигнута сагласност чланица ЕУ да се евро додатно заштити на следећи начин:

а) Чланице ЕУ одлучиле су се за „ограничене измене“ ЛУ како би се створио трајни ванредни механизам који би омогућавао земљама чланицама ЕУ да прогласе мораторим на јавни дуг тако да се евро не

46 Sylvia Gloggnitzer, „The Treaty of Lisbon – Amendments to the EU Treaties and Their Consequences for EMU“, *Monetary Policy & The Economy*, Oesterreichische Nationalbank, Quartal 1, 2009, стр. 70.

47 P. Athanasiou, „Withdrawal and expulsion from the EU and EMU – some reflexion“, ECB, *Legal Working Paper Series*, No. 10/December 2009, стр. 34. Видети и: Gloggnitzer, *op. cit.* . – С. Proctor, „The future of the Euro – What Happens if a Member State leaves“, *European Business Law Review*, No. 17, 2006, стр. 93. – R. Smits, „The European Constitution and EMU: An Appraisal“, *Common Market Law Review*, No. 42, 2005, стр. 425.

угрози. Тај механизам би заменио ванредни фонд од 440 милијарди евра који је установљен да би се притекло у помоћ земљама које су угрожене финансијском кризом у Грчкој. Тај ванредни фонд је орочен до краја 2013. године.

б) Нови механизам би требало да Европској комисији овлашћења да одобрава државне буџете земаља чланица и да намеће казне земљама које упорно крше правила о дефициту предвиђена у Пакту о расту и стабилности и (*Growth and Stability Pact*) Европске уније. Невоља је у томе што државе чланице ЕУ нису спремне да, због одступања од критеријума конвергенције, прибегавају казни предвиђеној у Лисабонском уговору – обустављању права гласања државама чланица у Савету министара.

#### IV Час истине

Јасно је да ЕМУ није „оптинално валутно поодручје“. Није испуњен основни услов: приближан степен привредне развијености и структурне усклађености привреда. У случају Грчке то је посебно изражено. Она није била на довољном степену конкурентности ни кад је примљена у ЕУ. Потпуна либерализација тржишта довела је до сужавања домаће индустријске производње. Уласком Шпаније у Потругалије у ЕУ и закључивање уговора о бесцариској трговини ЕУ с Израелом, Грчка је и у овом сектору добила моћну конкурентнију. Имала је постојан трговински дефицит. По увођењу евра није могла подстицати развој трговине помоћу девизног курса. Задуживала се у иностранству. На унутрашњем плану без многућности управљања монетарном масом ослањала се на дефицитарно финансирање. Тако су до критичних размера нарасли буџетски дефицит и спољни и унутрашњи дуг.

Светска финансијска криза је „открила“ рањивост и системске ризике ЕМУ. Показало се да не постоји одговарајуће управљање подручјем евра. Није било одговарајућег надзора над вођењем јавних финансија држава чланица. постало је још видљивије да је у неким државама чланицама дошло и до ерозије конкурентности. Отуда је настало незадовољство у државама чланицама и сумње у евро.<sup>48</sup>

Тек се по избијању светске финансијске кризе показало колико је тешко усаглашавати различите интересе и потребе мноштва суверених држава које деле једну валуту. Спас заједничке валуте претпоставља стварање механизма за трајно управљање кризом и изналагање решења. Очигледно је да су нужни надзор над испуњавањем критериума

48 Francesco Paolo Mongelli, *The Transformational Impact of EMU and the Global Financial Crisis*, CEPS Policy Briefs, No. 228/December 2010, стр. 7–8.



конвергенције и како би се предупредиле кризе. Само тако се могу вратити поверење у евро и у његову постојаност.

## V Закључак

Неспорно је да је ЕМУ суочена с големим изазовима.

Састављена од држава чланица с још увек великим разликама у степну развијености и структурама привреда, ЕМУ није „оптимално валутно подручје“.

Евро нема одговарајућу правну заштиту. Испоставило се да је тешко усаглашавати интересе и потребе мноштва суверених држава које су се определиле за јединствену валуту.<sup>49</sup> Правно, ЕУ је више од међународне организације, али мање од државе. Зато иза ЕЦБ не постоји суверена власт која би јамчила спровођење њене монетарне политике.

Због правних празнина у прописима ЕУ, евро не може да постане водећа светска валута, иако и за њега стоји моћна привреда.

Сама ЕМУ се нашла у зачараном кругу. Због правне „недовршености“, она не може да обезбеди поштовање критеријума конвергенције што је услов за чување постојаности куповне моћи евра. Истовремено, саме државе чланице ЕМУ су с увођењем јединствене валуте остале без главних оруђа за управљање конјunkturом – монетарне политике и девизног курса. Стога олако прибегавају једином средству које има стоји на располагању – фискална политика мимо критеријума конвергенције.

Упркос „конструкционим грешкама“, опстанак ЕМУ није угрожен. Ако она и није „оптимално валутно подручје“, она је геополитички и геоекономски „оптимално подручје“. Све државе чланице заинтересоване су опстанак и ЕМУ и ЕУ. Најмоћније чланице ЕУ и ЕМУ су то највише. Захваљујући управо томе што иза себе имају моћну зајеницу, свака понаособ значи много више у светским пословима него што би значила појединачно.

Из сваке досадашње кризе ЕУ је излазила на вишем степену интегрисаности. Превладавање кризе евра вероватно ће имати за последицу ново померање ЕУ ка некој врсти сложене државе.

## Извори

1. Б. С. Бабић (уредник), *Водич кроз Право Европске уније*, Институт за међународну политику и привреду, Правни факултет Београдског универзитета и Службени гласник Србије, Београд, 2009.

49 Mongelli, *op. cit.*, стр. 7-8.

2. Б. С. Бабић, *Финансијски односи Југославије с европским окружењем*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2000.
3. С. Fred Bergsten, „The Dollar and the Euro“, *Foreign Affairs*, Vo. 76, 1997, No. 4, стр. 84.
4. S. Gloggnitzer, „The Treaty of Lisbon – Amendments to the EU Treaties and Their Consequences for EMU“, *Monetary Policy & The Economy*, Oesterreichische Nationalbank, Quartal 1, 2009, стр. 84.
5. R. Dornbusch, „Euro Fantasies“, *Foreign Affairs*, September/October, 1996, стр. 124.
6. J. Meade, „The Balance-of-payments problems of European free trade area“, *Economic Journal*, Vo. 67, September 1957, стр. 379–396.
7. F. P. Mongelli, „The Transformational Impact of EMU and the Global Financial Crisis“, *CEPS Policy Briefs*, No. 228/December 2010, стр. 7–8.
8. R. A. Mundell, „A theory of optimal currency area“, *American Economic Review*, September 1961.
9. C. Proctor, „The future of the Euro – What Happens if a Member State leaves“, *European Business Law Review*, No. 17, 2006, стр. 93.
10. R. Smits, „The European Constitution and EMU: An Appraisal“, *Common Market Law Review*, No. 42, 2005, стр. 425.
11. G. Soros, „Can Europe Work?“, *Foreign Affairs*, 1996, September/October, стр.10.
12. „Resolution of the European Council on the Stability and Growth Pact“ (Amsterdam, 17 June 1997), *Official Journal of the European Communities*, C 236 of 02.08.1997.
13. „Treaty establishing a Constitution for Europe“, *Official Journal of the European Union (OJEU)*, No. 2004/320/1, Decembre 16, 2004.
14. „Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community“, *OJEU*, 2007/C 306/01.

**Blagoje S. BABIĆ, PhD**

## LEGAL ASPECT OF THE CRISIS OF THE EUROPEAN MONETARY UNION

### Summary

*Principal cause of the crisis of the European Monetary Union is legal lacunae in the EU legislation.*

*The success of the single currency presumes in theory at least two conditions: (a) economic one – that the economies of the member states of EU get approximate level of development that single currency has a sense; and (b) legal one – that EU becomes capable to protect the purchasing power of the single currency.*

*The crisis of EMU, that had emerged 2008, put in question what measure the EU today fulfils these two fundamental conditions?*

*As the EU is an economic space composed of economies with different degrees of development and with different structures, EU is not in the best relations with the theory on optimal currency area: within it the movement of manpower is limited, the nominal wages are rigid. On the other side, the euro is the unique currency in the world without protection by a State. Therefore there is no federal fiscal system capable to intervene in cyclical crisis.*

*From every crisis up to now the EU got out with a higher level of integration. The removing crisis of euro probably will mean a step forward to a kind of loose State.*

**Key words:** *euro, European monetary union, optimal currency area, fiscal policy.*

др Гордана ГАСМИ  
професор Универзитета „Сингидунум“ у Београду

др Марија КОСТИЋ  
доцент Универзитета „Сингидунум“ у Београду

## ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ЉУДСКИХ ПРАВА КРОЗ ПРИНЦИПЕ ЛИСАБОНСКОГ УГОВОРА О ЕУ

### Резиме

*У раду се анализирају кључни нормативни принципи новој конститутивној Лисабонској Уговора о ЕУ (2009) у односу на заштити основних људских права, а који су детаљније разрађени у ЕУ Повељи о основним људским правима. Циљ је на снагу Лисабонској Уговора представља корак напред у развоју одрживој, истовремено веома комплексној, друштвеној модела Европске уније. Овај модел је резултат дубокој и сложених напора да се уклопе захтеви остварења социјалне правде и економској расија на подручју свих држава чланица ЕУ. Јасно је да је пред ЕУ увек стајао изазов како ускладити ова два захтева и да ли их оштрије усклађивати или се одредити само за један. Усвајањем Лисабонској уговора Унија је желела да још једном потврди да ће перманентно улазити напред у циљу усклађивања ових круцијалних семената људској животи. Унија посматра постовање људских права и основних слобода као један од суштинских услова стицања у њено чланство, поред економских предуслова и правних захтева усклађивања националних система земаља кандидата са *acquis communautaire*. Са друге стране, ЕУ стандарди о основним слободама и правима представљају кључни подстицај за јачање владавине права и гаранције основним слободама у земљама нечланицама, где се нарочито истичу земље изв. Западној Балкана у процесу стабилизације и придруживања, а међу којима и Србија.*

**Кључне речи:** *Евројска унија, Лисабонски уговор, основна људска права и слободе.*

## І Увод

Корене оснивања Европске уније (ЕУ) налазимо у историјским разлозима, а само њено утемељење у идеји економске сарадње, односно стварања заједничког, а потом јединственог тржишта у ком постоји слободан промет људи, робе, услуга и капитала. Евидентно је колико је заједница Европских држава, из године у годину, деценијама јачала на плану пре свега економске, а потом и других видова сарадње. Оснивачки уговори, односно Римски уговори, а затим и Уговори у ЕУ из Мастрихта, Амстердама и Нице тежиште стављају на питања везана за институције ЕУ, унапређење сарадње међу државама чланицама, спољну, безбедносну и одбрамбену политику. Данас Европска унија представља праву нормативну силу на светској политичкој сцени и промовише низ нормативних принципа који су генерално прихваћени и у оквиру система Уједињених нација, те самим тим и у глобалној употреби.

Ослањајући се на претходне оснивачке уговоре о ЕЗ и ЕУ, а у духу поменутих нормативних принципа и нови реформски уговор – Лисабонски уговор о ЕУ, који је ступио на снагу почетком децембра 2009. године, поред традиционалних интереса и приоритета Уније, директно истиче и по први пут интензивније наглашава димензију основних људских права.

Додељујући Повељи о основним правима у ЕУ – *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*<sup>1</sup> (у даљем тексту „Повеља“) снагу обавезне правне норме (инкорпорацијом Повеље у оквиру интегралног текста Лисабонског уговора), грађанска, економска, социјална и политичка права добијају гаранцију и правну заштиту не само на нивоу судова држава чланица, већ и комунитарних судова.

## II Кључни нормативни принципи и циљеви Европске уније

### 1. Циљеви Европске уније

Интереси и вредности Европске уније су императив који она поштује и промовише како унутар саме своје структуре, тако и свим односима на глобалном нивоу, чиме уједно доприноси и заштити својих

1 Повеља о основним правима у Европској унији (*Charter of Fundamental Rights of the EU, proclaimed by the EU institutions in Nice, 2000, O.J. of EC, C 364/1*).

грађана. Илустрација поменутих вредности и самих принципа ЕУ дата је у самој преамбули, као и члановима 2, 3–5 и 10 Реформског уговора из Лисабона.<sup>2</sup>

Суштина ових одредби је не само у изјави (чл. 2) да је Европска унија заснована на вредностима као што су поштовање људског достојанства, слободе, демократије, једнакости, владавине права и људских права, већ и на ставу и захтеву да Унија доприноси одржању мира, безбедности, одрживом развоју на Земљи, солидарности и међусобном поштовању између људи, слободној и фер трговини, смањењу сиромаштва и заштити људских права (са посебним акцентом на правима детета), као и стриктној примени и развоју међународног права, укључујући и поштовање принципа Повеље Уједињених нација.<sup>3</sup> Ови основни принципи, вредности и циљеви употпуњени су и одредбом члана 6 Лисабонског уговора која наводи да ће Унија признати права, слободе и принципе дефинисане Повељом о основним правима ЕУ, односно да ће Повеља од децембра 2009. године (упоредо са ступањем на снагу Лисабонског уговора о ЕУ) имати исту правну снагу као и претходни оснивачки уговори.

Успостављање и формално-правно уобличавање поменутих нормативних принципа, ради остварења основних циљева Европске уније, представља нови моменат у редефинисању норми и пракси чија еволуција траје последњих петнаест година.

## 2. Основни нормативни принципи ЕУ

### а) Европска унија као нормативна сила

Правна природа Европске уније је од самог настанка Европских заједница (а потом Уније) била једна од често присутних тема међу теоретичарима, који су дискутовали о томе да ли је она специфична врста међународног актера, не само због своје јединствене институционалне природе, већ и због предиспозиције да следи различите врсте интереса? Ово питање је изазвало велико интересовање академица и практичара и у последњих неколико година, а тиче се расправа да ли је ЕУ више цивилна него војна снага<sup>4</sup> и да ли она следи над-националне или етич-

2 У овом раду биће означаван као Лисабонски уговор. У питању је Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *O.J. of the EU* C 83, Vol. 53 of 30 March 2010.

3 Чланови 3–5 Лисабонског уговора.

4 К. Е. Smith, „Beyond the civilian power EU debate“, *Politique Européenne*, бр. 17/2005, стр. 63–82; R. G. Whitman, *From Civilian Power to Superpower? The International Identity of the European Union*, London, Macmillan, 1998.

ке интересе у покушају да глобални поредак обликује кроз нормативне промене, а не кроз употребу силе.<sup>5</sup>

Чини се да ЕУ није конвенционална велика сила у чекању, већ „нормативна сила“ која делује пре свега кроз идеје и вредности,<sup>6</sup> а не војну или економску моћ. Треба нагласити да је овакво гледиште изазвало велико интересовање међу научницима који се баве спољном политиком Европске уније, као што су *Adler* и *Kraford, Diez* и *Lukareli*,<sup>7</sup> а било је предмет посебног разматрања у *Journal of European Public Policy*.<sup>8</sup>

Напор да се изгради Европска унија представља уједно и глобални цивилизацијски напор. Разлог за овакву тврдњу је чињеница да ће координација европских различитости – или њен неуспех – битно утицати на конституисање још веће групе, кроз проширење Уније, у којој ће морати да се усагласе још израженије економске, културне и верске разлике. Ово је једини начин да се постигне хармонија у динамици глобализације начина живота који је индукован динамиком производње, трговине и медија у којима је већи део човечанства данас ангажован.<sup>9</sup>

#### б) Генералне одредбе о спољним активностима ЕУ и њени основни принципи

Чланом 10 Лисабонског Уговора дефинисане су опште смернице спољних активности Европске уније. Каже се да ће се Унија приликом спровођења активности на међународној сцени руководити принципима који су инспирисали и само њено стварање, развој и проширење, а које ће она тежити да протежира и у ширим глобалним размерама. Као такви се наводе: демократија, владавина права, универзалност људских права и основних слобода, поштовање људског достојанства, принципи једнакости и солидарности.

5 I. Manners, R. G. Whitman, „The ‘Difference Engine’: Constructing and Representing the International Identity of the European Union“, *Journal of European Public Policy*, бр. 10(3)/2003, стр. 380–404.

6 I. Manners, „Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?“, *Journal of Common Market Studies*, бр. 40(2)/2002, стр. 235–258.

7 E. Adler, B. Crawford, „Normative Power: The European Practice of Region Building and the Case of the Euro-Mediterranean Partnership (EMP)“, Working Paper 040400, Institute of European Studies, University of California, Berkeley, 2004; Thomas Diez, „Constructing the Self and Changing Others: Reconsidering ‘Normative Power Europe’“, *Millennium*, бр. 33(3)/2005, стр. 613–636; S. Lucarelli, „Introduction: Values, Principles, Identity and European Union Foreign Policy“, у: S. Lucarelli, I. Manners (eds.), *Values and Principles in European Union Foreign Policy*. London, Routledge, 2006, стр. 1–18.

8 H. Sjusen (ed.), „What Kind of Power? European Foreign Policy in Perspective (special issue)“, *Journal of European Public Policy*, бр. 13(2)/2006.

9 J. Kristeva, „Europe Divided: Politics, Ethics, Religion“, у: *Crisis of the European Subject*, New York: Other Press, 2000, стр. 114–115.

Лисабонским уговором је дефинисано девет нормативних принципа који се суштински прожимају кроз право и политику Европске уније, а које Унија тежи да промовише и на глобалном нивоу. Важно је напоменути да су ови принципи легитимно дефинисани јер проистичу из воље и потреба држава чланица ЕУ, њених институција и самих грађана.

У овом раду ћемо посебну пажњу посветити принципима који су везани за основна људска права и социјални аспект политике Европске уније, док ћемо остале принципе само поменути приликом њиховог таксативног набрајања. Први нормативни принцип ЕУ је дефинисан као одрживи мир и као такав дефинисан у члану 3 Лисабонског уговора, док потом следе остали принципи: друштвена слобода, консенсуална демократија, асоцијативна људска права, наднационална владавина права, једнакост, друштвена солидарност, одрживи развој и добро управљање („*good governance*“).

### 3. Принципи заштите основних људских права

Издигући Повељу о основним правима ЕУ на ниво обавезујуће правне норме, Лисабонски уговор установљава још један општи принцип комунитарног права – принцип заштите основних људских права. Повеља о основним правима у ЕУ не ствара нова права у оквирима националних правних поредака и примењује се само у случајевима када владе држава чланица имплементирају право ЕУ.

На овом месту треба нагласити да Лисабонски уговор и на још један начин оснажује претходно поменути принцип, постављајући захтев Европској унији да постане и формална страна потписница Европске конвенције о људским правима – *European Convention on Human Rights* („ЕCHR“), а не да њене суштинске одредбе, као до сада, третира само на посредан начин. У члану 6 Лисабонски уговор наводи да ће Унија приступити Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода, што неће задирати у надлежности Европске уније, онако како су оне дефинисане оснивачким уговорима.

Принцип заштите основних људских права је четврти нормативни принцип ЕУ. Односи се како на индивидуална, тако и на колективна људска права која стоје у међузависности (тако је нпр. индивидуално право на слободу изражавања у корелацији са колективним правом на слободан избор вере или убеђења).

Концепт међузависности индивидуалних и колективних права настао је још 1973. године Декларацијом о европском идентитету, потврђен Декларацијом министара иностраних послова Заједнице о



људским правима 1986. год. и Резолуцијом савета о људским правима из 1991. год.<sup>10</sup> Сви ови документи истичу универзалност и повезаност поменутих права са консенсуалном демократијом, наднационалном владавином права и друштвеном солидарношћу.

Основна права и људске слободе унутар ЕУ, онако како су дефинисана чланом 6. Лисабонског уговора, не само да имају значај за саме грађане ЕУ већ утичу и на њене спољне активности и то на двојак начин. Први аспект овог утицаја огледа се у инклузији људских права као општег принципа права Европске уније, а што је наглашено самом Повељом која је постала интегрални део Реформског уговора из Лисабона, као и обавезом ЕУ да приступи Европској конвенцији.

Други аспект се огледа у обиму у ком се одредбе о људским правима промовишу у свим екстерним активностима, почев од трговине, преко хуманитарне и осталих врста помоћи ЕУ до питања миграција. Наиме, многи аналитичари упозоравају да је Унија „извозник“ сопствених вредности и стандарда заштите људских права на глобалном плану, али ова настојања ЕУ се свode на пројектовање стабилности и мира кроз високе принципе заштите људских права и слобода на универзалном нивоу. Ово тим више, ако се има у виду да Унија не располаже толико војном силом, колико трговинским утицајима и финансијским подстицајима. Отуда, захтев за поштовањем и гаранцијама основних људских права и слобода чини есенцијални елемент билатералних споразума Уније са земљама нечланицама о придруживању или о другим видовима сарадње. Поштовање људских права је један од кључних услова приступања у чланство ЕУ за земље нечланице („*third countries*“).

#### 4. Принцип инклузивне једнакости

Одредбе чл. 3 Лисабонског уговора промовишу још један, шести принцип који је уско везан за гаранцију основних права и људских слобода. Реч је о принципу инклузивне једнакости (енгл. „*inclusive equity*“), односно обавези Европске уније да се бори против социјалне искључености (ексклузије), маргинализације одрђених друштвених група или припадника националних мањина, као и дискриминације унутар друштва, те да подстиче друштвену правду и сигурност, једнакост између полова, солидарност између различитих генерација и заштиту права детета.

Треба напоменути да шести нормативни принцип Европске уније – принцип инклузивне једнакости, омогућава отвореније и либералније

10 E. Jurada, „Assigning duties in the global system of human rights: the role of the European Union“, у: *A responsible Europe?, The ethical foundation of EU external affairs*, Palgrave Macmillan, 2006.

схватање и тумачење које то конкретне групе могу бити предмет дискриминације, него што је то дефинисано самим чланом 3.<sup>11</sup>

Дакле, као што је то у Повељи о основним правима у ЕУ назначено, забрањена је „свака дискриминација по било ком основу, као што су: сексуална, расна, етничка припадност, генетска обележја, језик, религијска припадност или верска убеђења, политичко или било које друго мишљење, припадност националним мањинама, имовина, рођење, инвалидитет, узраст или сексуална оријентација“.<sup>12</sup> Једна од слабости у примени овог принципа условљена је чињеницом да је у већини држава дискриминација по основу националне припадности, према мишљењу многих теоретичара, још увек присутна.<sup>13</sup>

Лисабонски уговор протежира једнакост у Европи и свету, као један од принципа и циљева ЕУ. То се заснива не само на потенцирању једнакости између грађана и између држава чланица, већ и на захтеву да се идентификују све врсте дискриминација против којих се ЕУ својом активном политиком мора борити. Пре свега, Уговор дефинише принцип једнакости свих грађана као један од основних демократских принципа<sup>14</sup> и препознаје једнакост држава чланица као један од основних принципа Европске уније.<sup>15</sup> Као друго, Лисабонски уговор дефинише конкретне облике дискриминације који се морају сузбијати, са посебним нагласком на борби за успостављање једнакости полова.

## 5. Принцип друштвене солидарности

Принцип друштвене солидарности је наведен као седми нормативни принцип ЕУ. Кроз одредбе Лисабонског уговора широк појам друштвене солидарности је добио своје уже значење, тако што је друштвена солидарност стављена у контекст „стабилног економског раста“, тржишне друштвене економије“, „пуне запослености“, спречавања „друштвене ексклузије“, подстицања „друштвене правде и заштите“, међугенерациске солидарности, друштвене солидарности између држава чланица ЕУ.

Принцип друштвене солидарности превазилази границе односа унутар ЕУ и утиче на усмеравање развоја ЕУ и њене трговинске поли-

11 A. Peto, I. Manners, I. „The European Union and the value of gender equality“, у: Lucarelli, Manners, *Values and principles of EU Foreign Policy*, стр. 97–113.

12 Члан 21 Повеље о основним правима у Европској унији (Charter of Fundamental Rights of the EU, *O. J. of EC*, C 364/1, 2000).

13 E. Howard, „Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts“, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 4, 2005, стр. 468–486.

14 Члан 8 Лисабонског уговора.

15 Члан 4 Лисабонског уговора.

тике, тако што подстиче „солидарност и поштовање међу људима, слободну и фер трговину, искорењивање сиромаштва“.<sup>16</sup>

Друштвена солидарност је подстакнута и кроз низ других области у оквиру Лисабонског уговора, међу којима је и солидарност између различитих генерација, међудржавна солидарност и солидарност у области радних односа. Интергенерацијска солидарност се односи на истицање улоге породице и државе у обезбеђивању практичне, финансијске и социјалне подршке свим генерацијама којима је то неопходно. Међудржавна солидарност је везана за односе између држава у циљу унапређења економског, друштвеног и територијалног јединства, као и заједничког одговора на терористичке нападе и природне или људским фактором изазване катастрофе.<sup>17</sup> Солидарност у области радних односа тиче се заштите и унапређења права из радног односа.

### III Основна права и приступ правосуђу

#### 1. Поступање судова

Чињеница да Повеља о основним правима ЕУ сада има исти правни статус као и ранији Оснивачки уговори, добија посебно на значају када се има у виду надлежност Европског суда правде да тумачи комунитарно право. Тумачећи и потврђивајући одредбе Повеље, Европски суд правде ће кроз своју праксу оснажити значај основних људских права и на нивоу држава чланица, односно таква пракса ће представљати додатну и снажнију гаранцију ових права појединцима и правним лицима у државама чланицама.

Поред тога, Лисабонски уговор уводи и новину у вези са основним правима која су истовремено прописана и Повељом о основним правима ЕУ и Европском конвенцијом основним правима и људским слободама. Наиме, у тим случајевима конкретна основна права ће бити истоветно тумачена и схватана по основу оба правна инструмента, како пред Европским судом правде, тако и пред Европским судом за људска права.

Овакав став ће применом у пракси довести до још једне битне промене која се тиче тумачења и примене принципа: „*ne bis in idem*“ (не два пута о истом) – које је посебно учестало у споровима и поступцима по жалби везаним за међународне картеле. У складу са праксом Европ-

16 F. Bonaglia, A. Goldstein, F. Petito, „Values in European Union development cooperation policy“, у: Lucarelli, Manners, *Values and principles of EU Foreign Policy*, 2006, стр. 164-184.

17 Чланови 3 и 88 Лисабонског уговора.

ског суда за људска права, принцип „*ne bis in idem*“ се често крши, не само у случајевима када се компанији два пута суди и/или се кажњава за исто дело, већ и у случајевима када је иста компанија санкционирана за два дела, која су номинално различита, али и једно и друго садрже основне елементе оног другог.<sup>18</sup>

## 2. Приступ правосуђу

Приступ судовима као снажан механизам заштите свих права један је од основних правних принципа уопште. Као такав, он се примењује и у комунитарном праву, а Лисабонским Уговором знатно је ојачан.

Наиме, Лисабонским уговором је проширено право на покретање поступка за приспитување аката комунитарног права. На основу ранијих оснивачких уговора физичко или правно лице је могло да поднесе захтев за преиспитување само оне одлуке која се њега директно тиче, односно под одређеним условима и уредбе или директиве које се тиче треће стране, али подносилац захтева у погледу такве уредбе или директиве има и мора имати лични интерес.

За разлику од раније праксе, Лисабонски уговор је уклонио захтев да заинтересована страна „мора имати лични интерес“ да би покренуо поступак преиспитувања регулаторних аката ЕУ.

## IV Закључак

Европска унија је сасвим сигурно једна од најјачих нормативних сила данашњег света и као таква, Унија тежи стварању праведнијег и бољег света за све људе, како грађане ЕУ тако и оне ван њених граница.

Ступање на снагу Лисабонског уговора представља корак напред у развоју одрживог, истовремено веома комплексног, друштвеног модела Европске уније. Овај модел је резултат дуготрајних и сложених напора да се уклопе захтеви остварења социјалне правде и економског раста на подручју свих држава чланица ЕУ. Дакле, зна се да се социјална димензија ЕУ мора обликовати у складу са захтевима социјалне правде и гаранције основних права и слобода, са једне стране, али и у циљу обезбеђења континуираног економског развоја и конкурентности, са друге.

Јасно је да је пред Европском унијом увек стајао изазов како ускладити ова два захтева и да ли их опште усклађивати или се опре-

18 Види пресуду Европског суда за људска права, *Franz Fischer vs. Austria*, 29 May, paragraph 2.

делити само за један. Усвајањем Лисабонског уговора Унија је желела да још једном потврди да ће улагати напоре у циљу усклађивања ових круцијалних сегмената људског живота. То је у духу европске традиције, високо цењене унутар и изван Европе, која се до сада увек декларисала као несебична у предузимању напора да обезбеди поштовање основних права, просперитет и бољи квалитет живота својим грађанима и грађанима целог света.

Посебно треба имати у виду да земље нечланице, које су у процесу приступања Унији, односно кандидати за чланство ЕУ, спроводе националне политичке, правне и економске реформе у контексту прокламованих принципа Уније у области заштите основних људских права. У том смислу, ЕУ стандарди о основним слободама и правима представљају кључни подстицај за јачање владавине права и гаранције основним слободама у тим земљама, где се нарочито истичу земље тзв. Западног Балкана у процесу стабилизације и придруживања, а међу којима и Србија.

Коначно, Унија посматра поштовање људских права и основних слобода као један од суштинских услова ступања у њено чланство, поред економских предуслова и правних захтева усклађивања националних система земаља кандидата са *acquis communautaire*.

**Gordana GASMI, PhD**

**Professor at the Singidunum University Belgrade**

**Marija KOSTIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Singidunum University Belgrade**

## **PROTECTION OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS THROUGH PRINCIPLES OF LISABON TREATY ON EU**

### **Summary**

*Today European Union is certainly one of the most powerful normative forces in the world and as such must strive to create fairer and better world for all people – not only EU citizens, but also all those outside its borders. Entry into force of the Lisbon Treaty on EU is a step forward in a development of more sustainable and also very sophisticated social model of the European*

*Union. This model is the result of long-term and complex efforts to harmonize requirements to achieve social justice and economic growth in the area of all EU member states. Therefore, it is known that EU social dimension has to be created in accordance with requirements of social justice and guarantees of fundamental rights and freedoms on the one hand, and in order to ensure continuous economic growth and competitiveness, on the other.*

*It is obvious that European Union was always facing a dilemma whether to complete a challenge to reconcile and synchronize these two demands or choose just one of them. By adopting the Lisbon Treaty, the Union has confirmed once again that it will endeavor to harmonize these crucial segments of human life. This is in the spirit of European tradition, a highly respected inside and outside Europe, which has always declared itself as a selfless in undertaking efforts to ensure respect of fundamental rights, prosperity and a better quality of life for its citizens and citizens around the world.*

*Third countries, which are in the EU accession process, are implementing relevant reforms in the context of the EU proclaimed principles on human rights protection, being key incentive for their democracy deepening. Furthermore, the Union is considering the respect for fundamental human rights in candidate countries, as being one of conditions for EU membership.*

**Key words:** *European Union, Lisbon Treaty on EU, fundamental human rights and freedoms.*

др *Розета* КАРОВА  
Секретаријат Енергетске заједнице, правни експерт

## АТИНСКИ ПРОЦЕС – ИНСТРУМЕНТ ЗА УВОЂЕЊЕ ЕНЕРГЕТСКОГ ACQUIS-А ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ЗЕМЉЕ ЗАПАДНОГ БАЛКАНА\*

### Резиме

*Овај чланак је фокусиран на Енергетску заједницу успановљену између Европске уније (ЕУ) и земаља Југоисточне Европе (ЈИЕ) у оквиру Атинског процеса. Енергетска заједница је пример регионалне сарадње између земаља ЈИЕ у домену енергетике. Циљ Споразума којим се оснива Енергетска заједница је стварање регионалне енергетске заједнице, које би се касније прикључило у енергетску заједницу ЕУ. Кроз спровођење овог споразума, земље ЈИЕ би такође постале део европског енергетског сектора – енергетике, и пре прикључања ЕУ.*

*У овом раду се анализирају основи и разлози за успановање Атинског процеса. Закључено је да са једне стране, регионална енергетска заједница (РЕТ) задовољава основни критеријум енергетске политике ЕУ и стога ЕУ има интерес да подстигне имплементацију Атинског процеса, а са*

---

\* Ауторка жели да се захвали својој супервизору проф. *Micklitz*-у за подршку приликом објављивања радне верзије рада на којој је базиран овај чланак: *Rozeta Karova*, „Rationale behind the establishment of the Energy Community“, Law Department EUI Working Paper, бр. 14, 2010. Ауторка је такође веома захвална проф. *Cremona* за плодотворну дискусију на једном од њених семинара на Европском Универзитетском Институту где је настала идеја за овај чланак. Захваљујем се такође и *Милодарки Даутовић* (Енергетска регулаторна агенција Црне Горе) за превођење овог рада са енглеског као и др *Marco Votta* за коментаре на ранију верзију овог рада. Све грешке припадају аутору.

*групе створене иерсијективна чланства је најјачи рачио за земље ЈИЕ да створеду захтеване реформе. У раду се истриче да постоје јаки разлози на обе створане, ЕУ и ЈИЕ, који воде ка развоју ове идеје и сада утричу на имплементацију Споразума о Енергетској заједници у иракси.*

**Кључне речи:** *Атински процес, Енергетска заједница, регионално енергетско иржичије, Југоисточна Европа.*

## І Атински процес

На либерализованом тржишту електричне енергије прекогранична трговина енергијом постаје атрактивнија па је стога треба стимулисати. Основни предуслов за такву либерализацију је постојање упоредног регулаторног оквира у свим односним земљама.<sup>1</sup> Такав заједнички оквир се може успоставити путем закључивања билатерланих или регионалних уговора, са дугорочним циљем оснивања регионалних енергетских тржишта (РЕТ). Један пример регионалног уговора је Уговор о оснивању Енергетске заједнице (УоЕЗ),<sup>2</sup> закључен у 2005. години између Европске уније (ЕУ) и земаља Југоисточне Европе (ЈИЕ) у оквиру Атинског процеса. Тај уговор има за циљ оснивање РЕТ за земље ЈИЕ, које би се касније требало интегрисати у интерно енергетско тржиште ЕУ. Путем његове имплементације, земље у ЈИЕ ће постати део интерног тржишта ЕУ у кључном економском сектору – енергији, чак и пре њиховог приступа ЕУ.

Овај чланак анализира образложење и разлоге за Атински процес. Са једне стране, он анализира разлоге за интерес ЕУ за регион ЈИЕ и користи које ЕУ очекује од Енергетске заједнице, а са друге стране објашњава мотивацију земаља ЈИЕ да прихвате и предузму озбиљне реформе у њиховим енергетским секторима.

### 1. Атински меморандум

У марту 2002. године, Европска комисија је, уз подршку Пакта за стабилност, иницирала такозвани Атински процес, предлажући осни-

1 Европска Комисија, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Completing the Internal Energy Market, Brisel, COM (2001) 125 final, 13.3.2001, стр. 27.

2 Treaty establishing the Energy Community for South East Europe, signed on 25<sup>th</sup> October 2005, OJ 2006 L 198/18 (the text of the Treaty is attached to the Council Decision of 29 May 2006 on the conclusion by the European Community of the Energy Community Treaty, OJ 2006 L 198/15). Ступио на снагу 1. јула 2006. године.



вање регионалног енергетског тржишта у ЈИЕ које би се касније интегрисало у енергетско тржиште ЕУ. У новембру 2002. године девет земаља из региона (западног Балкана)<sup>3</sup> потписало је, са Комисијом и Пактом за стабилност као спонзори, Меморандум о разумевању.<sup>4</sup> Атинским меморандумом из 2002. године основано је неколико институција: Министарски савет (МС), Перманентна група високог нивоа (*PHLG*) и Регулаторни форум ЈИЕ за електричну енергију (Атински форум). Ова сарадња је даље, у децембру 2003. године, проширена на сектор гаса путем другог Меморандума о разумевању.<sup>5</sup> Овим меморандумима, земље ЈИЕ су се обавезале да у оквиру својих енергетских сектора усвоје и имплементирају енергетске ЕУ директиве и регулативе. Две године након првог меморандума, у 2004. години, након предлога *PHLG*, Министарски савет је Тиранском декларацијом<sup>6</sup> основао Регулаторни одбор Југоисточне Европе за електричну енергију и гас (*ECRB*). Штавише, у октобру 2007. године потписан је Меморандум о разумевању о социјалним питањима и основан је Социјални форум који се одржава једном годишње. На крају, недавно је потписан и Меморандум о разумевању за оснивање канцеларије за координиране аукције (*Coordinated Auctions Office – CAO*) која је у процесу оснивања.<sup>7</sup>

Ови меморандуми не представљају међународни уговор и нису обавезни за земље које су их потписале. Они су знак политичке намере, више него правна обавеза земаља, спонзора и донора.

3 Земље Југоисточне Европе су: Република Албанија, Босна и Херцеговина, Република Хрватска, Република Македонија, Република Црна Гора и Република Србија, као стране потписнице, а Косово кроз привремену управу Мисије Уједињених нација на Косову (УНМИК), у складу са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација број 1244. Бугарска и Румунија су биле потписнице Атинског меморандума и Уговора о Енергетској заједници као странке, али када су постале чланице Европске уније њихов правни статус је промењен у учеснике.

4 Memorandum of understanding on the Regional Electricity Market in South East Europe and its Integration into the European Union Internal Electricity Market, потписан у Атини 15.11.2002. bis D(2002) C2/BD/CA.

5 Memorandum of understanding on the Regional Energy Market in South East Europe and its Integration into the European Union Internal Energy Market, потписан у Атини 8.12.2003. 15548/03/bis.

6 Ministerial Council Decision on Establishing the South East European Board for Electricity and Gas, Tirana Declaration, 1.6.2004.

7 На петом Министарском савету (11.12.2008) потписан је Меморандум о разумевању о успостављању CAO. Она има за циљ имплементацију заједничких процедура за управљање загушењима и успостављање CAO између оператора за пренос и независних оператора система у Југоисточној Европи.

## 2. Уговор о оснивању Енергетске заједнице за Југоисточну Европу

У Атинском меморандуму из 2003. године, договорено је да га учесници ускоро замене правнообавезујућим уговором, што је и било урађено 25.10.2005. године потписивањем Уговора о оснивању Енергетске заједнице између ЕУ и земаља ЈИЕ.<sup>8</sup> Овај Уговор је ступио на снагу 1.7.2006. године, након што је био ратификован од стране свих потписника. Први пут у историји десило се да су све ове земље и територије потписале правнообавезујући уговор који ће их обавезивати. Поред уговорних страна (*Contracting Parties*) у Енергетској заједници, државе чланице ЕУ могу да добију статус учесника којим имају право да учествују на свим институционалним састанцима Енергетске заједнице. На пример, Бугарска и Румунија су биле уговорне стране, али након њиховог приступања ЕУ у 2007. години, њихов правни статус се променио у учеснике (*Participants*). Од априла 2008. године у Енергетској заједници постоји четрнаест учесника. Поред тога, у Енергетској заједници постоје три земље са статусом посматрача.<sup>9</sup> Коначно, од 1. маја 2010. године Молдавија, а од 1. фебруара 2011. године и Украјина су постале пуноправни чланови Енергетске заједнице.

УоЕЗ има за циљ да регулише односе између земаља које су га потписале на начин који би успоставио заједнички правни и регулаторни оквир за енергетска тржишта и који би омогућио прекограничну трговину енергијом. Његов циљ је оснивање јединственог енергетског тржишта, укључујући координацију заједничке помоћи у случајевима кад постоје озбиљни поремећаји на енергетском тржишту или екстерни (спољњи) прекиди, којим би се постигла заједничка политика за спољну трговину енергијом.<sup>10</sup> УоЕЗ обухвата принципе и политике ЕУ, узимајући у обзир специфичности свих земаља. Овај циљ би се могао остварити ако би се осигурало да све земље у ЈИЕ усвоје целокупно законодавство ЕУ (*acquis communautaire*) у областима енергетике, заштите животне средине, конкуренције и обновљивих извора. УоЕЗ је исто тако формализовао институције осниване Атинским меморандумом из 2002. године и Тиранском декларацијом из 2004. године.

УоЕЗ је потписан на период од десет година од датума његовог ступања на снагу. Министарски савет, делујући једногласно, може да продужи његову трајност.<sup>11</sup>

8 Поред потписника Атинског меморандума, од 1.5.2010. Молдавија и од 1.2.2011. Украјина су постале пуноправни чланови Енергетске заједнице.

9 Грузија, Норвешка и Турска су посматрачи у Енергетској Заједници.

10 Члан 2 Уговора о Енергетској заједници, *supra*.

11 Члан 97 Уговора о Енергетској заједници, *supra*.

## II Образложење мотивације иза Атинског процеса

Идеја која стоји иза оснивања Енергетске заједнице је да се оснује РЕТ ЈИЕ које би се интегрисало у интерно енергетско тржиште ЕУ. То земљама из ЈИЕ намеће обавезу да оснују своја национална тржишта која би била компатабилна и усклађена са правилима којима руководи интерно енергетско тржиште ЕУ. Ипак, треба имати на уму чињеницу да и поред тога што се енергија сматра једним од најважнијих питања још од почетка интеграције Европе у 1950-им, законско и стварно оснивање интерног тржишта енергије у ЕУ почело је тек у 1990-им.<sup>12</sup> То није случај са ЈИЕ јер не постоји тако јака регионално интегрисана заједница између земаља из региона. Штавише, не треба заборавити да су земље у ЈИЕ и даље у транзицији покушавајући да реформишу своје системе и имплементирају тржишну економију након централно планиране економије која је постојала у периоду социјализма. Поред тога, земље из ЈИЕ покушавају да, након ратова који су задесили државе западног Балкана 1990-их, стабилизују свој политички и безбедоносни положај како на националном тако и на регионалном нивоу покушавајући да поновно изграде пријатељске односе са својим суседима. Назначавајући ове дијаметријски супротне ситуације које постоје у ЕУ и ЈИЕ сврха наредног дела овог чланка је да се покуша да се идентификују снаге које покрећу Енергетску заједницу.

### 1. Мотивација Европске уније

#### *а) Интерес Европске уније за регион Југоисточне Европе*

Пре преласка на дискусију образложења ЕУ за идеју за Атински процес и стварање Енергетске заједнице, потребно је опширније упутити на питање интересовања ЕУ за регион ЈИЕ. Постизање мира и стабилности у региону ЈИЕ, након конфликта и ратова који су се десили у 90-им допринело би свеобухватној стабилности и пријатељским односима у Европи. Извесно је да ће превазилажење нестабилности и несигурности

12 Два од три уговора потписана током 1950-их су се посебно односила на енергетски сектор: Париски уговор о оснивању Европске заједнице за угљ и челик, Париз, потписан 18.4.1951, ступио на снагу 25.7.1952. и истекао 50 година касније у 2002; Уговор о стварању Европске заједнице за атомску енергију (Еуроатом), Рим, потписан 25.3.1957, ступио на снагу 1.1.1958. и закључен је на неодређено време. Међутим, прве Директиве о либерализацији тржишта електричне енергије и гаса усвојене су средином 1990-их: Директива 96/92/ЕС Европског Парламента и Савета од 19. децембра 1996. о заједничким правилима унутрашњег тржишта електричне енергије, ОЈ 1996 L 27, 30.1.1997, Директива 98/30/ЕС Европског парламента и Савета од 22.6.1998. о заједничким правилима за унутрашње тржиште природног гаса, ОЈ 1998 L 204, 21.7.1998.

можда отворити врата иностраним инвестицијама у регион, као и подстицању његовог развоја и просперитета.<sup>13</sup> Све ове могућности за економски раст, заједно са сигнаlima за политичку стабилност у ЈИЕ су релевантне за ЕУ и њену улогу на међународној сцени.

Поред овог економског образложења и проспеката за развој ЈИЕ, друга прекогранична питања која утичу на и даље крхку стабилност<sup>14</sup> региона су стране директне инвестиције, олакшавање трговине и транспорта, мобилност људи и њихова миграција, заштита животне средине као и снабдевање енергијом. Узимајући у обзир стратегијску гео-политичку ситуацију комплетног региона, ова питања треба да се размотре као дио шире регионалне визије. Неки аутори су назначили да посматрање ЈИЕ као мост између Европе и Азије, Централне и Источне Европе (ЦИЕ) и западне Азије и Русије, доводи до закључка да национална и билатерална решења неће бити довољна за упућивање на питања економског развоја, енергетске политике и друга стратегијска питања.<sup>15</sup> У ствари, може се очекивати да ће само пан-европски оквир и регионалне организације бити ефективни.<sup>16</sup> За многе регионалне иницијативе које су отпочете у овом региону, Пакт стабилности за ЈИЕ (који се, заједно са ЕУ налази иза идеје Енергетске заједнице) који је једна од њих, би се могло рећи да је у складу са овом општом основном.<sup>17</sup> Већина ових регионалих облика сарадње нису иницијативе које су отпочеле саме земље ЈИЕ, па су се стога, у прошлости посматрали као враћање назад на југословенски модел и оне су се често опирале да се ангажују и прихвате ове регионалне иницијативе. Сада, трансформација Пакта стабилности у Регионални савјет за сарадњу (РСС) чије је седиште у Босни и Херцеговини, је један пример који показује да су

13 Ante Gavranović, „The Stability Pact – the prospects and perils of regional economic cooperation“, *South East Europe Review for Labour and Social Affairs*, бр. 01/2001, стр. 162; Qerim Qerimi, Bruno Sergi, „The European Union and its prospective enlargement to the southeast“, *South East Europe Review for Labour and Social Affairs*, бр. 04/2005, стр. 15–32.

14 О ставу да ЕУ ‘намерава да пренесе мир ЕУ зоне на Југоисточну Европу кроз ангажовање регионалних влада у својим иницијативама’: Emilian Kavalski, „The Western Balkans and the EU: the probable dream of membership“, *South East Europe Review for Labour and Social Affairs*, бр. 01–02/2003, стр. 197–212.

15 Christophe Solioz, „Rethinking south-eastern Europe through a pan-European perspective“, *South East Europe Review for Labour and Social Affairs*, бр. 02/2007, стр. 73.

16 *Ibid.*

17 За више информација о регионалним иницијативама у ЈИЕ видети: Rozeta Karova, „The Energy Community – the Eight Regional Electricity Market in Europe“, 11<sup>th</sup> Mediterranean Research Meeting; Workshop 16: Integrating the Western Balkans into the European Union: Overcoming the Political and Economic Constraints, 24–27.3.2010, Montecatini Terme.

земље ЈИЕ постале отвореније за сарадњу и интеграцију, и то не само билатералну сарадњу и интеграцију сваке од њих појединачно са ЕУ, већ и између њих самих, и да су промениле свој став прихватајући сарадњу на регионалном нивоу.<sup>18</sup> Енергетска заједница би могла да буде други пример јер укључује све земље из региона.

*б) Моћив Евројске уније да ојача са Атлантским процесом*

Комплетирање интерног енергетског тржишта ЕУ ојачало је потребу за експлицитном европском енергетском политиком. У свом Зеленом документу из марта 2006. године,<sup>19</sup> Комисија је поставила основу за такву политику, која ће задовољити три важна циља: одрживи развој, конкурентност и сигурност у снабдевању. За те потребе, она је назначила шест приоритетних области, а једна од њих је заједничка екстерна енергетска политика.<sup>20</sup> Треба напоменути да се идеја заједничке екстерне енергетске политике јавља у периоду када се Европа суочава са великим изазовима у области енергетике.<sup>21</sup> На пример, постоји потреба за инвестицијама у измену старе инфраструктуре и изградњу нових интерконекција између земаља чланица ЕУ. Штавише, не треба заборавити да ЕУ зависи од увоза примарних горива, као што су нафта и гас у износу од око 50% своје укупне потрошње. Са друге стране, око половину познатих резерви природног гаса лоцирано је у Русији и Ирану, док се већина резерви нафте налази у Русији, Саудијској Арабији, Ираку и Ирану. Друго важно питање које значајно утиче на европску енергетску политику је да се очекује повећање не само тражње ЕУ за енергијом, већ и тражње за енергијом на нивоу света због раста глобалне економије коју су посебно подстакле Кина и Индија.

Према Ерхарду Бусеку, бившем координатору Пакта стабилности, Енергетска заједница која креира највеће унутрашње енергетско тржиште на свету спајајући све земље чланице ЕУ и земље из ЈИЕ,<sup>22</sup> има

18 *Ibid.*

19 Европска комисија, Green Paper: A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy, Брисел, 8.3.2006, COM (2006) 105 final.

20 Остале приоритетне области су: завршетак формирања унутрашњег тржишта енергије, солидарности међу државама чланицама, одрживог, ефикасног и диверуификација енергетског микса, мере поводом климатских промена, стратешки енергетски технолошки план.

21 О различитим погледима о изазовима са којима се ЕУ суочава у области енергетике видети: Erhard Busek, „The Energy Community Treaty: Securing the Energy Supply in Southeast Europe and in the EU“, *SÜDOSTEUROPA Mitteilungen* бр. 05–06/2006, стр. 16–21.

22 Европска комисија, Ministers hail largest energy internal market in the world – Energy Community Treaty, Брисел, 8.6.2006, IP/06/757.

важну улогу код постизања заједничке енергетске политике ЕУ.<sup>23</sup> Стога, образложење које стоји иза идеје Европске комисије да отпочне оснивање Енергетске заједнице ће се анализирати у смислу тог приоритета:

а) *Прво*, имајући на уму чињеницу да ЕУ увози велики проценат своје потрошње енергије, један од њених важних приоритета је да се постигне *диверсификација енергетској микса, снабдевача и рута за снабдевање*. Из перспективе зависности ЕУ од увезених горива коришћених за производњу електричне енергије, сматра се да ће ЈИЕ бити у могућности да обезбеди значајан складишни капацитет гаса и да послужи као транзитна област за нове цевоводе који снабдевају земље чланице. Диверсификација снабдевача и рута за снабдевање се може омогућити изградњом објеката за течни природни гас (*LNG*), који би омогућили увоз гаса са Истока.<sup>24</sup> Поред тога, могу се изградити цевоводи за конекцију региона са Турском. Постоје два главна пројекта која сада треба поменути. Први је Набуко цевовод који повезује Каспијски регион, Средњи Исток и Египат преко Турске, Бугарске, Румуније и Мађарске са Аустријом и даље са централним и западним европским тржиштима гаса. Дужина цевовода би била око 3.300 км и могла би да снабдева између 5 и 10% енергетске тражње ЕУ.<sup>25</sup> Други пример би био Транс-Јадрански цевовод (*TAP*) који је дуг 520 км и који ће транспортовати гас преко Грчке и Албаније и преко јадранског мора до Италијанског јужног региона Пуље, и даље до Западне Европе. Пројекат *TAP* подржава ЕУ као „Приоритетни пројекат“ у оквиру смјерница *TEN-E*, јер доприноси циљевима и политикама ЕУ чији је циљ диверсификација и сигурност у снабдевању гасом.<sup>26</sup> Ови пројекти, у којима регион ЈИЕ има велику улогу, треба да смање зависност ЕУ од гаса из Русије, која је већа од око 90%. Исто тако и пројекат Јужног тока је вредан помена јер је то споразум између Руског Газпрома и Италијанског ЕНИ-а, али он покрива скоро све државе бивше Југославије. Западни Балкан представља стратегијску транзитну област која је заинтересована за учествовање у свим различитим енергетским пројектима који су имплементирани на њиховим територијама, и које су промовисали не само ЕУ већ и САД и Русија.<sup>27</sup>

23 Е. Busek, *нав. чланак*.

24 У свом Discussion and Consultation Note of 2004, *supra*, 9 Комисија види могућности снабдевања са Истока као кључне за сигурност снабдевања енергијом у региону.

25 За више детаља видети: <http://www.nabucco-pipeline.com/> (април 2011).

26 За више детаља видети: <http://www.trans-adriatic-pipeline.com/index.php?lang=> (април 2011).

27 Stefano Bianchini, „The Eastern Question Reformulated? The Energy Issue and the Balkan Fragile Geopolitics between 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> Centuries“, presented at the 11<sup>th</sup> Mediterranean Research Meeting organised by RSCAS, 24–27.3.2010, Montecatini Terme. Аутор

б) Што се тиче циља који се односи на повећање енергетске ефикасности, циљ Европске комисије је да се до 2020. године смањи потрошња енергије за 20%. Енергетска заједница обраћа пажњу на постизање и овог циља, путем омогућавања Енергетској заједници да предузме мере за подстицање политика за ефикасно управљање потражњом и за усвајање мера за побољшање развоја у области енергетске ефикасности.<sup>28</sup> Због веома субвенционираних трошкова енергије,<sup>29</sup> људи и компаније у ЈИЕ нијесу били подстакнути да штеде енергију а садашњи нивои тражње за енергијом су значајно виши у овом региону у односу на ЕУ. Узимајући у обзир перспективу ЕУ чланства земаља из ЈИЕ, ако се програми ефикасности не имплементирају на вријеме у регион, циљ ЕУ за постизање својих 20% до 2020. године се може веома лако угрозити.

в) У ЕУ нема механизма за *солидарности* између земаља чланица у циљу заштите од кризе код снабдијевања енергијом, и за начин на који се њом управља у случају њеног појављивања.<sup>30</sup> Са друге стране, у УоЕЗ постоји обавеза међусобне помоћи у случају прекида у снабдијевању енергијом.<sup>31</sup> Стога, клаузула о солидарности садржана у УоЕЗ може да представља пример за земље чланице ЕУ за јачање њихове међусобне помоћи.

г) Последње по реду али не и по важности, циљ Европске комисије је да у *екстерној енергетској пољивици* земље чланице говоре заједничким језиком. Чак иако УоЕЗ ограничава обим ове екстерне политике на питања трговине, изгледа да увећавањем европског интерног енергетског тржишта на земље ЈИЕ, Комисија покушава да повећа и потенцијалну преговарачку моћ ЕУ у односу на њене екстерне енергетске партнере. Према г. Бусеку, Европа би могла да користи ову моћ код преговарања са Газпромом како би се омогућио приступ његовим цевоводима у замену за приступ европским малопродајним енергетским тржиштима, због високих профита. Штавише, треба напоменути да је Русија повећала своје ангажовање на Балкану.<sup>32</sup>

види геополитички значај Балкана као кључно транзитно подручје за енергију, као и прилику и изазов за регион.

28 Чланови 32 и 35 Уговора о Енергетској заједници.

29 Сви извештаји који анализирају цене електричне енергије у чланицама уговора указују да у највећем броју њих цене не одговарају трошковима. Видети између осталог: ECRB, Best Practice Guidelines on the Protection of Vulnerable Household Customers, Ref: R07-WGC-01-05, 28.6.2007, стр. 9.

30 Значај питања солидарности је веома релевантно данас у току кризе снабдевања гасом због руско-украјинског спора.

31 Чланови 44–46 Уговора о Енергетској заједници, *supra*.

32 European Policy Centre, Task Force on the Balkans in the EU: The Balkans in Europe: containment or transformation? Twelve ideas for action, Working Paper, бр. 31, 2008, стр. 24.

Европска политика суседства (ЕПС) има такође значајну улогу код повећавања међународне преговарачке моћи ЕУ преко саме Енергетске заједнице. Земље из ЈИЕ које су потписнице УоЕЗ нијесу дио ЕПС, али су део проширења Процеса стабилности и удружења (ПСУ) ЕУ, а свака од њих има јасну перспективу за потенцијално чланство у ЕУ. Међутим, у УоЕЗ дозвољена је могућност за његово проширење на земље које су сада посматрачи у Енергетској заједници (Норвешка, Турска, и Грузија), које у исто време покрива и ЕПС. Пример из ЕПС-а у овом погледу су Молдавија која је у Енергетској заједници била посматрач а од маја 2010. године је пуноправни члан, и Украјина која је потписала Протокол за приступање Енергетској заједници на Министарском савету 24.9.2010. године, постала је пуноправни члан од фебруара 2011.

Након објашњавања неких мотива који стоје иза идеје ЕУ да отпочне и подржи креирање Енергетске заједнице, наредни део се посвећује мотивима који су водили земље из ЈИЕ да подрже идеју оснивања Енергетске заједнице.

## 2. Образложење земаља из Југоисточне Европе

### *а) Заједнички проблеми земаља из Југоисточне Европе*

Земље које су биле део Југославије деле заједничку историју која је економски и политички била прилично јединствена. Једини изузетак је Албанија, која никада није била регионално интегрисана а чак и у доба социјализма она је изашла из оба економска блока на Истоку и Западу и пратила је политику која је била искључиво оријентисана на аутархију.<sup>33</sup> Међутим, након ратних конфликта кроз које су у 90-им годинама прошле земље из бивше Југославије, регионална сарадња и интеграција биле су незамисливе. Регион је био економски и политички неинтегрисан, тако да би се условност за регионалну интеграцију коју је региону наметнула ЕУ појавила као снага за поновно спајање раније интегрисаних земаља.<sup>34</sup>

33 „Камен темељац овог јединственог приступа су били: 1. релативна независност од Совјетског Савеза од 1948, када је Тито раскинуо са Стаљином, 2. споро приступање Западу од тада као и 3. специфичности економског система радничког самоуправљања“, у: Claudia Grupe, Siniša Kušić, „Intra-regional cooperation in the Western Balkans: Under which conditions does it foster economic progress?“, Centre for the Study of Global Governance, London School of Economics and Political Science, Discussion Paper, бр. 37, стр. 8.

34 Упркос сличностима између земаља, применом економског модела гравитације у региону југоисточне Европе закључује се да је веома тешко говорити о земљама као региону с обзиром да се стање економије разликује од земље до земље. За примену овог економског модела видети: E. Christie, „Potential trade in South East



Потреба за регионалном сарадњом земаља ЈИЕ у енергетском сектору произилази из општих проблема са којима се суочавају енергетски сектори ових земаља.<sup>35</sup> Енергетска тржишта су мала а економије земаља су енергетски интензивна. Цијене енергије у земаљама ЈИЕ су генерално испод економских нивоа а структуре за утврђивање цијене/тарифе су неадекватне. Штавише, трговина енергијом је спријечена лошом инфраструктуром, као и политичким и социјалним наслеђем конфликта у региону ЈИЕ. Са друге стране, у региону су неколико деценија постојале државне вертикално интегрисане компаније, док су се енергетске политике, закони и стандарди разликовали од оних у ЕУ. Често није било политичких и институционалних оквира потребних за подстицање страних дирекних инвестиција потребних за поновно успостављање инфраструктуре и за изградњу нових електрана у региону.

У периоду постојања Југославије електроенергетски системи њених Република били су део удружења електроенергетских предузећа Југославије, који су са друге стране били део Уније за координацију преносом електричне енергије (*UCTE*). Стога, у то вријеме национални електроенергетски системи нису били дизајнирани да буду довољни сами за себе, већ су били део регионалног, а преко њега међународног система. Након распада Југославије са штетама на систему Босне и Херцеговине и Хрватске у рату у 90-им годинама, *UCTE* систем се поделио у двије зоне. Поновна конекција система са првом синхроним зоном успешно је спроведена у 2004. години, а сада цели регион осим Албаније је члан *UCTE*, који је од 1.7.2009. постао *ENTSO-E*.<sup>36</sup>

#### б) Користи од регионалне интеграције и успостављања регионалног тржишта енергије

У 2000. години Светска банка је припремила документ у циљу разматрања користи од успостављања РЕТ у ЈИЕ.<sup>37</sup> Прво, могли би се

Europe: a gravity model approach<sup>6</sup>, *South East Europe Review for Labour and Social Affairs*, бр. 04/2002, стр. 81-101.

35 Ови проблеми су иницијално истакнути од стране Светске банке али су касније обрађени од стране Европске комисије, видети Светска банка, *The Road to Stability and Prosperity in South Eastern Europe: A Regional Strategy Paper*, 1.3.2000. и European Commission, *Transport and Energy Infrastructure in South East Europe*, Brussels, 15.10.2001.

36 Од 1.7.2009. Европска мрежа оператора преносног система за електричну енергију (*ENTSO-E*) је преузела све оперативне задатке 6 постојећих *OPS* удружења у Европи, укључујући и *UCTE*-а. За више информација, видети: <https://www.entsoe.eu/> (април 2011).

37 Светска Банка (2000), *нав. чланак*.

користити поуздани, јефтини и извори енергије повољни за окружење који би омогућили одрживи економски развој региона. Што се тиче снабдевања електричном енергијом, регионални приступ би био користан за бољу употребу постојећих капацитета, али би исто тако и привукао стране инвестиције. Тиме би била олакшана прекогранична трговина, а то би са друге стране утицало на смањивање трансакционих трошкова. Регионални приступ би помогао јачање институционалних аранжмана и помогао би земљама у ЈИЕ код усвајања стандарда ЕУ за инфраструктурни развој и регулацију, имајући на уму очекивану интеграцију у унутрашње енергетско тржиште.

Поред тога, постоје технички и економски разлози за унификацију националних система за електричну енергију у регионални. На примјер, диверзификација горива је немогућа у малим системима. Штавише, електроенергетски систем захтева резервну снагу, а потреба за резервном снагом се смањује са величином система. Коначно, како су мреже уништене у току регионалних ратова у 1990-им годинама било је ефикасније инвестирати од почетка у изградњу конектоване регионалне мреже уместо поновне изградње националних мрежа и каснијег покушавања њиховог интелектованања.<sup>38</sup>

Због чињенице да су само Бугарска и Босна и Херцеговина нето извозници електричне енергије, увек је постојала прекогранична трговина у региону. У 2004. години, обим којим се трговало између земаља у ЈИЕ био је 9%.<sup>39</sup> Међутим, цели регион као такав, је нето увозник.<sup>40</sup> Стога, веома је релевантна прекогранична трговина електричном енергијом у оквиру ЈИЕ а она треба да се појача у оквиру РЕМ.

Структура производње је различита у различитим земљама. Већина земаља се ослања на угаљ (пр. Македонија производи 78% своје укупне производње електричне енергије из угља). Албанија, са друге стране, има највећи проценат производње електричне енергије у региону која је произведена из хидроенергије (тј. 98% своје производње електричне енергије).<sup>41</sup> У складу са дискусијом користи од регионалне интеграције, ови подаци показују да у ЈИЕ постоји могућност за замјену између термо и хидро енергије у периоду шпица и базном периоду. Поред

38 Видети: J. Becker, J. Jurkeit, „The Balkans Stability Pact and the interests of the West“, *South East Europe Review for Labour and Social Affairs*, бр. 01/2001, стр. 145–160.

39 Kennedy Besant-Jones, *World Bank Framework for Development of Regional Energy Trade in South East Europe*, World Bank, Energy and Mining Sector Board Discussion Paper, бр. 12, 2004.

40 Elizabeth Hooper, Andrei Medvedev, „Electrifying Integration: Electricity Production and the South East Europe Regional Energy Market“, *CCP Working Paper*, бр. 08–6, 2008, стр. 11.

41 E. Hooper, A. Medvedev, *нав. чланак*.

тога, предност се може стећи из разлика у цијени горива, а електрична енергија треба да се произведе у земљама са нижом цијеном горива које се може потрошити у другој земљи региона. Стога, чињеница да су системи за производњу електричне енергије у ЈИЕ комплементарни показује да ће успостављање РЕМ у ЈИЕ бити од велике користи.

### в) Перспектива чланства у Европској унији

Код објашњавања мотивација за земље у ЈИЕ, веома је важно имати на уму да све прве земље потписнице УоЕЗ, на које се овај чланак односи, имају реалну перспективу за чланство у ЕУ. Поред Румуније и Бугарске, које су државе чланице од 1.1.2007. године, Хрватска је почела преговорање о приступу а Македонија је добила статус кандидата,<sup>42</sup> док су друге земље потенцијални кандидати. Годишњи извјештаји које Европска комисија ради сваке године у циљу процјене напретка земаља ЈИЕ у погледу њиховог приступа ЕУ, увијек назначавача важност регионалне иницијативе за сарадњу, укључујући Енергетску заједницу.<sup>43</sup> А Енергетска заједница представља „питање специфичне експанзије статуса предприступа.“<sup>44</sup>

Мерењем користи и изазова, речено је да тешке али потребне реформе неће бити могуће без јасне перспективе чланства свих земаља из региона ЈИЕ.<sup>45</sup> Перспектива приступа ЕУ је горе објашњена, а европска финансијска средства као и финансијска средства других донатора нису кључне покретачке снаге за предузимање ових тешких реформи у ЈИЕ. Координатор Пакта за стабилност сматра да чак иако је потребна подршка донатора, доказано је да она неће бити довољна за даље подстицање процеса реформи.<sup>46</sup>

Конечно, економски утицај креирања Енергетске заједнице би довео до креирања већег и предвидљивог тржишта које би требало

42 EU Presidency Conclusions – European Council, 15-16.12.2005, 15914/1/05 REV 1.

43 European Commission, Press Release: Regional cooperation: an overview of main activities, Brussels, 5.3.2008, MEMO/08/143. Видети такође: European Commission, Commission Staff Working Paper: EU regionally relevant activities in the Western Balkans 2008/09, SEC(2009)128 final, Brussels, 3.2.2009.

44 Laura Deitz, Lindsay Stirton, Kathryn Wright, „The Energy Community of South East Europe: Challenges of and Obstacles to Europeanisation, CCP Working Paper“, бр. 08-4, 2008, стр. 7.

45 Erhard Busek, „The Stability Pact: Adapting to a Changing Environment in South Eastern Europe – Successes and Remaining Challenges“, *SÜDOSTEUROPA Mitteilungen*, бр. 04/2004, стр. 23, и Bodo Hombach, „The Stability Pact – Lessons for the Future“, *SÜDOSTEUROPA Mitteilungen*, бр. 04/2004, стр. 27.

46 Erhard Busek, „The Stability Pact: Adapting to a Changing Environment in South Eastern Europe – Successes and Remaining Challenges“, 2004.

да привуче инвеститоре, али се не сме потцијенити његова политичка важност.<sup>47</sup> Оснивање представља веома важан политички корак у кључном економском сектору пре приступања земаља ЈИЕ ЕУ. То је, штавише део нове регионалне економске стратегије која му даје „истински кредибилитет.“<sup>48</sup> Због тога се Енергетска заједница пореди са Европском заједницом за угља и челик која је утабала пут за Европску заједницу пре више од педесет година.<sup>49</sup> Коначно, Енергетска заједница се посматра као „успех и модел за регионалну сарадњу у области енергије“ од стране Европске комисије у првом извештају о Енергетској заједници из марта 2011. године.<sup>50</sup>

### III Закључци

Након објашњавања мотивације за учешће у РЕТ ЈИЕ ЕУ са једне стране, и земаља из ЈИЕ са друге стране, и достављања прегледа за оснивање Енергетске заједнице, може се закључити да на обема странама постоје снажне покретачке стране које воде ка развоју идеје, и које сада настављају са подстицањем имплементације УоЕЗ у пракси.

Енергетска политика ЕУ има три главна циља: конкурентност, сигурност у снабдијевању и одрживост, а мотивације за регионалну трговину у ЈИЕ треба да буду такве да их задовоље.<sup>51</sup> Што се тиче *конкурентности*, релевантно је да се због чињенице да на малим тржиштима електричне енергије као што су национална тржишта електричне енергије у ЈИЕ конкурентност не може лако применити или се не може уопште применити, онда регионална интеграција обезбеђује могућност за постизање овог циља. Штавише, регионална интеграција смањује зависност од екстерних фактора и доноси диверзификацију ресурса, што је у складу са другим циљем, *сигурности у снабдевању*. Чињеница је да је поузданост снабдевања енергијом већа код интерконектованих система, а исто тако боља оптимизација националних мешавина горива доприноси циљу *одрживости*. Стога, може се закључити да су регионална интеграција енергетских тржишта ЈИЕ и оснивање РЕТ веома важни за ЕУ и за њене циљеве везане за енергетску политику.

47 Stability Pact for South Eastern Europe, Fact Sheet: EU / South Eastern Europe Energy Community.

48 Erhard Busek, „The Energy Community Treaty: Securing the Energy Supply in Southeast Europe and in the EU“, *SÜDOSTEUROPA Mitteilungen*, бр. 05–06/2006, стр. 16–21.

49 Erhard Busek, „The Stability Pact: Adapting to a Changing Environment in South Eastern Europe – Successes and Remaining Challenges“, 2004.

50 Европска Комисија, Report from the Commission to the European Parliament and the Council, COM(2011) 105 final, Брисел, 10.3.2011.

51 E. Hooper, A. Medvedev, *нав. чланак*.

Што се тиче земаља ЈИЕ, због општих проблема које оне деле и великог броја регионалних програма за сарадњу који су већ отпочети у другим областима, може се закључити да постоји велики потенцијал за регионалну интеграцију у пољу енергетике. Енергетска заједница, која је приказана у овом чланку је веома добар примјер. И поред тога, када се предузимају кораци у том погледу, треба да се узму у обзир специфичности региона. Посебно, заједничка историја, међусобни односи, економија и претходна интеграција треба да буду на уму код давања било каквих предлога за регионалну интеграцију у ЈИЕ. Насупрот земљама Централне и Источне Европе које су се ујединиле у циљу јасног циља – удруживања у ЕУ која је предузела тржишне реформе у посљедњој декади, земље ЈИЕ су изгубиле декаду у етничким конфликтима и ратовима. Сада, упркос различитим облицима приступа ЕУ и различитим облицима реформе у свакој земљи региона, перспектива чланства је највећа мотивација за земље ЈИЕ да приступе реформама у својим системима, укључујући тешке реформе енергетске либерализације.

Аргумент овог документа за мотивацију за чланство је снажно подржан литературом из политичких наука, гдје се сматра да ће „*the 'carrot' of accession*“ обезбедити „подстицаје за праћење „*sticks*“ адекватне политике понашања, а један од њих је тај да земље ЈИЕ „успоставе нормалне односе између себе“.<sup>52</sup> Имајући на уму чињеницу да би се нормални односи могли успоставити преко билатералних и регионалних механизма које подржава ЕУ, овај документ приказује Енергетску заједницу као пример овог каснијег.

---

52 Е. Kavalski, *нав. чланак*, стр. 204.

**Rozeta KAROVA, PhD**

**Energy Community Secretariat, Legal Expert**

## **ATHENS PROCESS – INSTRUMENT FOR INTRODUCING ENERGY ACQUIS OF THE EUROPEAN UNION IN THE WEST BALCAN COUNTRIES**

### **Summary**

*This article focuses on the Energy Community established between the EU and the countries from South East Europe (SEE) in the framework of the Athens Process. The Energy Community is an example of regional cooperation between the SEE countries in the field of energy. The aim of the Treaty establishing the Energy Community is creation of a Regional Energy Market, which should later be integrated into the EU internal energy market. Through its implementation, the SEE countries shall become part of the EU internal market in a key economic sector – energy, even before their accession to the EU.*

*This paper analyses the rationale and the reasons behind the Athens Process. It finds that on the one hand, the SEE Regional Energy Market (REM) meets the main objectives of the EU energy policy and therefore the EU pursues the implementation of the Athens Process and on the other, the membership perspective is the strongest rationale for the SEE countries to implement the required reforms. It argues that there are strong driving forces on both sides, the EU and SEE, which led to development of the idea and now keep forcing the implementation of the Energy Community Treaty in practice.*

**Key words:** *Athens process, Energy Community, electricity, regional electricity market, South East Europe.*

др Бранислава ЛЕПОТИЋ КОВАЧЕВИЋ  
специјални саветник генералног директора ЈП „Транснафта“ Панчево

## УТИЦАЈ УГОВОРА О ОСНИВАЊУ ЕНЕРГЕТСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ НА ЈАВНА ПРЕДУЗЕЋА У ОБЛАСТИ ЕНЕРГЕТИКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Резиме

Уговор о оснивању Енергетске заједнице је први уговор на основу кога је Република Србије преузела обавезу да имплементира пројекте Европске уније у областима: електрична енергија, природни гас и нафта, конкуренција, животно средина, обновљиви извори енергије, енергетска ефикасност, сигурност снабдевања енергијом, инвестиције у енергетски сектор. Овај уговор је правни оквир за стварање јединствене тржишта енергије држава Југоисточне Европе, тј. Западне Балкана, које се интегрише са тржиштем енергије Европске уније, у условима хармонизованог правног оквира.

Јавна предузећа која су основана ради обављања енергетских делатности од оштрих интереса у Републици Србији, послују у друшачијем правном оквиру нешто што је био правни оквир Европске уније, посебно узимајући у обзир чињеницу да се ради о привредним субјектима који за обављање своје делатности користе средства у својини Републике Србије. Стицањем на снагу Уговора о оснивању Енергетске заједнице, настао је нови правни оквир за област енергетике, па самим тим и за јавна предузећа у овој области. Правни оквир Енергетске заједнице се стално развија и директно утиче на функционисање јавних предузећа у области енергетике, а преко њих и на друге правне односе и области привреде и друштвеног живота у Републици Србији.

**Кључне речи:** Уговор о оснивању Енергетске заједнице, јавна предузећа, конкуренција.

## І Уводне напомене о Уговору о оснивању Енергетске заједнице

Законом о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација,<sup>1</sup> који је ступио на снагу средином 2006. године, Република Србија је преузела одређене међународне обавезе. Потребно је указати да је Споразум о стабилизацији и придруживању Републике Србије, из 2008. године,<sup>2</sup> потврдио тековине Енергетске заједнице у области енергетике.

Основна идеја Енергетске заједнице је стварање заједничког тржишта енергије држава Југоисточне Европе, које би се интегрисало са тржиштем енергије Европске уније. Најопштије посматрано, област енергетике обухвата производњу, превоз и продају енергије и енергената. Тржиште енергије Енергетске заједнице обухвата тржиште електричне енергије и тржиште природног гаса, а овим уговором, остављена је могућност да се тржиште енергије Енергетске заједнице прошири и на друге облике енергије, као што су утечњени природни гас, нафта и нафтни деривати, водоник и други облици енергије која се преноси мрежом.

Идеја о оснивању Енергетске заједнице произашла је из потребе остваривања сигурности снабдевања енергијом региона и повезивања тржишта енергије региона Југоисточне Европе и повезивања овог тржишта са тржиштем енергије Европске уније, као и са другим суседним тржиштима. С обзиром да су места производње енергије и места потрошње енергије често просторно удаљени, те да је неопходно изградити инфраструктуру, како би се продавци и купци повезали на ефикасан и економичан начин, потребно је створити предуслове за инвестиције у енергетску инфраструктуру, а први предуслови су политичка и економска стабилност и познат правни и регулаторни оквир за улагања.

1 Закон о ратификацији Уговора о оснивању Енергетске заједнице између Европске заједнице и Републике Албаније, Републике Бугарске, Босне и Херцеговине, Републике Хрватске, Бивше Југословенске Републике Македоније, Републике Црне Горе, Румуније, Републике Србије и Привремене Мисије Уједињених нација на Косову у складу са Резолуцијом 1244 Савета безбедности Уједињених нација (*Сл. гласник РС*, бр. 62/06).

2 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједнице и њихових држава чланица, са једне стране и Републике Србије, са друге стране (*Сл. гласник РС*, бр. 83/2008).



Уговор о оснивању Енергетске заједнице, је утврдио четири основне међусобно повезане области кроз које се остварује Европска интеграција Србије и имплементација прописа Европске уније су: енергетика, унапређење и заштита животне средине, конкуренција, обновљиви извори енергије.

Уговором о оснивању створена је институционална структура Енергетске заједнице, коју чине: 1) Министарски савет, 2) Стална група на високом нивоу, 3) Регулаторни одбор, 4) Форуми (за електричну енергију и за природни гас) и 5) Секретаријат. Министарски савет је највиши орган Енергетске заједнице и има обавезу да обезбеди функционисање Енергетске заједнице, а чине га представници уговорних страна (на министарском нивоу). Уговор о оснивању Енергетске заједнице оставио је могућност проширења Енергетској заједници у погледу имплементације нових прописа Европске уније у правни оквир Уговорних страна, проширења на нове области – енергетске производе и енергетске мреже, као и за приступање других држава. Министарски савет доноси одлуке о проширењу правног оквира Енергетске заједнице.<sup>3</sup> Посебан значај за Србију је проширење правног оквира Енергетске заједнице на област нафте и деривата нафте – основан је нови Нафтни форум са седиштем у Београду.

Активности Енергетске заједнице, су усмерене на стварање регулаторног оквира за трговину и пренос/транспорт енергије и инвестиције у овој области, кроз имплементацију релевантних прописа Европске уније. Регулаторни оквир Енергетске заједнице треба да омогући ефикасно функционисање тржишта унутар Енергетске заједнице, као и координацију узајамне помоћи у случају поремећаја снабдевања енергијом мрежама или спољних поремећаја, као и могућност стварања заједничке политике трговине енергијом са учесницима на тржиштима и ван Енергетске заједнице и Европске уније. С тим у вези треба указати да је сходно Уговору о оснивању Енергетске заједнице, унутар ове заједнице потребно имплементирати и прописе о конкуренцији, чиме је остварено да привредни субјекти, па и јавна предузећа, која обављају делатности у странама потписницама треба да поштују принципе, прописе и стандарде које примењују компаније из Европске уније, како би се избегла дискриминација на тржишту Енергетске заједнице.

## II Јавна предузећа у области енергетике у Републици Србији

Јавна предузећа у области енергетике у Републици Србији постоје у свим подобластима енергетике и то: у области електроенергетике у

3 Члан 100 Уговора о оснивању Енергетске заједнице (Сл. гласник РС, бр. 62/06).

области природног гаса, у области нафте и у области топлотне енергије – даљинског грејања.<sup>4</sup>

Законом о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса прописано је да је јавно предузеће – предузеће које обавља делатност од општег интереса, а које оснива држава, односно јединица локалне самоуправе или аутономна покрајина.<sup>5</sup> Такође је прописано да државни капитал у јавном предузећу чине новчана средства уложена од стране државе и право коришћења над стварима и правима која су у државној својини.<sup>6</sup>

Законом о средствима у својини Републике Србије прописано је да су средства у својини Републике Србије, односно средства у државној својини средства, која су у складу са законом стечена, односно која стекну јавна предузећа.<sup>7</sup> Сходно наведеном, имовину јавног предузећа чине новчана средства која је држава уложила и право коришћења државне својине.

Потребно је указати да јавна предузећа, као субјекти који средства која користе и која ће стећи – а чији нису власник, нису привредна друштва, већ су само корисници средстава у државној својини, не послују у потпуности на тржишним основама, у њих трећа лица не могу улагати свој капитал,<sup>8</sup> а опште прихваћени принципи корпоративног управљања ОЕЦД-а се не могу применити адекватно.<sup>9</sup> Ово све директно утиче на пословање ових предузећа. Постоји суштинска термилошка разлика између појма јавног предузећа у Републици Србији и у Европској унији. У Републици Србији јавно предузеће је посебна форма привредног субјекта које држава оснива ради обављања делатности

4 Јавна предузећа, која у ширем смислу имају утицај на сектор енергетике, постоје и у другим областима као што је подземна експлоатација угља и снабдевање огревним дрветом.

5 Члан 1 став 1 Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (*Сл. гласник РС*, бр. 25/00, 25/02, 107/05 и 108/05).

6 Члан 1 став 5 Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (*Сл. гласник РС*, бр. 25/00, 25/02, 107/05 и 108/05).

7 Члан 1 став 2 тачка 3 Закона о средствима у својини Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 53/95, 3/96, 54/96 и 32/97).

8 Иако је у члану 9 став 1 Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (*Сл. гласник РС*, бр. 25/00, 25/02, 107/05 и 108/05) прописано да имовину јавног предузећа чине право својине на покретним и непокретним стварима, новчана средства и хартије од вредности и друга имовинска права, укључујући и право коришћења добара у државној својини, односно добара од општег интереса, у пракси је, веома ретко, и никад на целини средстава у својини Републике Србије која су му дата на коришћење, донета одлука да се иста средства дају у својину јавном предузећу.

9 ОЕЦД Принципи корпоративног управљања – 2004; Мисија ОЕБС-а у Србији и Црној Гори, Београд, 2004.

од општег интереса, употребом средстава и права у својини Републике Србије. У Европској унији јавно предузеће је привредни субјект чији су извештаји јавно доступни и извори капитала прибављени на отвореном тржишту.<sup>10</sup> У Европској унији је извршено јасно разграничење између државне својине и „јавних добара“ којима држава управља у име и за рачун јавности.

Иако имају органе управљања, руковођења и надзора, које поставља оснивач (Влада, односно надлежни орган аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе) јавна предузећа нису самостална у доношењу одлука о пословању, већ у прописаним случајевима морају добити сагласност оснивача.<sup>11</sup>

Законом о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса су утврђене области у којима се обављају делатности од општег интереса, као и начин оснивања и заштите и контроле обављања делатности од општег интереса. Прописана је и сходна примена Закона о привредним друштвима и Закона којим се уређује начин обављања делатности од општег интереса.

Законом о енергетици су именоване делатности у области енергетике које су делатности од општег интереса, тако да је утврђено да су све мрежне делатности у области електроенергетике, природног гаса, нафте и нафтних деривата и топлотне енергије, делатности производње електричне енергије и топлотне енергије, складиштења природног гаса и делатности трговине електричном енергијом, природним гасом и топлотном енергијом ради снабдевања тарифних купаца – делатности од општег интереса.<sup>12</sup> Постоји термиолошка разлика између појма „де-

10 Елена Закова, „Водичи кроз ЕУ политике: Енергетика“ у: Бранислава Лепотић Ковачевић, Александар Ковачевић (уредници), *Европски покрети у Србији*, Београд, 2010, стр 186.

11 У члану 27 став 1 Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (Сл. гласник РС, бр. 25/00, 25/02, 107/05 и 108/05) прописано је да ради обезбеђивања заштите општег интереса у јавном предузећу, оснивач јавног предузећа, даје сагласност на: 1) статут; 2) давање гаранција, авала, јемстава, залога и других средстава обезбеђења за послове који нису из оквира делатности од општег интереса; 3) тарифу (одлуку о ценама, тарифни систем и др.); 4) располагање (прибављање и отуђење) имовином предузећа веће вредности, која је у непосредној функцији обављања делатности од општег интереса, утврђеном оснивачким актом; 5) акт о општим условима за испоруку производа и услуга; 6) улагање капитала; 7) статусне промене; 8) акт о процени вредности државног капитала и исказивању тог капитала у акцијама, као и на програм и одлуку о својинској трансформацији; 9) друге одлуке, у складу са законом којим се уређује обављање делатности од општег интереса и оснивачким актом.

12 Члан 3 Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (Сл. гласник РС, бр. 25/00, 25/02, 107/05 и 108/05) и члан 41 Закона о енергетици (Сл. гласник РС, бр. 84/04).

латности од општег интереса“ у Републици Србији и у Европској унији. У Републици Србији су делатности од општег интереса законом прописане делатности од интереса за друштвену заједницу и/или државу. У Европској унији су делатности од општег интереса делатности код којих регулаторни тржишни механизам не обезбеђује социјално пожељни резултат и које се, под прописаним условима могу прибављати плаћањем из јавних средстава и где се извршиоци бирају применом јавног тендера.<sup>13</sup>

Право на обављање делатности од општег интереса може се стећи на више начина, поред основног – оснивања јавних предузећа. Држава може уговором поверити обављање делатност од општег интереса и другом предузећу, предузетнику или делу предузећа, уколико испуни прописане услове. Није прописана обавеза расписивања јавног тендера за закључивање уговора о поверавању обављања делатности од општег интереса, нити овај уговор има прописан период важења. За обављање делатности од општег интереса, држава може дати концесију у складу са условима утврђеним Законом о концесијама.<sup>14</sup> У случају да право на обављање делатности од општег интереса није коришћено у складу са прописаним и уговореним начином оно се може одузети, што би код јавних предузећа било знатно теже.

Област топлотне енергије није директно регулисана Уговором о оснивању Енергетске заједнице, за сада, иако постоји индиректан утицај примене одредби овог уговора и на јавна предузећа у области топлотне енергије. У нашем домаћем праву област топлотне енергије је регулисана и Законом о енергетици и Законом о комуналним делатностима,<sup>15</sup> а за разлику од области електроенергетике, природног гаса и нафте и дераивата нафте, у надлежности је локалне самоуправе. Ова област се неће даље разматрати у овом раду.

---

13 Елена Закова, *нав. рад*, стр 181 и 186. У вези са појмом „делатности од општег интереса“ треба размотрити и појам „обављања делатности од општег интереса“ које значи ексклузивно право истраживања, коришћења, управљања, заштите и унапређивања добара од општег интереса. У Србији се начин обављања делатности од општег интереса утврђују одлуком Владе или другог надлежног органа у складу са законом. У Европској унији „*services of general interest*“ су веома јасно дефинисане и сведене на делатности природног монопола где се утврђује право приступа треће стране.

14 Закон о концесијама (*Сл. гласник РС*, бр. 55/03).

15 У члану 4 став 1 тачка 3 Закона о комуналним делатностима (*Сл. гласник РС*, бр. 16/97 и 46/98), утврђено је да је производња и снабдевање паром и топлим водом комунална делатност, док Закон о енергетици ову делатност дели на више делатности: Производња топлотне енергије, дистрибуција топлотне енергије, управљање дистрибутивним системом за топлотну енергију и снабдевање топлотно енергијом тарифних купаца.

### III Промене у правном оквиру Републике Србије под утицајем Енергетске заједнице

Под утицајем Атинског процеса и процеса Европског партнерства, Законом о енергетици из 2004. године, иако Уговор о оснивању Енергетске заједнице још није био потписан нити ступио на снагу, у правни систем Републике Србије су у великој мери имплементирани одредбе прописа Европске уније из другог пакета о тржишту електричне енергије и природног гаса донетих 2003. године.<sup>16</sup> Уговором о оснивању Енергетске заједнице су дефинисани рокови који се односе на имплементацију ових прописа, односно њихових циљева, као и утврђење рока за отварање тржишта енергије. Императивно је прописано да тржиште електричне енергије и природног гаса за све купце који нису домаћинства треба да буде отворено 1. јануара 2008. године, а за све купце на тржишту – 1. јануара 2015. године. Отварање тржишта подразумева да у првој фази сви купци електричне енергије и природног гаса, осим домаћинстава, а у другој фази сви купци имају право избора од кога ће купити енергију. Ова обавеза значи да је неопходно створити предуслове који ће омогућити функционисање отвореног тржишта, тј. омогућити доступност енергије у смислу набавке, али и доступност енергије у смислу њене испоруке сваком појединачном потрошачу. Такође је потребно оспособити и потрошаче да имају адекватан ниво познавања функционисања оваквог тржишта, које има низ својих специфичности почев од производње довољне количине енергије, прекограничне трговине енергијом, приступа треће стране свакој енергетској мрежи оспособљеној да стабилно функционише у таквим условима и прекограничан „пренос“ енергије, укључив и транзит. Све ово захтева испуњење низа техничких, економских и стратешких параметара, уобличених у прописе који омогућавају његово функционисање у пракси.

Прописи Европске уније у области енергетике који, сходно процесу Енергетске заједнице, треба да буду имплементирани у правном систему Републике Србије обухватају: обавезу раздвајања вертикално и хоризонтално интегрисаних енергетских субјеката рачуноводствено, технички и правно; организовање регулаторног тела, регулацију мрежних енергетских делатности, приступ систему и тржишту енергије,

16 Директива Европске заједнице бр. 2003/54/ЕС Европског парламента и Савета од 26. јуна 2003. године која се односи на заједничка правила за унутрашње тржиште електричне енергије; Директива Европске заједнице бр. 2003/55/ЕС Европског парламента и Савета од 26. јуна 2003. године која се односи на заједничка правила за унутрашње тржиште природног гаса; Уредба Европске заједнице бр. 1228/2003/ЕС Европског парламента и Савета од 26. јуна 2003. године о условима за приступ мрежи ради прекограничне размене електричне енергије.

прикључење на енергетску мрежу, решавање спорова између енергетских субјеката и слично – све уз поштовање прописа о заштити животне средине, конкуренције, енергетске ефикасности и повећање коришћења обновљивих извора енергије у укупном конзуму енергије – како би се обезбедила сигурност снабдевања енергијом. Република Србија је применом одредби Закона о енергетици имплементирала основе ових механизма.

До доношења Закона о енергетици, у области електропривреде, целину енергетског процеса је обављало једно јавно предузеће „Електропривреда Србије“. Након доношења овог закона, у области електропривреде извршено је рачуноводствено и правно раздвајање преноса електричне енергије, који сада обавља Јавно предузеће „Електро mreжа Србије“ (ЈП ЕМС),<sup>17</sup> од осталих енергетских делатности. Бивше Јавно предузеће „Електропривреда Србије“ је престало да постоји, а основано је ново Јавно предузеће „Електропривреда Србије“ (ЈП ЕПС),<sup>18</sup> које је организовано као вертикално организовано предузеће које обавља делатности производње, дистрибуције, трговине електричном енергијом и трговине електричном енергијом ради снабдевања тарифних купаца. Дистрибуцију електричном енергијом и трговину електричном енергијом ради снабдевања тарифних купаца обављају друштва са ограниченом одговорношћу основана од стране ЈП ЕПС-а, која су у систему ЈП ЕПС-а. Пре доношења Закона о енергетици у области нафте и гаса постојало је једно Јавно предузеће „Нафтна индустрија Србије“. Након доношења Закона о енергетици, ово јавно предузеће је престало да постоји, а у области природног гаса за обављање делатности транспорта природног гаса, складиштења природног гаса, дистрибуције природног гаса, трговине природним гасом и трговине природним гасом ради снабдевања тарифних купаца – основано је Јавно предузеће „Србијагас“.<sup>19</sup> Ово јавно предузеће је након доношења Закона о енергетици основано као ново јавно предузеће. Са Руским партнером, сходно Међународном уговору који је Република Србија закључила, ЈП „Србијагас“ је 2010. године основало заједничку фирму за складиштење природног гаса.<sup>20</sup> На тржишту природног гаса делатност транспорта природног гаса обавља још и „Југоросгаз“ а.д. Београд, као друштво са страним капиталом, у коме ЈП „Србијагас“ има мањински удео. У области дистрибуције природног

17 Одлука о оснивању Јавног предузећа за пренос електричне енергије и управљање преносним системом (Сл. гласник РС, бр. 12/05 и 58/05).

18 Одлука о оснивању Јавног предузећа за производњу, дистрибуцију и трговину електричне енергије (Сл. гласник РС, бр. 12/05 и 5/10).

19 Одлука о оснивању Јавног предузећа за транспорт, дистрибуцију, складиштење и трговину природног гаса (Сл. гласник РС, бр. 60/05, 51/06, 71/09 и 21/10).

20 Закон о потврђивању Споразума Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде (Сл. гласник РС, бр. 83/08).

гаса и трговине природних гасом ради снабдевања тарифних купаца постоји тридесетак привредних субјеката. Престанком ЈП „НИС“, настало је Јавно предузеће „Транснафта“,<sup>21</sup> које обавља мрежне енергетске делатности у области нафте и деривата нафте. На овај начин је, сходно европским прописима, извршено реорганизовање и реструктурирања јавних предузећа у области енергетике.<sup>22</sup>

Посебну улогу у отварању тржишта енергије има Агенција за енергетику Републике Србије. Ова агенција је основана 2005. године, на основу Закона о енергетици. Њена основна улога је да врши регулацију природног монопола у области енергетике, а посебно регулацију тарифа енергетских мрежа и цена енергије за снабдевање тарифних купаца и енергената.<sup>23</sup> Улога Агенције за енергетику је да доноси методологије за обрачун тарифних елемената за тарифне системе за регулисане енергетске делатности (делатности од општег интереса). Ипак приликом одређивања тарифних система који обухватају цене енергетских услуга и енергије, јавна предузећа иако су применила методологије и тарифне системе које је донела Агенција за енергетику, морају да добију сагласност Владе, што значајно утиче на њихову слободу доношења одлука. Због чињенице да је цена електричне енергије у коју је урачуната и услуга електроенергетских мрежа – ниска, на тржишту електричне енергије још увек нема других купаца осим тарифних, иако је Агенција за енергетику дала могућност, да се и други купци појаве на тржишту. У области природног гаса и топлотне енергије такође постоје проблеми у овој области.

Нераздвајање услуга енергетских мрежа и електричне енергије – као робе, утиче двојако или на нејасно дефинисање „јавног добра“ или на непримену конкурентности у делатности трговине енергијом. Потребно је указати да је Европска унија унутар свог законодавства утврдила институт „јавног добра“ и начин коришћења јавног добра, који се везује за обављање делатности од општег/јавног интереса. Овај институт је развијен и слојевит, са посебним појмовима, за које у правном систему Републике Србије постоји један „делатност од општег интереса“. Користе се и други појмови „јавне услуге“, „јавни интерес“, „општи интерес“ и слично. Због наведеног, у Републици Србији постоји правна несигурност приликом примене прописа у наведеној области.<sup>24</sup>

21 Одлука о оснивању Јавног предузећа за транспорт нафте нафтоводима и транспорт деривата нафте продуктоводима (Сл. гласник РС, бр. 60/05 и 83/05).

22 Branislava Lepotic Kovacevic, *Energy Law – Serbia*, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International BV, Netherlands, 2008, pp. 84–87.

23 У надлежности Агенције за енергетику су и остале енергетске делатности, јер Агенција издаје лиценце за обављање енергетских делатности, сходно одредбама Закона о енергетици (Сл. гласник РС, бр. 84/04).

24 Има више докумената, прописа и пресуда више институција Европске уније (укључив Лисабонски уговор, директиве, пресуде Европског суда правде) којима се

Обавеза приступа треће стране, сходно прописима Европске уније подразумева право коришћења конкретне мреже, под прописаним условима. За енергетске мреже у области електричне енергије и природног гаса прописано је да право приступа буде регулисано, а не уговорно. Овај принцип подразумева право и обавезу оператора, тј. лица које управља мрежом да има обавезу да омогући трећем лицу коришћење те мреже, под регулисаним, јавно објављеним условима, уз поштовање принципа недискриминације. То подразумева, да је цена коришћења мреже унапред утврђена и јавно доступна под једнаким условима за све, као и да постоје за сваку мрежу правила рада, која су донета уз сагласност регулаторног тела. Оператор мреже треба да буде независан у доношењу својих одлука о приступу мрежи, у смислу техничког раздвајања управљања мреже од управљања самим привредним субјектом који је власник мреже. Такође је потребно да на сличном принципу буде омогућено прикључење нових корисника на енергетску мрежу, као и доступност тржишта енергије свим потенцијалним учесницима. Овај комплексан принцип је имплементиран у Закону о енергетици, али у пракси још увек нису донета сва правила рада мреже, што може да утиче на његово остваривање. Такође и друге Уговором о оснивању Енергетске заједнице преузете обавезе, као што су примена прописа о заштити животне средине, повећање енергетске ефикасности (која се за сада односи само на област потрошње) и повећање учешћа обновљивих извора енергије за производњу енергије – утичу, а у будућности ће све више утицати, на пословање јавних предузећа у области енергетике.

За положај и обављање делатности јавних предузећа у области енергетике посебан утицај врше, а у будућности ће извршити још више одредбе Уговора о оснивању Енергетске заједнице из области конкуренције. Начело конкуренције у Европској унији се остварује са два различита аспекта: 1) конкуренција између већ постојећих учесника на тржишту обезбеђује се правилима која се тичу међусобног односа тих учесника и правилима којима се увећава тржиште, односно гарантује

изграђују такозване заједничке вредности Европске уније у односу на услуге општег интереса. Протокол бр. 26. Лисабонског уговора (Consolidated version of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning on the European union, *Official Journal of the European Union*, С 83 Volume 53, 30 March 2010) препознаје кључну улогу националних, регионалних и локалних власти у прибављању и организовању услуга од општег интереса, будући да су те власти ближе непосредним потребама корисника. Међутим, ове услуге треба да буду прибављене у транспарентном поступку сходно начелима јавних набавки и не треба да ометају функционисање заједничког тржишта. Исто тако није дозвољено ванбилансно поравнање којим би се услуге од општег интереса прибављале у замену за право коришћења јавних добара или природних богатстава или пак, право на монополски положај или друге тржишне бенефиције. У овој области предстоји значајно усаглашавање правног система Србије са општим правним поставкама које су у примени у Европској унији. Ова област је у прописима Европске уније значајније обрађена у области пресуда/случајева Европског суда правде. Елена Закова, *нав. рад*, стр. 41.



могућност учешћа на тржиштима свих држава чланица (коришћењем прекограничних капацитета енергетских мрежа и на друге начине) и 2) могућношћу уласка у грану, која се остварује обавезом држава да направе такав систем давања дозвола за изградњу нових објеката, да он омогући равноправан и једноставан улазак у грану новим учесницима и у смислу обављања делатности и коришћења ефеката тих делатности. Самим текстом Уговора о оснивању Енергетске заједнице је утврђена обавеза имплементације одређених одредби Уговора о оснивању Европске заједнице (члан 81, 82 и 87 и члан 86 ставови 1 и 2).<sup>25 26</sup> Чланови 81 и 82 Уговора о оснивању Европске заједнице регулишу на класичан начин правила о антимонополском понашању. Члан 86 се односи на питање природног монопола и његових функционисања у условима конкуренције. Члан 87 се односи на државну помоћ, али и на недржавну помоћ – која такође утиче на остваривање принципа конкуренције. Њиме је стриктно прописано који поступци јесу, а који могу бити државна помоћ, јер се њима не нарушава конкуренција.

#### IV Закључак

Да би се Уговором о оснивању Енергетске заједнице извршиле међународно преузете обавезе имплементације прописа Европске уније, потребно је пре свега разјаснити термилошке разлике у појмовима права Европске уније и права Републике Србије у погледу садржаја појмова „јавно предузеће“, „јавно добро“ и „делатности од општег интереса“. Тек са правилним разумевањем ових термилошких разлика, могуће је јасно разумети садржај уредби и циљеве директива Европске уније и правилно их имплементирати у правни систем Републике Србије, како би се постигао њихов потпуни ефекат. Уз све то треба водити рачуна о низу утицаја окружења, који се значајно разликују у Европској унији, у односу на Републику Србију, а који такође утичу на примену имплементираних норми у пракси.

Целина енергетског процеса у коме јавна предузећа имају значајну улогу у великој мери ће бити промењена спровођењем захтева Енергетске заједнице, која се стално развија, обухватајући нове енергетске области, нове прописе Европске уније и нове учеснике на тржишту, и захтева суштинско разумевање, стално праћење и надограђивање правног система Републике Србије.

Енергетска заједница ће својим правилима све дубље утицати на јавна предузећа у правцу повећања њихове конкурентности и поштовања основних принципа регулације тржишта енергије.

25 Анекс 4 Уговора о оснивању Енергетске заједнице (Сл. гласник РС, бр. 62/06).

26 Елена Закова, *нав. рад*, стр 110–112.

Основни циљ Енергетске заједнице – сигурност снабдевања енергијом, биће могућ само уз нове инвестиције и повећање флексибилности постојећих учесника на тржишту, од којих су на тржишту Републике Србије јавна предузећа, чија средства су у својини Републике Србије. Остваривање принципа енергетске безбедности и у том циљу нових инвестиција на тржишту енергије Републике Србије, на коме за сада главну улогу имају јавна предузећа, моћи ће се остварити уз њихову корпоративизацију и повећање квалитета корпоративног управљања.

**Branislava LEPOTIĆ KOVAČEVIĆ, PhD**  
Special Advisor to General Director, JP Transnafta Pančevo

## IMPACT OF THE TREATY ESTABLISHING THE ENERGY COMMUNITY TO PUBLIC ENTERPRISES IN THE ENERGY SECTOR IN THE REPUBLIC OF SERBIA

### Summary

*The Treaty Establishing the Energy Community is the first Treaty by which the Republic of Serbia committed to implement the legislation of the European Union into areas: electricity, natural gas and oil, competition, environment, renewable energy sources, energy efficiency, security of energy supply, energy investments. This Treaty is the legal framework to build of the integrated energy market of the countries of the South Eastern Europe, ie. Western Balkan, which will be integrated with European Union energy market, upon harmonization of legal systems.*

*Public enterprises established in the Republic of Serbia in the aim to perform the energy activities of general interest, work in the different legal framework than in the European Union, practically due to the occasion that legal entities for performing these activities use assets owned by the Republic of Serbia. The Treaty Establishing the Energy Community creates new legal system for energy sector and therefore for public enterprises in that sector. Legal framework of the Energy Community which is permanently developing, has direct impact functioning of public enterprises in the energy sector and through that has impact into other legal relations in the economy and society of the Republic of Serbia.*

**Key words:** *Treaty establishing the Energy Community, public enterprises, competition.*

др *Илија* ЗИНДОВИЋ  
ванредни професор Правног факултета Универзитета Привредне  
академије у Новом Саду

## СИСТЕМ ЕКСКЛУЗИВНЕ И СЕЛЕКТИВНЕ ДИСТРИБУЦИЈЕ И ДЕЈСТВО НА КОНКУРЕНЦИЈУ

### Резиме

У овом раду аутор размајра ујицај верџикалних сџоразума (ексклузивна и селекџивна дисџрибуџија) на конкуренџију. При џоме анализира, како уџоредно-џравна решења џако и џраксу судских и уџравних орџана из овоџа домена. Масовносџ ових сџоразума указује на џихову функционалносџ у односу на друџе сџоразуме (уџворе) џрџовинскоџ џрава. Закључује, да овакви сџоразуми имају и џозиџивне и неџаџивне ефекџе. Позиџивни ефекџи се оџледају шџо џоџрошачи добијају квалиџеџније и додаџне услуже. То џосџешује конкуренџију међу различиџим џроизводима са исџом наменом. Неџаџивна сџрана ових сџоразума оџледа се у умањивању конкуренџије између џродаваца исџоџ џроизвода. Сџоџа је џравни сџаџус ових сџоразума осеџљив. По џравилу, реџулисање ових сџоразума у џравним сисџемима врши се у складу са џоследицама које они моју џроизвесџи на џржишџу.

**Кључне речи:** сџоразуми, ексклузивносџ, селекџивносџ, конкуренџија, ујицај, владавина џрава.

## I Увод

Територијално „искључиво“<sup>1</sup> дилерски однос, или како се у литератури све чешће назива, ексклузивна и селективна дистрибуција (који термин ће у даљем тексту бити коришћен) је врло честа и нормална појава у пословном свету посебно код трајних пословних односа привредних субјеката. Ту се уствари пре ради о договору између произвођача и дистрибутера (дилера), по коме се произвођач обавезује да ће дистрибутера сматрати јединим лицем овлашћеним да на одређеном тржишту пласира његову робу. Другим речима, произвођач се обавезује да за географски опредељено тржиште неће именовати другог дистрибутера, нити да ће коме другом одобравати провизију.<sup>2</sup>

Када се говори о успостављању система ексклузивне (искључиве) и селективне дистрибуције (поверавање промоције робе само дистрибутерима који испуњавају одређене услове постављене од стране произвођача) мисли се пре свега на уговорни однос између учесника, мада могу постојати случајеви тзв. оркестриране праксе.<sup>3</sup> Овакви уговори су у многоме допринели развоју међународног трговинског права, а исти се заснива на начелима сусретних интереса учесника.<sup>4</sup> С правом би се могло рећи да „уговор о ексклузивној дистрибуцији данас представља један од најчешће закључиваних уговора међународног привредног права. Масовност закључења овог уговора непосредна је последица његових вредности у односи на друге конкурентне уговоре привредног права“.<sup>5</sup>

## II Разлози настајања

Разлози настајања оваквог односа биле су потребе како економске тако и правне природе. Превасходни разлози економске природе

- 1 Реч „искључиво“ би се односила само на ексклузивну дистрибуцију. Но, како ће у раду бити речи и о селективној дистрибуцији, реч „искључиво“ је због тога и стављена под наводнике. Осим тога, дилерски однос се може односити на продају, набавку и дистрибуцију, где се и најчешће јавља, па ће се у даљем објашњењу углавном и односити на ову активност.
- 2 Миодраг Сукијасовић, *Мултинационално њредузеће – њравни аспекти*, Београд, 1978, стр. 83.
- 3 Под тим се подразумевају понашања учесника на тржиштима која, у суштини, имају карактер рестриктивних уговорних клаузула и ако формалних уговорних обавеза нема, али по правилу постоје неформални договори /најчешће тајни/ који ограничавају пословање уговорних страна као учесника на тржишту.
- 4 Александар Ђирић, „Усклађивање права СР Југославије са правом ЕУ“, *Правни жи-вои*, бр. 5–8/1999, стр. 220.
- 5 Јелена Газивода, „Појам и значај уговора о ексклузивној дистрибуцији у праву конкуренције ЕУ“, *Право и њривреда*, бр. 5–8/2000, стр. 821–826.

су недовољна финансијска моћ појединих произвођача да маркетинг и пласман својих производа обезбеде кроз организовање сопствених продајних мрежа, или је оснивање истих у конкретном случају неекономично. С друге стране, предности ових уговора огледају се кроз могућност дистрибутера да лакше и успешније успоставе везе са потенцијалним купцима и то захваљујући бољем познавању локалних прописа, пословне праксе и обичаја, језика, потреба локалних тржишта, могућност успостављања бољих пословних веза. Осим тога, локални дистрибутери имају могућност једноставнијег и бржег добијања увозних дозвола, сагласности и одобрења за увоз иностране робе, трансфера робе преко границе, помоћи у инсталирању и тестирању, припрему за непосредну испоруку потрошачима.<sup>6</sup>

Разлози правне природе најчешће се заснивају на захтевима протекционистичке политике саме државе. У жељи да се заштити домаћа производња и запосли домаћа радна снага, поједине земље дозвољавају продају стране робе уз услов да се она обавља искључиво посредством локалних дистрибутера, који су по правилу у обавези да обезбеде резервне делове као и да врше сервисирање увезене робе.

У суштини разлог успостављања оваквог система дистрибуције исти је као и код система вертикалног утврђивања продајних цена, а то је да произвођач на тај начин постиже да дистрибутер приликом продаје његовог производа пружи купцима одређене додатне услуге.<sup>7</sup> Кроз ексклузивну дистрибуцију, дистрибутер има могућност да формира вишу цену у коју ће уградити и цену коштања додатних услуга. Селективном дистрибуцијом произвођач одабира дистрибутере који су спремни да пруже жељене додатне услуге. Овим системима слично као и код система вертикалног утврђивања цена, елиминише се могућност појаве „слободних јахача“, који би понудом робе по нижој цени, без додатних услуга, привукли себи купце на рачун оних дистрибутера који додатне услуге пружају.<sup>8</sup>

Сходно изнетом, произлази да је допуштено ексклузивне и селективне дистрибуције условљена карактером додатних услуга који се овим системима омогућују и степеном њихове корисности за потрошаче. Но, чињеница је да такав систем (као и вертикално утврђивање цена) умањује или потпуно онемогућава конкуренцију између продаваца истог производа, али исто тако оживљава конкуренцију међу различитим производима са истом наменом, односно на тржишту произвођача. Значи,

6 А. Ђирић, *нав. чланак*, стр. 228.

7 Richard Posner, „The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision“, *The University of Chicago Law Review*, бр. 1/1977, стр. 4.

8 Дијана Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ њрегузећа и аниимонхойолско љраво*, Београд, 2000, стр. 181.

негативно дејство на први облик конкуренције може бити поништено позитивним дејством на други облик конкуренције. Ипак, ту се јавља деликатан проблем – како изнаћи праву меру између корисности и штетности овог уговора тј. како изнаћи равнотежу између његовог двоструког амбивалентног утицаја – позитивног утицаја у правној пракси и нежељених ефеката у смислу нарушавања слободне конкуренције на тржишту и последице неважности која му из тог разлога потенцијално прети.

У изналагању решења неопходно је поћи од стања конкуренције на тржишту произвођача. То је полазни елемент у процени правне допуштености оваквог понашања, јер конкретан ефекат зависиће од тога колико је јака преостала конкуренција на тржишту произвођача. Ако је конкуренција на том пољу јака, позитивни ефекти су очигледни. У супротном допуштање оваквих система може бити оправдано искључиво ако потрошачи тим додатним уговорима стичу корист. Стога, у оцени допуштености оваквих система у фокусу пажње морају бити ситуације где произвођачи поседују изразит степен тржишне доминације. У том смислу крећу се и законодавна решења као и пракса судских и извршних органа.<sup>9</sup>

### III Упоредна законска решења

#### 1. Право САД

Однос америчког права према систему ексклузивне и селективне дистрибуције био је посматран кроз примену законских одредби о генералној забраниitrustовских споразума. У почетку је, за разлику од нетолерисања праксе вертикалног утврђивања цена, америчко право заузело априори тврд став у прилог забране вертикалне продаје тржишта. У првој пресуди везане за ову појаву (случај *White Motor Co.*),<sup>10</sup> Врховни суд је нашао да је сувише рано да се вертикалне поделе тржишта од стране произвођача прогласе *per se* незаконитим. Нешто касније у случају спора „*Schwinn*“,<sup>11</sup> Суд је заузео став да ограничење наметнуто уговором о продаји између произвођача и дистрибутера је ипак недопуштено. Међутим, у каснијој пракси суд заузима доста прагматичан став. Пошло се од тога да ограничавање конкуренције међу дистрибутерима од стране произвођача није априори незаконито. Суд налази да се ефекти на тржишту дистрибутера и тржишту произвођача морају упоредити

9 Овакви уговори могу бити закључивани само у области дистрибуције и пружања услуга, али не и у области малопродаје, а предмет уговора могу бити само поједини производи а никако читав асортиман робе намењен трговини.

10 *White Motor Co. v. United States*, 372 U. S. 253/1963.

11 *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U. S. 365/1967.

и то у сваком конкретном случају. Неопходно је сагледати узрочнопоследични однос између степена тржишне моћи произвођача и утицаја вертикалних територијалних ограничења на конкуренцију на његовом тржишту. Тако је у случају спора *Sylvania*<sup>12</sup> суд нашао да је тржишни удео Силваније сразмерно мали те да су територијална ограничења која је та компанија наметала својим дистрибутерима могла да поспеши конкуренцију на њеном тржишту тј. кад се узме и утицај и других сличних производа од других произвођача.

Овакву развојну праксу у оцени допуштености односно недопуштености оваквих система дистрибуције у извесном смислу имало је и право ЕУ, док су право В. Британије и Немачке имали неке своје извесне специфичности.

## 2. Право Велике Британије

Британски правни прописи априори нису предвиђали забрану уговора везано за ексклузивну или селективну дистрибуцију. Јавни поредак и угроженост истог је мерило опредељујућег става у овим системима. У пракси, при оцени допуштености ових система, полазило се са аспекта постојећег степена конкуренције на тржишту произвођача. Тако је у случају компаније „*Sanderson*“,<sup>13</sup> генерални директор за фер трговину проценио да конкуренција на овом тржишту има значајан ниво, па стога пракса селективне дистрибуције коју спроводи именована компанија нема значај антикомпетитивне праксе и не угрожава конкуренцију. Насупрот томе у случају компаније „*Raleigh*“,<sup>14</sup> тржишни удео произвођача бицикла од 40% довео је до закључка да је установљавање система селективне дистрибутивне мреже антиконпетитивно и да се тиме угрожава конкуренција. Значи и овде је стање конкуренције на тржишту произвођача био најбитнији елеменат у процени правне допуштености таквог поступка. Доношењем Закона о конкуренцији 1998. године, правила која се односе на ову област су практично у потпуности прилагођена ЕУ.

## 3. Право ЕУ

Развој изградње става у односу на систем ексклузивне и селективне дистрибуције, у праву ЕУ, налазимо да се може разложити у три

12 *Continental T. V., Inc .v. GTE Sylvania Inc.*, 97 S.Ct. 2459/1977.

13 Црна листа подразумева да постоје клаузуле које уговоре изузимају од примене блок изузећа (напр. клаузула о подели тржишта, забрана набавке робе истог квалитета од трећег лица, диктирање цена робе и услуга, ограничења у коришћењу *know-how*, после истека уговора и сл.).

14 *Office of Fair Trading Report*, 27.2.1981.

фазе. Прва фаза обухвата период од потписивања Римског уговора 1957. године па до 1962. године, други од 1962. године па до 1983. године и трећи период од 1983. године.

С почетка замишљена као економска заједница европских држава ЕЗ је донела строге прописе у области привреде с превасходним циљем да се заштити слободна конкуренција између предузећа у Заједници а у сврху стварања јединственог привредног простора. У том контексту Европска Комисија је искључиво овлашћена да одлучује о питањима конкуренције која се тичу трговине између држава чланица. Сходно томе одредбе о конкуренцији а које штите право конкуренције – чл. 101 и 102 (раније чл. 81 и 82), доста су ригорозно примењиване. Сваки споразум који одговара опису из чл. 101 ст. 1. (раније 81 ст. 1) био би аутоматски ништав – чл. 102 ст. 2 (раније 81 ст. 2). Судбину неважност доживљавали су и појединачни акти предузећа означени у чл. 102 (раније чл. 82).

Међутим, строга легалистички приступи у примени означених одредби које су се односиле на забрану, довело је до негативног одржавања таквог поступка на тржишту конкурентност мањих и средњих предузећа јер их је спречавало да међусобним споразумима користе вертикална ограничења пошто не располажу значајним средствима и већом моћи. Формалистички приступ уместо да се води рачуна о стварном (економском) дејству таквих споразума и понашања, дао је негативне ефекте. Стога је све више почело размишљати о примени одредби чл. 83 ст. 3 (сада чл. 103 ст. 3) Уговора о оснивању, који је предвиђао могућност изузимања наведених врста споразума од примене забране из ст. 1 истог члана.

Међутим, у примени цитираног става, поставио се додатни проблем. Иако је постојала законска могућност изузећа, није био одређен поступак за такво изузеће, односно одобравање таквих споразума. Стога је Савет, сходно одредби чл. 83. Уговора о оснивању (раније чл. 87), 1962. године донео посебно Правило бр. 17 од 6.2.1962. године о спровођењу одредби чл. 81 и 82 (раније чл. 85 и 86 а сада након Споразума из Лисабона чл. 101 и 102) којим је на општи начин, као дозвољени изузеци одређени они споразуми за које се претпоставља да могу имати позитивно дејство на привреду и конкуренцију или је такво позитивно дејство доказано. Међутим, на Комисију је пренето искључиво овлашћење да то потврди својом одлуком, како би се обезбедио, високо централизован систем претходног одобрења,<sup>15</sup> јер је правило предвидело да сваки уговор који се може подвести под чл. 81 (сада чл. 101) мора бити пријављен Комисији (*notification*).

15 Радован Вукадиновић, „Друга револуција у комунитарном праву конкуренције – ново регулисање вертикалних споразума“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2000, стр. 767.



У почетку се Комисија опредељивала углавном за појединачна изузећа. Сходно томе и суд је заузимао либералнији став по овом проблему. Тако је у спору „Saba“<sup>16</sup> у којем је предузеће Метро оптужило компанију Саба да врши злоупотребу доминантног положаја јер упражњава систем селективне дистрибуције, суд је одбио тужбу налазећи да се овако ограничење дистрибуције не може квалификовати као угрожавање конкуренције.<sup>17</sup> Сличан резултат је произашао и у случају *Pronuptia de Paris*.<sup>18</sup>

Због превеликих захтева, Комисија је временом једноставно постала затрпана бројним захтевима. Делимично растерећење Комисија је постигла коришћењем тзв. општих саопштења (*general notices*) којима је појаснило услове којима се на конкретну рестриктивну праксу уобичајено неће применити одредбе члана 81 ст. 1 (сада чл. 101 ст. 1) Уговора о оснивању. Ипак, због великог броја захтева све више се увиђало потреба могућег донашења „блок изузећа“ од забране из чл. 81 ст. 1 (сада чл. 101 ст. 1) Римског уговора, али било је спорно питање надлежности Комисије у том погледу. Са друге стране, богата привредна пракса је пружила више него убедљив аргумент да је једини начин да мала и средња предузећа обезбеде продор на ново тржиште уз истовремено обезбеђење оптималне корисности и за потрошаче управо закључење уговора о ексклузивној дистрибуцији.<sup>19</sup> Такође се показало да уговори о ексклузивној дистрибуцији су допринели побољшању понуде на тржишту уласком нових конкурената а што је водило јачању конкуренције и смањену цена.

Све то је навело Савет да Правилем бр. 67/65 овласти Комисију да изузме од забране уговоре о ексклузивној дистрибуцији од примене чл. 81 ст. 1 (сада чл. 101 ст. 1) под условом да су уговори састављени у складу са осталим одредбама овог Правила. Радило се о утврђивању тзв. блок изузећа. Овим правилом уведена је и посебна терминологија-под блок изузећа подпадали су уговори о ексклузивном деловању (*exclusive dealing agreement*), што је обухватило уговоре о ексклузивном снабдевању (*exclusive supply agreement*) и уговоре о ексклузивној куповини (*exclusive purchase agreement*).

16 *Metro SB –Grossemärkte v. Commission*, 26/76, 1978, *C.M.L.R.*, стр. 1.

17 Додуше, суд је нашао да не постоји злоупотреба доминантног положаја, а тиме ни повреда права конкуренције, јер не постоји претходни елемент – постојање доминантног положаја туженог предузећа.

18 Заузет је став да уговор о франшизингу не повређује чл. 81 ст. 1, што је каснијом одлуком Комисије од 17.12.1986. год. детаљније појашњено. Ближе о томе види: Ивана Родић, „Право конкуренције ЕУ и уговор о франшизингу“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2000, стр. 835.

19 Ј. Газивода, *нав. чланак*, стр. 826.

Поменути принципи су примењивани све до 1983. године када су донета нова правила и то Правило 1983/83 и Правило 1984/83, којима је иновирана дотадашња правна регулатива из ове области. Прецизиран је сам појам уговора о ексклузивној дистрибуцији а који је дефинисан као уговор којим се снабдевач обавезује да дистрибутера преподавца искључиво снабдева уговореном робом на одређеној ексклузивној територији која је уговорена док се дистрибутер истовремено обавезује да своје продајне напоре усмери искључиво на продају уговорене робе на тој територији.

Поред навођења разлога за блок изузеће Правилем су прецизније одређени и гранични случајеви да ли или не подпадају под блок изузећа. Тако је одређено да се само уговори о ексклузивној дистрибуцији ради препродаје могу сматрати уговорима о ексклузивној дистрибуцији. Такође мора бити у питању финална роба (готов производ) а не полу-производ за прераду или уградњу у процесу производње другог производа. Ако тога нема, уговори су ништави. Такође је установљена пракса да под блок изузећа подпадају и уговори о изузимању или давању у лизинг (дакле не ради препродаје), а сличан став је заузет и у случајевима минималне прераде производа налазећи да се у тим случајевима не мења идентитет робе.

Оно што је такође од значаја је и то да предмет уговора мора бити роба а никако услуге. Чак и у случају да робу прати услуга поправке или сервисирања – биће пресудна цена услуге – ако је иста скупља од вредности робе, и уговор се не може подвести под блок изузеће.

Правило 1983/83 важило је до 31.12.1997. године али је амандманом 1582/97 важење продужено до 31.12.1997. године. Међутим правило 2790/1999 које ће се примењивати до 31.5.2010. године настављена је позитивна тенденција у примени чл. 81 ст. 1 (сада чл. 101 ст. 1) Римског уговора везано за изузеће од примене ст. 1 истог члана. Сва та усвојена решења имају основне карактеристике које би се могле изразити у следећем:

- Свеобухватност примене вертикалних блок изузећа. Изузеће важи за све вертикалне споразуме са вертикалним ограничењем, и за сву робу у фазама дистрибуције а не као до сада само на робу која се налази у финалној фази продаје. У сферу изузетака ушле су и услуге а у ранијем систему су биле изузете.
- Искристалисан је критеријум тражишне снаге, као мерило допуштености таквих система. Претпоставка допуштености важи ако учешће снабдевача на релевантном тржишта не прелази 30% и ако годишњи обрт није већи од 50 милиона евра.

- Аутоматизам у примени изузећа. Уместо формулације одредбе чл. 81 ст. 1 (сада чл. 101 ст. 1) који предвиђа који случајеви могу се узети од примене, Правилу 19/65 је у чл. 2 изричито предвиђено да се поменуте одредбе неће примењивати на тзв. дозвољене изузетке. То без сумње доводи до веће правне сигурности, мада Комисија може опозвати изузеће уколико у појединим случају утврди да конкуренција међу производима сличне врсте („*inter-brand*“ конкуренција) није довољно јака (члан 6 Правило савета 1984/84).
- Претходна јасноћа и ослабањања терета доказивања. Увођењем белих<sup>20</sup> и црних листа,<sup>21</sup> аутоматски се знало да ли се може рачунати на изузеће, док у случају сиве листе нема аутоматизма, већ се захтев мора поднети на нотификацију. Али, ако Комисија не одговори у року од шест месеци сматра ће се да је споразум изузет од забране. На Комисији лежи терет доказивања да се тај споразум коси са чл. 81 ст. 1 (сада чл. 101 ст. 1).
- Елиминисање непотребног формализма тј. укинути су захтеви за претходном нотификацијом (обавеза неконкурисања).

#### 4. Право Немачке

Регулисање система ексклузивне и селективне дистрибуције у немачком праву има извесне специфичности. Исти поступци се не забрањују, али при њиховом уговарању и спровођењу морају се поштовати одређена правила, која су заснована на објективности и недискриминацији. На то упућује чл. 20 Закона против ограничавања конкуренције који према својој формулацији штити конкуренцију на тржишту као целину али и интерес конкурената. Сходно томе ексклузивна и селективна дистрибуција допушта, али уз услов да услови за избор или селекцију дистрибутера буду унапред прописани и познати и равноправно примењени у односу на све тј. дистрибуција се мора омогућити свим дистрибутерима који испуњавају прописане услове. *Emmerich*, истиче још један моменат – да врста производа оправдава селективну дистрибуцију.<sup>22</sup>

Значи, произвођач не може унапред да искључи одређене дистрибутере, или одређене продајне објекте. Ако одређени дистрибутер испуњава услове произвођач нема право да му ускрати дистрибуцију. У складу са оваквим решењима, произилази да се под исти третман подведе и селективна дистрибуција везана за квантитативна ограничења.

20 *Office of Fair Trading Report*, 27.8.1981.

21 Бела листа омогућује аутоматско изузеће.

22 *Volker Emerich, Kartellrecht*, Minhen, 1991, стр. 312.

Међутим овакав приступ у литератури трпи велике критике јер се уочава да квантитативна ограничења могу утицати на пораст цене предметне робе.<sup>23</sup> Но, таква интенција се ипак може зауставити, ако се има у виду да и у немачком праву при оцени допуштености или недопуштености таквих система полази се од аспекта постојећег система конкуренције. Ако производ не трпи довољну конкуренцију других сличних производа, подлеже сталном надзору и санкцији картелних органа.<sup>24</sup>

## 5. Право Француске

Изградња става према систему ексклузивне и селективне дистрибуције, француско право је спроводило кроз сагледавање појединачних случајева и кроз примену чл. Л-420-1 Трговачког законика. У суштини овакви односи су потпадали под забрану тачке 4 цитираног члана која прописује забрану поделе тржишта или извора набавке, а који у то укључује споразуме о дистрибуцији који деле географска тржишта и клијентелу као што су споразуми о ексклузивној продаји.

Стоји чињеница да су споразуми о дилерском односу вертикалног карактера те да су као такви неопходни за економију, па је било и мишљења да исти не треба да подлежу забрани. Изменама закона од 1979. године та дилема је отклоњена. Ако се споразумом нарушава конкуренција, онда је забрањен без обзира што се ради о искључиво дилерском односу (нпр. у систему уговора о ексклузивној дистрибуцији предвиди се, да се један дистрибутер веже искључиво за једну територију, или подели клијентела).

Негативни ефекти за конкуренцију установљењем система искључиво дилерског односа могу настати и кроз једнострано понашање тј. кроз злоупотребу монополског положаја и злоупотребом економске зависности. У таквим случајевима заштита конкуренције се може остварити кроз примену чл. Л-420-1 и Л-420-2 Трговачког законика.

## 6. Право Србије

У погледу правне регулативе ове материје у Србији, законодавац је у Закону<sup>25</sup> следио правну регулативу ЕУ, наравно уз прописивање одговарајућих параметара (везано за обрачун годишњих прихода, време трајања изузећа и сл.).

23 *Ibid.*

24 Ближе о томе види: Hans-Peter Schwintowski, „Konzept, Function und Entwicklung des Deutschen und europaischen Wettbewerbsrecht“, *Zeitschrift fur Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1933, стр. 162.

25 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

У основи, обзиром да ови споразуми спадају у категорију рестриктивних споразума. Сходно чл. 11 чл. 12 и чл. 13 Закона, предвиђени су и одређени услови за изузимање од забране, као и појединачна изузећа и изузећа од забране по категоријама споразума. Као услове за изузимање од забране, чланом 11 Закона је прописано да исти мора да допринесе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђује правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу. Када су у питању појединачна изузећа, период не може бити дужи од осам година (чл. 12 ст. 3 Закона), а за изузећа од забране по категоријама споразума предвиђено је да Влада посебним актом одређује и категорије споразума и посебне услове за таква изузећа.

Оно што је карактеристично за за одредбе Закона за заштиту конкуренције је чињеница да је у чл. 14 (који регулише споразуме малог значаја) предвиђена могућност закључења тзв. хоризонталних споразума а који се у правној теорији *per se* сматрају монополским. Ипак, законодавац је прописао извесно ограничење – ако укупни тржишни удео на релевантном тржишту производа и услуга на територији Републике Србије није већи од 10% (ст. 1 тач. 1) и ако циљ тих споразума није одређивање цена или ограничавање производње или продаје, односно подела тржишта снабдевања (ст. 2). За вертикалне споразуме, величина тржишног удела опредељена је на нешто већи проценат (15%).

#### IV Закључак

Из напред изложеног може се закључити да су уговори о ексклузивној и селективној дистрибуцији честа и нормална појава у пословном свету. Масовност њиховог закључивања указује на њихову корисност и прагматичност у продаји робе у односу на друге уговоре привредног права. Позитивност ових уговора огледа се у систему продаје робе где купац добија квалитетније додатне услуге што је за потрошаче корисно. Они оживљавају конкуренцију међу различитим производима истемене.

С друге стране, ови споразуми умртвљују конкуренцију између продаваца истог производа а због вертикално утврђене цене. У изналажењу решења за отклањање ових негативних ефеката, треба водити рачуна о конкуренцији на тржишту произвођача и процени степена тржишне доминације. Други фактор о коме би се морало водити рачуна још пре допуштања закључења оваквих споразума, огледао би се у томе

да услови за избор или селекцију дистрибутера буду унапред познати и примењивани равноправно у односу на све. На овакав начин би се елиминисала и дискриминација дистрибутера што свакако позитивно утиче на конкуренцију.

*Ilija ZINDOVIĆ*, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Business Academy, Novi Sad

## SYSTEM OF EXCLUSIVE AND SELECTIVE DISTRIBUTION AND THE EFFECT OF COMPETITION

### Summary

*In this text, the author discusses the impact of vertical agreements (exclusive and selective distribution) to the competition. In this analysis, both comparative-legal approaches and practice of judicial and administrative authorities in this domain. Widespread use of these agreements indicates their function in relation to other agreements (contracts) of commercial law. He concludes that these agreements have both positive and negative effects. The positive effects are reflected as consumers get better and additional services. It encourages competition among different products with the same purpose. The downside of these agreements is reflected in diminishing competition among sellers of the same product. Therefore, the legal status of these agreements is sensitive. As a rule, the regulation of these agreements in the legal system is carried out in accordance with the consequences of these agreements can produce in the market.*

**Key words:** *agreements, exclusivity, selectivity, competition, impact, the rule of law.*

др Јелена ЂЕРАНИЋ  
научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

## НОВИ ПРОПИСИ О АКРЕДИТАЦИЈИ И ТРЖИШНОМ НАДЗОРУ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СРБИЈИ

### Резиме

*У раду се анализира нови законодавни оквир у области слободне прометна робе који се састоји од Уредбе о захтевима за акредитацију и тржишни надзор за трговање производима и Одлуке о заједничком оквиру за трговање производима. Након уводних напомена о важности ове области европског законодавства која се традиционално назива „техничка хармонизација“, у првом делу рада разматран је развој унутрашње тржиште од оснивања Европских заједница до данас. У другом делу рада анализиране су најзначајније одредбе Уредбе о захтевима за акредитацију и тржишни надзор. Посебна пажња посвећена је контроли производа који улазе на тржиште која представља новину у законодавству ЕУ. У трећем делу рада укратко је приказано на који начин су иштања акредитације и тржишног надзора регулисана у Србији.*

**Кључне речи:** *Европска унија, унутрашње тржиште, слободан промет робе, акредитација, тржишни надзор.*

## I Уводне напомене

Уредба (ЕЗ) бр. 765/2008 Европског парламента и Савета о захтевима за акредитацију и тржишни надзор за трговање производима<sup>1</sup> и Одлука бр. 768/2008 о заједничком оквиру за трговање производима<sup>2</sup> од 9. јула 2008. примењују се у Европској унији од 1. јануара 2010. Новим законодавним пакетом предвиђене су мере „техничке хармонизације“ и његово доношење представља важан политички корак за комплетирање европског унутрашњег тржишта (*achievement of internal market*). Циљ овог пакета мера је да се утврди висок ниво заштите потрошача, привредних субјеката, животне средине, радника на радном месту итд., али да се не створе непотребне обавезе за привредне субјекте, а посебно за мала и средња предузећа.

Успостављање слободног промета робе је један од политичких приоритета Европских заједница још од оснивања. Наравно, као што је случај са већином заједничких политика, ослобођење промета производа пратио је низ препрека. Данас се слобода промета робе сматра најпотпунијом и најбоље осигураном економском слободом у ЕУ.<sup>3</sup>

У првом делу рада ће бити приказан развој унутрашњег тржишта од оснивања Европских заједница до доношења новог законодавног оквира. Други део рада биће посвећен анализи Уредбе о захтевима за акредитацију и тржишни надзор, тачније разлозима доношења, циљевима и начину функционисања њених најзначајнијих елемената. У трећем делу рада, укратко ће бити размотрено како су питања акредитације и тржишног надзора регулисана у Србији.

## II Ка правом унутрашњем тржишту ЕУ

Развојни пут унутрашњег тржишта може се поделити у три велике етапе: период од оснивања ЕЗ до 1985. године, период од 1985–2005. године, назван „Нови приступ“ и период од 2005. године који представља ревизију „Новог приступа“.

1 Уредба (ЕЗ) 765/2008 о захтевима акредитацију и тржишни надзор за трговање производима од 9. јула 2008. (Reglement 765/2008 fixant les prescription relatives à l'accréditations et à la surveillance du marché; даље у фуснотама: RASM).

2 Одлука бр. 768/2008 о заједничком оквиру за трговање производима од 9. јула 2008. године (Décision 768/2008 relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits).

3 Stéphane Rodrigues, „Chronique de jurisprudence communautaire; Marché intérieur – Marchandises, Services et Capitaux (2007–2008)“, *Cahiers de droit européen*, бр. 1–2/2009, стр. 220.



## 1. Развој заједничког тржишта до 1985. године

У периоду од 1960. до 1970. године укинуте су скоро све пореске и царинске препреке за слободно кретање производа из једне земље у другу, али су и даље постојали проблеми познатији као техничке препреке трговини. Ове препреке биле су последица различитости законодавстава држава чланица у вези са условима безбедности (сигурности) и здравља које производи морају испуњавати. Будући да су се захтеви предвиђени националним прописима држава чланица разликовали, произвођачи су могли да бирају да ли ће се ограничити на своје национално тржиште или ће производити различите верзије производа у зависности од предвиђеног тржишта.

Самим Оснивачким уговорима биле су предвиђене мере у вези са приближавањем законских, управних и административних одредби држава чланица које имају за циљ успостављање и функционисање унутрашњег тржишта.<sup>4</sup> Међутим, већ први покушаји хармонизације су указивали на тешкоће и ограничења овог процеса, пре свега зато што су национални законодавни текстови били дугачки и детаљни (предвиђали су приближно све што произвођач мора да учини да би његови производи били усаглашени са националним прописима). Затим, преговори око усвајања јединственог текста за целу Заједницу веома су дуго трајали. С једне стране, у то време, одлуке су доношене једногласно, а с друге стране, техника која је коришћена, тзв. вертикални приступ, подразумевала је усвајање детаљних правила којима се у потпуности одређују техничке карактеристике одређеног производа. „Старом техником, која се означава и као стари или вертикални приступ, усвајана су идентична правила која су се примењивала у целој Заједници. Негативна страна оваквог приступа било је то што су у таквим уредбама морали бити формулисани сви технички детаљи којима се потпуно одређују техничке карактеристике одређеног производа или групе производа (уредбе и директиве секторског приступа) или што су морали бити одређени сви услови за пружање одређене услуге.“<sup>5</sup> Налажење таквих решења успоравало је процес хармонизације.

Догађај који се сматра прекретницом у овој области је чувена пресуда Суда правде из 1979. године, познатија као *Cassis de Dijon*.<sup>6</sup> Овом пресудом предвиђен је принцип преласка терета доказивања на националне власти које су дужне да докажу да производ није безбедан (сигу-

4 Некадашњи чл. 95 Уговора ЕЗ (чл. 114 Уговора о функционисању ЕУ).

5 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, 4. издање, Крагујевац, 2006, стр. 193-197.

6 Случај 120/78, *Rewe-ZentralAG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [179] ECR 649. Judgement of the Court of 20 February 1979.

ран), чиме су ојачане позиције привредних субјеката. Производ се може оценити као небезбедан и бити одбијен само ако је у супротности са императивним захтевима држава чланица. Дакле, није довољно да производ није усаглашен са националним законодавством, већ мора бити повређен неки императивни захтев.<sup>7</sup> Овом пресудом је Суд правде предвидео узајамно признање као принцип комунитарног права који се заснива на томе да производи који су легитимно произведени и стављени у промет у једној држави чланици, не могу се, због различитости националних прописа, ставити ван промета у некој другој држави чланици.<sup>8</sup>

## 2. „Нови приступ“

Имајући у виду да је применом технике старог приступа процес хармонизације био веома спор и компликован, Комисија је у Белој књизи I о комплетирању унутрашњег тржишта<sup>9</sup> предложила нову технику, познатију као „Нови приступ“.<sup>10</sup> Након тога је Савет, Резолуцијом од 7. маја 1985. о „Новом приступу техничкој хармонизацији и стандардизацији“, препоручио да се код доношења нових техничких прописа примењује измењен поступак који се сматра револуционарним у погледу начина израде текстова техничке хармонизације у великом броју индустријских сектора. Осим тога, препоручено је да хармонизацију треба ограничити, у смислу да се ова техника користи само када је неопходна, а да се у већини области примењује принцип узајамног признања (узајамног прихватања).<sup>11</sup>

Основни принцип новог приступа је једноставан. Полазећи од става Суда правде да само техничке одредбе које имају императиван карактер за безбедност производа могу бити супротстављене привредним субјектима, поставило се питање зашто настављати са детаљном хармонизацијом на нивоу Заједнице? Довољно је да буду предвиђени само битни (суштински) захтеви које одређени производи морају имати у промету унутар Заједнице, чиме се олакшава поступак оцене усаглашености производа.

Да би се постигло комплетирање унутрашњег тржишта, на основу старог приступа требало је донети више стотина директива. Међутим, овај циљ је остварен са свега двадесет пет директива новог приступа.

7 Christian Gavalda, Gilbert Parleani, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, 2002, стр. 87–88.

8 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 196.

9 COM (85) 319 final, 14 juin 1985, стр. 19–20.

10 *New approach* (енгл.); *nouvelle approche* (фр.).

11 C. Gavalda, G. Parleani, *нав. дело*, стр. 114.

Напредак је био приметан у низу области привреде, до тада парализованих због различитости националних техничких прописа. Наравно, нови приступ није примењиван у свим областима, већ само у онима у којима је већ постојала традиција, култура нормализације.<sup>12</sup>

Техника новог приступа има низ предности. Пре свега, поље примене ових директива је веома широко јер су дефинисани само битни захтеви (остали су препуштени нормализацији). Текстови су краћи и јаснији онима који их усвајају (Савет и Европски парламент), као и онима који их спроводе и примењују (привредним субјектима и националним телима) и односе на читаве секторе производа, а не само посебне категорије производа.<sup>13</sup> Осим тога, захваљујући новом приступу, тј. раздвајајући битне захтеве и нормализацију, одвојене су улоге политичара и техничара. На политичарима је да одреде ниво заштите друштва, али не и да преговарају о компромисима везано за техничке проблеме који су изван њиховог ресора (а често и разумевања). Тако је остварена значајна уштеда времена и омогућено је да професионалци преговарају о техничким текстовима.<sup>14</sup>

Ипак, ова техника има одређене слабости, пре свега везано за поглавље о нормализацији. Институционална структура у области нормализације почива на јаким националним институтима и пропорционално слабијој европској структури, која никада није била замишљена тако да производи европске норме у великом броју (што се захтева новим приступом). Дакле, националне институције и даље имају главну улогу, а њихови интереси се нужно не поклапају са комунитарним. Затим, нови приступ почива на слабој контроли нотификованих тела, која су национална тела одабрала да извршавају тестирање и оцењују услашшеност. Свакако највећа слабост овог приступа је недостатак комунитарних одредби у области тржишног надзора и контроле производа који улазе на тржиште.

### 3. Ревизија „новог приступа“

Суочена са недостацима и празнинама новог приступа, Комисија је крајем 2003. године почела да припрема предлоге за његову ревизију и

12 У појединим областима, као што су аутомобили, фармацеутски производи, хемија, итд., није могла да се предвиди употреба ове технике, те се наставило са применом традиционалног приступа.

13 Тако је, применом технике старог приступа, требало донети стотину или више директива да би се обухватио један сектор машина. Данас, директива о машинама обухвата преко 40.000 типова машина.

14 Jacques McMillan, „La politique réglementaire communautaire pour la libre circulation des marchandises et l’approfondissement/achèvement du marché intérieure“, *Revue du droit de l’Union européenne*, бр. 2/2010, стр. 240.

ажурирање. Ревизијом новог приступа допуњене су области које су већ регулисане на комунитарном нивоу и предвиђена су два нова поглавља, о акредитацији и тржишном надзору. Почетком 2007. године Комисија је проследила Савету и Европском парламенту нови законодавни пакет, који се састоји од Уредбе о захтевима за акредитацију и тржишни надзор за трговање производима и Одлуке о заједничком оквиру за трговање производима.

Уредбом су обухваћена нова поглавља, а одлуком области који већ постоје у законодавству ЕУ. Уредба се примењује *erga omnes* и има директно дејство, док одлука, као акт *sui generis*, нема директно дејство, али представља политички ангажман европског законодавца (Савета, Европског парламента и Комисије) да се хармонизоване одредбе одлуке у будућности употребљавају колико год је могуће систематично. Будући да су текстови комплеметарни и уско повезани, дефиниције су за исте појмове у оба текста идентичне и они се стално позивају један на други.

Овим законодавним пакетом остварен је двоструки циљ. С једне стране, постојеће законодавство се не мења директно,<sup>15</sup> већ се преговара о хоризонталним и неутралним текстовима који се могу примењивати у свим областима. А с друге стране, законодавни оквир представља јаку правну основу како за нове, тако и за постојеће текстове.

### **III Уредба (ЕЗ) бр. 765/2008 о захтевима за акредитацију и тржишни надзор**

Уредба (ЕЗ) бр. 765/2008 о захтевима за акредитацију и тржишни надзор састоји се од пет великих поглавља: дефиниције, акредитација, тржишни надзор и контрола производа који улазе на тржиште, означавање ЦЕ знаком и финансирање активности предвиђених овом уредбом. За ову уредбу је специфичан начин на који је одређено поље примене. Наиме, уобичајено је да законодавни текст садржи члан којим се одређује поље примене, док је уредбом поље примене одређено у складу са принципом „променљиве геометрије“, тј. у зависности од саме области.

У оквиру анализе Уредбе 765/2008, остављајући по страни одредбе које се тичу финансирања активности, биће представљене одредбе које се односе на акредитацију, тржишни надзор и контролу производа који улазе на тржиште и означавање ЦЕ знаком.

15 Уколико би се постојеће законодавство директно мењало, морало би да се одређује поље примене које би обухватало око седам стотина законодавних текстова у области слободног промета индустријским производима.

## 1. Акредитација

Акредитација представља активност коју су током седамдесетих година развила национална тела у оквиру националне администрације како би контролисала компетентност и поузданост приватних лабораторија којима министарства поверавају одређене задатке (које више не желе сами да обављају).

Током осамдесетих и деведесетих година Комисија је покушавала да организује акредитацију на европском нивоу која ће гарантовати хармонизацију начина рада и контролу квалитета акредитатора. Хармонизација националних система акредитације постала је нарочито значајна са ступањем на снагу директива новог приступа које су се снимале на техници нотификованих тела. Циљ је био да државама чланицама омогући да стекну поверење у организме који су нотификовани код других држава чланица.

Тако је 1997. године основана Европска кооператива за акредитацију (*European co-operation for Accreditation*), организација која је обухватала акредитациона тела држава чланица и држава Европског економског простора (као и држава кандидата за приступање ЕУ). Она је допринела организацији акредитационих тела на европском нивоу како би се обезбедила кохерентност, квалитет и равнотежа у пружању услуга.

Основни разлог за регулисање питања акредитације на нивоу ЕУ лежи у томе што је већина националних тела издвојена из надлежних министарстава и принуђена да сама налази изворе финансирања. Ова тела су постала привредни субјекти са лукративним циљевима (као и било које приватно предузеће). Будући да су се наша у истој ситуацији као и они које акредитују, кредибилитет националних тела је опао. Стога су Уредбом 765/2008 предвиђени одређени принципи које државе чланице морају поштовати када је реч о организацији система акредитације.

Пре свега, предвиђен је принцип јединственог система акредитације, тј. не могу постојати два система, један добровољни, а други обавезни, већ само један. У случајевима када не постоји законска обавеза акредитације, привредни субјекти су слободни да се одлуче да ли ће се акредитовати или не. Уколико то желе, акредитација се може издати само у оквиру система који је утврђен овом уредбом. Такође, јединствени систем мора функционисати без обзира на правни статус националних тела (државна или приватна). Захваљујући овој одредби, свака држава чланица може да успостави структуру која је у складу са њеним унутрашњим уређењем.

Затим, државе чланице могу да одреде само једно национално тело за акредитацију да би се избегла могућа конкуренција.<sup>16</sup> Оне државе чланице које су имале више тела морале су да их фузионишу или реструктурирају како би од 1. јануара 2010. постојало само једно акредитационо тело.

Национално тело обавља своје функције као активности јавне власти,<sup>17</sup> без лукративног циља.<sup>18</sup> Националне власти су обавезне да обезбеде финансирање акредитационих тела како она не би тражила изворе финансирања на тржишту.<sup>19</sup>

Предвиђена је и ситуација када држава чланица не жели да обезбеди постојање националног тела, проценивши да национална економска ситуација не оправдава такво тело,<sup>20</sup> другим речима, када не постоји довољан број лабораторија за тестирање или тела за сертификавање/инспекцију како би се оправдала таква инвестиција на националном нивоу. Лабораторије или тела за сертификацију/инспекцију морају се акредитовати у другој држави чланици по избору националних власти. До сада се ниједна држава чланица ЕУ није определила за ову могућност.

Доношењем Уредбе 765/2008, акредитација је добила централну улогу као техничка подршка добром функционисању унутрашњег тржишта ЕУ. Доказивање усаглашености производа, процеса и услуга са захтевима прописа, стандарда и уговорних техничких спецификација је претпоставка за остваривање конкурентности на европском и светском тржишту, а поштовањем прописа и стандарда уређује се сигурност производа и слобода кретања на тржишту, заштита здравља грађана, заштита потрошача, заштита животне средине и друге области од јавног значаја.

## **2. Тржишни надзор и контрола производа који улазе на тржиште**

Поглавље о тржишном надзору и контроли производа који улазе на тржиште садржи највећи број нових решења. Правила и принципи за тржишни надзор и контролу производа који улазе на тржиште су идентични, осим када је реч о пољу примене.<sup>21</sup>

16 RASM, чл. 4 ст. 1.

17 RASM, чл. 4 ст. 5.

18 RASM, чл. 4 ст. 7.

19 RASM, чл. 4 ст. 9.

20 RASM, чл. 4 ст. 2.

21 RASM, чл. 15.

Што се тиче тржишног надзора, уредба се примењује на све производе обухваћене секторским директивама, тј. законодавством ЕУ којим се предвиђа хармонизација услова о трговању производима. Дакле, уредба се не примењује на производе који нису обухваћени хармонизованим законодавством. Међутим, када је реч о производима који улазе на тржиште, уредба се примењује на све производе обухваћене законодавством ЕУ у мери у којој други акти ЕУ не садрже специфичне одредбе у вези са организацијом контроле на границама. Будући да таквих одредби готово да нема (изузев одређених веома специфичних случајева у области прехранбених и фитосанитарних производа), уредба се примењује у свим случајевима контроле производа који улазе на тржиште.

### *а) Тржишни надзор*

У оквиру анализе тржишног надзора, биће размотрене обавезе држава чланица, мере тржишног надзора и сарадња између држава чланица и Комисије.

#### 1) Обавезе држава чланица

Под обавезама држава чланица подразумевају се обавезе информисања и обавезе у области организације.

Државе чланице дужне су да о томе „ко шта ради“ на националном нивоу обавесте Комисију, а она информацију прослеђује другим државама чланицама. Државе чланице такође информишу јавност о постојању, одговорностима и идентитету националних тела задужених за тржишни надзор и начинима да се ступи у контакт са њима.<sup>22</sup> И док су обавезе визави држава чланица уобичајене, обавеза обавештења јавности је реткост у европском законодавству.

Што се тиче обавезе држава чланица у области организације, државе чланице морају успоставити одговарајуће механизме комуникације и координације између националних тела за тржишни надзор, али није прецизирано о којим телима је реч (принцип супсидијарности).<sup>23</sup> Ова одредба је веома значајна за остварење ефикасне сарадње на националном нивоу (укључујући тела задужена за тржишни надзор и царинске власти). Наиме, сарадња између ових тела није увек уврежена у правној култури држава чланица, али их поменута одредба на такву сарадњу обавезује.<sup>24</sup>

22 RASM, чл. 17 ст. 2.

23 RASM, чл. 18 ст. 1–4.

24 Florent Herlitz, „La politique de prévention des obstacles aux échanges de marchandises et de services de la société de l’information“, *Revue du Droit de l’Union européenne*, бр. 3/2008, стр. 403.

## 2) Мере тржишног надзора

Уредбом је предвиђено да национална тела морају спроводити одговарајуће контроле, у довољној мери, над карактеристикама производа.<sup>25</sup> Интервенција државног органа мора бити постепена (принцип пропорционалности), почевши од контроле докумената преко физичке контроле на производу, а уколико ово није довољно, прелазећи на испробавање производа.

Међутим, дефиниције појмова као што су „у довољној мери“ или „одговарајуће контроле“, нису сасвим јасне, што указује на ограничени домет уредбе. Будући да су ситуације на терену различите, инспекторима који се суочавају са конкретним проблемима се мора оставити доза флексибилности. Како би се овим инспекторима ипак дале смернице и референтни елементи, уредбом је предвиђено да се узму у обзир утврђени принципи процене ризика, приговори и остали подаци.

Национална тела морају располагати одређеним овлашћењима и средствима интервенције. Ова тела могу захтевати од привредних субјеката да им ставе на располагање документацију и податке за које сматрају да су им потребни, а када је то оправдано и потребно, могу улазити у погоне привредних субјеката и узимати потребне узорке производа. Уколико сматрају да је потребно, они могу уништити или на други начин учинити неупотребљивим производе који представљају озбиљан ризик.<sup>26</sup>

Право уласка у просторије привредних субјеката и право уништења представљају новину за многа национална тела. Право уништења је посебно важно када тела немају право приступа одговорним субјектима (нпр. треће земље). Такође, национална тела су обавезна да поштују принцип пропорционалности и узајамног признања и да узму у обзир испитне извештаје или потврде о тестирању које су већ извршене на производу, како би се смањили трошкови контроле и трошкови привредних субјеката који су већ обавили или је неко за њих обавио тај посао.<sup>27</sup>

Уредбом је, по први пут у праву ЕУ, предвиђена обавеза да државе чланице осигурају да се производи који представљају озбиљан ризик за који се захтева брза интервенција, укључујући и озбиљан ризик чије последице нису тренутне, повуку или да се спречи њихово растурање или њихова доступност на тржишту и да се томе без одлагања обавести Комисија.<sup>28</sup>

25 RASM, чл. 19 ст. 1 тач. 1.

26 RASM, чл. 19 ст. 1 тач. 2.

27 RASM, чл. 19 ст. 1 тач. 3.

28 RASM, чл. 20.



### 3) Сарадња између држава чланица и Комисије

Национална природа тржишног надзора и чињеница да национална тела имају овлашћења, надлежности и могућности интервенције искључиво на националној територији доводе до проблема у погледу ефикасности функционисања унутрашњег тржишта. Услед различитости националних законодавстава држава чланица у погледу степена строгости и интервенције, потрошачи често уживају различит степен заштите, а поштени произвођачи имају проблема због конкуренције коју стварају бескрупулозни привредни субјекти.<sup>29</sup> Стога су национална тела прихватила европску политику у области тржишног надзора.

Државе чланице морају да осигурају ефикасну сарадњу и размену података између националних власти које спроводе тржишни надзор и власти других држава чланица, као и између националних власти и Комисије.<sup>30</sup> Како би се донекле поправила немогућност надзора изван националних граница, предвиђено је да тела задужена за тржишни надзор једне државе чланице пружају помоћ телима задуженим за тржишни надзор других држава чланица, у одговарајућој мери, достављајући им податке и документацију, вршећи истраживања или све друге одговарајуће мере и учествујући у истраживањима започетим у другим државама чланицама.<sup>31</sup>

### б) Контрола производа који улазе на тржиште

Одредбе о контроли производа који улазе на тржиште представљају новину како на нивоу Уније, тако и у већини држава чланица.<sup>32</sup> Услед глобализације тржишта и измештања значајног дела европске производње у треће земље (пре свега азијске), појачање спољних контрола је постало неопходно.<sup>33</sup>

Када је реч о расподели надлежности између тела унутар самих држава чланица, међу државама постоје битне разлике. Стога се у уредби користи израз „меродавна тела држава чланица овлашћена за надзор над производима који се улазе на тржиште“. Са становишта Уније, мало је значајно да ли контролу и тестирање врше унутрашњи или царински органи, под условом да се она врши. Предвиђено да ова тела морају има-

29 J. McMillan, *нав. чланак*, стр. 262.

30 RASM, чл. 24 ст. 1.

31 RASM, чл. 24 ст. 2.

32 RASM, чл. 27-29.

33 Криза која је избила лета 2007. године и масивно повлачење опасних играчака је у великој мери допринела схватању значаја ове карике у ланцу безбедности производа.

ти овлашћења и средства потребна за исправно извршење задатака. Она обављају одговарајуће контроле, у довољној мери, над карактеристикама производа, пре него што се производи пуне у слободан промет.<sup>34</sup>

Тела држава чланица која су задужена за контролу производа који улазе на унутрашње тржиште имају три дана да одреде да ли један производ представља проблем и да ли треба да буде предмет дубље контроле.<sup>35</sup> Наравно, контрола се не обавља у року од три дана, већ само у том року мора да се донесе одлука да се она тражи. Производ може да остане блокиран на граници све док се не донесе одлука којом се дозвољава стављање у промет. Критеријуми за доношење овакве одлуке су потпуно исти као и у случају унутрашњег надзора.

### 3. Означавање ЦЕ знаком

Одредбама о стављању знака ЦЕ постојеће директиве се у основи не мењају, већ се само појашњавају. Знак ЦЕ је специфичан: ставља га само произвођач или његов овлашћени заступник<sup>36</sup> (а не трећа страна, лабораторија или тело за издавање атеста или инспекција). Овај знак се ставља искључиво на производе за које је то предвиђено посебним законодавством ЕУ за усаглашавање и не сме се стављати на друге производе.<sup>37</sup> Међутим, директивама (које предвиђају означавање ЦЕ знаком) не може се спречити стављање овог знака на производе изван њиховог поља примене. С обзиром на то да уредба има шире поље примене, њоме се ова забрана може предвидети и на тај начин ојачати дејство директива. Осим тога, будући да је уредба директно применљива, она је ефикаснија од директиве.<sup>38</sup>

Означавање ЦЕ знаком симболизује усаглашеност у односу на обавезе произвођача које су утврђене директивама. Предвиђено да произвођач, доношењем знака ЦЕ, предузима правну одговорност да је производ усаглашен са свим примењивим одредбама и да је био подвргнут одговарајућим поступцима оцењивања усаглашености.<sup>39</sup> Циљ је да се избегне политика одређених произвођача (пре свега изван Уније) који, не знајући да ли треба да означавају своје производе, имају обичај да означавају „све и свашта“. Законодавац се надао да ће на тај начин прекинути са праксом непотребног означавања.<sup>40</sup>

34 RASM, чл. 21 ст. 1.

35 RASM, чл. 28.

36 RASM, чл. 30 ст. 1.

37 RASM, чл. 30 ст. 2.

38 J. McMillan, *нав. чланак*, стр. 265.

39 RASM, чл. 30 ст. 3.

40 J. McMillan, *нав. чланак*, стр. 266.

Знак ЦЕ мора бити једини знак која потврђује усаглашеност производа са захтевима одговарајућег законодавства ЕУ за усаглашавање којим је предвиђено његово стављање<sup>41</sup> (само директиве новог приступа). Забрањено је стављање на производ ознака, знакова или натписа који би могли обманути треће особе значењем и обликом ЦЕ. Ситуација се компликује утолико што је предвиђено да се на производ могу стављати све друге ознаке под условом да се тиме не смањује видљивост, читљивост и значење знака ЦЕ.<sup>42</sup>

## IV Акредитација и тржишни надзор у Србији

Република Србија ратификовала је Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП) и активно води преговоре за пријем Светску трговинску организацију (СТО). Једна од обавеза која произилази из ових ангажмана односи се на усклађивање националног техничког законодавства са техничким законодавством ЕУ и начелима СТО. Споразумом је предвиђена обавеза РС да предузме неопходне мере како би постепено постигла усклађеност са техничким прописима Уније и европском стандардизацијом, метрологијом, акредитацијом и поступцима оцењивања усаглашености.<sup>43</sup> ССП-ом су, такође, преузете обавезе усклађивања и примене прописа о тржишном надзору.

### 1. Акредитација

Усвајањем Закона о акредитацији<sup>44</sup> 12. октобра 2010., као последњег закона из области инфраструктуре квалитета, Србија је испунила један од предуслова за прикључење ЕУ. Овим законом уређује се акредитација, положај и рад националног тела за акредитацију, као и друга питања од значаја за акредитацију.

#### а) Закон о акредитацији

Закон о акредитацији успоставља непристрасни и транспарентни начин обављања послова акредитације у Србији. Овај закон је усаглашен са законодавством ЕУ, тачније са Уредбом о захтевима за акредитацију и тржишни надзор.<sup>45</sup>

41 RASM, чл. 30 ст. 4.

42 RASM, чл. 30 ст. 5.

43 Споразум о стабилизацији и придруживању, чл. 77.

44 Закон о акредитацији (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010; даље у фуснотама: ЗА).

45 Јасна Стојановић, „Усвојен закон о акредитацији“, доступно на адреси: [http://www.poslovnapolitika.com/promo/11\\_12\\_usvojen\\_zakon\\_o\\_akreditaciji.pdf](http://www.poslovnapolitika.com/promo/11_12_usvojen_zakon_o_akreditaciji.pdf), 29. 3.2001, стр. 2.

Решења предвиђена Законом о акредитацији су у складу са основним начелима европске акредитације. Акредитацијом се утврђује компетентност тела за оцењивање усаглашености за обављање послова испитивања, еталонирања, контролисања, сертификације производа, сертификације система менаџмента, сертификације особа, као и компетентност за обављање других послова оцењивања усаглашености, у складу са посебним законом.<sup>46</sup> Предвиђено је да је акредитација добровољна, а да посебним законом може бити утврђено и да је обавезна.<sup>47</sup> Законом је уређено оснивање и организација АТС-а.<sup>48</sup>

Овим законом регулисан је поступак акредитације од подношења пријаве за акредитацију, доношења одлука о акредитацији и издавања сертификата о акредитацији или доношења одлука о прекиду поступка акредитације или одлука да се не додели акредитација.<sup>49</sup> Такође је, у складу са чланом 7 Уредбе 765/2008, предвиђена прекогранична акредитација.<sup>50</sup> Ради се о могућности да АТС упути тело за оцењивање усаглашености регистровано у Србији да пријаву за акредитацију поднесе акредитационом телу друге државе, уколико АТС не врши акредитацију у односу на активности оцењивања усаглашености за које се тражи акредитација. Исто тако предвиђена је и могућност да АТС спроведе поступак акредитације на захтев тела за оцењивање усаглашености друге државе, у случајевима када друга држава није основала национално акредитационо тело или то тело не врши активности оцењивања усаглашености за које се тражи акредитација.

### *б) Акредитационо тело Србије*

Акредитационо тело Србије је основала Влада Републике Србије, као једино у држави коме се Законом о акредитацији поверава обављање послова акредитације. АТС је регистровано као установа. На питања оснивања, организације, положаја и делатности овог тела примењују се одредбе закона којим се уређују јавне службе.

АТС је национални орган за акредитацију који управља системом акредитације у Србији и представља врх у систему инфраструктуре квалитета. Оцену усаглашености производа, процеса и услуга с техничким прописима и стандардима спроводе стручне и технички оспособљене лабораторије, сертификациона и контролна тела.

46 ЗА, чл. 3.

47 ЗА, чл. 4.

48 ЗА, чл. 5–10.

49 ЗА, чл. 14–20.

50 ЗА, чл. 20–22.

Органи АТС-а су: управни одбор, директор и надзорни одбор. Законом су, осим органа, предвиђена и два тела: савет за акредитацију и технички комитети.

Средства за рад АТС-а обезбеђују се: наплатом трошкова акредитације, затим из буџета РС и на крају из других извора, у складу са законом. Под наплатом трошкова акредитације сматрају се приходи који се остварују пружањем услуга. Износ средстава за рад АТС-а која се обезбеђују из буџета утврђују се годишњим програмом рада АТС-а. Средствима из других извора сматрају се други приходи остварени у складу са законом. АТС не сме примати поклоне (донације) од корисника услуга, чиме је додатно оснажен принцип независности и непристрасности АТС-а. Годишњим програмом рада се утврђује износ средстава потребних за рад АТС-а, укључујући и средства за чланарине АТС-а у међународним и европским организацијама за акредитацију. Овакво решење је дато зато што је чланство у овим организацијама неопходан предуслов за интеграцију Србије у ЕУ, тако да је у интересу оснивача, тј. Владе, да то чланство обезбеди.<sup>51</sup>

АТС представља Србију у европским и међународним организацијама за акредитацију и учествује у њиховом раду. АТС је 2002. године постало придружена чланица Европске организације за акредитацију (ЕА), потписивањем Меморандума о споразумевању, који је 2007. године замењен Уговором о сарадњи. АТС је 2009. године постало придружена чланица Међународне организације за акредитацију лабораторија (ИЛАС).

У Извештају о напретку Србије у 2010. години,<sup>52</sup> Комисија је оценила да је остварен напредак на плану акредитације и да је Закон о акредитацији у потпуности у складу са новим законодавним оквиром (Уредба 765/2008). Проширен је делокруг активности АТС-а и настављено са обуком и семинарима за оцењиваче и особље АТС-а и активностима које имају за циљ подизање нивоа јавне свести. Ипак, председник и чланови надзорног одбора још нису именовани. Стога је оцењено да је неопходно ојачати административне капацитете АТС-а.

## 2. Тржишни надзор

Почетком септембра 2010. године Влада Републике Србије је, на предлог Министарства трговине и услуга, усвојила Стратегију тржиш-

51 Ј. Стојановић, „Усвојен закон о акредитацији“, стр. 3.

52 Европска Комисија, „Извештај о напретку Србије за 2010. годину“, доступно на адреси: [http://www.seio.gov.rs/upload/documents/Izvestaji/izestaj\\_o\\_napretku\\_srbije\\_2010\\_sa\\_%20aneksom.pdf](http://www.seio.gov.rs/upload/documents/Izvestaji/izestaj_o_napretku_srbije_2010_sa_%20aneksom.pdf), 30.3.2011, стр. 27.

ног надзора за петогодишњи период од 2010. до 2014. године. Један од кључних задатака ове стратегије је успостављање ефикасног тржишног надзора ради постизања безбедности производа уз минимално оптерећење привреде.

Доношење стратегије засновано је на обавезама усклађивања и примене прописа у области слободног промета робе преузетим ССП-ом. Ове обавезе подразумевају одговарајућу примену хармонизованог законодавства како би се даље унапређивала тржишна економија која пружа веће шансе привредницима, а потрошачима већу могућност избора производа који су усаглашени са техничким захтевима за безбедност.

Стратегијом су, као приоритет Србије, одређени хармонизација прописа и развој правног и институционалног оквира за ефикасан тржишни надзор. Стога је спровођење ове стратегије веома важно. „Посебно је значајно што је ово први документ који у Србији прави јасну разлику између појма тржишног и инспекцијског надзора и што идентификује надлежне органе у чијем је делокругу спровођење активности и примена мера тржишног надзора.“<sup>53</sup>

Стратегијом је предвиђено доношење Закона о тржишном надзору у 2011. години којим ће тржишни надзор и улога органа надлежног за царински надзор бити уређени у складу са Уредбом 765/2008.

У Извештају о напретку Србије у 2010. години<sup>54</sup> оцењено је да је остварен напредак усвајањем подзаконских аката у области опште безбедности производа и Стратегије тржишног надзора за период 2010–2014. Успостављен је и систем за брзу размену података којим се обезбеђују подаци о опасним производима. Остаје да се донесу нови закони којима се хоризонтално примењују правне тековине ЕУ из 2008. године о продаји хармонизованих производа. Такође је неопходно ојачати капацитете тржишног инспектората.

## V Закључни осврт

Хармонизација техничких прописа држава чланица ЕУ везано за акредитацију, тржишни надзор и контролу производа који улазе на тржиште је веома значајна за слободан промет робе. Усвајањем новог законодавног оквира у овој области се, на неки начин, постиже комплетирање унутрашњег тржишта. Дакле, оно што је пре неколико

53 Марија Шкрбић, „Мање контроле за безбедније производе“, 2010., доступно на адреси: <http://www.market-srbija.com/rubrike-u-asopisu/propisi/834-strategija-trinog-nadzora/>, 31.3.2011.

54 Европска Комисија, „Извештај о напретку Србије за 2010. годину“, стр. 27–28.

деценија био идеал, захваљујући техници заснованој на ревидираном новом приступу, данас је постала реалност.

Када је реч о Србији, у Извештају о напретку Србије у 2010. године оцењено је да је Србија остварила умерени напредак у области слободног промета робе и испуњавању захтева ССП-а у овој области. Дакле, Србија мора да настави са активностима у области слободног промета робе, укључујући и оне у вези са акредитацијом и тржишним надзором како би унутрашње законодавство ускладила са захтевима предвиђеним ССП-ом.

*Jelena ĐERANIĆ, PhD*

**Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **NEW REGULATIONS ON ACCREDITATION AND MARKET SURVEILLANCE IN EUROPEAN UNION AND SERBIA**

### **Summary**

*The paper deals with the new EU legislative framework for the Free Movement of Goods and its impact on the achievement of the Internal Market. This framework contains the Regulation (EC) No 765/2008 setting out the requirements for accreditation and market surveillance relating to the marketing of products and the Decision No 768/2008 on a common framework for marketing of products. After introductory notes with regard to the importance of this field traditionally called "technical harmonization", the first part of the article is dedicated to the development of the Internal Market from the very beginning of its establishment until nowadays. In the second part of the article the author analyses the most important provisions of the Regulation (EC) No 765/2008. The special attention is paid to the provisions related to the controls of products entering the Internal Market, which presents a novelty in EU legislation. The third part of the article is dedicated to accreditation and market surveillance in Serbia.*

**Key words:** *European Union, internal market, free movement of goods, accreditation, market surveillance.*

др Ана КНЕЖЕВИЋ БОЈОВИЋ  
истраживач-сарадник, Институт за упоредно право, Београд

## ПОЈАМ ПОСЛОВНОГ НАСТАЊИВАЊА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА У СПОРАЗУМУ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ И ПРИВРЕДНО ПРАВО СРБИЈЕ

### Резиме

*Споразумом о стабилизацији и придруживању, између остало, предвиђене су и одређене олакшице за пословање привредних друштва из Србије и Европске уније на територијама обе уговорне стране. У раду се анализира садржина основних појмова у вези са слободама зајемченим Споразумом – пословној настањивања, припадности привредних друштва и пословних јединица привредних друштва. Надаље, испитује се однос између садржине ових појмова, на начин на који одређена Споразумом, и истих или сличних појмова у домаћем праву – како важећем, тако и посвојеним начинима, у циљу лакше примене Споразума и боље коришћења могућности које ће се уживати домаћим привредницима његовим ступањем на снагу*

**Кључне речи:** Споразум о стабилизацији и придруживању, пословно настањивање, припадности привредних друштва, ојранак.



## I Појам пословног настањивања

### 1. Термиолошке напомене

Појам пословног настањивања није уобичајени термин у правном језику Србије. Тачније, једини правни акт у коме се користи овај појам јесте Споразум о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту: ССП). Ипак, управо због значаја одредби овог споразума за привредни систем Србије неопходно је детаљно испитати шта се подразумева под пословним настањивањем у ССП-у, одакле је овај појам преузет, и у каквом је он односу са сличним појмовима у привредном праву Србије.

Наиме, појам пословног настањивања у Споразуму о стабилизацији и придруживању заправо је превод појма „*establishment*“,<sup>1</sup> који је преузет из Оснивачких уговора<sup>2</sup> Европске уније. Наслов IV, поглавље II Уговора о функционисању Европске уније регулише право на оснивање, односно настањивање – „*right of establishment*“, „*le droit d'établissement*“, „*das Niederlassungsrecht*“, „*pravica do ustanavljanja*“, као једну од четири слободе на којима почива јединствено тржиште Уније. Ова слобода, у праву Европске уније, подразумева слободу настањивања држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице, право обављања самосталног рада, оснивање привредних друштава и пословних јединица.<sup>3</sup> Привредна друштва на која се ово право односи одређена су у члану 54 (48) Уговора, као „Привредна друштва основана у складу са правом неке државе чланице која имају регистровано седиште, главну управу или главни центар пословања у оквиру Заједнице, у сврхе овог поглавља, имају исти третман као и физичка лица која су држављани држава“.

Споразум о стабилизацији и придруживању, у енглеској верзији, садржи поглавље II под називом „*establishment*“, које је у српској верзији преведено као „*пословно настањивање*“. Да ли је овај превод адекватан?

1 Такође и *établissement, establecimiento, Niederlassung*.

2 Под Оснивачким уговорима се подразумевају уговори о оснивању Европских заједница и Европске уније, са свим изменама. У раду ће се користити нумерација чланова из важећег Уговора о функционисању Европске уније – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 115/47, 9.5.2008. Ради лакшег разумевања текста и постојеће литературе, у загради ће бити наведена нумерација чланова уговора из Консолидоване верзије Уговора о оснивању Европске заједнице из 2006. године – Treaty establishing the European Community, incorporating the amendments made by the Treaty of Athens, signed on 16 April 2003, *Official Journal of the European Union*, C 321 E/129, 12.2006. Уједно, у раду се реч „Уговор“ односи на „Уговор о функционисању Европске уније“ као и на „Уговор о оснивању Европске заједнице“.

3 Члан 49 (43) Уговора.

До сада је српска правничка јавност у највећој мери користила преводе Уговора о оснивању Европске заједнице др Душка Лопандића,<sup>4</sup> у недостатку званичног превода оснивачких аката Заједнице и Уније, штавише, у недостатку званичног превода било ког акта Уније. Ипак, са озбиљним припремама за придруживање Србије Европској унији, а имајући у виду чињеницу да је превођење *acquis*-а једна од обавеза оквиру поступка придруживања, приступило се ревизији постојећих превода извора права Заједнице, укључујући и Оснивачке уговоре, као и превођењу секундарног права Заједнице. Том приликом је примећено оно што је правницима који се баве компанијским правом Европске уније било познато већ дуже време – да превод релеватних чланова Уговора који се до сада користио није у складу са постојећом терминологијом у домаћем компанијском праву. У том смислу су учињене и одговарајуће измене, те ће се од сада уместо термина „агенција, филијала и пословница“ као превода за појмове „*agency, branch or subsidiary*“ користити термини „органак, представништво и зависно друштво“.

Но тиме се ипак и даље не решава проблем са превођењем појма „*establishment*“ – било да је употребљен као глаголска именица, заједничка именица или пак у неком глаголском облику. Проблем лежи у чињеници да термилошка јединственост у примени појма „*establishment*“ и на физичка и на правна лица у српском језику није могућа, или, ако се и узме да је могућа, свакако не одговара духу српског језика. У том смислу ће се синтагма „*freedom of establishment*“ преводити као „слобода настањивања“ али се може очекивати да ће се у правној науци готово равноправно говорити и о „слободи оснивања“ или „оснивању привредних друштава“. Ова термилошка недоследност понекад је нужна како би се прецизније одредиле поједине правне ситуације, истовремено остајући веран српском правном језику.

Како је Споразум о стабилизацији и придруживању потписиван пре него што се приступило темељној ревизији превода Оснивачких уговора, то је и појам „*establishment*“ преведен на начин који није подударан са преводом Лопандића, а који се преводиоцима чинио најпрецизнијим, као „пословно настањивање“, вероватно следећи пример хрватског превода ССП-а. Имајући у виду чињеницу да је садржина овог појма у односу на привредна друштва у праву Европске уније заиста ограничена на привредна друштва, начелно се појму „пословног настањивања“ за потребе овог поглавља Споразума о стабилизацији и придруживању не би могло пуно замерити. Ипак, треба имати у виду чињеницу да се овај појам већ у самом Оснивачком уговору, као и у

4 В. Душко Лопандић, Никола Лукић, *Оснивачки уговори Европске уније: уговор о Европској унији (иречисићени тексџ): уговор из Нице са амандманима на Уговор о Европској унији*, Београд, 2003.

ССП-у додатно појашњава, те се стога чини да је оваквим преводом обим појма „*establishment*“ непотребно сужен, будући да ни верзије Оснивачких уговора на осталим званичним језицима Уније не садрже ово додатно одређење.

Подједнако је незахвално наћи одговарајући превод за „*establishment*“ као заједничку именицу – но, чини се да је барем у том погледу упутно користити искуства држава насталих на територији бивше СФРЈ и повести се за њиховим примером, те користити појам „пословне јединице“. Овај појам је, чини се, подједнако ефемеран у правним језицима Словеније и Хрватске колико и у правном језику Србије, а оставља могућност за широко тумачење, баш као и појам „*establishment*“ у енглеском језику.

## 2. Садржина појма пословног настањивања у Споразуму о стабилизацији и придруживању

Како је раније истакнуто, појам пословног настањивања је у Споразуму о стабилизацији и придруживању унет из Оснивачких уговора. Пословно настањивање је једна од области у којима се предвиђају олакшице за пословање привредних друштава из Уније и Србије, на пример, давањем повољнијег третмана (истог као за домаћа привредна друштва или друштва из трећих држава),<sup>5</sup> као и забране дискриминације. Ипак, нетачно би било тврдити да је он истовремено и једнак одређењу овога појма у Уговору. Разлог томе лежи у чињеници да се до тачнијег одређења обог појма, као и домена његове примене, дошло тек кроз обимну судску праксу Европског суда правде, као и кроз касније легислативне интервенције у области компанијског права Европске уније.<sup>6</sup> Отуда и Споразум о стабилизацији и придруживању садржи детаљнија одређења појединих појмова.

Чланом 52, тачка 4. ССП-а,<sup>7</sup> пословно настањивање се одређује одвојено у односу на физичка и правна лица.

Физичка лица, наиме, имају право да започну обављање делатности као samozапослена лица, као и право да оснују предузећа, нарочито привредна друштва. Привредна друштва имају право да започну обављање делатности оснивањем огранака и друштва кћери у Србији, односно у Заједници.<sup>8</sup>

5 Члан 53 ССП.

6 Више о овом питању: Ана Кнежевић Бојовић, „Слобода оснивања привредних друштава у праву Европске уније“, докторска теза, Београд, 2010.

7 Упућивања на ССП се врше у складу са српском верзијом текста; нумерација у енглеској верзији је различита.

8 У Споразуму се користи појам „Заједница“, који треба схватити као „Унија“, у складу са изменама које су уследиле у вези са усвајањем Лисабонског споразума.

Под пословањем се подразумева обављање привредних делатности, односно делатности индустријског, привредног и професионалног карактера, као и занатске делатности.<sup>9</sup>

Ова права ССП-ом су зајемчена држављанима Србије, односно држављанима неке од чланица Уније, када се ради о физичким лицима,<sup>10</sup> односно „српским привредним друштвима“ и „привредним друштвима Заједнице“.<sup>11</sup>

Начин на који су у ССП-у одређена друштва која имају припадност Заједници, односно Србији, као и однос између овог одређења и начина одређивања појма припадности у домаћем праву, заслужују посебну пажњу.

## II Појам припадности привредних друштава у ССП-у и праву Србије

### 1. Укратко о припадности привредних друштава

У међународном приватном праву држављанство је битна тачка везивања, од које зависи примена правила одређеног националног правног система. Држављанство физичких лица није споран појам,<sup>12</sup> али држављанство правних лица свакако јесте. У том смислу треба указати и на терминолошку неусклађеност која у том погледу несумњиво постоји у домаћој теорији међународног приватног права, како то исправно примећују Станивуковић и Живковић.<sup>13</sup> Наиме, поједини аутори<sup>14</sup> говоре од држављанству правних лица, други о њиховој „државној припадности“<sup>15</sup> или само о њиховом „припадништву“.<sup>16</sup> У Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља<sup>17</sup> (у даљем тексту: ЗМПП) у члану 17 се такође употребљава појам „припадност“, те се чини најцелисходнијим користити се управо овим термином.

9 Члан 52, тачка 6.

10 Члан 52, тачка 7 ССП-а.

11 Члан 51 ССП-а.

12 Мада овај појам унеколико компликује чињеница да држављани држава чланица ЕУ осим држављанства конкретне државе аутоматски стичу и грађанство Европске уније, то јест, постају „*EU citizens*“ и сходно томе стичу одређена права.

13 М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право Ойшйи гео*, Београд, 2004, стр. 126–128.

14 О. Станковић, В. В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, 1996<sup>3</sup>, стр. 90.

15 К. Сајко, „Државна припадност подuzeћа“, *Правна мисао*, бр. 3–4/1970.

16 Т. Варади *et. al.*, *Међународно приватно право*, Београд, 2010<sup>11</sup>, стр. 278.

17 *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

Ипак, питање припадности једног правног лица одређеној држави није једнозначно нити једноставно. За разлику од физичког лица, којима држављанство није предуслов правног субјективитета, правна лица су, као што је истакао Европски суд правде у пресуди у предмету *Daily Mail*<sup>18</sup> „творевине права и то... творевине националног права“.<sup>19</sup> Надаље, од националне припадности правних лица зависи и то које ће право бити меродавно за привредно друштво – оно што Рамело (*Rameloo*) назива „*proper law of the company*“.<sup>20</sup>

Тренутно су на снази две супротстављене теорије о решавању сукоба закона по овом питању – теорија стварног седишта и теорија оснивања. Теорија стварног седишта<sup>21</sup> везује припадност привредног друштва за ону државу у којој се налази *стварно седиште друштва* – тачније, место у коме се налази центар управљања и контроле над друштвом.<sup>22</sup> Теорија оснивања или места оснивања<sup>23</sup> везује припадност привредног друштва за место у коме је оно основано, без обзира на то где се налази његово стварно седиште, имовина или центар пословања.<sup>24</sup> Обе теорије су дубоко укорењене у правне системе држава које их примењују и, упркос одређеним напорима да се ово питање реши на наднационалном нивоу, за сада ни у праву Европске уније, нити у оквиру других међународних организација, ово питање није решено на јединствен начин.<sup>25</sup>

## 2. Одређивање припадности привредних друштава према одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању

У одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању припадност привредних друштава одређује се у односу на његове потпис-

18 Предмет C 81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.* [1988] ECR 5483.

19 За преглед правних теорија о правној способности правних лица вид. Z. A. Abd Ghadas, „Real or Artificial – Jurisprudential Theories on Corporate Personality“, *US-China Law Review*, volume 4, No. 5, [www.jurist.org.cn/doc/uclaw200705/uclaw20070502.pdf](http://www.jurist.org.cn/doc/uclaw200705/uclaw20070502.pdf), 15. јануар 2009. године.

20 S. Rameloo, *Corporations in Private International Law: A European Perspective*, Oxford University Press, 2001, стр. 10.

21 *Real seat theory, theorie du siège réel/ siège social, Sitztheorie.*

22 М. Станивуковић, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 278. Више о обе теорије в. Stephan Rameloo, *Corporations in Private International Law: A European Perspective*, стр. 10.

23 *Incorporation theory, theorie du siège statutaire, Gründungstheorie.*

24 М. Станивуковић, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 129.

25 О теоријским и практичним покушајима решавања овог питања вид. у Ана Кнежевић Бојовић, *нав. дело*, стр. 23–36; Stephan Rameloo, *нав. дело*, стр. 9–88.

нице – дакле, припадност привредног друштва Србији или Заједници. За потребе ССП-а, дакле, даље одређивање припадности привредних друштава некој од држава чланице Уније је неважна – значајна је само супсидијарна припадност Заједници. Како се она одређује?

Чланом 52 Споразума прописано је да се „привредним друштвом Заједнице“, односно „српским привредним друштвом“ сматра се привредно друштво основано у складу са правом државе чланице, односно Србије, и чије се регистровано седиште или главна управа или главно место пословања налазе на територији Србије, односно Заједнице. Но, ако друштво има само регистровано седиште на територији Србије или Заједнице, и оно ће се сматрати друштвом које има припадност Србије (Заједнице) ако је његово пословање стварно и трајно повезано са привредом Србије (Заједнице). Оваква формулација коришћена је и у ранијим Европским споразумима, Европским партнерствима и Споразумима о стабилизацији и придруживању.<sup>26</sup>

Одредбе ССП-а у погледу одређивања припадности друштава Заједници и Србији, су дакле засноване на одредбама Уговора, као и на одговарајућој пракси Европског суда правде. Формулација прве реченице члана 52, тачка 1 истоветна је формулацији Уговора у којој се одређује на која привредна друштва се односи слобода настањивања (члан 54 Уговора). Додатно одређење, садржано у следећој реченици, коришћено је раније у праву ЕУ како би се одредило да ли привредна друштва могу да се користе слободом оснивања ако имају само регистровано седиште, али не и главну управу на територији Европске уније.<sup>27</sup> Иста формулација употребљена је и у Уредби о статуту SE,<sup>28</sup> приликом одређивања друштава које могу основати SE.

Јасно је да је, дакле, појам привредних друштава која имају припадност Заједници максимално проширен, али у складу са постојећом праксом у Европској унији. Истовремено, такође је очигледно да приликом одређивања припадности привредних друштава ниједна од важећих теорија није добила примат – штавише, оваква формулација омогућава примену обе теорије и било које тачке везивања ради одређивања при-

26 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and Their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part; Europe Agreement Establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Poland; Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske, s jedne strane, i Europskih zajednica i njihovih država članica, s druge strane.

27 General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment *Official Journal* 002, 15/01/1962 P. 0036–0045.

28 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *OJ L* 294, 10.11.2001, 1–21, члан 2, став 5.

падности. Додуше, додатно одређење дато у другој реченици представља одступање од примене теорије регистрације – за одређивање припадности неће бити довољно да неко привредно друштво у Србији или Заједници има само регистровано седиште, већ ће бити неопходно да је у свом пословању остварило стварну и трајну везу са правом Србије или Заједнице. Са становишта привредних друштава Заједнице, овакво одређење је не само већ уобичајено већ и не одступа од важећих теорија припадности. Но, каква је ситуација са привредним правом Србије?

### 3. Одређивање припадности страних привредних друштава у праву Србије

У важећем српском законодавству, у односу на припадност домаћих друштава, прихваћена је теорија стварног седишта – седиште друштва је место из ког се управља пословима друштва.<sup>29</sup> Ипак, постоји индиректна законска претпоставка да је стварно седиште уједно и регистровано седиште друштва (седиште привредног друштва одређује се оснивачким актом и региструје се у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката).<sup>30</sup> Доследна примена члана 52 ССП могла би довести до тога да друштво које има само регистровано седиште у Србији, као и стварну и трајну везу са њеном привредом, али не и главну управу у њој, буде сматрано домаћим привредним друштвом. У том смислу одредбе ССП одступају од важећег домаћег законског оквира. Са практичне стране ипак, не треба очекивати да ће овакво проширење појма српског привредног друштва имати значајне последице за привреду Србије у смислу значајног повећања броја регистрованих привредних друштава.

Нацртом Закона о привредним друштвима<sup>31</sup> законска формулација је унеколико промењена – и даље се седиштем друштва сматра место из кога се управља пословањем друштва, и захтева се да то место као такво буде одређено оснивачким актом или одлуком оснивача, а адреса седишта се региструје у складу са законом о регистрацији. Ипак, уколико друштво трајно обавља своју делатност у месту различитом од свог седишта, трећа лица могу против друштва засновати надлежност суда и према том месту.<sup>32</sup> На овај начин се омогућава заснивање судске надлежности и у месту из кога се не управља делатношћу друштва, већ у

29 Члан 16 став 1 Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

30 Члан 16 став 2 Закона о привредним друштвима.

31 Доступан на <http://www.merr.gov.rs/sr/c/programi-i-projekti/javna-rasprava-nacrt-zakona-o-privrednim-drustvima/344>.

32 Члан 19 Нацрта.

коме оно трајно обавља своју делатност – што подсећа на критеријум „стварне и трајне повезаности“ из ССП-а. Ипак, тиме се не би нарушило примена теорије стварног седишта као начина одређивања припадности домаћих привредних друштава.

Што се тиче одређивања припадности страних привредних друштава, чини се да одредбе Споразума о стабилизацији и придруживању нису супротне члану 17 Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља,<sup>33</sup> у коме се користи приступ *renvoi* уз комбинацију критеријума места оснивања и стварног седишта правног лица, како истичу Живковић и Станивуковић.<sup>34</sup> Како је са становишта примене ССП битна само припадност Заједници, чињеница да је неко привредно друштво основано у складу са правом Заједнице и има регистровано седиште или стварно седиште у Заједници у складу је са домаћом колизионом нормом.

Треба напоменути и да је одредбама Закона о радиодифузији<sup>35</sup> прописано да се дозвола за емитовање програма издаје само домаћим лицима, те да страна физичка и правна лица могу да учествују у оснивачком капиталу имаоца дозволе за емитовање програма само до 49%. Доследним тумачењем ових одредби може се закључити да би се у случају да страна физичка или правна лица имају удео у оснивачком капиталу имаоца дозволе за емитовање програма већи од 49% ово правно лице сматрало страним, што би такође значило да је у области радиодифузије уведен критеријум националности, односно припадности оснивача ради одређивања припадности правних лица, који није у складу са одредбама ССП-а. Са друге стране, управо је чланом 52 ССП-а прописан сличан критеријум у односу на бродарска друштва која су основана ван Заједнице или Србије, али су под контролом држављана Заједнице или Србије.

### III Пословне јединице привредних друштава

#### 1. Одређивање појма пословних јединица привредних друштава у Споразуму о стабилизацији и придруживању

Како је раније истакнуто, посебан проблем у превођењу на српски језик представљају термини који се односе на оно што се у праву Европ-

33 Службени лист СФРЈ, бр. 43/82, 72/82, Службени лист СРЈ, бр. 46/96.

34 М. Станивуковић, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 129.

35 Члан 41, Службени гласник РС бр. 42/2002, 97/2004, 76/2005, 79/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006 и 41/09.



ске уније назива секундарним оснивањем – оснивањем и радом „продужетака“ већ постојећих привредних друштава.

Што се тиче одредаба Споразума о стабилизацији и придруживању, оне, за разлику од одредби Оснивачког уговора, садрже ближе одређење појмова „*subsidiary*“ и „*branch*“, које су у верзији ССП-а на српски преведене као „друштво кћи“ и „огранак“.

Чланом 52, тачком 2 ССП-а друштво кћи је одређено као „друштво над којим прво друштво има ефективну контролу“. Осим нејасне формулације (које је то прво друштво), овај превод није у складу са законском терминологијом – наиме, Закон о привредним друштвима<sup>36</sup> познаје само подређена (зависна) друштва, и матична (контролна) друштва. На нивоу Европске уније не постоји јединствено одређење зависног и матичног друштва за потребе компанијског права,<sup>37</sup> али се у националним законодавствима углавном усваја поменути критеријум ефективне, односно стварне контроле. Назнаке о томе шта ће се у комунитарном праву сматрати зависним друштвом могу се пронаћи у Седмој директиви из компанијског права<sup>38</sup> о консолидованим рачунима, у чијем члану 1 се одређује појам „матичног предузећа“ („*parent undertaking*“) за рачуноводствене потребе. Матично предузеће, како је одређено овом директивом, може бити не само оно које има већину гласова у зависном друштву, већ и оно које на други начин врши фактичку контролу над зависним друштвом. У том смислу, критеријум „ефективне контроле“ из Споразума о стабилизацији и придруживању у великој мери је подударан са одређењем „контролног учешћа у капиталу“ из члана 367 Закона о привредним друштвима – при чему треба имати у виду чињеницу да рубрум овог члана и његова садржина нису у потпуности у складу, будући да је тачком 2 става 1 овог члана прописано да се контролним чланом сматра лице које „на други начин“<sup>39</sup> врши контролни утицај над управљањем и вођењем послова привредног друштва на основу свог својства члана или акционара (или на основу закљученог уговора у складу са овим законом). За разлику од важећег закона, Нацрт закона о привредним друштвима даје детаљније одређење појмова зависног и контролног друштва приликом одређивања појма повезаних лица,<sup>40</sup> али ограничава појам зависног друштва само на оно у коме друго лице има значајно учешће у капиталу или право да га стекне, те остаје нејасно да

36 Члан 366.

37 E. Werlauff, *EU Company Law*, 2003, стр. 456.

38 Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts *OJ L 193*, 18.7.1983., стр. 1-17.

39 Не на основу већинских гласачких права из тачке 1 овог става, прим. аутора.

40 Члан 62 Нацрта гласи: Повезаним лицем у смислу овог закона у односу на одређено правно лице сматра се:

ли би се оно што се у Нацрту закона назива „контролисаним друштвом“ могло подвести под појам „друштва кћери“ из верзије ССП-а на српском језику.

Како је већ напоменуто, Споразум о стабилизацији и придруживању садржи и одређење појма „огранка“ („*branch*“) – он означава место пословања које нема правни субјективитет и које се појављује као трајно, као што је продужетак друштва мајке, има управу и материјално је опремљено за пословање са трећим лицима, тако да трећа лица, иако знају да ће, ако то буде потребно, бити у правној вези са друштвом мајком чија је главна канцеларија у иностранству, не морају да послују непосредно са друштвом мајком већ могу да обављају послове у месту пословања њеног продужетка.<sup>41</sup>

Иначе, у праву Европске уније ни појам „*branch*“ није јасно одређен. Једанеста директива из компанијског права<sup>42</sup> регулише податке које је овај организациони облик дужан да објављује, али ни она не садржи ближе одређење тог појма. Економски и социјални савет предложио је дефиницију која је у складу са оном искоришћеном у Директиви 77/780 о кредитним установама: „место пословања које чини правно зависан део кредитне установе и који непосредно спроводи све или неке активности својствене пословању кредитних установа“. Она се делимично од-

- 1) зависно правно лице у којем то правно лице поседује значајно учешће у капиталу, или право да такво учешће стекне из конвертибилних обвезница, вараната, опција и слично;
- 2) правно лице у којем је то правно лице контролни члан друштва (контролисано друштво);
- 3) друго правно лице које је заједно са тим правним лицем под контролом трећег лица;
- 4) лице које у том правном лицу поседује значајно учешће у капиталу, или право да такво учешће стекне из конвертибилних обвезница, вараната, опција и слично;
- 5) лице које је контролни члан тог правног лица;
- 6) лице које је директор, односно члан органа управљања или надзора тог правног лица.

Значајно учешће у капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 25% права гласа у друштву. Већинско учешће у капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 50% права гласа у друштву. Контрола у смислу става 2 овог члана подразумева право или могућност једног лица, самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, да врши контролни утицај на пословање другог лица путем учешћа у капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора.

41 Члан 52, тачка 3 ССП-а.

42 Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State *Official Journal L* 395, 30/12/1989, 36–39.

сликава и у одређењу појмова „*branch, agency or other establishment*“ коју је Суд правде формулисао у сврхе Бриселске конвенције о надлежности и извршењу пресуда у грађанским и привредним стварима.<sup>43</sup> Едвардс<sup>44</sup> износи становиште да Европска комисија прихвата одређење до кога је дошао Европски суд правде, што се чини оправданим, јер се управо та формулација уноси у Споразуме о стабилизацији и придруживању. Ипак, треба приметити да је ово одређење шире од појма „*branch*“ те да се заправо односи на појам „*secondary establishment*“ то јест, секундарно оснивање, у смислу Уговора.

## 2. Одређивање појма огранка и представништва у праву Србије

У верзији ССП-а на српском језику, појам појма „*branch*“ преведен је као „огранак“. Овакав превод јесте у складу са одредбама Закона о привредним друштвима, који познаје само огранке као организационе делове домаћих и страних привредних друштава.<sup>45</sup>

Са друге стране, Закон о спољнотрговинском пословању<sup>46</sup> у члану 4 одређује и „огранак“ и „представништво“ као организационе делове оснивача – страног правног лица. Исто одређење садржао је и стари Закон о спољнотрговинском пословању,<sup>47</sup> у члану 7, који је био на снази у време када су се водили преговори у вези са ССП. Чланом 4 важећег Закона о спољнотрговинском пословању је прописано да је огранак издвојен, правно зависан организациони део оснивача, који трајно обавља послове из делатности за које је оснивач регистрован, док се представништво одређује као издвојен, правно зависан организациони део оснивача, који обавља претходне и припремне радње у вези са закључењем уговора и који не може да закључује уговоре, осим за своје потребе. Разлика, дакле, постоји у обиму овлашћења. Да ли је ова разлика релевантна за примену ССП-а или не?

Имајући у виду одређење појма огранка у ССП-у, које, поновимо, у праву Европске уније иначе користи као одређење онога што се сматра облицима секундарног настањивања, користећи циљно тумачење

43 Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, касније је замењена тзв. Уредбом Брисел I, са којом се садржински у навећем делу поклапа – Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters.

44 V. Edwards, *EC Company Law*, Oxford, 1999, стр. 214.

45 Члан 3.

46 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/09.

47 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 101/05.

основано се поставља питање да ли треба узети да чињеница да представништво није овлашћено да закључује уговоре са трећим лицима у име и у корист друштва оснивача значи да су представништва страних правних лица изузета из обима примене ССП-а. У пракси представништва се целокупно пословање са страним друштвом – оснивачем одлискова у закључењу уговора непосредно са оснивачем – најчешће путем једноставног прихвата понуде. У прилог становишту да и представништва страних правних лица треба сматрати огранцима у смислу ССП иде и пракса страних правних лица, која у много већем броју оснивају представништва него огранке. Тако је, на пример, према подацима Агенције за привредне регистре,<sup>48</sup> у Србији на дан 13.4.2011. године било регистровано укупно 4 огранка страних привредних друштава који почињу словом „п“, 5 огранака који почињу словом „м“, док се исти подаци за представништва не могу добити једноставном претрагом, јер је добијени сет података превелики. Неколико месеци раније, број активних привредних субјеката који су организовани као огранак страног привредног друштва било је 95, док је само представништва страних правних лица која почињу словом „л“ било 75.

Са друге стране, Нацртом закона о привредним друштвима ова два облика организовања се регулишу много детаљније но што је то до сада био случај. Наиме, члановима 567–577 Нацрта одређено је шта се сматра огранком а шта представнишвом, начин њиховог оснивања, престанак, овлашћења, одговорност оснивача, и обавеза објављивања података о оснивачу. Анализом ових одредби, нарочито члана 7 (*Специфичности у вези са огранком страног привредног друштва*) долази се до закључка да домаћи законодавац под огранком сматра оно што се у Једнаестој директиви из компанијског права назива „branch“, те стога ипак треба очекивати да ће и за потребе ССП-а, чак и пре усвајања новог Закона о привредним друштвима, појам огранка бити ограничен само на ове организационе облике страних привредних друштава.

У том смислу се и могу очекивати одређене промене у погледу облика организовања страних привредних друштава која послују у Србији. Ипак, није реално очекивати да ће обим слободе зајемчен Споразумом бити кључан приликом одлучивања о начину проширења пословања страних друштава на територији Србије – ове одлуке зависе од бројних других привредних фактора.

Што се тиче пререгистрације представништва у огранке, и ту могућност свакако треба узети у обзир, нарочито у погледу оних страних друштава која су већ дуго присутна на тржишту Србије и имају стабилну кадровску структуру. Ипак, овакав поступак формално није

48 Доступно на <http://pretraga.apr.gov.rs>.

могућ – неопходно је прво донети одлуку о престанку представништва, а потом одлуку о оснивању огранка. Иако је сам поступак регистрација поједностављен, престанак представништва и оснивање огранка подразумевају и промену ПИБ-а и отварање нових нерезидентних рачуна, што је поступак који може трајати и до два месеца.

#### IV Значај за привредну праксу

Тренутно питања обима примене норми Споразума о стабилизацији и придруживању остају само у домену теорије. Како се из анализе види, нема већих неподударности између правног оквира ССП-а и домаћег привредног права. Оно што је, ипак, приметно, јесте терминолошка недоследност и неодређеност појединих појмова, што може узроковати проблеме у примени. Ипак, сва је прилика да ће даље законодавне интервенције домаћег законодавца дати јасније одговоре на нека питања – осим Нацрта закона о привредним друштвима, тренутно је у изради и нови Закон о међународном приватном праву, чија радна верзија још увек није доступна јавности, али се очекује да ће садржати побољшане одредбе у вези са одређивањем припадности привредних друштава.

Надаље, ваља нагласити да је правна анализа у овом раду извршена у највећем делу са становишта примене одредби ССП-а у домаћем праву, док се у пракси треба надати и очекивати да ће домаћа привредна друштва искористити слободу зајемчене Споразумом како би проширила своје пословање и на тржиште Уније. У том смислу је свакако корисно да се домаћи правни практичари детаљније упознају са прописима Европске уније којима се ова питања уређују и искористе предности слободног пословног настањивања омогућене Споразумом.

**Ana KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ, PhD**

**Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **THE NOTION OF ESTABLISHMENT OF COMPANIES IN THE STABILISATION AND ASSOCIATION AGREEMENT AND SERBIAN COMMERCIAL LAW**

### **Summary**

*The Stabilisation and Association Agreement, inter alia, envisages certain benefits for the business operation of Serbian and EU companies on the territories of both parties. The paper analyses the contents of the main notions related to the freedoms guaranteed by the SAA – namely that of establishment, nationality of companies and establishments of companies. Moreover, the author analyses the compatibility of these notions, as defined in the SAA, and same or similar notions in national law – including both valid law and existing drafts, so as to facilitate future application of the SAA and utilisation of possibilities offered to Serbian business once the SAA enters into force.*

**Key words:** *Stabilisation and Association Agreement, establishment, nationality of companies, branch.*

мр Маја ЛУКИЋ  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## МЕШОВИТИ СПОРАЗУМИ И РАЗВОЈ СПОЉНИХ ОДНОСА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – ДА ЛИ ОРУЂЕ РАСТА МОЖЕ ПРЕРАСТИ САМО СЕБЕ?

### Резиме

Доминантна, али не и једина, дефиниција мешовитих споразума је да су то уговори код којих се на истој страни јојављују и Европска унија и њене државе чланице. По правилу су помешане и надлежности ЕУ и држава-чланица у погледу извршења уговорних обавеза, али се може говорити о помешаности правних основа у оквиру права ЕУ у односу на конкретан међународни уговор. Дејство сличном пописаном мешовитом споразуму има ситуација када државе-чланице ступају у неку међународну организацију „у име и за рачун“ ЕУ. Управо у вези са мешовитим споразумима развијена је доктрина „имплицитних овлашћења“ Европске економске заједнице. Присуство, односно одсуство „одредбе о раздели овлашћења“ (competence clause) од кључне је важности за процену да ли ЕУ и државе-чланице солидарно одговарају за неиспуњење обавеза из мешовитог споразума. Такви споразуми по правилу садрже и „одредбу о раздвајању“ (disconnection clause), којом се важење уговорног режима ограничава у погледу односа између држава-чланица. Установљена је пракса Европског суда правде да у односу на уговоре Свешке провинске организације одступа од монистичког приступа важењу међународног права, тј. да овим уговорима ускраћује могућности непосредног дејства у ЕУ. Пресуда у предмети Intertanko сведочи о проширењу такве праксе и на друге мешовите споразуме. Нова пракса Суда и одредбе Лисабонског уговора заједно чине да је ЕУ данас „јачи“ чинилац у мешовитим споразумима од држава-чланица.

*Кључне речи:* мешовити споразуми, спољни односи ЕУ, заједничка спољна и безбедносна политика, обавеза лојалне сарадње, *intertanko*.

## I Увод

Међународни уговорни односи који се односе на Европску унију („ЕУ“ или „Унија“) и њене чланице веома су сложени – могу се заснивати било на уговорима у којима су на истој страни једна или више држава чланица, с предметом који је од значаја за право ЕУ, било на уговорима у којима је једна уговорна страна само ЕУ, а чест је случај и „мешовитих“ споразума, у којима на истој страни наступају и ЕУ и све или неке од њених држава чланица. Будући да је поседовање својства имаоца права и обавеза у међународном правном саобраћају, располагање њима или њихово вршење, значајан елемент правне природе једног ентитета какав је ЕУ, наговештена комплексност у њеним међународним уговорним односима одлично сведочи о комплексности њене правне природе. У овом чланку настоји се пружити објашњење за сложеност међународних уговорних односа ЕУ из перспективе њихове динамике, пре свега кроз посматрање развоја улоге мешовитих споразума, као и основ за сагледавање могућности даљег развоја посматраних појава. Мешовити споразуми налазе се у жижи пресека доктрине о подели надлежности унутар ЕУ са међународним уговорним правом. Као и у другим кључним областима права ЕУ, улога Суда правде Европске уније („ЕСП“ или „Суд“) је у овој области кључна. У првом супстантивном делу чланка одређен је појам мешовитих споразума, и наведена је категоризација тог појма по укупно пет критеријума. У делу под насловом „Примена“ описани су најбитнији аспекти употребе мешовитих споразума у праву ЕУ – настанак имплицираних овлашћења Европске економске заједнице управо поводом ове материје, расподела између ЕУ и држава-чланица одговорности за извршавање обавеза из мешовитог споразума, дужност лојалне сарадње као основно начело координације заједничког деловања у погледу преговарања поводом уговорних одредаба и њиховог извршавања, као и поступање у ситуацији када је ЕУ суочена с међународном организацијом у којој само њене-државе чланице могу стећи, тј. поседовати чланство. Следи део у коме је приказана пракса ЕСП у погледу мешовитих споразума Светске трговинске организације, која се састоји у ускраћивању непосредног дејства таквим споразумима, као и најновија тенденција да такву праксу примењује и на друге мешовите споразуме. Најзад, у закључном је делу предложен



динамички поглед на улогу мешовитих споразума у афирмисању надлежности ЕУ у спољним односима.

## II Одређење

У својој монографији посвећеној мешовитим споразумима, Шермерс предлаже следећу дефиницију: „Мешовити споразум је сваки међународни уговор у коме су стране једна међународна организација, неке или све њене чланице, као и једна или више трећих држава, и за чије извршење ни организација ни њене државе чланице немају пуну надлежност“.<sup>1</sup> Насупрот формалном критеријуму поступања у својству стране-уговорнице, у литератури постоје и предлози, сачињени управо на основу примера тадашњег комунитарног права, да се одређење мешовитих споразума заснује на расподели надлежности између тадашње Европске заједнице и њених држава-чланица, без обзира да ли је сама Заједница формално или не страна-уговорница у датом уговору.<sup>2</sup> Де Бурка усваја оба критеријума у свом одређењу овог појма.<sup>3</sup>

У правни свет Европске уније, тј. њених функционалних претходница, појам мешовитих споразума уведен је чланом 102 Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију из 1957. године, у коме је могућност закључивања таквих уговора изричито наведена.

Од око 1000 међународних уговора у којима се Унија појављивала као уговорна страна до 2009. године најмање 200 до 250 су мешовити споразуми, и у њихов ред долазе изузетно значајни документи, као што су они којима је успостављена Светска трговинска организација („СТО“) и споразуми донети њеном окриљу („уговори СТО“), уговори који се односе на Организацију за исхрану и пољопривреду (*Food and Agriculture Organization – FAO*) и др.<sup>4</sup>

У сврху категоризације мешовитих споразума, могуће је применити неколико критеријума.<sup>5</sup> Први се тиче распореда (дистрибуције) права и обавеза садржаних у њима – могу се заснивати на паралелним

1 H. G. Schermers, „A Typology of Mixed Agreements“, *Mixed Agreements*, (eds. D. O’Keefe, H. G. Schermers), Kluwer, Deventer 1983, стр. 23–33, стр. 25–26.

2 D. McGoldrick, *International Relations Law of the European Union*, Longman, 1997, стр. 78.

3 P. Craig, G. de Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, стр. 100.

4 A. Rosas, L. Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, стр. 210.

5 A. Rosas, „Mixed Union – Mixed Agreements“, in Martti Koskeniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998, стр. 125–148.

овлашћењима с једне стране, где вршење права и обавеза једне стране нема непосредно дејство на вршење права и обавеза друге стране, или на подељеним овлашћењима с друге стране – код којих се, пак, могу даље разликовати случајеви уговора са конкурентним и са коегзистентним овлашћењима – код првих одређено право или обавезу морају вршити заједно и ЕУ и државе-чланице, док се код других може за свако поједино право односно обавезу утврдити да ли припадају органима ЕУ или државама-чланицама.<sup>6</sup> У оквиру групе уговора са подељеним овлашћењима могуће је такође разликовати и вертикалну и хоризонталну поделу овлашћења, зависно од тога да ли се ради о подели по секторима, или је ЕУ овлашћена да врши основна права, тј. испуњава основне обавезе по датом уговору, а државе-чланице да то чине у односу на техничка или зависна права и обавезе.<sup>7</sup> Важно је, притом, имати у виду да постојање обавеза држава-чланица само у погледу извршења одређеног уговора не чине тај споразум мешовитим.

У литератури се често среће одређење мешовитости одређеног споразума и у погледу припадности материје коју регулише различитим режимима у оквиру права Уније. Пример за овакву употребу овог термина може бити налаз М. Кремоне да су након ступања на снагу Лисабонског уговора могући такви „класично мешовити“ споразуми (који дакле подразумевају учешће и ЕУ и држава-чланица), који би били мешовити и у смислу обухватања материје како заједничке спољне и безбедносне политике („ЗСБП“), тако и других политика Уније. До таквог закључка ауторка долази анализом члана 40 Уговора о Европској унији („УЕУ“) – да вршење овлашћења из области ЗСБП не може утицати на друга овлашћења Уније, и обрнуто – подсећајући, притом, да услов за такву мешовитост правног основа („mixed legal base... CFSP, non-CFSP“), јесте поштовање обавеза у погледу лојалности и солидарности из члана 24(3) ТЕУ.<sup>8</sup>

Трећи могући критеријум је правна обавезност мешовитости – понекад из не-правних разлога бивају закључени мешовити споразуми, пре свега у односу на области које нити су у искључивој надлежности ЕУ, нити је надлежност држава-чланица у погледу њих обавезна.<sup>9</sup> У

6 У случају обавеза на основу уговора СТО, преовлађује став да се ради о конкурентним надлежностима ЕУ и држава-чланица, осим у делу који се односи на трговину робом – ГАТТ, у погледу ког ЕУ има искључиву надлежност. Е. Steinberger, „The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC's and the EC Member States' Membership of the WTO“, *The European Journal of International Law*, Vol. 17 4/2006, стр. 848.

7 R. Leal-Arcas, „The European Community and Mixed Agreements“, *European Foreign Affairs Review*, vol. 6, 2001, стр. 488–492.

8 M. Cremona, P. Vennesson, „Facing Global Challenges: The Lisbon Treaty and the New European Union's External Relations“, *EUI Review*, Spring 2010, стр. 16.

9 R. Leal-Arcas, „The European Community and Mixed Agreements“, стр. 494.

таквим случајевима ради се о факултативној мешовитости. Супротна могућност је обавезна мешовитост, у областима изричито подељене надлежности, као на пример у случају Конвенције о праву мора.<sup>10</sup>

С обзиром на то да ли су све чланице ЕУ потписнице датог мешовитог споразума, или само неке од њих, могу се разликовати потпуни и непотпуни мешовити споразуми, с тим што и код ове друге врсте је важно имати у виду да сагласно слову оснивачких уговора да међународне обавезе ЕУ обавезују и државе чланице, чињеница да су само неке од држава-чланица потписнице датог споразума не значи и да оне које то нису немају права и обавезе на основу њега.<sup>11</sup>

Најзад, строго формално, разлика се може направити и између билатералних и вишестраних мешовитих споразума, зависно од тога да ли ЕУ и њене чланице наспрам себе имају један или више субјеката међународног права.

У вези са мешовитим споразумима, низ проблема могу настати – од преговарања о њиховој садржини и закључењу, до свакодневног управљања извршења обавеза које из њих простичу, као и решавања потенцијалних спорова. Треће државе и међународне организације које се нађу у овим споразумима наспрам ЕУ и њених чланица имају тешкоће да разликују на ком тачно нивоу лежи одговорност за одређено конкретно питање. До конфузије може довести и чињеница да данас постоји низ мешовитих споразума са предметима у погледу којих је само ЕУ могла да буде страна-уговорница, а не и државе чланице, али до тога није дошло било из политичких разлога, било зато што у време кад су закључивани, предмет тих споразума није спадао у искључиву надлежност Заједнице.<sup>12</sup> Може се, дакле, закључити да до проблема у вези са мешовитим споразумима не може доћи само у стварима које су обухваћене искључивом надлежношћу ЕУ, те које су као такве и уговорно формализоване самосталним наступањем од стране ЕУ.

### III Примена

Сложеност питања у вези са мешовитим споразумима сјајно илуструје уводна реченица К. Хилиона: „Мешовити споразуми су типични за полифону природу спољног деловања Уније, чија чујност на

10 Члан 3 Анекса IX предвиђао је да је Европска заједница могла приступити Конвенцији само уколико је то претходно учинила већина њених чланица.

11 L. Granvik, „Incomplete Mixed Environmental Agreements of the Community and the Principle of Bindingness“ in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer Law International, 1998, стр. 270.

12 A. Rosas, L. Armata, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, стр. 210.

крају зависи од степена хармоније достигнуте од стране кључних играча... Док је допринос оснивачких уговора тој хармонији ограничен, Европски суд правде је у доброј мери ограничио какофонију и, такође, култивисао сарадњу.<sup>13</sup>

Далеко пре поменуте сарадње, ЕСП је установио много важније правило – надлежност Европске заједнице за склапање међународних уговора, као што је уосталом генерисао и већину других најважнијих елемената данашњег права ЕУ и његове конституционализације. То се десило захваљујући пресуди у случају *AETR*<sup>14</sup>, у чијем је образложењу Суд артикулисао доктрину имлицираних овлашћења (*implied powers*), тако што је из одредбе Уговора о Европској економској заједници да Заједница има правни субјективитет закључио да је она овлашћена да ступа у међународне уговоре у циљу спровођења циљева тог Уговора, као и да кад год Заједница донесе правила у циљу остваривања неке од заједничких политика, државе-чланице не смеју ступати у уговорне односе са трећим државама којима би могле угрозити ова правила. Тако је рођено не само овлашћење тадашње Заједнице да улази у уговорне односе, већ и примат права Заједнице у односу на поступање државачланица на плану међународног уговорног права.<sup>15</sup>

Дужност сарадње ЕЕЗ и држава-чланица у вези са међународним уговорима први пут је формулисана у чл. 192 Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију, истог оног у коме је први пут изричито наведена могућност закључивања мешовитих споразума. У својој даљој пракси, Суд је поставио захтев за „јединством у међународном представљању Заједнице“ и тај захтев наставио да поставља управу у вези са обавезом сарадње. На основу пресуде у пресуди *Mox Plant*<sup>16</sup>, донете у спору поводом примене Конвенције о праву мора (мешовити споразум), Суд је довео у везу дужност сарадње са чл. 10 тадашњег Уговора о европској заједници, који се односио на дужност *лојалне сарадње*.<sup>17</sup>

13 C. Hillion, „Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’“, CLEER – Centre for the Law of EU External Relations, *CLEER Working Papers*, 2/2009, стр. 3.

14 Предмет 22/70 *Commission v. Council* [1971] ECR 263.

15 P. Eeckhout, *External Relations of the European Union – Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, New York, 2004, стр. 58–64.

16 ECJ, Case C–459/03, *Commission v. Ireland* [2006] ECR 1.

17 К. Хилион из позивања на начело лојалне сарадње извучи закључак да је Суд имао у виду да ЕЗ и државе-чланице имају наступати координирано, а не једним гласом који би значајно укидање плуралитета њихових воља. C. Hillion, „Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’“, CLEER – Centre for the Law of EU External Relations, *CLEER Working Papers*, 2/2009, стр. 4–7.

Пре само једне деценије, на прелому два века, стручна литература препознала је тенденцију тадашње Европске заједнице да чак и у областима искључиве надлежности Заједнице закључује мешовите споразуме. Тенденција ка закључивању мешовитих споразума посебно је препозната у области спољних послова.<sup>18</sup> Међутим, поглед на овакву праксу из перспективе дужности лојалне сарадње у вези са међународним обавезама показује да су тиме државе чланице у основи уводиле себи још једну обавезу, поред обавеза према трећим државама-саговорницама, наиме да испуне своје уговорне обавезе како не би угрозиле положај Уније и постизање циљева оснивачких уговора.<sup>19</sup>

Вероватно најважније питање у вези са мешовитим споразумима јесте расподела одговорности између ЕУ и држава-чланица за њихово неизвршење, што укључује новчане и друге санкције. У литератури се у односу на ово питање прави разлика у погледу тога да ли дати мешовити споразум садржи тзв. *competence clause*, тј. одредбу о подели овлашћења у погледу права и обавеза којима се путем њега располаже. Уколико такве уговорне одредбе нема, преовлађује став да је расподела овлашћења интерна ствар ЕУ и држава-чланица, те да у одсуству посебног договора о том питању се мора сматрати да према трећим државама постоји солидарна одговорност.<sup>20</sup>

Почев од 1970-их, мешовити споразуми по правилу садрже тзв. одредбу о раздвајању (*disconnection clause*), којом се установљава да ће се у односима између чланица примењивати право Уније, што неће утицати на њихове односе према трећим државама. Овакве одредбе показале су се веома корисним у циљу разјашњења који ће се правни режим примењивати на односе између држава-чланица, а који према трећим државама. У случају да мешовити споразум садржи одредбу о расподели овлашћења, одредба о раздвајању може се показати сувишном.

Правила многих међународних организација, укључујући и Уједињене нације, не дозвољавају да ЕУ буде њихов пуноправни члан, већ само државе-чланице ЕУ. Поставља се питање односа права ЕУ са правним режимом који се успоставља чланством држава-чланица ЕУ у таквим организацијама. У литератури постоји предлог тројаког диференцирања

18 R. Leal-Arcas, „The European Community and Mixed Agreements“, *European Foreign Affairs Review*, vol. 6 2001, стр. 484.

19 C. Hillion, „Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’“, стр. 26.

20 M. Cremona, „External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law“, *EUI Working Papers*, Law No. 22/2006, стр. 20, 24; E. Steinberger, „The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC’s and the EC Member States’ Membership of the WTO“, стр. 839-840, стр. 859.

ове појаве: на основу члана 351(1) Уговора о функционисању Европске уније („УФЕУ“), држава-чланица може оправдати неизвршавање обавеза које проистичу из чланства у ЕУ позивањем на међународне обавезе које је преузела пре ступања у чланство, с тим што је домет ове могућности ограничен обавезом држава које се нађу у таквој ситуацији да могућност настанка конфликта отклоне; друго, Европска комисија може толерисати задржавање неке државе-чланице у правном режиму неке друге међународне организације који залази у домен искључиве надлежности ЕУ из практичних и политичких разлога; такође, Европски савет може овластити државу-чланицу, или државе-чланице да приступе одређеном међународном споразуму „у име и за рачун“ Уније; најзад, Суд је у неким случајевима сматрао да је и без изричитог овлашћења Европског савета дошло до обавезивања ЕУ на основу околности да су њене државе-чланице обавезане одређеним режимом вишестраног међународног уговора или/и међународне организације.<sup>21</sup>

У циљу усаглашавања наступа у међународним уговорним односима, на практичном плану се показује изузетно важна одредба Лисабонског уговора којом се државама намеће обавеза поштовања начела „лојалне сарадње“<sup>22</sup> у свим областима у којима постоји надлежност ЕУ, што је посебно наглашено у области ЗСБП.<sup>23</sup> М. Кремона упозорава да је обухват ових области шири него што то може бити конкретна расподела овлашћења у погледу преговарања о закључењу одређеног уговора.<sup>24</sup> Широко је заступљено гледиште да ово начело присиљава државе-чланице ЕУ на координирано и јединствено наступање не само у областима у којима деле надлежност са ЕУ, већ чак и у оним малобројним областима које би се могле сматрати пољем њихове искључиве надлежности.<sup>25</sup>

21 A. Rosas, L. Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, 2010, стр. 211–213.

22 Члан 4(3) Уговора о Европској унији (УЕУ).

23 Чланови 24(3) и 32 Уговора о Европској унији (УЕУ).

24 M. Cremona, „External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law“, стр. 25.

25 A. Rosas, L. Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, стр. 210. Важно је имати у виду да Лисабонски уговор, у оним члановима у којима се говори о подели надлежности, остаје нем у погледу одређења области искључиве надлежности држава-чланица, тако да је ово питање остављено отворено за тумачење. Истиче се да је најближе докле се дошло успостављању области која је резервисана за државе-чланице члан 4 Уговора о Европској унији (УЕУ), који каже да „државна безбедност остаје искључива одговорност сваке државе-чланице“. A. Rosas, L. Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, стр. 213.; C. Hillion, „Mixity and coherence in EU external relations: The significance of the ‘duty of cooperation’“, стр. 21–27.

## IV Пракса европског суда правде у погледу уговора Светске трговинске организације

Приликом оснивања СТО, и тадашња Европска заједница и њене државе чланице су постале њени оригинални оснивачи. Подела надлежности између ЕЗ и држава чланица у вези са уговорима СТО разрађена је у чувеном Мишљењу Суда *Opinion 1/94*<sup>26</sup>, док је питање њиховог међусобног односа у погледу одговорности за обавезе из ових уговора према трећим чланицама СТО остало отворено.<sup>27</sup>

Већ више деценија установљена је пракса Европског суда правде да одриче непосредно дејство уговорима о *GATT* тј. СТО<sup>28</sup>, за разлику од других међународних уговора.<sup>29</sup> Такав став правдан је низом аргумената – да правила СТО о мирном решавању спорова предвиђају преговоре у циљу решавања спора, у погледу којих би извршни органи ЕУ били

26 *Opinion 1/94 – Competence of the Community to Conclude International Agreements Concerning Services and the Protection of Intellectual Property*, WTO [1994] ECR I – 5267. Више вид. у: P. Eeckhout, *External Relations of the European Union – Legal and Constitutional Foundations*, стр. 26–35, стр. 74–82.

27 Поједини аутори предлажу анализу која би пошла од чињенице да уговори СТО нису садржали одредбу о подели надлежности, као и да у време приступања тим уговорима трећим странама нису биле позната унутрашња правила о подели надлежности унутар тадашње Заједнице, установљена мишљењем Суда 1/94. Резултат би био да ЕУ и државе-чланице солидарно одговарају за повреде обавеза по уговорима СТО. Е. Steinberger, „The WTO Treaty as a Mixed Agreement: Problems with the EC’s and the EC Member States’ Membership of the WTO“, стр. 861–862.

28 Нпр. предмети 69/89 *Nakajima All v. Council* [1991] ECR I–2069, и C–149/96, *Portugal v. Council* [1999] ECR I–8395. У пресуди *Portugal v. Council* Суд је ускраћивање непосредног дејства једном од споразума СТО правдао: 1) недостатком непосредног дејства и у другим државама чланицама СТО, 2) оценом система решавања спорова у оквиру СТО као релативно толерантног у односу на поновљене повреде уговора, 3) наводом у преамбули одлуке Европског савета о одобравању приступања предметном уговору, где је речено да су споразуми СТО такве природе да се на њих не може ослањати непосредно пред органима Заједнице или пред државним судовима. Такође вид. Christina Eckes, „International law as law of the EU: The role of the Court of Justice, *CLEER Working Papers* 6/2010, стр. 10–12, доступно на адреси: <http://www.asser.nl/>, 1.4.2011.

29 Предмет 104/81 *Kupferberg* [1982] ECR 3659 сматра се једним од основних преседана Европског суда правде у погледу непосредног дејства међународних уговора, којим су критеријуми за непосредно дејство међународних обавеза Заједнице постављени слично као и за непосредно дејство права ЕЗ: правила морају бити непосредна, прецизна, не сме постојати потреба за њиховом даљом разрадом, безусловна, а правила међународног права у погледу текста, контекста, циља и сврхе од значаја су за одређење да ли дато правило има непосредно дејство (параграф 23). У истом смислу, претходник ове линије пресуда (које се односе на обавезе из споразума у вези са СТО), је пресуда у предмету 181/73 *Haegeman v. Belgian State* [1974] ECR 449.

ослабљени уколико би оштећена страна имала право да спорну меру ЕУ поништи пред судом, потом да главни трговински партнери ЕУ такође не признају непосредну примену правила СТО у својим унутрашњим правним порецима, као и да се Светска трговинска организација пре-васходно заснива на начелима узајамности и међусобних уступака.<sup>30</sup> Најзад, мотив за овакво пресуђивање који се приписује Суду иако није изричито садржан ни у једној пресуди гласи да је право СТО толико сложено и свеобухватно, да би угрозило аутономију права ЕУ у смислу да више о прописима ЕУ не би одлучивали органи ЕУ већ органи СТО.<sup>31</sup> Описано поступање довело је до тврдњи да су се како ЕУ, тако и Сједињене америчке државе, у погледу обавеза у вези са *GATT* и СТО, вратиле на дуалистичко схватање важења међународног права.<sup>32</sup>

Бронкерс и Кајпер упућују на начело тумачења у складу са текстом уговора, коме је ЕСП доследно исказивао приврженост, као на средство за надомешћивање непосредног дејства правила из уговора СТО. Услов за делотворно служење наведеног начела истој сврси је да се тужилац не позива непосредно на правила СТО, већ на мере ЕУ путем којих су обавезе из тих уговора примењиване, и да захтева да управо те мере буду тумачене у складу са уговорима СТО.<sup>33</sup> Аргумент за предложени поглед на начело доследног тумачења може се наћи и у чињеници да је већ у првој пресуди у којој је Суд одбио позивање једне државе-чланице на правила из уговора СТО, истовремено и потврђено важење овог начела.<sup>34</sup>

Међутим, уместо да ускраћивање непосредног дејства међународних обавеза буде ограничено путем примене начела доследног тумачења, у важном скорашњем случају Суд је протеглао начин трети-

30 Исту препреку непосредном дејству настојала је да осигура и Европска комисија убацивањем посебног става у преамбулу одлуке којом је одобрено потписивање уговора Уругвајске рунде *GATT*. P. J. Kuijper, M. Bronckers, „WTO Law in the European Court of Justice“, *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, стр. 1314.

31 M. Bronckers, „From ‘Direct Effect’ to ‘Muted Dialogue’“, *Journal of International Economic Law* 11(4), 2008, стр. 885–887.

32 P. J. Kuijper, M. Bronckers, „WTO Law in the European Court of Justice“, стр. 1315.

33 M. Bronckers, „From ‘Direct Effect’ to ‘Muted Dialogue’“, стр. 888; P. J. Kuijper, M. Bronckers, „WTO Law in the European Court of Justice“, стр. 1328–1330.

34 Предмет С–61/94, *Commission v. Germany*, [1996] ECR I–3989. М. Кремона истиче проблем у вези са изреком у овој пресуди, која каже да „мешовити уговори... имају исти положај у правном поретку Заједнице као и уговори закључени само од стране Заједнице, у мери у којој њихове одредбе попадају под оквир надлежности Заједнице“, будући да је управо чест случај код мешовитих уговора да обухватају материју која долази и само делимично у надлежност Заједнице. М. Кремона, „External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law“, *EUI Working Papers, Law*, 22/2006, стр. 16.



рања обавеза из уговора СТО на обавезе на основу Конвенције о праву мора, која је, као што је већ речено, такође мешовити споразум са становишта права ЕУ. Наиме, у предмету *Intertanko*, Суд је пресудио да се директива о одговорности за испуштање загађујућих материја у море не може ценити са становишта поменуте Конвенције и њеног наводног отелотворења међународног обичајног права.<sup>35</sup> Иако је правобранилац Кокот предлагала тумачење спорне директиве „у складу“ са текстом Конвенције, Суд у такву анализу није ушао.<sup>36</sup>

Оправдање за промену става коју би пресуда у предмету *Intertanko* могла да наговештава – ускраћивање непосредног дејства међународним уговорима и изван обухвата уговора СТО – тражи се у потреби да се ојача преговарачка позиција органа ЕУ, као и у чињеници да се у праву ЕУ непосредно дејство везује са атрибутом супрематије, што значи да међународна обавеза којој се призна непосредно дејство добија правну снагу да побија секундарно законодавство ЕУ како пре, тако и након њеног настанка. Имајући у виду да је веома тешко променити неке вишестране међународне уговоре, поставља се питање да ли је прагматично чврсто се држати начела непосредног дејства међународних обавеза.<sup>37</sup>

Бронкерс, такође, упозорава да повратак ЕУ политици заснованој на моћи (*power-based*) у међународним односима, на шта он своди одбијање Суда да пружи могућност како лицима, тако и државама-чланицама, да оспоравају мере и прописе ЕУ донете као извршење обавеза из уговора СТО, може бити контрапродуктиван у крајњем збиру, без обзира на краткорочне добитке у погледу јачања преговарачке позиције органа ЕУ. Аутор само наговештава да своју тврдњу заснива на мањку унутрашње легитимности који се таквим поступањем генерише, док првенствено истиче околност да државе-чланице, како у оквиру СТО тако и у оквиру саме ЕУ, имају довољно утицаја да могу инсистирањем на једногласности условити усвајање нових политика у области међународне трговине. Истицање захтева за консензусом у овој области од стране држава чланица аутор разуме као противтежу описаној пракси Суда, тврдећи да ситуација у крајњој линији води

35 Предмет C-308/06, *Queen (The) on the Application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v. Secretary of State for Transport* [2008] OJ C183/2.

36 О одступању пресуде *Intertanko* од досадашње праксе Суда више вид.: J. Wouters, Ph. de Man, „International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Cooperation Committee, Lloyd’s Register and International Salvage Union V. Secretary of State for Transport. Case C-308/06“, *The American Journal of International Law*, Vol. 103, No. 3/2009, стр. 555–561.

37 M. Bronckers, „From ‘Direct Effect’ to ‘Muted Dialogue’“, стр. 895–6.

слабљењу позиције ЕУ, уз ограду да то не мора бити истина уколико се у будућности овлашћења држава чланица у односу на Унију умање.<sup>38</sup>

## V Значај

Мешовити споразуми послужили су као средство да Европска економска заједница закорачи у област међународних уговорних односа, иако претходно, по оснивачким уговорима, она није била изричито овлашћена за то. Даљи развој праксе ЕСП, а потом и садржине оснивачких уговора, довео је до данашње ситуације, у којој је ЕУ постала важнији учесник у мешовитим споразумима од држава-чланица. На основу дужности лојалне сарадње, државе-чланице су ограничене од стране Уније чак и у областима за које би се могло тврдити да представљају домен њихових надлежности, које нису пренеле Унији.

Проширивање праксе Суда која се састоји у ускраћивању непосредног дејства уговорима СТО и на друге мешовите споразуме, као што је виђено у случају *Intertanko*, још је један симптом конституционализације права ЕУ. Суд не крије да на тај начин настоји да ојача положај органа Уније у међународним односима, на рачун контроле аката Уније од стране држава-чланица. Будући да је одговор држава-чланица на такву праксу све чешће инсистирање на консензусу за ступање у нове уговорне обавезе према трећим државама, поставља се питање да ли је иста пракса правно-политички уопште оправдана.

Мешовити споразуми послужили су као јединствена, и веома комплексна, форма путем које се прво Европска економска заједница, потом Европска заједница и најзад, ЕУ, афирмисала као уговорна страна у међународним уговорним односима. Еластичност те форме омогућила је да раст значаја учешћа ЕЕЗ/ЕЗ/Уније у закључивању и извршавању мешовитих споразума не буде упадљив. До поменутог раста дошло је захваљујући новинама у пракси ЕСП, првенствено у погледу имплицитног овлашћења ЕЕЗ за ступање у међународне уговорне односе и искључивања могућности да државе-чланице успостављају међународне уговорне односе којима би дотицале право ЕЕЗ, као и постепеним променама оснивачких уговора.

Раст надлежности Уније у односу на преостале надлежности држава-чланица довео је до велике сложености режима мешовитих споразума, које прете да прекораче границу практичног. Истовремено, пракса Суда у погледу ускраћивања непосредног дејства мешовитим међународним споразумима јасно говори да Суд тежи да успостави дис-

38 P. J. Kuijper, M. Bronckers, „WTO Law in the European Court of Justice“, стр. 1350–1355.

континуитет између држава-чланица и међународног права. Све указује да следи фаза у којој ће мешовити споразуми, схваћени у формалном смислу с обзиром на стране уговорнице, бити све више и више напуштани. Поменуто предвиђање не мора бити тачно уколико дође до прекида конституционализације права ЕУ, која се до сада одвијала скоковито, али и релативно доследно.

**Maја LUKIĆ, LL.M.**

**Lecturer, University of Belgrade, Faculty of Law**

## **MIXED AGREEMENTS AND DEVELOPMENT OF EU EXTERNAL RELATIONS – MAY A TOOL FOR GROWTH OUTGROW ITSELF?**

### **Summary**

*The article attempts to explain the complexity of external contractual relations of the EU from the perspective of their dynamics so far, primarily by looking at the development of the role of mixed agreements, as well as to provide basis for understanding possibilities of future outcomes in the subject field. In the first substantive part a definition of mixed agreements is set forth, alongside with a categorization of that concept pursuant to five criteria. The dominant, but not the sole, definition of mixed agreements, states that these are treaties in respect of which both the EU and member states appear as contracting parties on the same side. As a rule, mixity of competences with respect to execution of contractual obligations of EU and member states takes place as well. Mixity may pertain also to legal grounds within EU law for a given agreement (e.g. CFSP v. non-CFSP). The part titled “Application” presents most important aspects of application of mixed agreements in EU context: it was in connection with mixed agreements that the doctrine of implied powers of the EEC for international treaty making was developed; absence of a “competence clause” in a mixed agreement usually means that both EU and member states are jointly and severally liable for non-performance of pertinent obligations; for several decades most of mixed agreements have encompassed a “disconnection clause”, which has served to prevent application of the treaty regime to relations among member states, i.e. to make sure that internal relations within EU be safe from external influences that may contravene it; duty of loyal cooperation as the core principle of coordination of EU and member states with respect to negotiating*

*and executing contractual provisions. An effect similar to an executed mixed agreement occurs when member states join an international organization “on behalf and for the benefit” of the EU, which is prevented from doing it itself by organization’s rules. The subsequent part addresses the important exception in ECJ’s recognition of direct effect to international agreements: in respect of WTO obligations, ECJ has consistently denied such recognition. In a judgment of 2008 in Intertanko case, however, ECJ broadened the approach to matters related to another mixed agreement, the UN Convention of the Law of the Sea. The concluding section proposes a dynamic view of the role of mixed agreements in affirmation of the Community/EU competences in external relations: the Union competences have been outweighing those of member states, leading to a hugely complex web of mixed agreements, threatening to surpass the limit of practicality; at the same time, the case law of ECJ clearly indicates that the Court moves towards discontinuing the connection between member states and the realm of international law. Everything indicates that next step will consist in a gradual phase-out of mixed agreements, unless, of course, the process of constitutionalization of EU is not interrupted.*

**Key words:** *mixed agreements, external relations of the EU, common foreign and security policy, obligation of loyal cooperation, intertanko.*

---

# ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

---

**Rainer KULMS, Priv.-Doz., PhD, LL.M.**  
**Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and  
International Private Law, Hamburg, Germany**

## SHADOW BANKS BETWEEN INNOVATION AND REGULATION

### Summary

*Cost minimisation has pushed traditional banks towards shadow banking activities with high leverage. Shadow banks rest upon a network of contracts which are legally independent, but economically interconnected. The current regulatory debate attacks shadow banks for failing to internalise their costs. This paper reviews private contracting and dematerialisation patterns in the shadow banking sector. Regulatory policies under Basel III and US and EU laws are assessed.*

**Key words:** *shadow banks, securitisation, banking regulation.*

### I Introduction

#### 1. The Debate on Shadow Banks

Ideally, traditional banking focuses on loan business financed by insured demand business. Securitised banking re-packages and sells loans. Additional liquidity is generated by repurchase agreements (repo agreements)<sup>1</sup>

1 *Gorton/Metrick, Securitized Banking and the Run on Repo (November 2010), available at: <http://ssrn.com.abstract=1440752>. Under a repurchase agreement or a 'repo', a parcel of securities is sold to the buyer who agrees to sell back the parcel after the expiry of the agreement. Economically, this is operates as a secured loan. The 'buyer' can be said to*

or the securitisation of a securitisation.<sup>2</sup> The financial crisis originated in securitised banking, but soon came to infect the entire banking system because of the interdependence between traditional and more ‘innovative’ forms of wholesale banking.<sup>3</sup> Since then, the reputation of ‘shadow banks’ has suffered considerably.<sup>4</sup> In November 2010, the European Union urged the G 20 summit to take regulatory action on market integrity and shadow banking.<sup>5</sup> A little later, the president of the German BaFin attacked shadow banks as financial institutions unduly benefiting from regulatory arbitrage with the perspective of becoming a growth industry.<sup>6</sup> The Financial Stability Board is currently working on recommendations to the G20 Leaders “to strengthen the regulation and oversight of the ‘shadow banking system’”.<sup>7</sup>

“Shadow banking institutions – such as hedge funds and securitisation vehicles – ...are not regulated to the same degree as banks, but carry out some of the functions typically conducted by banks (such as maturity transformation).”<sup>8</sup> Shadow banks do not have access to central bank facilities.<sup>9</sup> Traditional banks face stiff competition from the shadow banking system,<sup>10</sup> resting upon a network of finely tuned contracts which are legal independent, but economically interconnected.<sup>11</sup>

---

have transferred the purchase price to the ‘seller’ and the transfer of the securities ‘collateralises’ the repayment pledge (*Ali*, *The Law of Secured Finance – An International Survey of Security Interests over Personal Property* (2002), at p. 23; *Ooi*, *Shares and Other Securities in the Conflict of Laws* (2003), at p. 172).

2 See *infra* sub II.1.

3 *Blundell-Wignall/Atkinson*, *Thinking Beyond Basel III: Necessary Solutions for Capital and Liquidity*, *OECD Journal: Financial Market Trends*, Vol. 2010 – Issue 1 1(2); cf. on risk transmission mechanisms between non-financial firms and larger financial institutions: *Levitin*, *In Defense of Bailouts*, *Geo. L. J.* 99 (2011), 435 (455 et seq.).

4 For an account on the role of shadow banks in the financial crisis: *Gorton/Metrick*, *Regulating the Shadow Banking System* (October 2010), available at: <http://ssrn.com.abstract=1676947>.

5 See letter by the Presidents of the European and the European Commission, to the Participants of the G20 Seoul Council, Brussels, 5 November 2010.

6 BaFin President *Sanio*, Speech in Frankfurt on 13 January 2011, available at: [http://www.bafin.de/nm\\_722754/SharedDocs/Reden/DE\\_2011/re\\_110113\\_neujahrs,ccs=bg.html](http://www.bafin.de/nm_722754/SharedDocs/Reden/DE_2011/re_110113_neujahrs,ccs=bg.html).

7 Financial Stability Board, *Progress in the Implementation of the G20 Recommendations for Strengthening Financial Stability*, Report of the Financial Stability Board to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, 15 February 2011, sub IV.

8 Independent Commission on Banking, *Issues Paper – Call for Evidence* (London, September 2010), p. 9.

9 Independent Commission on Banking, *supra* N. 8, p. 14.

10 *Hufbauer/Xie*, *Financial Stability and Monetary Policy: Need for International Surveillance*, *J. Intl. Econ. L.* 13(2010), 939 (945).

11 For a survey over the participants in the shadow banking system: *Farhi/Macedo Cintra*, *The Financial Crisis and the Global Shadow Banking System*, *Revue de la régulation*

The current regulatory policy debate on shadow banks appears to suffer from a lack of direction. It is common ground that financial conglomerates and complex financial groups are increasingly blurring the line between traditional and innovative forms of finance.<sup>12</sup> This begs the question whether groups and network of contracts fully internalise business risk.<sup>13</sup> However, when international banks began to assess the impact of the new capital requirements under Basel III,<sup>14</sup> they complained about too much regulation driving financial institutions to the largely unregulated sector of shadow banking.<sup>15</sup> It requires some imagination to appreciate the intricate logic of this reasoning. Traditional banks attempt to escape the predicament of more regulation by pointing out to the dangers of ill-reputed business activities with little regulation.<sup>16</sup> On the other hand, if too much regulation invites traditional banks to take refuge to shadow banking, then cross-border shadow banking may either be beyond regulation or, produce some innovative benefits for international finance after all. In this case, it might be more apposite to balance the microeconomic benefits of shadow banking activities against their macroeconomic repercussions before an outright judgement of condemnation is passed.

## 2. Traditional Banks v. Shadow Banks – The Issues

Historically, regulators have taken a much stricter position on traditional banks than on shadow banks and other forms of more ‘innovative’ finance.<sup>17</sup> Cost minimisation considerations pushed traditional banks towards shadow banking activities with high leverage.<sup>18</sup> New sources of liquidity were

Numéro n° 5 (1er semestre 2009), numéro 5 Crise du capitalisme financier 1 (3 et seq.).

12 Goodhart/Lastra, Border Problems, J. Int’l. Econ. L. 13 (2010), 705 (708 et seq.).

13 See the warning of the then President and Chief Executive Officer of the Federal Reserve Bank of New York, on a ‘parallel system’: Geithner, Reducing the systemic risk in a dynamic financial system, Speech at the Economic Club of New York, New York 9 June 2008.

14 On the Basel III framework, see infra sub II.4a.

15 Reuters, 27 January 2011, Davos – Goldman warns about the resurgence of shadow banking, available at: <http://www.reuters.com/assets/print?aid=USLDE70Q0y620110172>; Handelsblatt online, 28 January 2011, Benders/Landgraf/Maisch, Gefahren der Regulierung – Das Schattenreich der Finanzindustrie, available at: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken/das-schattenreich-der-finanzindustrie/3817918.html>.

16 See Standard Chartered, Independent Commission on Banking, A response from Standard Chartered to the Issues Paper, Call for Evidence, November 2010.

17 Cf. Kling, The Financial Crisis: Moral Failure or Cognitive Failure?, Harv. J. L. & Pub. Pol’y 33 (2010), 507 (512 et seq.); Washington Outlook: Agencies Grant Shadow Banks Approvals, Banking Pol’y Rep. 15 No. 15 (5 August 1996), 3.

18 Blundell-Wignall/Atkinson, supra N. 3, at p. 16 et seq.

opened up which had been previously unavailable. In an exercise of regulatory arbitrage traditional financial institutions escaped the constraints of mandatory banking law.<sup>19</sup> Since many financing vehicles did not have to be consolidated, banks could push certain activities off their balance sheets.<sup>20</sup> Thus lower-weighted assets and promises disappeared from the system.<sup>21</sup> Prior to the financial crisis, profit margins in the shadow-banking sector proved to be much higher than in traditional banking so that commercial banks were eager to supplement their activities by additional income.<sup>22</sup> In the US, shadow banking offered an opportunity to cross the statutory border line between commercial and investment banking.<sup>23</sup>

Shadow banking is as much a problem of regulating banking activities on an international scale as it raises questions about the concept of secured transactions. In an attempt to both spread risk and to seek intermediate finance, collateralised transactions are securitised and sold to professional and retail investors. Moreover, the dematerialisation of securities as collateral invites careful business planning in order to assess the potential impact of national insolvency laws and private international law systems. Mandatory insolvency law steps in if creditor rights and those of third parties are likely to be prejudiced.

In spite of its negative connotation shadow banking has introduced innovation into the globalised world of finance.<sup>24</sup> But it requires a double internalisation check as it may increase systemic risk by neglecting sound business judgment on refinancing decisions. In this respect, financial institutions externalise their risk by endangering the integrity of the capital market.

19 *Iwaisako*, Global Financial Crisis, Hedge Funds, and the Shadow Banking System, Policy Research Institute, Ministry of Finance, Japan, Public Policy Review, Vol. 6, No. 3 (March 2010), 347 (364), see also the warning by the Independent Commission on Banking, supra N. 8, p. 32.

20 *Wyman*, State of the Financial Services Industry 2011, The Financial Crisis of 2015 – An Avoidable History (2011), at p. 7.

21 *Blundell-Wignall/Atkinson*, supra N. 3, at p. 14.

22 *Gorton/Metrick*, Securitised Banking, supra N. 1. Arbitrage considerations will also be controlling when tightening the rules on shadow banking is on the regulatory agenda: see *Gans*, Institute for Law and Finance: Regulatory Implications of the Global Financial Crisis, Working Paper Series No. 102, 1783 PLI/Corp 631 (651) (2010). For a Chinese perspective cf. *The Economist*, 10 February 2011, China's shadow-banking system, Trust belt – Trust companies are growing fast, fuelling fears of excessive growth, available at: <http://www.economist.com/node/18118975>.

23 Cf. *Gabilondo*, So Now Who is Special?: Business Model Shifts among Firms that Borrow to Lend, *J. Bus. & Tech. L.* 261 (267 et seq.) (2009).

24 Nonetheless, innovations which spread risk under a short or medium-term perspective may be less beneficial under long-term considerations, hence the need to adjust liquidity models: *Gordon/Muller*, Confronting Financial Crisis: Dodd-Frank's Dangers and the Case for a Systemic Risk Emergency Insurance Fund, *Yale J. Reg.* 28 (2011), 151 (173).



This is an externalisation analysis different from the one usually undertaken in the context of the effects of contractual networks or international groups. Regulators are invited to assess how much mandatory law for shadow banking transactions is necessary without forsaking the benefits of private ordering.<sup>25</sup>

This paper will first identify the business transactions which are typical for shadow banking. It will then assess the private law aspects of the transactions which are often secured by collateral or dematerialised collateral. Many of these secured transactions are cross-border, thus magnifying the externalities from doing business under several legal orders. This will require an assessment of international policy reactions by the Basel Committee on Banking Supervision, US regulatory efforts under the Dodd-Franks Act and current European Union law.

## II Why are Shadow Banks Shadow Banks?

### 1. Characteristics

The shadow banking system – like traditional banking – ‘recycles’ money by supplying borrowers with credit. Contrary to traditional banking, ‘financial’ institutions do not generate cash through deposits. Instead, funds invest in the liabilities of shadow banks which offer a great spectrum of financial products with varying seniority and risk. Borrowers will receive loans, leases and mortgages. Shadow banks build on a comprehensive network of diversified players who have outsourced financing services previously offered by one deposit-funded, hold-to-maturity bank. To a large extent, this intermediation process depends on securitisation. It transforms risky, long-term loans into seemingly risk-free, short-term instruments. Risk is spread.<sup>26</sup> The availability of credit is improved and issuers may limit their credit concentration to certain borrowers. Lenders employ asset-backed securitisation techniques to re-calibrate the match between assets and liabilities.

25 Cf. *Wyman*, State of the Financial Services Industry, supra N. 20, at p. 8 et seq.; and speeches by the President of the European Commission *Barroso*, ‘The G20: putting Europe at the centre of the global debate, European Parliament Plenary debate on G20, Strasbourg, 24 November 2010; and by Director *J. Smets* (National Bank of Belgium), EU Retail Banking – Getting reform right, EU Retail Banking Conference, 2 December 2010.

26 For a realistic assessment: *Wyman*, State of the Financial Services Industry, supra N. 20, p 8: “In a game of cat and mouse between regulators and shadow bankers, the mice will win. There are far more mice; they are typically better informed and better motivated than cats; and the extraordinary complexity of modern financial products and the global scope of the industry give the mice a nearly limitless supply of nooks and crannies to hide in”.

For *Poszar/Adrian/Ashcraft/Boesky* the most crucial criterion in evaluating shadow banking transactions is the type of funding (maturity matched or mismatched) and the underlying collateral.<sup>27</sup> With respect to the underlying collateral, structured credit securities constitute a very sophisticated form of securitisation which largely dissociates the consequences of moral hazard from the risk they were originally intended to insure. Strikingly enough, *Poszar/Adrian/Ashcraft/Boesky* find that both, investments in traditional banks, financial holdings companies or broker-dealers and those in shadow banks were considered to be risk-free.<sup>28</sup> Traditional banks earned this reputation because of their statutory deposit insurance schemes. Shadow banks were regarded as low-risk on the basis of the collateral.<sup>29</sup> Ratings established by rating agencies had come to be acknowledged as an assurance of the quality of a specific financial product. Implicitly, this qualification assumes that there is sufficient transparency to examine the details of a financial product.<sup>30</sup> However, as shadow banks and intermediaries introduce more elaborate securitisation schemes, the complexity of the underlying contractual arrangements increases. As a corollary, the risks of these contractual networks will be ignored since borrowers are unable to monitor the transparency of the securitised claims.<sup>31</sup>

The nature of the shadow banking transaction, the need for professional expertise and the nature of the risk (to be spread) dictate the qualifications and the legal structure of the intermediary.<sup>32</sup> Funding loans are issued by single- or multi-seller conduits. Once securities are asset-backed or structured-purpose, finance companies or structured investment vehicles will be employed to offer intermediation services.<sup>33</sup> This appears to be clear case of diversification and specialisation in financial products. To add a dose of realism, structured investment vehicles tend to take the form of a partnership not necessarily subject to rigorous scrutiny under securities regulation or consolidation rules under accounting law. In the case of the Lehman group, non-domestic structured vehicles were integrated into the financial conglomerate.<sup>34</sup> This implied partici-

27 *Poszar/Adrian/Ashcraft/Boesky*, Shadow Banking, Federal Reserve of New York Staff Report no. 458 (July 2010), available at: [http://www.newyorkfed.org/research/staff\\_reports/sr458.pdf](http://www.newyorkfed.org/research/staff_reports/sr458.pdf).

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 See Registration Document of 30 August 2006 filed with the German Capital Market Authority BaFin by Lehman Brothers Securities N.V., incorporated in Curaçao, Netherlands Antilles (available at: [http://www.bafin.de/chn\\_179/nn\\_720794/SharedDocs/Downloads/](http://www.bafin.de/chn_179/nn_720794/SharedDocs/Downloads/)

pation of the cash management system<sup>35</sup> of the group, administered by the US financial holding group.<sup>36</sup> Lehman had used the arbitrage facilities of various jurisdictions to organise its cash management and to externalise the risk of its securitisation schemes.<sup>37</sup> At the same time, Lehman would lend money earned from securitisation to third parties and insist on collateral.<sup>38</sup> Internal banking services were combined with credit intermediation and highly sophisticated securitisation. When Lehman collapsed, the non-domestic subsidiaries faced severe liquidity problems and bankruptcy proliferated.

The financial crisis has shown that shadow banks are particularly vulnerable to market fluctuations. The dematerialisation of collateral resulted in greater risk exposure, leaving some participants in the intermediation chain without adequate protection. This was also due to the inherent weakness of contractual network structures. The chain from intermediaries to the ultimate borrower is doomed to unravel without appropriate ‘risk insurance’ as soon as illiquidity or defaults occur somewhere. Despite recent pleas for driving shadow banks out of business, non-bank financial intermediation leaves a complicated message for regulators. Shadow banking transactions did not contribute to the financial crisis indiscriminately. Certain finance activities escaped the crisis without any negative verdict; others have earned the unflinching attention of regulators. This suggests that a typology of shadow banking products and contracting practices will shed more light on whether private ordering unduly externalises the risks of innovative non-bank finance.<sup>39</sup>

*DE/Verbraucher/Prospekte/Lehman\_20Securities/Registrierungsformulare/Formular30082006,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Formular30082006.pdf*; Walters, Lehman Brothers and the British Eagle Principle, Comp. L. 31 (3) (2010), 65 et seq.

35 On cash management systems see *infra* sub II.2b.

36 Cf. Neue Zürcher Zeitung, NZZ Online, 8 July 2010, Lehman's langes Begräbnis – Komplizierte Entflechtung der Tochtergesellschaften (available at [http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/lehmans\\_langes\\_begraebnis\\_1.6472110.html](http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/lehmans_langes_begraebnis_1.6472110.html)).

37 Cf. on Lehman's securitisation practices: *Gariety v. Grant Thornton, LLP*, 368 F. 3d 356 (359) (4th Cir., 2004); *Aurora Loan Services, LCC v. Dream House Mortgage Corporation*, 2010 WL 678131 (D.R.I., 2010); *Lehman Brothers Holdings v. First Financial Lender*, 2010 WL 1037950 (N.D. Cal., 2010); *In re Lehman Brothers Securities and ERISA Litigation*, 2010 WL 337997 (S.D.N.Y., 2010).

38 Cf. Čihák/Nier, The Need for Special Resolution Regimes for Financial Institutions – The Case of the European Union, International Monetary Fund Working Paper No. WP/09/200 (September 2009), at p. 4.

39 The current policy debate does not focus on a systematic analysis of the externalities of the shadow banking transactions. For *Blundell-Wignall/Atkinson*, *supra* N. 3, at p. 10 et seq., this appears to be a problem of a lack of a proper micro-economic perspective: “... just as securitization dampened balance sheet credit growth in the past – leading to a false signal that there was no leverage problem – so too might future developments in the shadow banking system lead to similar distortions that would be difficult for supervisors and other policy makers to identify”. See, however, the empirical analysis by *Singh/*

## 2. Contracting for Securities and Dematerialisation

A combination of law and economics renders shadow banking particularly vulnerable to post-crisis calls for tighter regulation. Shadow banking defies the benefits of conglomerate organisation. Instead, it relies on private contracting to forge chain of vertically integrated intermediaries who channel credit to borrowers. This realm of interdependent contracts invites opportunistic behaviour once an individual link of the chain defaults or becomes illiquid, triggering runs to demand redemption of a bank's liquidity. The dynamics of such a run accelerate the final break-up of the chain as bank's assets involve long-term commitment financed by short-term financial instruments.<sup>40</sup> In the end, financial firms, not depositors, started 'running' on other financial firms by not renewing repo agreements.<sup>41</sup> However, these developments have not deterred Federal Reserve banking professionals from praising the comparative advantages of private ordering and shadow banking.<sup>42</sup> In the following, aspects of securitisation practices, asset-backed securities, structured investment vehicles, credit default swaps and dematerialisation of securities will be assessed.<sup>43</sup>

Securitisations are basically an instrument for generating liquidity and spreading risk on the market.<sup>44</sup> In the pre-financial crisis period, most mortgage loans were securitised.<sup>45</sup> The original lenders sold the loans to special purpose vehicles<sup>46</sup> which were either partnerships or trusts.<sup>47</sup> These special

*Aitken*, The (sizable) Role of Rehypothecation in the Shadow Banking System, International Monetary Fund, IMF Working Paper WP/10/172 (July 2010).

40 *Poszar/Adrian/Ashcraft/Boesky*, Shadow Banking, supra N. 27; *Crawford*, CDO Ratings and Systemic Instability: Causes and Cure, N.Y.U. J. L. & Bus. 7 (2010), 1 (29).

41 *Lastra/Wood*, The Crisis of 2007–09: Nature, Causes and Reactions, J. Int'l. Econ. L. 13 (2010), 531 (541).

42 See *Poszar/Adrian/Ashcraft/Boesky*, Shadow Banking, supra N. 27.

43 Regulators perceive structured investment vehicles, asset-backed commercial paper conduits and securities lenders to be at the centre of shadow banking: *Wyman*, State of the Financial Services Industry, supra N. 20, at p. 7, and the Mansion House Speech of the Chairman of the United Kingdom Financial Services Authority *Turner*, London 21 September 2010, available at: [http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2010/0921\\_at.shtml](http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2010/0921_at.shtml).

44 For a comprehensive account on securitisation processes: *Bratton*, Corporate Finance (6<sup>th</sup> ed. 2008), 37 et seq.

45 *Levitin/Twomey*, Mortgage Servicing, Yale J. on Reg. 28 (2011), 1 (6).

46 Cf. *Foster*, Structured Investment Vehicles, Rev. Banking & Fin. L. 29 (2009), 33 (34 et seq.).

47 See common law trusts where the trustee distributes the cash flow generated by the pool of assets: *In re Lehman Brothers and ERISA Litigation*, 2010 WL 337997 (S.D.N.Y., 2010); *Coughlin/Peabody*, Caught in the Cross-Fire: Securitization Trustees and Litigation During the Subprime Crisis, 917 PLI/Comm 515 (518 et seq.) (2009).

purpose vehicles issued special securities (usually bonds) which were ‘asset-backed’ since they built on the cash flows generated by the payments on the mortgage. The securities offered by the special purpose vehicles draw on a pool of collateralised claims which may be repackaged, mixing riskier transactions with less risky ones. The investors in asset-backed securities may protect themselves against losses by re-securitising their claims into collateralised debt obligations.<sup>48</sup> This securitisation of a securitisation places investors in a collateralised debt obligation a step removed from the mortgage servicer<sup>49</sup> and, the collateral. From the perspective of traditional secured transactions, the collateral gets more and more dematerialised as the claims and obligations involved turn into a financial product where the collateral is a parameter, referencing the risk of structured product.

Asset-backed securities and collateralised debt obligations are created through an intricate network of contracts, fraught with principal-agent problems. The contractual structure of the intermediation chain, however, insulates principals from controls by the market and the agents.<sup>50</sup> The partners of a structured vehicle or the trustees have little incentive to scrutinise the mortgage servicers or other offerors. If one those involved in the securitisation chain defaults, insolvency risk materialises with investors further down the intermediation line who are likely to lose money with little hope of recovering damages under capital market laws.

Credit default swaps carry securitisation even further. They operate as highly sophisticated insurance mechanisms. Under a bilateral contract, the protection buyer undertakes to pay a premium (and/or an upfront payment) in exchange for a payment by the protection seller in the event of a credit default of a reference entity or a basket of reference entities.<sup>51</sup> These reference entities may include debt securities, collateralised loan agreements, collateralised debt obligations or related indexes.<sup>52</sup> Due to the nature of credit swaps and the volatility of reference identities, expected payouts may evaporate easily.<sup>53</sup> If a referenced entity becomes insolvent, the obligee may not sufficient funds to make payments. To mitigate this counterparty risk, trading partners are often

48 *Crawford*, supra N. 40 N.Y.U. J. L. & Bus. 7 (2010), 1 (4).

49 *Levitin/Twomey*, supra N. 45, Yale J. on Reg. 28 (2011), 1 (7).

50 On the extent of hidden risk-taking: *Crawford*, supra N. 40, N.Y.U. J. L. & Bus. 7 (2010), 1 (27).

51 European Central Bank, Credit Default Swaps and Counterparty Risks (August 2009), 9 et seq.

52 *Johnson*, Things Fall Apart: Regulating the Credit Default Swap Commons, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167 (194).

53 *Kress*, Credit Default Swaps, Clearinghouses, and Systemic Risk: Why Centralized Counterparties Must Have Access to Central Bank Liquidity, Harv. J. on Legis. 48 (2011), 49 (56).

required to post collateral.<sup>54</sup> Counterparty contagion happens frequently, hence the need to contain a ‘domino effect’<sup>55</sup> by private contracting. Professional buyers and sellers of credit default swaps often subscribe to a master agreement which establishes a centralised counterparty clearinghouse through private ordering. It operates as a risk mutualisation device<sup>56</sup> and effectuates multilateral or bilateral wash-outs once a default occurs in the system. This is a mechanism to address problems of default although it is as yet unclear how this exercise of private ordering will fare in a cross-border setting. Similar problems occur when securities pledged as collateral dematerialise and, and the pledgor’s claim is a simple entry in an account held with an intermediary who transcends the traditional teachings on secured transactions.<sup>57</sup>

### 3. Private Contracting in a Network Setting

#### a) Netting

Within the network of shadow banking transactions the bankruptcy clauses of the individual contract automatically trigger termination, thereby unleashing claims and counterclaims of the parties to a series of contracts. During the financial crisis it was rational for creditors to close out positions and require more collateral,<sup>58</sup> highlighting the potential for moral hazard within a network of economically interdependent contracts. Under these circumstances, debtors might be tempted to hold back in honouring their obligations and retain favourable contracts. Private contracting has attempted to stave off opportunistic behaviour by introducing netting clauses into derivatives contracts employed in shadow banking transactions. Close-out netting clauses operate as automatic bankruptcy termination clauses and set off the resulting mass of claims resulting from the terminated derivatives contracts.<sup>59</sup>

Close-out netting clauses are intended to prohibit cherry-picking by debtors where a party to series of derivatives contracts is defaulting.<sup>60</sup> They

54 *Kress*, supra N. 53, Harv. J. on Legis. 48 (2011), 49 (57).

55 *Kress*, supra N. 53, Harv. J. on Legis. 48 (2011), 49 (58).

56 *Levitin*, supra N. 3, Geo. L. J. 99 (2011), 435 (455 et seq.).

57 Cf. *Bernasconi/Potok/Morton*, General introduction: legal nature interest in indirectly held securities and resulting conflict of laws analysis, in: Potok (ed.), Cross-border collateral: Legal Risk and the Conflict of Laws (2002), p. 8 et seq.; *Benjamin/Yates*, The Law of Global Custody – Legal Risk Management in Securities Investment and Collateral (2<sup>nd</sup> ed. 2002), 51 et seq.; and the articles in: *Vauplane* (ed.), 20 ans de dematerialisation de titres en France – Bilan et perspectives nationaux et internationaux (2005).

58 *Lubben*, The Bankruptcy Code Without Safe Harbours, Am. Bkrptcy. L. J. 84 (2010), 123 (129 et seq.).

59 *Lubben*, supra N. 58, Am. Bkrptcy. L. J. 84 (2010), 123 (130).

60 *Lubben*, supra N. 58, Am. Bkrptcy. L. J. 84 (2010), 123 (129).

bring about a wash-out of open claims without relegating settlement of derivatives contracts to a bankruptcy proceeding.<sup>61</sup> Moreover, close-out netting clauses establish priority over bankruptcy proceedings. Traditional bankruptcy lawyers view this incidence of private ordering and organising the market for shadow banking with some scepticism. Unsecured creditors might attack these stipulations to avoid bankruptcy proceedings, thus diminishing the assets to be distributed to creditors in a less favourable position. The Derivatives Industry defends close-out netting clauses by pointing out to the benefits to the entire financial system.<sup>62</sup> By establishing a standardised wash-out system, close-out netting reduces over-the-counter credit exposure substantially.<sup>63</sup> Participants in the derivatives trade may therefore engage in greater volumes of transactions because close-netting dispenses from the need to request additional collateral or pursue a less risky trading strategy. The Derivatives Industry insists that close-out netting insulates from adverse market changes.<sup>64</sup> The close-out mechanism is based on a delicate trade-off between the freedom of contract in an insolvency setting,<sup>65</sup> the interests of an industry in large trading volumes and regulatory concerns about the leverage ratio in banking and non-banking financial institutions. In its Settlement Finality Directive the European Union (EU) has sanctioned netting mechanisms practiced by credit institutions and investment firms.<sup>66</sup> Under art. 3 of the Directive, transfer orders and netting shall be legally enforceable, prevailing over insolvency proceedings of a participant and third party claims. This scheme has been extended to cover netting provisions under financial collateral arrangements in order to exempt them, *inter alia*, from mandatory insolvency law<sup>67</sup> and to clarify private international law issues.<sup>68</sup>

61 *Mengle*, The Importance of Close-Out Netting, ISDA Research Notes – Number 1, 2010, 1(2).

62 *Mengle*, supra N. 61 at p. 1.

63 *Mengle*, supra N. 61 at p. 1.

64 *Mengle*, supra N. 61 at p. 1.

65 For a survey over national netting legislations: *Wood*, Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems (2<sup>nd</sup> ed. 2007), 132 et seq.

66 Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality and securities settlement systems, O.J. L 166/45 of 11 June 1998.

67 Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, O.J. L 168/43 of 27 June 2002. Both, the Settlement Finality Directive and the Financial Collateral Directive are currently under review to accommodate the modernisation of trading techniques: cf. Commission of the European Communities, Brussels 17 March 2008, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 98/26/EC and 2002/47/EC.

68 See art. 9 (1) of the Directive 2002/47/EC:

*“Any question with respect to any of the matters ... arising in relation to book entry securities collateral shall be governed by the law of the country in which the relevant*

In 1993, the Basel Committee on Banking Supervision considered the accounting and capital adequacy implications of netting practices.<sup>69</sup> For the purposes of calculating capital requirements bilateral netting clauses will only be recognised if the banks obtain a substantial reduction of their counterparty risk.<sup>70</sup> Conversely, the Committee proposed an agreed formula in multilateral netting agreements whereby the losses of the clearing house from the default of its members be allocated to other members so that the members' respective exposure could easily be ascertained.<sup>71</sup> If the clearing house determined that more collateral be supplied, then the loss to be allocated would be the residual loss (i.e. the replacement loss less the value of the collateral).<sup>72</sup> To become operative, the Basel Netting Standards insist that the netting agreement is legally enforceable.<sup>73</sup> The US Securities and Exchange Commission has reiterated the Basel standards for close-out netting procedures, but insists on disclosure of information to be filed as soon as netting commences.<sup>74</sup> The issue of close-out agreements and their recognition for accounting and capital adequacy has since resurfaced in the regulatory framework laid down by the Basel III rules.<sup>75</sup>

### *b) Conglomerate Banking and Cash Pool Management<sup>76</sup>*

Conglomerates with the cash management systems are difficult to reconcile with the traditional stereotypes of shadow banking. But the break-

---

*account is maintained. The reference to the law a country is a reference to its domestic law, disregarding any rule under which, in deciding the relevant question, reference should be made to the law of another country.*"

69 Basel Committee on Banking Supervision, The Supervisory Recognition of Netting for Capital Adequacy Purposes – Consultative Proposal (April 1993); see also *id.*, Interpretation of the Capital Accord for the Multilateral Netting of Forward Value Foreign Exchange Transactions.

70 Cf. Basel Committee on Banking Supervision, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework – Updated November 2005 (Bank for International Settlements 2005).

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*

74 US Securities and Exchange Commission, Release No. 34-56069; File No. SR-OCC-2006-19, Order Granting Approval of a Proposed Rule Change Relating to Close-out Netting Procedures, 13 July 2007.

75 See Standard & Poor's, Global Credit Portal – Ratings Direct, The Basel III Leverage Ratio Is A Raw Measure, But Could Supplement Risk-Based Capital Metrics (15 April 2010) (available at: [www.standard&poors.com/ratingsdirect](http://www.standard&poors.com/ratingsdirect)).

76 This section is based on German law, but – as the collapse of the Lehman group reveals – the conclusions will be of general importance.



down of the Lehman financial conglomerate revealed that international cash pooling systems present specific risks for foreign subsidiaries and their creditors.<sup>77</sup> In the interest of efficient liquidity planning conglomerate have come to establishment cash management systems which are to establish offsetting mechanisms for claims and counterclaims of subsidiaries and calibrate cash flows within the group.<sup>78</sup> Cash management introduces bilateral and multi-lateral netting systems without the involvement of a traditional bank. Specific financial holding companies or the financial department of the parent company assume the role of an intermediary who collects funds and supplies subsidiaries in need with fresh liquidity.<sup>79</sup> It is obvious that internal conglomerate financing mechanisms can be offered at cost lower than from traditional banking sources. There is no need to offer collateral. Conglomerate cash management systems save on the profit margins which external banks would require for supplying credit. Moreover, gains from interest will accrue to the lending subsidiary or conglomerate entity.<sup>80</sup>

Basically, cash pooling is a computerised accounting process without any physical movement of liquidity. Legally, cash pooling techniques which collect and redistribute liquidity rely on a chain of loan agreements where the lending subsidiary acquires a claim for repayment against the borrowing co-subsidiary.<sup>81</sup> This appears to be a rather artificial consideration, but it is of crucial importance for the well-being of the subsidiaries and their clients. Cash management systems offer a specific temptation for the holding company to deplete the funds of their subsidiaries without any meaningful counterclaim.<sup>82</sup> This predicament translates rapidly into a problem of company law in jurisdictions which rely on capital minimum requirement rules

77 See *supra*, sub II.1.

78 *Beyer*, *Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und Kapitalerhaltung*, in: *Festschrift für Marcus Lutter* (2000), 1011 (1012 et seq.).

79 *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (-Berger)* (5th ed. 2008), Vor § 488, ¶ 31; see *Kütting/Rösinger/Mojadadr*, *Notwendigkeit eines Cash- und Liquiditätsmanagements*, *Der Betrieb* (DB), 12/2010, 625 (628 et seq.), classifying cash and liquidity management systems as instruments for averting critical situations for an enterprise.

80 *Theisen*, in: *Lutter* (ed.), *Holding-Handbuch, Recht – Management – Steuern* (4th ed. 2004), § 11 ¶ 32 et seq.; *Münchener Kommentar (-Berger)* (5th ed. 2008), Vor § 488, ¶ 32. In calculating interest the holding company has to be mindful of avoiding a hidden distribution of gains: *Podewils*, *Risiken verdeckter Gewinnausschüttungen bei Darlehensgewährung und „Cash Management“ im Konzernverbund*, *GmbHHR* 15/2009, 803 (805 et seq.).

81 *Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz – Kommentar* (11th ed. 2009), § 30 ¶ 37 et seq.

82 See: *Arens*, *Untreue des Gesellschafters bei der Errichtung eines Cash-Pools*, *GmbHHR* 17/2010, 905 (906 et seq.), analysing, *inter alia*, German jurisprudence.

to police the investment policies of corporate management.<sup>83</sup> If, under daily cash management practices a subsidiary will be temporarily brought under its statutory minimum capital, the shareholders are under a duty to fill up the capital. In the computerised world of cash management this is primarily a consideration of ex post importance, as these problems will only materialise in an insolvency setting. In the past the German Supreme has expressly recognised a shareholder duty to inject additional funds if cash management contravenes statutory minimum capital requirements.<sup>84</sup>

In 2008, the German legislator intervened by amending the law on limited liability companies (*GmbH-Gesetz*). Handing out a loan to a co-subsi-dary under a liquidity management scheme is lawful as long as the lender acquires a valid counter-claim. To establish the 'validity' of the counter-claim accounting rules are controlling.<sup>85</sup> If, under accounting rules, the counter-claim can be recognised, then there will no breach of the statutory minimum capital requirement. It could be argued that a valid counter-claim serves as collateral for the borrowing subsidiary.<sup>86</sup> But as soon as conglomerate cash management transactions turn international, the liquidity of subsidiaries and their customers cannot be adequately protected by company law rules on minimum capital. The managers of a conglomerate cash management system will be faced with diverging rules of capital maintenance and accounting. National laws incentivise them to adopt conflicting business strategies in the vicinity of insolvency. The validity of a counterclaim under accounting and company laws is of little value to a lending foreign subsidiary if the borrowing parent company or co-subsi-daries operate under insolvency and private international law regimes which do not assure comity for concurrent bankruptcy proceedings in several jurisdictions. In any event, it will be imperative to clarify the standards for risk management strategies, permanent liquidity controls<sup>87</sup> and transparency for those customers who deal with international conglomerates.

---

83 Cf. *Benecke*, Die Prinzipien der Kapitalaufbringung und ihre Umgehung – Rechtsentwicklung und Perspektiven, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 31 (2010), 105 et seq.; *Liebscher*, in: *Fleischer/Goette* (eds.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, Vol. 1 (§§ 1 – 34) (2010), § 13 Anh. ¶ 370 et seq.

84 Federal German Supreme Court (Bundesgerichtshof (BGH), judgment of 16 January 2006, BGHZ 166, 8.

85 *Liebscher*, in: *Fleischer/Goette* (eds.), supra N. 83, § 13 Anh. ¶ 395 et seq.

86 See the assessment by *Altmeyden*, in: *Altmeyden/Roth* (eds.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar* (6th ed. 2009), § 30 ¶ 99.

87 Cf. *Kollrus*, Cash Pooling – Strategien zur Vermeidung der Haftungsgefahren, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 2011, 208 (210).

## 4. Regulatory Policy Issues

### a) *Basel III and Shadow Banking*

The Basel III Capital Framework presents an international effort to establish generally recognised standards of capital regulation after the financial crisis. Basel capital regulation on banks started in 1988 by focusing on credit risk, requiring eight percent as minimum level of capital to be held against the sum of all risk-weighted assets.<sup>88</sup> The Basel II framework expanded on banks' duties to maintain a minimum level of capital by adding operational risk. At the same time, banks were authorised to use their internal risk rating systems and approaches to assess credit and operational risk.<sup>89</sup> Unfortunately, this approach was deficient. The financial crisis highlighted that the Basel framework had failed to integrate microprudential and macroprudential thinking into capital requirement analysis<sup>90</sup> and that risk provisioning had largely ignored the need for countercyclical financing strategies.<sup>91</sup> Basel III now introduces a combination of tighter capital ratios, stricter criteria for the quality of capital, extended risk coverage and macroprudential regulation. Furthermore, the Basel Committee on Banking Supervision is currently studying how to require banks to capitalise their exposure to central counterparties.<sup>92</sup> The predominant form of going-concern capital will have to be common shares and retained earnings.<sup>93</sup> Innovative hybrid capital instruments which Basel II had allowed to constitute up to 15 percent of the going-concern capital will have to be phased. In enhancing risk coverage the Basel III rules raise capital requirement for the trading book and complex securitisation exposures.<sup>94</sup> This includes measures to raise the capital buffers

88 See speech by Deputy General Manager (Bank for International Settlements) *Hannoun*, The Basel III Capital Framework: a decisive breakthrough, BoJ-BIS High Level Seminar on Financial Regulatory Reform: Implications for Asia and the Pacific, Hong Kong 22 November 2010.

89 *Hannoun*, supra N. 88.

90 See speech by the Chairman of the Basel Committee on Banking Supervision (President of the Nederlandsche Bank), *Wellink*, FSI High Level Meeting on 'The Emerging Framework to Strengthen Banking Regulation and Financial Stability' for Africa, Cape Town, 27 January 2011.

91 Cf. Basel Committee on Banking Supervision, Calibrating regulatory minimum capital requirements and capital buffers: a top-down approach (Bank for International Settlements October 2010).

92 Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Capitalisation of bank exposures to central counterparties (Bank for International Settlements December 2010).

93 Basel Committee on Banking Supervision, Basel III: A global regulatory framework for resilient banks and banking systems (Bank for International Settlements December 2010)

94 *Ibid.*

backing counterparty credit exposures arising from derivatives, repurchase agreements and securities financing.<sup>95</sup> In order to expand risk provisioning strategies, risk-based capital requirements will be supplemented by a leverage ratio. In addition to the leverage criteria Basel III has moved to dampen procyclicality by promoting countercyclical buffers.<sup>96</sup> However, countercyclical buffers as such do not reduce the high degree of interconnectedness between banks of systemic importance. During the financial crisis, banks of systemic importance had become rapidly 'infected' by financial problems of their counterparts. The Basel Committee on Banking Supervision is currently studying how to reduce the externalities occurring in the network of banks of systemic importance.<sup>97</sup> The Committee has expressed its preference for a combination of capital incentives to use central counterparties,<sup>98</sup> higher capital requirements for trading and derivatives activities and securitisations and structured investment vehicles.<sup>99</sup> Liquidity margins will be introduced to reduce excessive reliance on short-term, inter-bank funding for the benefit of longer dated assets.<sup>100</sup>

The Financial Stability Group and the Basel Committee on Banking Supervision appointed a study group to assess the macroeconomic effects of the Basel III framework.<sup>101</sup> This macroeconomic effects assessment group found that a one percentage point increase in capital ratios over eight years would amount to a reduction of growth of less than 0.02 percent.<sup>102</sup> The assessment group admits that the pressure to adapt will not be spread evenly in the banking industry. In fact, international banks will be better prepared to master the transition period than smaller financial institutions.<sup>103</sup> At the end, the report

95 Cf. Banking Committee on Banking Supervision, Guidance for national authorities operating the countercyclical capital buffer (Bank for International Settlements December 2010).

96 *Ibid.*

97 Cf. *Drehmann/Tarashev*, Measuring the systemic importance of interconnected banks, Bank for International Settlements Working Paper No. 342 (March 2011).

98 See Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Capitalisation of bank exposures to central counterparties (Bank for International Settlements December 2010).

99 Basel Committee on Banking Supervision, Global regulatory framework for resilient banks, *supra* N. 93.

100 *Ibid.*

101 See Bank for International Settlements, Press Release of 17 December 2010, Final report on the assessment of the macroeconomic impact of the transition to stronger capital and liquidity requirements, available at: <http://www.bis.org/press/p101217.htm>.

102 Macroeconomic Assessment Group established by the Financial Stability Board and the Basel Committee on Banking Supervision, Final Report – Assessing the macroeconomic impact of the transition to stronger capital and liquidity requirements (Bank of International Settlements December 2010).

103 See the speech by the Secretary-General to the Basel Committee on Banking Supervision *Walter*, Basel III and Financial Stability, at the 5<sup>th</sup> Biennial Conference on Risk

of the assessment group adds a caveat. It invites further studies, *inter alia*, on the of role bank and non-bank credit channels in supporting macroeconomic activities.<sup>104</sup> This remark might also be read as an acknowledgment of the competitive race between traditional banks and shadow banks in the field of offering innovative financial products where non-banks enjoy comparative advantage.<sup>105</sup>

### *b) US Law*

In reaction to the financial crisis, the US Congress passed the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010,<sup>106</sup> but not did specifically address the problem of shadow banks.<sup>107</sup> Instead, the Act takes an indirect regulatory approach by exploiting the economics of banking. Traditional banks will have to observe tighter capital and liquidity requirements.<sup>108</sup> Issuers of asset-backed securities have to retain at least five percent of the credit risk associated with the securitised assets.<sup>109</sup> Under the so-called Volcker rule there are restraints on insured depositary institutions and their affiliates to engage in proprietary trading and investing in hedge funds and private equity funds.<sup>110</sup> But in imposing these restraints on traditional banks, the legislators sought to get hold of the shadow banking industry as well: As shadow banks are dependent on credits and liquidity lines from the regulated sector they are likely to be ‘infected’ by tightened capital and liquidity and transparency standards for the ‘traditionalists’.<sup>111</sup> There is some awareness, however, that shadow banking activities deserve continued monitoring.<sup>112</sup>

---

Management and Supervision, Financial Stability Institute, Bank for International Settlements, Basel 3/4 November 2010, available at: <http://www.bis.org/speeches/sp101109a.htm>.

104 *Ibid.*

105 See supra, sub I.1., II.1.

106 111<sup>th</sup> Congress H.R. 4173. For a survey see: *Douglas*, Summary of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Enacted on July 21, 2010, 1874 PLI/Corp 63 (65 et seq.) (2011).

107 Cf. regulating shadow banking activities: *Gorton/Metrick*, Shadow Banking, supra N. 4; and *Tarullo*, Comments on “Regulating the Shadow Banking System”, Brookings Panel on Economic Activity, Washington, D.C., 17 September 2010.

108 See sec. 112 et seq., 331 et seq., 601 et seq. of the Dodd-Frank Act.

109 See sec. 941 et seq. of the Dodd-Frank Act.

110 See sec. 619 et seq. of the Dodd-Frank Act.

111 *Dudley*, Basel and the Wider Financial Stability Agenda, 1874 PLI/Corp 305 (318) (8 March 2011). Cf. *Johnson*, supra N. 52, U. Colo. L. Rev. 82 (2011), 167 (174).

112 *Tarullo*, supra N. 107.

*c) EU Law*

At the time of this writing, there is no EU policy initiative specifically directed at shadow banks and regulatory efforts do not go as far as the US Dodd-Frank Act.<sup>113</sup> In view of the interconnectedness between the traditional and shadow banking institutions the directive on certain regulatory aspects of securitisation<sup>114</sup> and the proposals for directives on capital requirements for assets held by banks and for complex re-securitisations<sup>115</sup> and on alternative investment fund managers (hedge funds and private equity)<sup>116</sup> might eventually affect non-financial institutions as well. With respect to standardised over-the-counter derivative contracts the European Commission has proposed a regulation which would introduce an obligation to clear through central counterparties.<sup>117</sup>

### III Whither Shadow Banks?

The regulatory technique of the Basel III framework is of great interest to those who favour tighter controls of shadow banking activities. Basel III does not take a functional approach towards banking activities. Instead, the harmonisation of international standards is predicated upon the qualification of a financial institution as a bank. Capital requirements and the duty to maintain countercyclical buffers are intended to operate as incentives or

113 *Müllbert/Wilhelm*, Reforms of EU Banking and Securities Regulation after the Financial Crisis, B.F.L.R. 26 (2011), 187 (188 et seq.).

114 Directive 2009/111/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 amending Directives 2006/48/EC, 2006/49/EC and 2007/64/EC as regards banks affiliated to central institutions, certain own funds items, large exposures, supervisory arrangements and crisis management, O.J. L302/97 of 17 November 2009.

115 Commission of the European Communities, Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards capital requirements for the trading book and re-securitisations and the supervisory review of remuneration policies, Brussels 13 July 2009 (COM(2009) 362 final).

116 Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Investment Fund Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/.../EC, Brussels 30 April 2009 (COM(2009) 207 final); European Commission Press Release, European Commission statement at the occasion of the European Parliament vote on the directive on hedge funds and private equity, Brussels 11 November 2010 (MEMO/10/573).

117 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories, Brussels COM(2010) 484/5; *Müllbert/Wilhelm* supra N. 113, B.F.L.R. 26 (2011), 187 (221 et seq.); for a sceptical assessment of centralising counterparties: *Braithwaite*, The Inherent Limits of 'Legal Devices': Lessons for the Public Sector's Central Counterparty Prescription for OTC Derivatives Market, Eur. Bus. Org. L. Rev. (EBOR) 12 (2011), 87 et seq.

disincentives with respect to certain financing and risk strategies perceived to be fatal during the financial crisis. Similar approaches have been chosen by US and EU legislators.

Neither the Basel Committee on Banking Supervision nor legislators on both sides of the Atlantic proscribe certain financing transactions. Instead, the microeconomics of traditional banking and macroprudential repercussions are addressed. Traditional banks have either to reserve more capital and liquidity, insist on more collateral or give up a risky transaction. Anecdotal evidence suggests that traditional banks may have a point when they argue that too much regulation creates incentives to migrate to the shadow banking sector. But this ignores the economic interdependence between traditional banking. The economics of banking might well ‘infect’ shadow banks with the more cautious approach imposed on traditional banks. Admittedly, this appears to be regulatory policy by coincidence, unable to transcend its inherent limitations and to come to terms with regulatory arbitrage.

It is difficult to see how the microeconomics of shadow banking can be properly addressed by simply extrapolating the microeconomics of traditional banking and their macroprudential extensions. What is warranted is a policy approach informed by empirical findings on the economics of the transactions and the network effects of intermediation. Considerations about minimum capital and liquidity requirements are unhelpful in chains of contracts where the collateral is substituted by contractual stipulations and representations of the intermediaries. Penalising traditional banks for participating in the network of shadow banking may reduce risks for the financial system, but it does not explain the comparative advantage of certain non-banking activities.<sup>118</sup> Instead, regulators should identify the functions of shadow banking where private ordering is inefficient, thereby creating externalities.<sup>119</sup>

---

118 Cf. *Pozsar/Adrian/Ashcraft/Boesky*, supra N. 27.

119 See the sobering assessment by *Wyman*, State of the Financial Services Industry, supra N. 20, at p. 9: “Given the tendency of financial institutions to manage their risks by partially placing them in the shadow banking sector, there is also a strong possibility that the interconnectedness of between the two systems will increase as the new rules create even greater incentives for regulatory arbitrage. Short of any reduction in the actual risks, and contrary to the instincts of vote-seeking politicians, the best way to avoid another bubble may be to loosen the regulatory vice on the banks.”

др Рајнер КУЛМС, LL.M.  
виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и  
међународно приватно право, Хамбург, Немачка

## „БАНКЕ ИЗ СЕНКЕ“ ИЗМЕЂУ ИНОВАЦИЈЕ И РЕГУЛАЦИЈЕ

### Резиме

Минимализација трошкова је усмерила традиционалне банке ка активностима „банака из сенке“ са високим степеном коришћења туђе капиталала. „Банке из сенке“ појављују на мрежи уговора који су правно независни, али економски међусобно повезани. Тренутна регулаторна дискусија најчешће „банке из сенке“ због чега што не интернализују своје трошкове. Овај рад приказује моделе приватног уговарања и дематеријализације у сектору „банака из сенке“. У том погледу се процењује регулаторна политика у складу са Базелом III, као и у праву САД и ЕУ.

**Кључне речи:** „банке из сенке“, секьюријизација, правно уређење банака.



др Бранко ВАСИЉЕВИЋ  
професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду

## ФИНАНСИЈСКЕ КРИЗЕ И РЕЗИСТЕНТНОСТ БАНКАРСКИХ СИСТЕМА

### Резиме

*Банкарски сектор има кључну улогу у трансмисији финансијске кризе. Модели организације банкарског система могу се анализирати према перцепцији ризика и следственој отпорности на кризе. Тржишни модел банкарства заснива се на одношењу ризика од стране оснивача и носилаца посебних интереса банке. Кризе у тржишном моделу банкарства су облик намењања тржишне дисциплине. Исламски модел заснива се на модели ризика и резистентан је на нека обележја криза. Централно-плански модел доноси социјализацију ризика на нивоу државе. Криза овог модела је саставни део кризе економског система. Самоуравни модел социјализује ризик на нивоу реалног сектора и подложен кризи реалног сектора. Резистентности на кризе различитих банкарских модела показује тесну везу са њиховом ефикасношћу.*

**Кључне речи:** *банкарска криза, модели банкарског система, тржишно банкарство, исламско банкарство, централно-планско банкарство, самоуправно банкарство.*

Савремена светска економска криза показује централну улогу банкарског сектора у трансмисији њених обележја (Taylor, 2010). Започела као криза финансијског тржишта, преко банкарског система криза се прелила у реални економски сектор. Као и свака финансијска криза, она „подиже трошкове интермедијације и ограничава доступност кредита“ што за последицу има ограничавање активности у реалном сектору и „у

крајњој линији води периодима ниског раста и рецесији“ (F. Allen and D. Gale, 2000). Зато је потребно истражити резистентност различитих система организације банака на кризе, без обзира на порекло почетног кризног импулса, укључујући и онај креиран у самом банкарском сектору.

Банке су основни носилац финансијске интермедијације и стога су природно осетљиве на кретања у финансијском и реалном сектору. Ради спречавања активирања кризних механизма, али и за остваривање циљева максимизације вредности улагања власника, банке су развиле механизме управљања ризицима, који су постали саставни део банкарске функције.

Управо са становишта механизма управљања ризицима, могу се класификовати различити модели организације банкарских система. У овом раду истражиће се основна обележја ових модела и испитати њихове инхерентне могућности генерисања криза, односно резистентност на кризе у финансијском и реалном сектору. Испитаће се два активна модела – тржишни и исламски банкарски систем, као и два модела која су до недавно били оперативни – централно-плански и самоуправни банкарски систем.

## I Тржишни банкарски систем

Тржишни банкарски систем у основи има дефиницију банке као економског субјекта који обезбедјује плаћања, прикупља слободна новчана средства на финансијском тржишту и одобрава кредите.

Банке су финансијски посредници, који посредују између власника штедње и корисника штедње. Ово је посебно битно за разумевање тржишног банкарског система, јер економски субјекти морају самостално одлучивати о штедњи којом располажу. Економска мотивација за такву одлуку је камата. Истовремено, за власнике штедње, банке врше диверзификацију ризика (Diamond and Dybvig, 1983).

Традиционална теорија финансијског посредовања улогу банке анализира кроз два основна приступа: *економија трансакционих трошкова* и теорија *асиметричностии информација*. Иако је у савременим тржишним привредама финансијско тржиште ефикасно, тј. омогућен је веома брз проток информација на основу којих економски субјекти могу доносити своје финансијске одлуке, ипак постоји одређена асиметрија информација – банке располажу са више знања о појединим аспектима инвестиционог одлучивања. Оне такође поседују и већу способност да оцене расположиве информације, односно информације могу добити с

обзиром на масовну скалу операција, по нижим трошковима него што би то могао индивидуални инвеститор.

Савремене теорије финансијског посредовања наведеним обележјима тржишних банака додају још два обележја, која су резултат растуће комплексности банкарског посредовања. То су *широкови партиципације* и *ширвина ризиком*. Трошкови партиципације везани су за могућност банке да пружи инвеститору већу економију времена у финансијским трансакцијама, с обзиром на то да могу ефикасније управљати портфолиом клијента.

Друго обележје савременог тржишног банкарства је управљање ризицима; „главно обележје њиховог посла је везивање и развезивање ризика“ (R. Merton). Ризик је, по познатој Најтовој (F. Knight) дефиницији, могућност одступања очекиваног исхода одређене активности, чија је вероватноћа мерљива. То значи да банка, с обзиром на својство тржишног субјекта које има, мора водити рачуна о могућностима наступања неповољних последица својих активности, како би опстала на тржишту. Уколико наступе такве околности које доносе ризик, она мора имати механизме за његов трансфер, трговину, елиминацију или апсорпцију, како би и даље могла наставити са нормалним пословањем (*Going Concern*).

Тржишни банкарски систем организован је тако да *ризик из банкарској пословања носе оснивачи банке сразмерно свом учешћу у капиталу*. Може се, међутим, рећи да различити степен ризика носе и други носиоци интереса везаних за пословање банке (*stakeholders*) – депоненти, кредитори, држава, управа банке.

На микро-нивоу, тржиште дисциплинује банке које преузимају високи обим ризика и тиме угрожавају своју солвентност (способност покривања губитака расположивим капиталом), процесом стечаја. Стечај банака има значајније последице по реалну економију од стечаја других економских субјеката, посебно када је реч о великим банкама (ICB, стр. 19). Микро-економски ризици банкарског пословања могу имати макро-економске последице, тако што неликвидност или несолвентност једне или неколико банака може изазвати активирање системског ризика, односно проузроковати кризу целокупног банкарског сектора.

Трансмисија банкарске кризе има основ у повезаности банака, посебно у обезбедјивању ликвидности, као и испреплетаности кредитних и других аранжмана са реалним сектором. Исто тако, функционисање целине банкарског сектора повезано је са поверењем становништва у кредитни и финансијски систем уопште.

Тржишни модел банкарства је, стога, подложен макро, односно системским кризама. Могућност настанка системских криза теорија тумачи се на два начина. Један теоријски правац сматра да кризе настају спонтано, на бази „промене очекивања, која може зависити готово ни од чега“ (Diamond and Dybvig, 1983). Други правац полази од поставке да системске кризе јесу резултат кретања у економским циклусима и стога су детерминисана кретањима у реалном сектору (F. Allen, 2004) У првом случају, доминантни појавни облик кризе је криза ликвидности и одлив депозита настао истовременим притиском депонената да их повуку (*Banks Run*). Криза поверења захвата читав банкарски систем, иако узрочник кризе може бити само једна банка (*Contagion*); и банке које су ликвидне и солвентне бележе губитак ликвидности и принуђене су да уновчавају активу уз губитке. У другом случају, криза реалног сектора води ка нагомилavaњу проблематичне активе у банкама, која се не може наплатити и стога мора бити санирана на терет капитала. Ако несолвентност захвати више банака, долази до ланца стечајева а стога и до контракције кредитне активности према реалном сектору, што отежава његов излазак из кризе.

Кризе банакског сектора поновно успостављају тржишну дисциплину, али намећу и високе друштвене трошкове. Тржишни механизам се зато допуњује државном интервенцијом – било у облику функције централне банке као кредитора у задњој инстанци, било преко механизма осигурања депозита. Држава може додатно капитализовати банке или преузети на себе проблематичну активу банака, што су чести примери акције држава и у савременој финансијској кризи. Ове интервенције постале су саставни део модела тржишног банкарства, још од познате Беџхотове студије о улози централне банке у финансијском систему, иако стимулишу појаву и развој моралног хазарда кода банака. Прво, тиме што подстичу банке на преузимање прекомерних ризика уз очекивање да ће бити капитализоване државном интервенцијом и друго, тиме што се профити из успешног пословања приватно присвајају а губици социјализују новцем пореских обвезника.

Проблем системских криза тржишног модела банкарства треба ставити у контекст ефикасности овог система (Allen, 2004). Кризе не укидају његову ефикасност – способност мобилизације ресурса у великом обиму и њихову рационалну алокацију. То управо омогућава повезаност банака и њихова мотивација да остварују профит. Смисао државне интервенције јесте да отклони велике флукуације профита, а не да помаже алокативној функцији банака; зато је она и део модела тржишног банкарства.

## II Исламски банкарски систем<sup>1</sup>

Исламски банкарски систем заснован је на примени принципа ислама на функционисање банака, како на нивоу пословања појединачних банака, тако и на нивоу банкарског система у целини.

Куран забрањује камату (*rib'*) и пословање банака, али и пословни субјекти који послују са банком морају поштовати ту забрану. Банке се морају водати по правилима обичајног права – шарије (*Shariah*), која проистичу из Курана и његових интерпретација; усклађеност пословања са верским правилима у свакој банци контролише посебан шеријатски одбор, као врста надзорног органа, који мора бити консултован приликом реализације сваке банкарске операције.

Пословати у условима, које намеће верско учење, дало је могућност банкама да развијају низ специфичних техника прикупљања и пласмана средстава, у којима се имплицитно мора водити рачуна о временској димензији коришћења новца (која у тржишном банкарском моделу представља извор камате), али и о операцијама које се по верским правилима пружају клијентима бесплатно. Када је реч о управљању ризицима, основно правило исламског банкарства је подела ризика. *Услови финансијске трансакције морају одражавати симетрију ризика и дисперзије прихода сваког од учесника у трансакцији.* Принос се не може остварити без преузимања ризика (правило Шарије је: ако нема ризика – нема ни добитка).

Операције банака засноване су на уговорима са клијентима, у мери у којој се може рећи да банке и немају оперативну самосталност. Уговори су основа и сложенијих финансијских трансакција које оне могу предузимати. Банке не могу позајмљивати средства ван сврха уговорених са клијентима. Због тога, забрањено је узајамно кредитирање банака, односно трговина ликвидношћу (S. Z. Ahmad, 2008).

Банке обезбеђују средства првенствено преко текућих и штедних рачуна. И један и други рачун су бескаматни. У првом случају, рачуни се отварају или као рачуни поверења (*amnah*) или као бескаматни зајмови банци (*qurd hasan*); клијенти их отварају јер им обезбеђују могућност вршења плаћања, а банка клијентима гарантује интегритет улога. У другом случају, клијент има могућност да партиципира у делу профита, којег банке остваре коришћењем његових средстава. Клијент уговором о отварању рачуна даје овлашћење банци да његова средства може инвестирати; пошто сноси ризик инвестирања, он има право и на сразмерни део профита предвиђен уговором.

1 Видети детаљније у: Sasi, 2006.

Орочени депозит у пракси исламског банкарства зове се и рачун са деобом профита или губитака, односно партиципативни рачун. Клијент уговором налаже банци у који пројекат ће уложити средства, а профит или губитак од посла дели се између банке и клијента према унапред утврђеној сразмери.

Прикупљена средства банка пласира кроз неколико дозвољених техника и у дозвољене области, које укључују само области реалне, материјалне производње и трговине (не и у спекулативне сврхе), а искључују области као што су коцка, производња алкохолних пића и сл.

*Murabahah* је основна операција пласмана средстава. Када одлучи да клијенту пласира средства, банка то ради заобилазним путем. Она најпре, у договору са клијентом, купује робу које је клијенту потребна. Пошто је исплатила робу и целини или делимично, банка постаје њен власник. Исту ту робу затим продаје клијенту по вишој цени, зарачунавајући маржу (профит) у висини унапред договореној са клијентом. Плаћајући у договореној динамици робу, клијент у ствари исплаћује кредит банци.

*Musharakah* је операција кредитирања која је заснована на партнерској сарадњи банке и клијента (отуда и њено име – води порекло од арапске речи *sharikas*, која означава ортаклук). Банка финансира пројекат једног или више клијената у целини или делимично. Профит или губитак из оствареног пројекта декли се сразмерно учешћу у финансирању, по унапред утврђеном споразуму.

*Mudarabah* је операција кредитирања у којој банка финансира трговачке операције клијената, уз поделу профита по унапред утврђеној сразмери. Губитак сноси банка. *Ijarah* је облик лизинга у пракси исламских банака. Банка купује одговарајућу имовину на захтев клијента и одобрава лизинг клијенту на уговором утврђени период.

*Qard Hasan* су бескаматни зајмови. Они се дају из добротних разлога, да би се помогло клијенту у невољи.

Исламско банкарство по дефиницији искључује повезивање банака и стога јачу концентрацију капитала на нивоу банкарског сектора као целине. Стога, оно је ограничено у концентрацији средстава, а алокација подлеже принципу споразума са клијентом и стога не мора увек бити ефикасна. С обзиром на то да је забрањена трговина ликвидношћу између банака, а фактички не постоји трансформација депозита, банке не могу бити подложне кризи ликвидности, нити се може појавити системска криза неликвидности банкарског сектора (S. Z. Ahmad, 2008). Међутим, исламско банкарство није имуно на кризе реалног сектора, које се преносе на финансијски сектор преко погоршавања квалитета активе, односно смањивања профитабилности банака (J. Dridi, M. Hasan, 2010).

### III Централно-плански банкарски систем

Банкарски систем у централно-планској организацији привреде (банка као сервис државе) означава банку као државну кредитну институцију, кроз коју се реализује јединствена (планска) кредитна политика државе.

Пословање банака је подређено испуњавању планова, евидентирању и праћењу резултата рада предузећа. Банке су пасивно одражавале трансакције у привреди. Ова карактеристика се сматрала у совјетској теорији као кључни елемент предности централно-планског банкарског система у односу на тржишни.

Централно-плански банкарски систем је монобанкарски. То значи да је у рукама централне банке концентрисана и монетарна и кредитна функција, као и функција плаћања. Централно-плански модел организације банкарског система социјализује ризик преко државне функције организације и управљања финансијама, односно *ризик се айсорбује државним буџетом*.

У овом систему је битно да предузећа испуне план, постављен у натуралним показатељима обима производње и потребних инпута. Финансирање је следило аутоматски испуњење плана. Ако предузеће није могло да испуни план, одобран му је кредит од стране централне банке, по каматној стопи која је најчешће била једнака нули. Ако је испунило план изнад предвиђених пропорција и тако створило неки облик профита, овај је аутоматски одлазио у државни буџет.

Камата у централно-планском банкарском систему је арбитражна величина, која не одражава реалну потребу за капиталом и постоји само у односима грађана и државног сектора. По дефиницији, овај систем не може бити у кризи ликвидности, али депоновани новац грађана нема никакву економску функцију, а банке не могу управљати ризиком инвестирања грађана, јер не постоји перцепција ризика, ни текућег ни интер-темпоралног (будућност се не перципира као диференцирана). Али, овај систем дели и доприноси неефикасности целине централно-планског економског система, који је у перманентној кризи недовољне потрошње и технолошког заостајања.

### IV Самоуправни банкарски систем

Модел самоуправног банкарског система је дефинисан као историјски специфичан. По мишљењу једног од наистакнутијих теоретичара самоуправног банкарства, решења која су усвојена у његовој орга-

низацији „потпуно одступају од праксе у банкарству западноевропских земаља. Она при томе не могу наћи никакве сличности с кредитним односима у источноевропским земљама. Према томе, самоуправна банка не одговара појму ни тржишне, ни централно-планске банке“ (I. Perišin, 1975).

Самоуправни модел банке садржи као свој основ, концепт „удруживања средстава“ производних субјеката, односно третира банку као прост „сервис удруженог рада“, односно организованих производних целина у којима се остваривала производња и самоуправљање радника. Банке су обављале депозитно-кредитну активност, али не и функцију плаћања, која је била издвојена у посебну државну институцију. То значи да банке нису имале економску самосталност, иако су биле посебна правна лица, већ су била у власништву организација удруженог рада (предузећа), а њихова средства била су истовремено и средства предузећа, које су предузећа водила као таква у својим књигама. То је, с друге стране, значило да, уколико банка има губитак из пословања, предузећа – оснивачи банке – била су дужна да те губитке покрију, те је тако *ризик пословања био социјализован, односно расиоређен на цео реални сектор*. Одговорност банке за доношење пословних одлука и могуће банкротство, ако би губици били већи од банчиног капитала, нису постојали.

Социјализација ризика банке, с друге стране, имала је пандан у социјализацији добити банке: приходе које оствари банка својим пословањем, по подмиривању трошкова, као заједнички доходак, оснивачи банке и лица која су уложила средства у банку, распоређују међу собом према доприносу који су дали његовом остваривању.

Самоуправни модел подложен је кризама реалног сектора, а кризе генерисане унутар сектора преноси на реални сектор; банке су углавном несолвентне и захтевају перманентну дежавну санацију.

Разматрање организације банкарских система показало је да су они у различитом степену резистентни на кризе, с обзиром на моделска обележја која су у основи везана за однос према ризику. Ове резултате требало би, међутим, посматрати у односу на ефикасност финансијског поредовања, као и у односу на могућност обезбеђења потреба реалног сектора за кредитима. Синтетички посматрано, несумњива је предност тржишног банкарског система над другим облицима организације банкарског система.



## Литература

1. F. Allen, „The Efficiency and Stability of Banks and Markets“, *National Bank of Belgium Working Paper No 52*, May 2004.
2. F. Allen and D. Gale, „Financial Contagion“, *Journal of Political Economy*, 2000, vol. 108, no. 1.
3. F. Allen and A. M. Santomero, *The Theory of Financial Intermediation*, The Wharton School University of Pennsylvania, 96–32, 1996.
4. M. Umer Chapra, *The Major Modes of Islamic Finance*, Islamic Foundation, Leicester, September 17–21st, 1998.
5. D. W. Diamond and P. H. Dybvig, „Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity“, *Journal of Political Economy*, 1983, vol. 91, no 3.
6. *Finansy i kredit SSSR*, red. V. V. Lavrov, Finansy, Moskva, 1977.
7. Maher Hasan and Jemma Dridi, „The Effects of the Global Crisis on Islamic and Conventional Banks: A Comparative Study“, *IMF Working Paper 10/201*, September 2010.
8. Independent Commission on Banking, *Interim Report*, London, April 2011.
9. Ivo Perišin, *Novac, kredit i bankarstvo u sistemu samoupravljanja*, Informator, Zagreb, 1975.
10. Sasi Alsayd, *Reforme bankarskog sistema u zamljama u tranziciji*, magistarski rad, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2006.
11. Sayed Zahid Ahmed, „The Financial Sector in Crisis and Islamic Banking“, доступно на адреси: [www.roubini.com](http://www.roubini.com).
12. J. B. Taylor, „Getting Back on Track: Macroeconomic Lessons from the Financial Crisis“, *FRB of St. Louis Review*, May/June 2010.

**Branko VASILJEVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade**

## FINANCIAL CRISES AND RESILIENCY OF BANKING SYSTEMS

### Summary

*Banking sector plays a key role in the transmission of financial crises. Various models of banking systems could be analyzed according to their risk*

*perception and consequently to their resiliency to the banking crises. In the market based banking, shareholders and stakeholders bear the risk and the crises are the ways of implementing the market discipline. Risk in the islamic banking is divided between depositors and creditors and the system is resilient to some aspects of crises. In the centrally-planned banking model risk is transferred to the state budget and its crisis is the part of the overall system's crisis. Self-management banking transfers risks to the real sector and shares its crises. Resiliency of banking sector to the crisis is closely connected to its efficiency.*

**Key words:** *banking crisis, banking models, market-based banking, Islamic banking, centrally-planned banking, self-management banking.*

др Добросав МИЛОВАНОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## НОВА РЕШЕЊА ПРЕДЛОГА ЗАКОНА О ТРЖИШТУ КАПИТАЛА\*

### Резиме

У раду аутор размајра разлоге за израду Закона о тржишту капитала. Анализирајући начин и сљедеће усклађивања са директивама ЕУ, он указује на потребу уважавања послоједне правне и економске окружења у Србији и тренутних проблема у ЕУ. Аутор истиче да у погледу појединих решења Предлога ЗТК није до краја видљиво дубинско сагледавање позитивних и негативних ефеката усвајања нових решења у области финансијских тржишта и на ширем плану.

Посебну пажњу посвећује проблемима у вези са утврђивањем надлежности Комисије за хартије од вредности као поверених. Коначно, аутор анализира питања дефинисања појма јавног друштва, искључења хартија од вредности са реулисаној тржишта, као и престанка стања јавног друштва.

**Кључне речи:** тржиште капитала, јавна друштва, директиве ЕУ, Комисија за хартије од вредности.

---

\* Овај рад је сачињен као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Србија као правна држава“. Истраживању које је претходило изради рада и заузетим ставовима немерљив допринос пружила је Светлана Тодоровић, главни правник Комисије за хартије од вредности.

## I Уводна разматрања

Предлагач истиче да је текст Закона о тржишту капитала (ЗТК) настао као резултат других анализа стања и проблема у погледу функционисања и бржег развоја финансијског тржишта, као и исказаних потреба учесника за адекватнијим и савременијим уређивањем ове области.

Као први разлог наводи се недовољно развијено тржиште капитала и недостатак квалитетних и разноврсних хартија од вредности у које би могли да улажу институционални инвеститори. Међутим, сматрамо да се кључни узроци тог проблема не налазе у важећем Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената,<sup>1</sup> него првенствено у сфери економије, финансијских тржишта, недовољних знања и воље, као и других закона који уређују питања повезана са овом облашћу. Потребно је да се привредни субјекти активније укључе у финансијске и привредне токове и учине атрактивнијим финансијско тржиште домаћим и страним инвеститорима. Такође, неопходно је да професионални посредници на тржишту покажу више креативности и помогну привредним субјектима и инвеститорима да искористе могућности које су већ предвиђене прописима. Тиме би се допринело бржем развоју финансијског тржишта, али и целокупног реалног сектора привреде и изласку из постојеће кризе. У погледу обвезница јединица локалне самоуправе и даље није донет Закон о јавној својини, који би омогућио успостављање новог вида обезбеђења, смањио потенцијални ризик и висину каматне стопе коју би сносила ова јавно-правна тела. Измене и допуне Закона о јавном дугу којима би се, поред финансијских институција, допустило физичким и другим правним лицима да купују „локалне“ обвезнице, још увек нису усвојене. Овим се одлаже повећање и олакшавање њиховог секундарног трговања. Коначно, не постоји потпуна извесност и стабилност прихода јединица локалне самоуправе. Разлог је, између осталог, што Закон који уређује њихово финансирање предвиђа компликован модел већег броја дотација централне државе, са веома нејасним критеријумима за доделу, а тиме и наглашеним простором за дискрециону оцену, која се првенствено може заснивати на политичком волунтаризму.

Израда ЗТК-а проистиче и из потребе за усклађивањем закона којим се уређују привредна друштва са директивама ЕУ. С обзиром да се решења појединих института и целокупних процеса на финансијском тржишту ослањају на одредбе системског привредног закона, конзистентно и јединствено регулисање захтева да се до окончања процедуре усвајања ових закона обезбеди потпуна координација предлагача.

1 „Службени гласник РС“, број 47/06.

Такође, супротно постојећем стању, логично би било да се прво усвоје нова решења Закона о привредним друштвима, а потом ЗТК-а. Са становишта јединственог регулисања финансијског тржишта потребно је, поред измена Закона о инвестиционим фондовима које су у процедури, извршити и одговарајуће измене Закона о преузимању акционарских друштава.

Предлагач истиче и да су разлози за израду ЗТК-а и превазиђени институти и непостојање одговарајућих институционалних и системских решења у важећем Закону са аспекта позитивне праксе развијених и земаља у транзицији, али и са становишта текућег процеса континуираног усаглашавања са прописима ЕУ.

## II Усаглашавање са прописима ЕУ

Потоњи процес је повезан са усклађивањем националних прописа са одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању, односно са одредбама Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима.<sup>2</sup> Прелазни рок за усклађивање законодавства према одредбама чл. 72, односно чл. 8 ст. 1 Споразума износи највише шест година. Разлози за делимично испуњавање, односно неиспуњавање обавеза које произлазе из Споразума<sup>3</sup> и Прелазног споразума су у томе што се на овом степену развоја не примењују одредбе око слободе пружања услуга страних инвестиционих друштава и њихових филијала у Републици.

Према томе, један од основних циљева предлагача ЗТК-а био је даље усклађивање са директивама ЕУ из ове области, у мери у којој се њихови принципи могу инкорпорисати у домаћу регулативу. Тако су из Директиве о тржиштима финансијских инструмената<sup>4</sup> у Предлогу закона примењене одредбе из следећих области: дефинисање основних појмова и области примене, издавање дозвола и услови пословања инвестиционих друштава, регулисано тржиште хартија од вредности, надлежности надзорног органа у поступку издавања дозвола инвестиционим друштвима, тржиште и организатор тржишта, дефинисање

2 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије са друге стране и Прелазни споразум о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Службени гласник РС“, број 83/08).

3 Поглавље III Пружање услуга и Наслов VI члан 91 Банкарство, осигурање и финансијске услуге.

4 Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments (MiFID) amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC.

инвестиционих услуга и активности и додатних инвестиционих услуга које пружају инвестициона друштва, дефинисање финансијских инструмената којима тргују, као и критеријуми за лица која могу бити професионални клијенти. Имајући у виду назив ове Директиве, у циљу обезбеђења термилошке хармонизације нашег права са правом Европске уније, није до краја јасно зашто није утврђен другачији назив – Закон о тржиштима финансијских инструмената или коришћен назив важећег Закона. Ово нарочито стога што предмет уређивања није само трговина капиталом, него и инструментима којима се преносе ризици на финансијском тржишту.

Поред тога, предлагач је при усаглашавању законских решења имао у виду и Директиву о хармонизацији захтева за транспарентношћу у вези са информацијама о издаваоцима чије су хартије од вредности примљене на регулисано тржиште, Директиву у вези са информацијама садржаним у проспекту и објављивањем проспекта, Директиву о трговању на основу инсајдерских информација и о тржишним манипулацијама, као и Директиву о шемама заштите инвеститора.

Интенција предлагача да се, за разлику од постојећег закона, који прописује начин и процедуре издавања хартија од вредности, фокусира на уређивање јавне понуде хартија од вредности и обелодањивање финансијских и нефинансијских података, као и остале обавезе извештавања јавних друштава, може се позитивно оценити.

Поједини кључни појмови, као што су јавно друштво, издавалац, јавна понуда хартија од вредности, регулисано тржиште, ОТЦ,<sup>5</sup> понудилац, квалификовани инвеститори, другачије су дефинисани, углавном заснивањем на решењима директива ЕУ. Међутим, неопходно је имати у виду да велики број употребљених појмова и термина не одговара нашим правним стандардима и економским категоријама, те је потребно усаглашавање и прилагођавање постојећем правном и економском миљеу. У том смислу потребно је имати у виду и Јединствена методолошка правила за израду прописа, где се нпр. предвиђа да се у дефиницији користе општепознати и недвосмислени изрази. Ово је од посебног значаја јер при превођењу страних правних текстова може доћи до извесних забуна, које су релевантне за каснију примену прописа. Такође, при изради Закона, потребно је имати у виду традицију европско-континенталног система и недовољна специфична знања судија из области финансијских тржишта, због чега још увек постоји већа потреба за прецизнијим нормама, уместо ослањања на судску праксу и прецедентно право као у англо-саксонским земљама.

5 Реч је о тзв. „*over the counter market*“, које се код нас преводи као ванберзанско тржиште. У том смислу, коришћење скраћенице ОТЦ у нашем језику нема смисла, нарочито ако је написано ћирилицом.

Начин и степен инкорпорисања релевантних решења одговарајућих директива ЕУ и регулативе транзиционих земаља, као и усвајање позитивне праксе развијених тржишта капитала, уз поштовање постојећег правног и економског окружења, круцијална су одредница успешности нових решења. При томе, неопходно је имати у виду и тренутно стање у ЕУ – дужничку кризу не само на нивоу бројних компанија, него и држава чланица, подељена мишљења око потребе и степена солидарности на нивоу ЕУ у вези са тим проблемом, одбијања пореских обвезника једне земље да покрију дугове њихових банака грађанима других држава који су били привучени понуђеним високим каматним стопама и сл. Сви ови проблеми захтеваће реконструкцију одређених принципа и норми на нивоу ЕУ, о чему се мора дугорочно водити рачуна и са аспекта домаће регулативе.

Конечно, немерљив је значај дубинског сагледавања свих (позитивних и негативних) ефеката усвајања нових решења и то не само непосредно у области финансијских тржишта, него и шире. У вези са тим, мора се имати у виду да директиве, по својој природи остављају простор да се по низу питања одређени циљ оствари на више начина – од којих су неки примеренији за степен и правац развоја домаћег финансијског тржишта. Та врста анализе није до краја видљива у погледу низа решења у предложеном ЗТК. Тако нпр. код Фонда за заштиту инвеститора предлагач не приказује везе са другим одредбама Предлога којима се на други начин елиминише или смањује ризик. Он указује на предности у смислу додатне заштите инвеститора, али не и на недостатке у облику социјализације ризика, смањивања пажње инвеститора, трошкова које Фонд подразумева. Такође, слично поступање је видљиво код ефеката повећања новчаног дела основног капитала брокерско-дилерских друштава и сл.

### III Комисија за хартије од вредности

Савремена светска пракса у периоду након глобалне финансијске и економске кризе, показује закономерност строжег регулисања тржишта финансијских инструмената, нарочито оних који су изазвали системске ризике. Стога је на националном плану потребно пронаћи праву меру либерализације овог тржишта, имајући у виду још увек тешке последице ове кризе на привредне токове уопште, а посебно на финансијско тржиште. Такође, неопходно је обезбедити предуслове за развој финансијског тржишта и као одговор на банкоцентричну привреду, која је показала своје слабости у идентификацији ризика кредитирања као доминантног начина финансирања привредних субјеката и грађана.

Предлог закона на самом почетку садржи циљеве Закона, на начин на који је то предвиђено принципима Међународне организације комисија за хартије од вредности (*IOSCO*), што представља унапређење регулације у овој области. Наиме, кроз циљеве закона се опредељују основне вредности којима предметни пропис даје одговарајући степен заштите и постављају се будући оквири за тумачење и примену Закона и израду пратећих прописа. Као циљеви су назначени заштита инвеститора, обезбеђење праведног, ефикасног и транспарентног тржишта капитала, као и смањење системског ризика на тржишту капитала. Реализација ових циљева служи очувању интегритета тржишта и враћања поверења грађана у институције тржишта капитала.

У том смислу, позитивну промену представља преношење фокуса регулације са области издавања хартија од вредности, на постављање високих стандарда извештавања и обелодањивања релевантних извештаја, података о пословању учесника на тржишту капитала, околности од значаја за позицију на финансијском тржишту, који могу утицати на вредност финансијских инструмената, а све у циљу пуне информисаности инвеститора.

Неопходан предуслов за то је и даље повећање улоге националног регулаторног тела са прецизно одређеним јавним овлашћењима и одговорностима. У том правцу говори и упоредно-правна анализа постојећих решења у окружењу и светској пракси да се ојачају регулаторна и надзорна овлашћења Комисије, што повлачи и већу одговорност за стање и развој финансијског тржишта.

Комисија може успешно да остварује повећане надлежности и врши своју регулаторну и надзорну функцију само ако поседује и развија стручност, као и персоналну, оперативну и финансијску независност и самосталност. То је у складу са општеприхваћеним принципима *IOSCO*, које су аутори Предлога Закона препознали и реafirмисали. Овакав приступ нарочито добија на значају јер *IOSCO*, након конференције у Паризу 2010. године, прераста из удружења националних регулатора у глобалног регулатора, који има овлашћења да креира глобалне стандарде и правну регулативу као основ за национална законодавства.

У вези са тим, проширене су мере Комисије у поступку надзора, уведен је надзор над управљањем и функционисањем Фонда за заштиту инвеститора, као и надзор над инвестиционим друштвима на основу индивидуалног ризика и обима пословања. Прописана је и проширена обавеза Комисије да води разне врсте регистара, као и да их објављује на својој интернет страници.<sup>6</sup> На крају сваког поглавља прописане су

6 То су нпр. јавни регистар издавалаца којима је Комисија одобрила објављивање проспекта за јавну понуду и чији су финансијски инструменти укључени у трговање на регулисано тржиште или МТП, регистар јавних друштава, финансијских извештаја,



одредбе које се односе на мере и активности које Комисија предузима и примењује у поступку надзора у оквиру одређене области. На тај начин предлагач је желео да ове одредбе адекватније и прецизније уреди, као и да их учини прегледнијим за све субјекте на које се односе.

Према томе, одредбама које уређују статус, начин организовања и финансирања Комисије испоштовани су принципи *IOSCO*-а. То важи и у погледу надлежности Комисије предвиђених одредбом чл. 262 ст. 1 Предлога ЗТК. Међутим, већ у следећем ставу истог члана једна, релативно кратка одредба, може битно да дерогира цео модел и преузете међународне обавезе. Наиме, предвиђено је да послове из ст. 1 тач. 1–13, 17 и 18 овог члана, што суштински и квантитативно значи највећи део својих надлежности, Комисија обавља као *йоверене йослове*. Шта то практично значи? Закон о државној управи<sup>7</sup> одредбом чл. 4 предвиђа да се поједини послови државне управе законом могу поверити имаоцима јавних овлашћења у које, поред осталог, спадају и друге организације, као што је Комисија за хартије од вредности. Према одредби чл. 51 ЗДУ, при вршењу поверених послова имаоци јавних овлашћења имају иста права и дужности као органи државне управе. Међутим, Влада и органи државне управе задржавају и после поверавања послова одговорност за њихово извршавање.

Над имаоцима јавних овлашћења у вршењу поверених послова државни органи врше унутрашњи надзор који се састоји од надзора над радом, инспекцијског надзора преко управне инспекције и других облика надзора уређених посебним законом. Надзор над радом састоји се од надзора над законитошћу и надзора над сврсисходношћу рада. Потоње подразумева испитивање делотворности и економичности рада и сврховитости организације послова. Из овога следи да је реч о веома широком појму и предмету надзора. Такође, у вршењу надзора над радом орган државне управе овлашћен је да: 1) захтева извештаје и податке о раду; 2) утврди стање извршавања послова, упозори на уочене неправилности и одреди мере и рок за њихово отклањање; 3) издаје инструкције;<sup>8</sup> 4) наложи предузимање послова које сматра потребним; 5) покрене поступак за утврђивање одговорности; 6) непосредно изврши неки посао ако оцени да се друкчије не може извршити закон или други општи акт; 7) предложи Влади да предузме мере на које је овлашћена.

---

годишњих, полугодишњих и кварталних извештаја, битних информација и прописаних података које свако друштво доставља, регистар ималаца значајних учешћа у јавним друштвима, итд.

7 „Службени гласник РС“, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010.

8 Инструкцијом се усмерава организација и начин рада запослених у имаоцу јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе. Истина, инструкцијом се не може одређивати начин поступања и решавања у управној ствари.

Поред општих овлашћења, надзорни орган у односу на имаоце јавних овлашћења има и посебна овлашћења да преузме поверени посао и да врши надзор над законитошћу њихових прописа. Тако је, према одредби члана 56 ЗДУ-а, надзорни орган дужан да непосредно изврши поверени посао ако би неизвршење посла могло да изазове штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности. Ако ималац јавних овлашћења и поред вишеструких упозорења не почне да врши поверени посао или не почне да га врши правилно или благовремено, надзорни орган преузима извршење посла најдуже на 120 дана. Овде је посебно неопходно имати у виду простор који се оставља за тумачење правног стандарда „правилно или благовремено вршење посла“.

Такође, ималац јавних овлашћења дужан је да пре објављивања прописа прибави од надлежног министарства мишљење о уставности и законитости прописа, а министарство да њему достави образложени предлог како да пропис усагласи са Уставом, законом, другим прописом или општим актом Народне скупштине и Владе. Ако ималац јавних овлашћења не поступи по предлогу министарства, оно је дужно да Влади предложи доношење решења којим се поништава или укида пропис имаоца јавног овлашћења ако он није у сагласности с другим прописом или општим актом Народне скупштине или Владе, а ако није у сагласности са Уставом или законом, министарство је дужно да предложи Влади да га обустави од извршења и да пред Уставним судом покрене поступак за оцену његове уставности или законитости.

Анализа претходно наведених овлашћења којима би у односу на Комисију за хартије од вредности располагао орган државне управе (према делокругу послова то би било Министарство финансија), несумњиво указује да од независности и самосталности Комисије, практично не би остало скоро ништа.

У којој мери је одредба којом се највећи део надлежности Комисије утврђује као поверени послови у супротности са текстом предлога ЗТК говори и одредба чл. 52 ЗДУ-а, према којој се средства за вршење поверених послова обезбеђују у републичком буџету, док је одредбом чл. 259 Предлога ЗТК-а предвиђено да се средства за рад Комисије обезбеђују из накнада које се, у складу с правилником о тарифи, наплаћују за обављање послова из њене надлежности, као и из других извора, у складу са законом.<sup>9</sup>

9 На истоветан начин ово питање уређује и важећи Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената одредбом чл. 245. Такође, вишак расхода над приходима Комисија покрива из својих резерви, а ако та средства нису довољна – из буџета Републике. Вишак годишњих прихода над расходима уплаћују се у буџет.

Слична нелогичност постоји и у вези са одредбом чл. 54 ст. 2 ЗДУ која, у вези са ограничењима при поверавању послова државне управе, предвиђа да послови инспекцијског надзора могу бити поверени једино органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе. То би значило да се не могу поверити другим имаоцима јавних овлашћења као што је Комисија. Међутим, у низу одредаба Предлог ЗТК, у складу са принципима *IOSCO*-а управо додељује Комисији таква овлашћења. То је нарочито видљиво у одредби чл. 262 ст. 1 тач. 9, где Комисија, поред осталог, врши надзор и прати: послове издаваоца и јавних друштава; извршавање обавезе извештавања издавалаца и учесника на регулисаном тржишту; пословање инвестиционих друштава, организованих тржишта, Централног регистра, укључујући и лица која поседују квалификовано учешће, чланове управе и друге запослене код тих лица; секундарно трговање финансијским инструментима. Такође, она према тач. 10 истог става прати усклађеност са одредбама и повреду одредаба закона, аката Комисије и општих аката организатора тржишта, инвестиционих друштава и Централног регистра, а према тач. 11 организује, предузима и контролише спровођење мера и санкција којима се обезбеђује законито, правично, уређено и ефикасно функционисање регулисаног тржишта, а у циљу спречавања поремећаја на тржишту и заштите инвеститора.

Такође, у вршењу надзора, према одредби чл. 267 Комисија располаже снажним инспекцијским овлашћењима да од широког круга лица захтева достављање података и докумената, односно података и информација у вези са сврхом и предметом надзора. Она је надлежна да врши надзор непосредним увидом у општа акта, пословне књиге, изводе са рачуна, преписку и друге документе, укључујући и електронске медије и остале податке које су субјекти надзора обавезни да воде и достављају Комисији, врши анализу тих података, узима изјаве од одговорних лица и осталих запослених у субјекту надзора, као и од других лица која имају сазнања од интереса за надзор. Субјекти надзора дужни су да овлашћеним лицима Комисије омогуће приступ у пословне просторије и организационе делове, дају на увид тражену документацију, изјаве, као и да обезбеде друге услове за несметано обављање надзора.

Очигледно је да је реч о класичним инспекцијским овлашћењима која се користе за утврђивање свих релевантних чињеница на основу којих се може утврдити (не)постојање неког облика незаконитости или неправилности у раду субјекта надзора.

Коначно, на основу спроведеног поступка надзора, Комисија може субјекту надзора да изрекне надзорне мере и санкције прописане законом, а у сврху законитог, поштеног, правичног и професионалног пословања који унапређује интегритет тржишта капитала. У случају

утврђених незаконитости и неправилности Комисија ће решењем наложити предузимање мера и активности ради успостављања законитости и правилног пословања, одредити рок за извршење решења и обавезу да се Комисији достави доказ о исправљеној незаконитости и неправилности.

Новина Предлога ЗТК је да Комисија, независно од других предузетих мера, субјекту надзора као и члану управе може изрећи новчану казну. На овај начин се после преко две деценије проширује лепеза санкција које Комисија може користити у вршењу својих надлежности, што је у складу са упоредном праксом. Такође, на овај начин се обезбеђује да се у одређеним ситуацијама постиже већа прилагођеност санкције сврси и ефектима који се настоје постићи. При томе, имајући у виду да предлагач прописује релативно широк распон у коме се новчане казне могу изрећи,<sup>10</sup> веома је важно да Комисија на том плану обезбеди јединствену праксу у смислу изрицања истих санкција у истоветним ситуацијама, како би се обезбедила равноправност учесника на тржишту.

На основу претходног излагања, чак и када би се занемарили принципи *IOSCO*-а и преузете међународне обавезе, постоји очигледна потреба да се предлагач определи да ли су то изворни или поверени послови. Наиме, имајући у виду одредбе ЗДУ, несумњиво се може констатовати да је супротност ставова 1 и 2 члана 262 Предлога ЗТК-а, са аспекта очувања логике унутрашњег правног система, неприхватљива.

Ако је било неопходно повећати одговорност Комисије и избећи самовољу и злоупотребе, уместо прописивања да је реч о повереним пословима, постоје одредбе Предлога ЗТК-а које обезбеђују да Комисија не излази из граница својих овлашћења. Оне представљају довољну залог одговорности Комисије кроз благовремено обавештавање и контролу Комисије од стране врховне законодавне власти. Наиме, Комисија за свој рад одговара Скупштини, која јој одобрава Статут и којој је дужна да подноси извештај о раду и кретањима на финансијском тржишту, најмање једном годишње као и финансијски план на потврђивање. Извештај сличне садржине Комисија је дужна да доставља и Влади сваких шест месеци. Поред тога, постоји у управно-судска контрола законитости појединачних аката Комисије, као и уставно-судска заштита у погледу уставности и законитости општих аката Комисије. Коначно, ту је и кривично-правна заштита. Веома је значајно и да рад Комисије буде транспарентан и да не подлеже само класичним правним механизмима

10 Нпр. новчана казна не може бити мања од 1% ни већа од 5% прописаног минималног капитала, односно капитала субјекта надзора по последњем финансијском извештају.

судске контроле и контроле скупштине, него и медија и других агенција (нпр. за корупцију). Међутим, и лица у медијима морају бити професионално обучена да правилно извештавају о раду и резултатима рада Комисије и (негативним) појавама на тржишту.

Поред тога, није спорно да је неопходно повећати одговорност Комисије за вршење надзорних овлашћења. Наиме, њихово вршење као и вршење сваке инспекцијске делатности подразумева трошкове за субјекте који су предмет надзора. Такође, ту је и питање равноправног третирања различитих субјеката у истоветним ситуацијама (нпр. субјеката који су изложени истим врстама ризика или који својим поступањем стварају исте врсте ризика), како се не би неоправдано нарушила њихова конкурентност са овог аспекта.

#### IV Јавна друштва

Усклађивање Закона о привредним друштвима предвиђа укидање поделе на затворена и отворена акционарска друштва, а тиме и одредбе да се акцијама отворених друштава тргује на организованом тржишту. Услед овако значајних промена јавила се потреба да се законом који уређује тржиште капитала прецизније дефинишу ситуације када постоји обавеза укључивања акција јавних друштава у трговање на берзи.

Предлагач закона истиче да је при разматрању овога проблема имао у виду упоредну регулативу и регулативу ЕУ, постојећи степен развоја домаћег финансијског тржишта, још увек недовршену приватизацију, као и актуелну поделу бесплатних акција грађанима Републике Србије. Регулатива ЕУ не познаје поделу на затворена и отворена акционарска друштва, већ на друштва којима се (не) тргује на регулисаном тржишту, при чему је одлука сваке компаније да ли ће своје акције котирати на регулисаном тржишту или МТП.

Са друге стране, процес приватизације у Србији по Закону о приватизацији<sup>11</sup> је још у току, а продужавани су рокови за обавезну продају друштвеног капитала. Пре доношења овог закона, одређени број предузећа већ је извршио поделу акција запосленима и заинтересованим грађанима по прописима који су раније уређивали ову област. Сва ова предузећа су важећим законским решењима обавезна да своје акције укључе у трговање на берзи. Наиме, у поступку приватизације велики број грађана дошао је у посед акција приватизованих предузећа. Пошто берза као место на коме се врши сучељавање укупне понуде и тражње за одређеном акцијом представља најбољи механизам за утврђивање реал-

11 „Службени гласник РС“, бр. 38/01, 18/03, 45/05, 123/07 и 30/10.

не тржишне вредности акција и пружа потпуну транспарентност пре и после извршења трансакција, опредељење законодавца да се акцијама мора трговати на берзи представљало је својеврсан механизам заштите мањинских акционара који су мање едуковани у области акционарства.

Такође, Законом о праву на бесплатне акције и новчану накнаду коју грађани остварују у поступку приватизације<sup>12</sup> прописано је да сви пунолетни грађани Републике Србије могу остварити своје право на бесплатне акције, што је довело до тога да скоро пет милиона грађана, односно око 65% укупне популације, тренутно поседује акције по овом основу. Већим делом ови акционари немају знања из ове области, нити искуства у погледу акционарства.

Тренутно је на Ванберзанском тржишту Београдске берзе котирано 1.510 хартија од вредности 1.484 издавалаца, од чега се активно тргује знатно мањим бројем хартија од вредности (око једне трећине). При томе, код великог броја издавалаца, дошло је до концентрације власништва трговањем на берзи или спровођењем поступка преузимања, што је утицало на ликвидност хартија од вредности. Разлог за то је и непоштовање законске обавезе благовременог, истинитог и потпуног извештавања код појединих издавалаца, чиме је инвестициона јавност ускраћена за релевантне информације за доношење инвестиционих одлука. Коначно, у том правцу делују и економска и финансијска криза и смањење тражње страних инвеститора. Са друге стране, у претходном периоду, одређени број издавалаца извршио је промену облика организовања у затворено акционарско друштво, односно промену правне форме у друштво са ограниченом одговорношћу што је представљало правни основ за њихово искључење са тржишта.

Из наведених разлога неопходно је регулисати појам јавног друштва, укључење и искључење хартија од вредности са регулисаног тржишта, односно МТП, као и престанак статуса јавног друштва. Тако је у појмовнику Нацрта ЗТК, чл. 2 у тач. 43 било прописано да је јавно друштво издавалац који је успешно извршио јавну понуду хартија од вредности у складу са проспектом чије је објављивање одобрила Комисија, или чије су хартије од вредности укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно МТП у Републици, као и са више од 10.000 акционара који су имаоци једне класе власничких хартија од вредности тог издаваоца, на крају последње пословне године. Потоњи услов је избрисан у Предлогу ЗТК-а, али је задржан у чл. 123 који се односи на прописивање услова за повлачење акција са регулисаног тржишта, односно МТП, односно за престанак јавног друштва.

У анализи ефеката закона, предлагач наводи да је покушао да нађе компромисно решење које би ишло у правцу усклађивања домаће

12 „Службени гласник РС“, бр. 123/07 и 30/10.

регулативе са законодавством ЕУ, али постепеним прилагођавањем уз што мање последице по домаће финансијско тржиште, које спада у групу тржишта у транзицији. Предлагач истиче да је при томе имао у виду последице које би могле имати измене закона у смислу степена усклађивања са директивама ЕУ на вредност акција већ приватизованих компанија које су сада укључене у трговање на Београдској берзи.

У анализи се указује да је управо из тих разлога предложено решење по којем се акције компанија са већим бројем акционара од 10.000 не могу искључити са транспарентног тржишта у виду регулисаног тржишта, односно МТП. Тиме се штите интереси мањинских акционара који представљају већи део популације. Међутим, према нашем мишљењу спорно је да ли је управо то граница испод које се може сматрати да више није неопходно штитити мањинске акционаре.

Осталим компанијама чијим се акцијама тргује на Београдској берзи дата је могућност да искључе своје акције са тржишта, али уз обавезу понуде откупа акција од несагласних акционара. Након овако завршене процедуре искључивања са берзе, акцијама тих компанија могуће је даље слободно трговати ван регулисаног тржишта, односно МТП.

Услови предвиђени одредбом чл. 123 Предлога ЗТК у одређеној мери ублажавају овај проблем. Наиме, скупштина јавног друштва може донети одлуку о повлачењу акција са регулисаног тржишта, односно МТП гласовима који представљају најмање три четвртине од укупног броја акција с правом гласа,<sup>13</sup> с тим што се статутом друштва може одредити и већа већина за доношење овакве одлуке. Одлуку јавно друштво може да донесе ако су кумулативно испуњени услови: 1) да има мање од 10.000 акционара, 2) да је у периоду од шест месеци који претходи доношењу одлуке укупно остварени обим промета акција које су предмет повлачења са регулисаног тржишта, односно МТП износио мање од 0,5% од њиховог укупног издатог броја, и 3) да је у најмање три месеца наведеног периода остварени месечни обим промета таквим акцијама на регулисаном тржишту, односно МТП износио мање од 0,05% од њиховог укупног издатог броја.

Одлука је валидна само кад укључује и неопозиву изјаву друштва којом се друштво обавезује да од несагласних акционара, а на њихов захтев, откупи акције уз одговарајућу накнаду, с тим што ово право има и акционар који није учествовао у раду скупштине. По упису од-

13 Ово је унапређење у односу на одредбу чл. 123 Нацрта ЗТК. Наиме, уважене су примедбе да највећи број друштава, на постојећем тржишту, потиче из поступка приватизације у коме су иницијално купци стекли преко 2/3 основног капитала, односно 70%, услед чега наведена већина не обезбеђује одговарајући ниво заштите мањинских акционара. Као пример су послужиле и прелазне и завршне одредбе словеначког закона у којима је предвиђена 3/4 већина за доношење предметне одлуке скупштине.

луке у Регистар привредних субјеката, друштво је дужно да обавести регулисано тржиште, односно МТП на које су његове акције укључене у трговање.

Предлагач истиче и да остала привредна друштва која ће тек бити приватизована неће имати обавезу да буду укључена у трговање на берзи уколико имају испод 10.000 акционара. Одлука о укључењу у трговање на берзи биће добровољна за ове компаније, будући да је већи део друштвеног капитала већ приватизован, као и да су грађанима подељене бесплатне акције по закону којим се уређује право на бесплатне акције. Овакав став би се могао довести у питање, јер то нису компаније које су настале оснивањем од стране улагача него приватизацијом, што значи да код њих од почетка не постоји принцип добровољности, него чињеница да се неко лице нашло у правним односима са одређеним лицима на основу закона. Услов за престанак јавног друштва потребно је посматрати и са аспекта заштите интереса мањинских инвеститора кроз обавезу транспарентног и континуираног извештавања и обелодањивања прописаних података. Стога, доиста мора да постоји компромис, али је велико питање да ли је то број од 100, 1.000 или 10.000 акционара, односно да ли би тај број уопште требало предвиђати.

У вези са овим проблемом, неопходно је дефинисати носиоце интереса у том процесу. Најпре, то су акционари који из одређених разлога желе да се одлука о повлачењу донесе. Наиме, могуће је да они не налазе интерес да прикупљају капитал тим путем, или да им тај метод прикупљања капитала – у поређењу са кредитирањем и улагањем сопствених средстава, излагањем непријатељском преузимању, обавезом да редовно извештавају (која се новим ЗТК-ом повећава), трошковима које имају у вези са „боравком на берзи“ – није прихватљив. За ова лица постављање било каквог критеријума броја акционара може блокирати такву одлуку. То може довести до апсурдне ситуације нпр. у ситуацији када би свих 11.000 акционара (или преко 90% укупног броја гласова акционара) који су сагласни да дође до повлачења акција са регулисаног тржишта, односно МТП, било онемогућено наведеном одредбом да донесе такву одлуку.<sup>14</sup> Такође, прописани услов у вези са бројем акционара као условом за стицање статуса јавног друштва, нема основа у упоредно-правној регулативи, пракси земаља у окружењу и развијенијих земаља, нити је конзистентан са осталим одредбама Предлога Закона о привредним друштвима.

С друге стране, предложени лимит од 10.000 није примерен са аспекта утемељења предложеног решења у Директиви о проспекту која

14 Оваква одлука може бити резултат става акционара да, у условима економске кризе, очувају вредност својих акција и онемогуће шпекулативне радње, којима би се малим трансакцијама у условима неликвидности лако оборила цена тих акција.



је на одговарајући начин инкорпорисана у одредбу чл. 12 ст. 1 тач 2 Предлога ЗТК. Она предвиђа да објављивање проспекта није обавезно код јавне понуде која је упућена физичким или правним лицима у Републици чији број не може бити већи од 100, а који нису квалификовани инвеститори. Другим речима, ако је њихов број већи од 100, онда је понуда обавезна. Са овим питањем непосредно је повезана одредба чл. 2 тач. 43 ЗТК која прописује да је јавно друштво издавалац који испуњава бар један од следећих услова: (1) да је успешно извршио јавну понуду хартија од вредности у складу са проспектом чије је објављивање одобрила Комисија или (2) чије су хартије од вредности укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно МТП у Републици. Ако се посматрају ове одредбе и пореде са једним од услова из одредбе чл. 123 за доношење одлуке о повлачењу акција са регулисаног тржишта, да број акционара не може бити већи од 10.000, онда се не може до краја разумети унутрашња логика Предлога ЗТК-а. Наиме, у постојећим отвореним друштвима, преовлађују неквалификовани инвеститори, па се поставља питање из којих разлога правити разлике у броју акционара у тој ситуацији (изласка са регулисаног тржишта, односно престанка статуса јавног друштва) и код испуњавања услова за стицање статуса јавног друштва. Ово нарочито што у првом случају, како је већ истакнуто, није постојао принцип потпуне добровољности, него су се одређена лица појавила у својству акционара на основу приватизационих прописа, док у другом случају она потпуно добровољно улазе у јавно друштво као акционари. Наиме, логика одредбе чл. 3 ст. 2 тач. 6 Директиве о проспекту је да се инвеститорима који нису квалификовани обезбеди једноставан приступ свим релевантним информацијама јавног друштва. Према томе, не постоје било какве специфичности или разлике у погледу овог проблема између „нових“ јавних друштава и постојећих приватизованих „отворених“ друштава.

Што се тиче тзв. мањинских акционара, критеријуми трчетвртинске већине од укупног броја акција са правом гласа и неактивности трговања, али и обавеза откупа од несагласних акционара би требало да обезбеди довољну заштиту. Истина, тешко се може обезбедити равноправна позиција мањинских акционара, нарочито у условима економске кризе. Такође, у тим временима многи од ових акционара спремни су да продају акције, те се релативно брзо може „природним путем“ смањити број акционара. Тада се лакше може донети трчетвртинска одлука и откупити акције од несагласних акционара. Међутим, у том случају препреку представља обим трговања, који за извесно време може одложити могућност доношења наведене одлуке, због „активног“ трговања конкретном акцијом.

С друге стране, при доношењу одлуке о повлачењу акција, несумњиво је неопходно заштитити и власнике дужничких хартија од вредности отвореног (будућег јавног) друштва. Компанијске обвезнице нису представљале чест облик финансирања отворених друштава (нпр. Тигар, Телефонија). Ипак, тај број се може повећати имајући у виду прелазни период до ступања новог закона на снагу. У вези са тим, према одредби чл. 70 Предлога својство јавног друштва може престати након достављања одговарајућих доказа Комисији да на крају било које наредне календарске године, након оне у којој је успешно извршена јавна понуда хартија од вредности тог друштва, јавно друштво има мање од 100 власника класе дужничких хартија од вредности које су биле предмет јавне понуде. Ради заштите ових лица, потребно је прописати да она имају право да захтевају да друштво од њих откупи дужничке хартије ако нису сагласна да и даље буду повериоци друштва чије се дужничке хартије искључују са регулисаног тржишта, јер би по основу такве одлуке опала ликвидност тих хартија, а тиме и вредност по којој би она могли да их продају другим лицима.

Коначно, одређивање појма јавних друштава, питање престанка њиховог статуса, односно дефинисање услова за повлачење акција са регулисаног тржишта, односно МТП, требало би посматрати и са аспекта степена развоја нашег тржишта, нивоа корпоративног управљања и постојеће власничке структуре акционарских друштава. То се нарочито односи на неопходност одржавања континуитета постојећег тржишта хартија од вредности. Наиме, неопходно је имати у виду и тренутни обим трговања и приходе учесника на тржишту финансијских инструмената који се не могу сматрати великим. Ово нарочито ако се има у виду поштравање услова за оснивање односно наставак пословања инвестиционих друштава (садашњих брокерско-дилерских друштава). Такође, поставља се и питање колико ће преостати јавних друштава у које ће моћи да улажу инвестициони фондови, пензиони фондови и осигуравајућа друштва, што је предуслов испуњавања нове „мисије“ која им је код нас пре неколико година додељена и што је предагач ЗТК навео као један од разлога за усвајање новог закона.

**Dobrosav MILOVANOVIĆ, PhD**

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

## **NEW SOLUTIONS OF THE PROPOSAL OF LAW ON CAPITAL MARKET**

### **Summary**

*The author discusses the reasons for the development of the capital market. By analyzing the method and degree of harmonization with EU directives, he points to the need to respect the existing legal and economic environment in Serbia and the current problems in the EU. The author points out that in terms of designing the Proposal of Capital Market Law it is not fully visible in-depth understanding of positive and negative effects of the adoption of new solutions for the financial markets and on a larger scale.*

*Author devotes special attention to problems in relation to establishing the authority of the Commission for the Securities as delegated. Finally, the author analyzes the problems of defining the concept of a public company, the exclusion of securities from the regulated market, as well as termination of the status of a public company.*

**Key words:** *capital market, public companies, EU directives, Securities Commission.*

мр Милош ЈАНКОВИЋ  
директор у УББ Београд \*

## АНТИКРИЗНА РЕГУЛАЦИЈА И ВЛАДАВИНА ПРАВА НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА

„Закон који се не поштује  
штетнији је од закона  
кога нема.“

Борислав Пекић

### Резиме

*У овом раду аутор разматра развој законодавства, у време Велике дејресције у САД, 1929–1933. године и повраћај економије дејресције, кроз савремену глобалну кризу од 2008. године, са напласком на актуелне корениите реформе регулације тржишта капитала, посебно у најразвијенијим земљама света.*

*Српско тржиште капитала се посматра у процесу развоја и кризе, трансформације, модернизације, потребе реформисања и обнове, кроз јачање државне регулације – хармонизацију законодавне базе и система надзора и санкција за кршење права.*

*Констатирају се круцијалан утицај метода приватизације на модел регулације тржишта капитала. Аутор закључује да домаће право тржишта капитала одликује неинтранспарентношћу, неефикасношћу и недоследношћу системској кризи у изрази регулаторног оквира.*

**Кључне речи:** тржиште капитала, финансијске кризе, регулација, закони, владавина права, санкције.

---

\* Четврти председник Комисије за хартије од вредности и финансијско тржиште.

## I Уводне напомене

Актуелност теме повезана је са великом кризом страних и домаћег тржишта капитала, као и економија у целини, што захтева опсежне реформе.

Постављају се питања адекватности законодавне базе, регулаторних органа и судске праксе поводом кршења права и интереса свих учесника на финансијском тржишту – емитената, инвеститора, акционара, професионалаца и финансијских институција.

Реалност тржишта капитала је таква да се учесници налазе пред сталним избором: радити поштено, по правилима закона или брзо доћи до профита, противзаконитим путем.

Упоредна анализа показује да изузетан значај има сарадња државних органа – финансијских регулатора, извршне и судске власти – у процесу откривања случајева противправног деловања, кршењем закона и пословне етике на тржишту капитала. При томе су оцена учињене штете и кривична одговорност у центру пажње.

Међу инвеститорима влада убеђење да на тржишту капитала (од запада до истока) постоје конфликти интереса, инсајдерске информације и манипулације.

## II Велике финансијске кризе – корените реформе тржишта капитала

Историја потреса на финансијским тржиштима показује да је интензитет кризе одређивао квалитет регулације тржишта капитала за долазеће доба.

Модели тржишта хартија од вредности, као део финансијских тржишта, разликују се у развијеним земљама. Однос банкарских кредита и хартија од вредности као инструмената финансирања одређује и природу финансијских система. Тако САД, Велика Британија, Аустралија и све англосаксонске земље почивају на систему тржишта хартија од вредности, док Немачка, Италија, Јапан и друге континенталне земље финансијски систем базирају на банкама.<sup>1</sup>

Сложене структуре тржишта хартија од вредности (бројни инструменти, разноврсне институције, механизми и регулација) захтева и одговарајућу нормативно-правну регулативу. О настанку овог тржишта и његове регулативе, у савременом смислу, може се говорити од 24. окто-

1 Дејан Шошкић, Бошко Живковић, *Финансијска тржиштина и институције*, Београд, Економски факултет, 2006.; [www.sec.gov.rs](http://www.sec.gov.rs); [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu).

бра 1929. године када је Велика депресија почела сломом финансијског тржишта у САД и током четири године пренела се на цео свет, посебно на велике европске земље (Немачка, Велика Британија). У Немачкој је незапосленост износила 6 милиона људи (25% од укупно запослених), у Великој Британији индустрија и извоз остали су у депресији све до Другог светског рата. Требало је 25 година да тржиште хартија од вредности САД достигне предкризни ниво, а исто толико у Великој Британији да успостави своје тржиште хартија од вредности.

## 1. Велика депресија 1929–1933.

Махинације у финансијској сфери САД заснивале су се на пирамидалним шемама, да би кулминирале берзанским сломом, који слови као црни четвртак. Тих дана царовали су паника и ужас на финансијским тржиштима, односно невиђена експропријација власника акција. Економија је стрмоглаво клизила низбрдо (пропаст фирми, незапосленост, мртви градови, невраћање дугова, морална криза и злоупотребе као масовна појава).

У пролеће 1933. године нови председник САД постао је демократа Френклин Делано Рузвелт (скраћено ФДР), који је извео земљу из Велике депресије. Посебно се уважава његова снага да је деценију раније, због тешке болести, био прикован за инвалидска колица, мање се кретао и у целини је био концентрисан на рад. У првом од сто дана донете су многе „пожарне мере“, а сипали су нови закони као из кабла. Народ је видео светлост на крају тунела. „Нови курс“ је значио раскид са приступом *laissez faire* (немешање државе у тржиште) и прелаз на активну државну регулацију.

То се подударило са теоријом Кејнса, који је после једног сусрета са Рузвелтом изјавио: „Ја сам мислио да председник треба да је економски писменији.“

Велике историјске поуке нам даје Рузвелтова Америка. Показује се значај активне борбе са кризом, кроз системски и организован приступ, постављање правних темеља регулације и развоја тржишта капитала. Што је притисак економске кризе и депресије био већи, утолико су закони тржишта капитала били студиознији и дуговечнији. Сматра се да је председник Рузвелт дао и назив УН при формирању организације уједињених нација 1. јануара 1942. године, када се 26 земаља зарекло да ће победити Силе осовине (Немачку, Италију и Јапан). У истом периоду светска економска криза ствара пут за долазак Хитлера на власт у Немачкој, који мобилише привреду за Други светски рат.

Слободно се може рећи да је савремена регулација тржишта хартија од вредности у САД, постављена управо 30-их година прошлог

века, као двостепена. Први ниво – државна регулација, преко Комисије за хартије од вредности и берзе, и други ниво – саморегулација берзи и других учесника овог тржишта.

Раније су, управо, искључиво берзе контролисале тржиште хартија од вредности. У појединим државама САД, након великих махинација и афера донети су „закони плавог неба“, с циљем заштите инвеститора од несавесних дилера који су им нудили акције као „чисто небо“. Ти закони појединих држава нису били ефективни, коначно берзански бум завршен је највећим крахом. Тада је председник Рузвелт (у оквиру „Новог курса“), после неколико неуспешних верзија закона, позвао свога старог пријатеља, професора са Харварда Феликса Франкпуртера, који је са тимом својих бивших студената, за само неколико дана, потпуно прерадио ранији предлог и у мају 1933. године Америка је добила Закон о тржишту хартија од вредности. Овај акт је фокусиран на примарно тржиште – емисију хартија од вредности и идеју транспарентности информација ради заштите инвеститора. Регулација на основу обавезног обелодањивања информација, при томе не ставља се обавеза на законе да сачувају инвеститоре од ризика губитка улагања у хартије од вредности. Таква гаранција практично није реална и супротна је самој природи тржишта. Дакле, овим законом инвеститори су добили адекватну и истиниту информацију о емитенту и гарантовану правну заштиту, у случају нечасних операција на тржишту капитала. Интересантно је да је принцип обелодањивања информација, који је чинио основу америчког закона из 1933. године пренет у Западну Европу тек после пола века, са доношењем директива ЕУ и активности на хармонизацији закона с циљем формирања јединственог тржишта капитала ЕУ. Закон је, даље, предвиђао компетентност професионалних учесника на бази лиценцирања, захтев за ликвидношћу за трговину хартијама од вредности, као и механизме принуде у спровођењу закона у живот и успостављање владавине права.

Само годину дана касније (1934) донет је Закон о финансијским берзама, који уводи државну регулацију на секундарном тржишту, кроз регистрацију професионалних учесника на федералном нивоу – у новоствореном органу – Комисији за хартије од вредности и берзе (*SEC*). Први председник Комисије био је Џозеф Кенеди (отац каснијег председника САД Џона Кенедија). Овим Законом предвиђене су санкције против инсајдера и награде онима који помогну Комисији да открије инсајдера. Бројни су примери (из праксе *SEC*) манипулација, истрага и санкција.

Делује просто невероватно: у највећој Светској економској кризи у историји, постављено је законодавство тржишта хартија од вредности, које је уз ситније поправке егзистирало преко осам деценија – до садашње Глобалне кризе финансијских тржишта.

Поправке ових закона састојале су се у образовању Корпорације за заштиту инвеститора од банкротства брокерско-дилерских фирми (1970), поштравања санкција против појединих чланова берзи (1975) и против инсајдера (1980) – Комисија је овлашћена да конфискује не само профит од инсајдерских информација, већ казна може бити троструко већа, а затворска казна до 10 година.

Након великих корпоративних скандала (Енрон и др.) 2002. године са учешћем ревизора – лажни извештаји, донет је Закон о реформи система извештавања јавних компанија и заштити инвеститора. У случају фалсификовања ових извештаја затворске казне су повећане до 20 година, казне за правна лица до 25 милиона \$, а за физичка лица до 5 милиона \$.

Закон је дао већа овлашћења Комисији за хартије од вредности и берзе и повећао захтеве према ревизорима и менаџерима компанија. Постоји изрека да криза открива оно што је ревизорима промакло.

## 2. Савремена финансијска криза (2008–)

У савременим економијама појавили су се проблеми карактеристични за Велику депресију 30-их година прошлог века. Савремене тенденције развоја везане су за последњу деценију прошлог века, када је дошло до колосалног успона светских тржишта хартија од вредности, уз велике институционалне промене, појачану глобализацију, конкуренцију, либерализацију, децентрализацију, технолошке иновације и секјуритизацију.<sup>2</sup> Секјуритизација је довела до повећане улоге институционалних инвеститора (инвестициони фондови, осигуравајуће компаније, пензиони фондови), на које је, уочи актуелне Светске кризе од 2008. године (која још траје) отпадало више од половине укупног светског тржишта капитала. Актуелни слом тржишта хартија од вредности захтевало је измене и корените реформе у системима регулације финансијских тржишта и нове услове за регулативно-надзорне органе. Председник Барак Обама истиче да је реч о највећим реформама после 30-их година прошлог века (Програм од 1.500 страна).<sup>3</sup> Он је у свој Саветодавни одбор за економски опоравак укључио Пола Вокера, бившег председавајућег Одбора за федералне резерве и Била Доналдсона, некадашњег директора Комисије за хартије од вредности и берзе.

Пред САД су огромни проблеми. За две године више од седам милиона људи је изгубило посао услед најдубље рецесије. „Били смо на рубу друге Велике депресије, претрпели смо ужасну кризу, али ћемо обуздати злоупотребе и лобисте“ – изјавио је Обама.

2 Јозеф Стиглиц, *Противуречности глобализације*, Београд, 2002.

3 Барак Обама, „Корените реформе финансијског сектора“, *Банкарство*, 1–2, 2010.



Нарочити значај имају промене регулативе које се тичу трговине хартијама од вредности, уз инсајдерске информације и манипулације на тржишту. У САД су 80-их година прошлог века донета два закона ради спречавања инсајдерске трговине, уз повећање износа санкција (стотине милиона долара) и затворских казни (до 10 година).

*Евројска унија* је 1998. године донела Директиву о трговини уз коришћење инсајдерских информација са повећањем казни, с обавезом националних законодавстава чланица да исте инкорпорирају. У 1998. години ОЕЦД је усвојио Принципе корпоративног управљања, као међународне стандарде.

У земљама ЕУ (Велика Британија, Шведска, Данска, Норвешка, Финска и Мађарска) Аустралија, Сингапур, Канада, Јужна Кореја и Јужноафричка Република спровели су реформу регулаторног система стварањем једног регулатора свих финансијских институција (банке, осигурања, брокера, пензиони и други фондови).

У најкраћем, наводимо неке специфичности савремених система регулације тржишта хартија од вредности у Великој Британији и Немачкој.

Реформа система регулације целог финансијског сектора *Велике Британије* довела је до обједињавања у један орган све досадашње регулаторне функције појединих тела. Тако је Законом о финансијским услугама и тржиштима 2000. године, настао мегарегулатор Управа за финансијске услуге.

Законом су дефинисане обавезе мегарегулатора: да обезбеђује поверење у финансијски систем земље, да помаже становништву у бољем разумевању финансијског система, да обезбеђује већу сигурност за инвеститоре и смањује могућност кршења закона, обезбеђујући владавину права.

Мегарегулатор наведене задатке остварује (са око 2.300 запослених) лиценцирањем учесника тржишта, увођењем стандарда капитала, контролом и сталним мониторингом њихове делатности, вођењем база података, информисањем инвеститора о могућим механизмима инвестирања, стварањем механизма компензације за инвеститоре и сталне контроле спровођења закона у живот. Жестокe санкције (затвор до 7 година и накнада добијеног профита) предвиђене за инсајдере (директоре компанија, супруге, децу, као и за државне чиновнике који поседују информације од утицаја на цену хартија од вредности).

Нормативно-правна основа тржишта капитала *Немачке* заснивала се на Закону о берзама и Закону о трговини хартијама од вредности, што су били закони-узори и за српске законописце. Познати су по државном комесару (Министарство економије) на берзи, као и де-

централизованог регулације по појединим регијама. Законом о трговини хартијама од вредности (1994) створен је савезни орган – Савезна Комисија за тржиште хартијама од вредности (запошљава око 140 људи) и формално је главни орган државне контроле, док паралелно и даље делује специјални орган регије.

За разлику од америчке Комисије (SEC), Немачка комисија остварује општи надзор на тржишту и поштовање законодавства, али нема овлашћење да спроводи истраге. За инсајдерске информације казне су до 5 година затвора. Захваљујући контроли и дисциплини у Немачкој није било великих скандала на тржишту хартија од вредности, али су плаћене велике казне.

У Немачкој је (2002) Законом о интегрисаном систему финансијског надзора створен јединствен мегарегулатор финансијских институција (са око 1.000 запослених).

Исте године донет је и Закон о развоју финансијског тржишта, са јачањем заштите инвеститора, повећање транспарентности и мерама за кршење закона (за манипулације на тржишту казне до 1,5 милиона евра). Коначно, савремено немачко законодавство тржишта хартија од вредности у неким сегментима показује супериорност у односу на америчко.

### III Усавршавање регулативе у Србији

Два позната закона (о хартијама од вредности и берзама), Србија је донела у последњој деценији прошлог века (1989) који су дали правну основу за обнову и развој тржишта хартија од вредности и Београдске берзе.

Важећи Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, усвојен 2006. године, није укључио пет директива Европске уније, које су већ биле донете закључно са 2003/2004. годином, и то:

- Директива о шемама заштите инвеститора (1997),
- Директива о трговању на основу инсајдерских информација и о тржишним манипулацијама (2003),
- Директива у вези са информацијама садржаним у проспекту и објављивањем проспекта (2003),
- Директива о тржиштима финансијских инструмената (2004),
- Директива о хармонизацији захтева за транспарентност у вези са информацијама о издаваоцима чије су хартије од вредности примљене на регулисано тржиште (2004).

Сада се пред усвајањем у Скупштини Републике Србије налази нови предлог Закона о тржишту капитала, који треба да хармонизује нашу регулативу са ЕУ и прилагоди је достигнутом економском-финансијском развоју тржишта. У међувремену, у заглашујућој буци „уста пуних реформи“ завршен је процес приватизације (нови власници компанија постали су купци, али и најамни радници – НИС са око пет милиона акционара). Држава је, по систему земљотреса, по ниским ценама продала предузећа, вреднујући их са становишта потенцијала бизниса, док су купци иста посматрали као имовину, а фирме су ликвидирали. Према подацима Агенције за приватизацију раскинут је сваки четврти уговор, па иста признаје да је приватизацију требало спроводити уз много строже критеријуме и контроле. Наводи се да је само један купац приватизовао 17 фирми, од којих је 10 уговора раскинуто! Држава је од приватизације обезбедила приход од око три милијарде евра, што је мање од преузетих дугова и социјалних давања. Сваки трећи запослени у тим предузећима остао је без посла, предузећа су продавана на рате, а имовина је отуђивана пре коначне отплате.

Примењивани модел приватизације директно је утицао на модел регулације тржишта капитала у Србији. Резултати су изостали, а очекивања изневерена. Прогнозе напретка нису охрабрујуће. Страни инвеститори траже велике субвенције државе и преферирају азијски регион са процењеним највишим стопама раста (Кина – 11% годишње).

Обављене су бројне трговачке трансакције (тржиште капитала чак постаје и државни магацин), хартије од вредности као финансијски инструмент су постале готово без вредности, поборници концепције економског либерализма позивају на државну помоћ и интервенцију из дефицитног буџета, стаје привредна активност, расте незапосленост и бесперспективност. Регулатори тржишта хартија од вредности раде без граница – са истеклим мандатом и поднетим оставкама. Комисија за хартије од вредности уз пуну сарадњу са министарствима, тужилаштвом и судовима, треба да чува интегритет тржишта капитала и заштиту инвеститора. Како, онда, уз законе, како се наводи, „с рупама“ и мала овлашћења Комисије, обезбедити владавину права на тржишту капитала, на коме тржишни учесници имају свој легитимни циљ: профит, ако фирме уопште преживе актуелну кризу?<sup>4</sup> Ако се нови Закон о тржишту капитала усклади са међународном праксом, треба обезбедити његово делотворно спровођење. У годишњем извештају ЕУ најнижа оцена дата је развоју тржишта капитала у Србији, а Светски економски форум сврстава Србију на 137. место од 139 земаља по заштити малих акционара.

4 Инспирација према: Мирко Васиљевић, *Беседе*, Београд, Правни факултет, 2011.

Конечан економски резултат рада сваког регулатора тржишта капитала мери се обимом инвестиција, ликвидношћу тржишта, величином актива у хартијама од вредности, снижењем волатилности. Правно посматрано резултат је поштовање закона, заштита инвеститора и владавина права у интересу државе, корпорација и грађана.

Да ли ће даљи развој и регулација тржишта капитала ићи „осрпски“ или „рузвелтовски“? Да ли ће међународно искуство борбе са инсајдерским информацијама и малверзацијама и заборављена добра традиција бити одговор на последице велике кризе?

#### IV Уместо закључка

Повратак економске депресије и актуелна Светска криза 2008. године, отвориле су стара питања на нов начин, која захтевају нове одговоре. Антикризна регулација тржишта капитала и обезбеђење владавине права, како је показала историја највећих финансијских криза, представљају *sine qua non* даљег развоја овог тржишта.

Са посматране историјске дистанце, фасцинира енергија и поштовање струке, од стране бившег председника САД Рузвелта, у борби за интересе своје државе, бизниса и грађана.

Честе измене закона и закаснела хармонизација новог српског закона о тржишту капитала са директивама Европске уније, стварају простор за „слободно“ понашање учесника на тржишту и губитак поверења инвеститора.

Сprovedена приватизација предузећа дала је ефекте испод очекиваних и одредила модел регулације тржишта хартија од вредности. Улога и статус регулатора тржишта капитала и међусобна сарадња државних органа треба да допринесу подизању нивоа ефективности и владавине права.

Mag. Miloš JANKOVIĆ  
Director in UBB Belgrade \*

## ANTI-CRISIS REGULATION AND THE RULE OF LAW IN THE CAPITAL MARKET

“The Law that is not respected  
is more detrimental than the  
Law that does not exist.”

Borislav Pekić

### Summary

*In this work the author considers the development of the legislature, in the time of the Great depression in the USA, 1929–1933 and the return of the depression economics, through the modern Global financial crisis of 2008 with an accent on the current thorough reforms of the capital markets regulation, especially in the most developed countries.*

*The Serbian capital market is viewed in the process of development, transformation and modernization, the need for reform and renewal through the strengthening of government regulation, harmonization of the legislative base and the oversight system as well as sanctions for policy violation.*

*The crucial influence of the privatization model on the model of capital market regulation is noted.*

*The author concludes that the domestic capital market law is characterized by the lack of transparency, inefficiency and the lack of a systematic approach to the creation of a regulatory framework.*

**Key words:** capital market, financial crisis, regulation, laws, rule of law, sanctions.

---

\* The fourth President of the Republic of Serbia Securities Commission.

др *Нага* ТОДОРОВИЋ  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ИНДИВИДУАЛНИ ИНВЕСТИТОРИ НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ

### Резиме

*Груписање инвеститора према финансијским и психолошким карактеристикама врши се у научне и маркетиншке сврхе. Упознавање финансијској менталитету индивидуалних инвеститора значајно је због предвиђања њиховог понашања у будућности и стабилности финансијској тржишту. Инвеститори на финансијском тржишту преузимају две врсте ризика: ризик повраћаја капиталала и ризик најлаше прихода који доноси власман капиталала.*

*Финансијске одлуке индивидуалних инвеститора везане су за одређене фазе животног циклуса. Емпиријске анализе базирају се на три велике групе индивидуалних инвеститора: промишљени (рационални), непромишљени (нерационални) и пасивни инвеститори. Са повећањем прихода инвеститора повећава се и рационалност, јер су у могућности да добију поуздане информације о тржишту и да их укључе у одлуке о инвестирању. Непромишљени инвеститори остварају нове могућности за оне који брзо реају на такво понашање и извлаче из тога финансијску корист, а то покреће финансијско тржиште. Оптимизован модел понашања индивидуалних инвеститора своди се на избор диверзификованог портфела хартија од вредности.*

**Кључне речи:** *финансијско тржиште, рационални инвеститори, инвеститори на маргини, диверзификован портфел.*

Савремена финансијска тржишта изложена су процесу глобализације и институционализације. Стварање глобалног финансијског тржишта и јачање улоге моћних професионалних инвеститора (инвестициони фондови, пензиони фондови, осигуравајуће куће), потиснули су у други план индивидуалне инвеститоре. Овај рад представља покушај да се расветли финансијски менталитет појединаца када доносе одлуке о инвестирању.

Претпоставка економске теорије је да су појединци као произвођачи и потрошачи рационални и да уз најмање могуће трошкове остварују највеће могуће ефекте (приносе). У економској стварности они приликом доношења финансијских одлука одступају од принципа рационалности. Економија понашања представља један оптималан спој економије и психологије и изражава настојање економиста да укажу на несавршеност људског размишљања, као и на финансијске и психолошке карактеристике инвеститора.<sup>1</sup>

Инвеститори на финансијском тржишту преузимају две врсте ризика: ризик повраћаја капитала и ризик наплате прихода који доноси одговарајући пласман капитала. Они се на финансијском тржишту налазе у улози повериоца, наспрам свих осталих учесника који имају статус дужника. Управо зато и постоји потреба да се обезбеди висок ниво заштите њихових интереса од могућих злоупотреба и превара, кроз информисаност инвеститора и ефикасну правну регулативу. Постојање ове заштите не искључује појединачну одговорност инвеститора за ризик сопствене одлуке о улагању капитала.

Финансијске одлуке индивидуалних инвеститора везане су за одређене фазе животног циклуса. Прва значајнија инвестициона одлука за већину појединаца тиче се образовања, инвестиције у „хумани капитал“. Финансијска снага коју већина људи поседује током првих година запослења је снага зарађивања која потиче од њихових квалификација. Највећи финансијски ризик у овом животном добу је ризик због болести и разних врста повреда. Због тога се и улаже у области осигурања за случај радне неспособности, или смрти.

Следећа важна инвестициона одлука индивидуалног инвеститора је куповина куће, односно решавање питања становања. Појединцима поседовање куће у власништву пружа сигурност и личну независност. У неким земљама постоји традиционално укорењена жеља за поседовањем кућа у власништву (Велика Британија). Постојање сталне тежње у свети људи за поседовањем сопственог дома, доприноси увећању богат-

1 Херберт Симон, један од оснивача економске психологије, је сматрао да се на људе не сме гледати као на оне који максимизирају, већ само задовољавају своје потребе. Они су према томе ограничено рационални, јер доносе одлуке за које сматрају да су довољно добре. Види: N. Gregory Mankiw, *Основе економије*, МАТЕ, Загреб, 2006., стр. 489.

ства у друштву, омогућава родитељима да обезбеде своју децу, стимулише жељу за независношћу, што је основ једног слободног грађанског друштва.

Емпиријска истраживања су показала да тек у средњим годинама живота, када се акумулира нека уштеђевина код појединаца, инвестирање се помера са људског на финансијски капитал. У том животном циклусу инвеститори су спремни да преузму ризик на портфељ и да се отисну на финансијско тржиште, посебно тржиште капитала, како би повећали своје очекиване стопе повраћаја. Са приближавањем пензије склоност ризику се смањује.

Теорије о животном циклусу баве се планирањем животног циклуса, и предвиђањем понашања појединаца у области доношења одлука о инвестирању и уштеда у домаћинству. У свету је настала читава једна индустријска оператива која пружа личне финансијске савете. Тако се као инвеститори на тржишту капитала могу појавити лична старатељства (*personal trusts*) која настају када појединац преноси власништво на друго лице, или институцију која управља тим власништвом. Повереник је обично банка, адвокат или професионалац за ову врсту инвестирања. Повереничка одговорност менаџера личних старатељстава обавезује их на инвестирање са што мање ризика у односу на инвестирање индивидуалних инвеститора.<sup>2</sup>

Теорија о животном циклусу нарочито је нашла примену код индивидуалних инвеститора (штедиша) на америчком финансијском простору. Нека емпиријска истраживања показују да се штедише у САД понашају у складу са теоријом о животном циклусу, што подразумева рационално понашање. Преовлађују две групе штедиша. Једни су стварни потрошачи који троше све своје тренутне приходе и понашају се нерационално, док други пажљиво планирају потрошњу, понашају се у складу са теоријом о животном циклусу, рационално.<sup>3</sup> Богатији појединци су се углавном понашали рационално. Теорија о животном циклусу није у свим земљама нашла примену као у САД, већ су у пракси приметна одступања од финансијског планирања животног циклуса.

## **I Неке емпиријске студије о групама индивидуалних инвеститора на финансијском тржишту**

Груписање инвеститора према финансијским и психолошким карактеристикама врши се у научне и маркетиншке сврхе. Практични

2 Zvi Bodie, Alex Kane, Alan J. Marcus, *Essentials of Investments*, 1995, стр. 89.

3 Опширније о моделу понашања потрошача сагласно теорији о животном циклусу види: J. Y. Campbell, N. G. Mankiw, „The Response of Consumption to Income: a cross-country investigation“, *European Economic Review*, 1991, 35(4), стр. 723–767.



ефекти груписања индивидуалних инвеститора огледају се у могућности предвиђања њиховог понашања у будућности.

Ефекти примене мера макроекономске политике (промена каматне стопе) могу бити различити за одређене категорије индивидуалних инвеститора. Зато је битно за стабилност укупног финансијског тржишта и пројектовање финансијске будућности упознати финансијски менталитет индивидуалних инвеститора. Разумевање финансијског профила индивидуалних инвеститора значајно је и са становишта предвиђања политичких превирања (политички избори).

Подаци о понашању индивидуалних инвеститора добијају се на основу емпиријских истраживања, путем интервјуа, анкета, и они имају ограничену примену будући да указују само на неке могуће правце доношења финансијских одлука. Отежавајућа околност за прикупљање ових података је што се то тумачи као задирање у приватност. Економске анализе углавном се базирају на три врсте индивидуалних инвеститора: промишљени (рационални), непромишљени (нерационални) и пасивни инвеститори.<sup>4</sup> У пракси, како се повећава приход појединаца као инвеститора, они постају рационални јер су у могућности да добију поуздане информације о тржишту и да их укључе у одлуке о инвестирању.

Непромишљени инвеститори дестабилизују финансијске токове на тржишту капитала (негативан ефекат на будући приход од акција). Пасивни индивидуални инвеститори регрутују се из средњег staleжа који има просечна примања, и они нису присутни значајније на тржишту капитала. За потребе овог рада биће презентиране неке емпиријске студије које уочавају различите типове индивидуалних инвеститора на финансијском тржишту.

Према британском истраживању, индивидуални инвеститори према финансијској снази сврстани су у четири групе:

- апатични минималисти,
- финансијски збуњени,
- сакупљачи капитала,
- опрезни, обазриви инвеститори.

Узорак је обухватио око 1.400 учесника, и 42% су апатични минималисти, 16% финансијски збуњени, 10% су сакупљачи капитала, 32% су опрезни инвеститори.<sup>5</sup> За учешће на финансијском тржишту од значаја су последње три групе.

4 M. Kelly, „Do noise traders influence stock prices?“, *Journal of Money, Credit, and Banking*, 1997, 29(3), стр. 351–363.

5 Karl-Erik Wärneryd, *Stock-Market Psychology, How People Value and Trade Stocks*, 2001, стр. 268.

Сакупљачи капитала су били мушкарци који живе у брачној заједници, старости преко 50 година, имали су високо образовање, високе приходе и били врло склони штедњи. Поседовали су значајна финансијска средства и нису имали аверзију према ризику приликом инвестирања. Акције за њих нису биле привлачне. Опрезни инвеститори живели су сами, имали су стечено образовање, старости око 30 година, радили су као менаџери са високим примањима и преферирали сигурну штедњу и улагање у пензионе фондове. Финансијски збуњени инвеститори имали су ниже приходе, ниже образовање, али су у свом портфељу поседовали акције добијене од приватизације.

Анализом података из ове емпиријске студије може се закључити да се међу индивидуалним инвеститорима налазе појединци са значајним финансијским капиталом и дугорочним циљевима, али да они нису превише спремни да се појаве као инвеститори на тржишту капитала. Категорија која је окарактерисана као финансијски збуњени данас је највише присутна у земљама транзиције, поготову код нас после извршене приватизације друштвених предузећа.

За финансијска тржишта посебно су значајни индивидуални инвеститори са високим приходима. Они се према емпиријским истраживањима могу класификовати у неколико група:

- опрезне штедише са диверзификованим улагањима у акције и обвезнице;
- агресивне штедише са диверзификованим улагањима у акције без обвезница;
- штедише везане за уговоре, који су оптерећени кредитима и дуговима, које отплаћују а имају незнатна улагања у акције и обвезнице;
- штедише са аверзијом према пензији, то су већ пензионисани или они који живе сами – они имају широк портфељ са малим улагањима у осигуравајуће куће и пензионе фондове.

Истраживања финансијског менталитета приватних инвеститора у Немачкој резултирала су издвајањем седам група инвеститора:<sup>6</sup>

- професионалац стручњак, остварује високе приходе, спреман на ризик, сигуран у себе;
- пробирљив (захтеван), упућен у финансије, ангажује професионалне стручњаке, није склон ризику, више улаже у конкретно власништво и хартије од вредности с фиксним приходом;

---

6 Karl-Erik Wärneryd, *нав. дело*, стр. 272.

- играч – плејер, склон ризику а нема покриће у капиталу, улаже у акције без савета финансијских стручњака и склон задуживању;
- суздржан – има високе приходе и велику аверзију према ризику, оријентише се на конкретно власништво и хартије од вредности с фиксним приходом;
- регуларан штедиша – ревносно штеди иако остварује мале приходе, прихвата савет финансијских стручњака, обично чува новац на рачунима банака;
- приморан – има интересовања за инвестирање, али нема довољно капитала, ликвидност му је основни проблем;
- резигниран – он за разлику од свог партнера из претходне групе нема никакву идеју о улагању новца, јер се бори са ликвидношћу.

Емпиријске студије које су настале као резултат истраживања финансијског менталитета немачких индивидуалних инвеститора упућују на неколико закључака. Међу индивидуалним инвеститорима у Немачкој постоји једна значајна група која себе не види на тржишту акција. То су сви они који високо вреднују сигурност улагања, који желе већу ликвидност и трагају за конкретним власништвом и једноставним улагањима. На крају, не треба занемарити све оне „приморане“ и „резигниране“ који уопште не размишљају о улагањима, јер немају довољно прихода.

Они који преферирају ризичније пласмане су међу професионалцима и играчима, с тим што професионалци располажу приходима довољним за потребе евентуалних губитака. Међу професионалцима су најчешће директни акционари, а знатан број међу играчима и професионалцима улаже у инвестиционе фондове и хартије од вредности с фиксним приходом, јер на тај начин врше диверзификацију ризика.

## II Инвеститори на маргини

На развијеним тржиштима капитала запажа се једна група индивидуалних инвеститора која улаже у акције тако што позајмљује новац за куповину тих акција, па је то улагање познато као куповина на маргини. Инвеститор се одлучује на празну продају, односно на продају хартија од вредности које не поседује и издаје налог брокеру да позајми акције. Интерес инвеститора заснива се на спекулативним очекивањима, будући да примењује принцип „продај по вишој цени да би касније купио по нижој“. Индивидуални инвеститори очекују од улагања у акције при-

нос или у облику дивиденде или у облику капиталне добити. Капитална добит као принос који произилази из разлике у цени акција може бити резултат куповине акције по нижој цени и њене продаје по вишој цени и то је резултат трговине сопственим хартијама од вредности. Међутим, капитална добит може бити и резултат трговине позајмљеном акцијом и она се заснива на разлици између постигнутог износа цене за продату позајмљену хартију и цене по којој се та иста хартија касније купује да би се затворио круг трансакције.<sup>7</sup>

Учестала куповина на маргини од стране брокера по налогу инвеститора проузроковала је потресе на берзи. Брокерске куће су банкротирале јер је велики проценат плаћања брокерске провизије за позајмице. Индивидуални инвеститори који су предузимали овакве финансијске кораке били су једног дана богати, другог сиромашни. Профит инвеститора може бити велики ако цена позајмљене хартије пада, али је он ограничен, док је губитак неограничен. Неограничени губици изазвани су непромишљеним понашањем инвестора. Ово непромишљено понашање резултат је психолошких карактеристика индивидуалних инвеститора. Инвеститори позајмљују новац да би куповали акције, јер очекују раст њихових цена. Њихов чин куповине подиже цене акција. Куповина од стране једног инвеститора повлачи ланчане куповине и од других инвеститора и та шпекулативна манија преноси се на следећи круг. Већина ових куповина је на маргини, што значи да инвеститори само део дају у готовини, а разлику позајмљују улажући тек купљене акције као залог за куповину. Ово повлачи велики проценат плаћања брокерске провизије за позајмице. Инвеститори очекују да ће велики раст цена акција покрити ове трошкове. У једном тренутку инвеститори схватају да због куповине на маргини не могу да повуку своја новчана средства, како би покрили своје поседовање акција и тржиште како је нагло расло, почиње нагло да пада. Овако може да се заврши прича о индивидуалним инвеститорима који су активни, али непромишљени и који су само тренутно богати, сутра већ могу бити сиромашни.

Да се ова прича из прошлости не би понављала на развијеним тржиштима капитала уводи се одређена регулатива која прати куповине на маргини. Данас се чине покушаји да се маргинални захтеви дефинишу законом и да се забрани куповина од стране брокера по налогу инвеститора, преко одређеног процента тржишне вредности хартије од вредности. Брокери имају активну улогу у одржавању маргиналног рачуна инвеститора и имају обавезу да га обавесте да мора имати минимални износ средстава намењених за позајмљивање хартија од вредности.<sup>8</sup>

7 F. J. Fabozzi, F. Modigliani, *Capital Markets, Institutions and Instruments*, 2003, стр. 113.

8 F. J. Fabozzi, F. Modigliani, *нав. дело*, стр. 113–114.

На великим берзама у свету индивидуални инвеститори нису више запажени по куповини на маргини. Уместо њих, моћни професионални инвеститори издају налоге великим брокерским кућама за куповине на маргини. Подразумева се контрола ових трансакција као и минимално покриће на маргиналном рачуну инвеститора.

### III Индивидуални инвеститори у земљама транзиције

Земље транзиције немају још увек довољно развијена финансијска тржишта, посебно тржиште капитала. „Дубина“ и „ширина“ су два обележја значајна за процену квалитета тржишта капитала.<sup>9</sup>

У земљама транзиције још увек доминирају индивидуални инвеститори, а осећа се и присуство моћних професионалних инвеститора. Карактер процеса штедње и инвестирања у једној привреди опредељује структуре тржишта. Тамо где постоје моћни институционални инвеститори (САД, Велика Британија) доминирају дилерска тржишта, док земље где доминирају индивидуални инвеститори (Немачка) имају брокерска (лицитациона) тржишта. Дилерска тржишта носе већу концентрацију ризика и на њима дилери (маркет мејкери) тргују великим пакетима акција, непрекидно котирајући куповну и продајну цену акција. Брокерска тржишта настоје да обезбеде стабилне цене, тако што захтевају да сви налози међусобно делују, и цене се одређују путем налога клијената. Земље транзиције су се више оријентисале на брокерска тржишта.

Ако бисмо покушали да индивидуалне инвеститоре у земљама транзиције, посебно у Србији, уврстимо у неку од група инвеститора на развијеним тржиштима, онда би тај покушај имао смисла, само би се проценат инвеститора који припадају одређеној групи разликовао од земље до земље.

Општи осврт на структуру индивидуалних инвеститора код нас указује на то да је у питању специфичан финансијски менталитет који је настао као резултат процеса транзиције, корпоратизације и извршене приватизације друштвених предузећа, као и недовољне финансијске едукације. Велики део индивидуалних инвеститора код нас би се могао сврстати у категорију финансијски збуњених која се помиње у британским емпиријским истраживањима. То су они грађани који поседују ниске приходе, имају ниже образовање, а добили су акције из приватизације. Пошто немају потребно знање из области економије и финансија, а недостаје им новац, имају проблем са ликвидношћу. Они

9 „Дубина“ тржишта је својство да прилагоди обимне налоге за куповину и продају уз мало померање цена. „Ширина“ тржишта огледа се у присуству разноврсних инвеститора који имају различита очекивања.

не размишљају о акцијама као имовини која протеком времена доноси приход, већ настоје да се што пре ослободе акција и претворе их у безначајна новчана средства. Ови инвеститори су финансијски збуњени и резигнирани, а свако улагање новца им је страно, јер се боре са голом егзистенцијом.

На финансијском тржишту у Србији постоји и категорија регуларних штедиша и уздржаних штедиша. То су сви они појединци који стрпљиво и дугорочно штеде, али имају аверзију према ризику. Чувају новац у банкама, или улажу у конкретно власништво (некретнине). Међу индивидуалним инвеститорима код нас постоји и категорија као што су играчи (плејери), који преузимају висок ризик без покрића у приходима. То су они који стварају капитал кроз задуживање (кредите) и који се укључују на финансијско тржиште без довољно знања.

На крају, на нашем финансијском простору све се више препознаје категорија индивидуалних инвеститора који би се могли окарактерисати као професионални стручњаци, или као пробирљиви, захтевни. У питању су категорије индивидуалних инвеститора који имају високе приходе и довољно стручног знања. Они су спремни да преузму већи ризик, јер им то приходи дозвољавају. Активни су на берзи и ван ње. Улажу у акције, или у хартије од вредности с фиксним приходом и конкретно власништво. Индивидуални инвеститори из ове групе код нас су већински власници познатих компанија.

#### **IV Постоји ли нешто заједничко у стратегији индивидуалних инвеститора?**

Теоријске анализе и емпиријска истраживања показују да постоје разлике између индивидуалних инвеститора.

Када инвеститори користе све расположиве информације о ценама, хартијама од вредности, каматним стопама, новчаној маси и уграђују их у своје инвестиционе одлуке, кажемо да су они промишљени и да имају рационална очекивања. Оваква инвестициона стратегија индивидуалних инвеститора је пожељан образац понашања. Она доводи до стварања ефикасног тржишта капитала на коме цене хартија од вредности одражавају све расположиве информације.

У стварности код индивидуалних инвеститора преовлађује непромишљено и нерационално пословање. Међутим, и овакво понашање покреће тржиште капитала. Непромишљени инвеститори отварају нове могућности за оне који брзо реагују на такво понашање и извлаче из тога финансијску корист за себе. Они индивидуални инвеститори који брзо реагују на добре вести, а то су непредвиђена повећања у

индикатору економских активности постижу успех на финансијском тржишту. Међутим, индивидуални инвеститори не могу да држе корак са професионалним менаџерима који су задужени да прате све информације и да их одмах уграђују у тржишне цене. Оно што је за појединце који желе да уложе капитал у куповину акције нова вест, за менаџере пензионих, инвестиционих фондова и професионалне трговце на *Wall Street*-у је већ стара вест. Индивидуални инвеститори не могу надмудрити тржиште акција и обвезница, а још мање могу предвидети догађаје који утичу на кретање цена на овом тржишту, као што су хипотекарна криза у САД, земљотрес у Јапану, штрајкови радника у Француској. Међутим, појединци који желе да се отисну на тржиште капитала морају имати представу о економским параметрима који утичу на доношење њихових одлука.

Тржишта акција и обвезница различито реагују на економске индикаторе. Цене обвезница падају на добру вест о економији због инфлаторних очекивања, предвиђених строжих мера Централне банке, док цене акција расту јер доминира очекивање повећања будућих дивиденди. Према томе, цене акција и обвезница се крећу у супротном правцу кад се објави непредвиђена добра вест, осим у случају повољне вести о инфлацији (нижа стопа), када расту цене и акција и обвезница.<sup>10</sup>

На основу свега овога може се закључити да је немогуће предвидети кретање цена хартија од вредности на финансијском тржишту и да су ова тржишта, посебно тржиште капитала, ирационална. На тржишту капитала које се ирационално понаша и на коме је једино извесно да ће цене флукуирати, потребни су рационални индивидуални инвеститори.

Рационални индивидуални инвеститори могу бити пасивни и активни. Пасивни су они који улажу у акције познатих компанија, део свог капитала пласирају у ризичне хартије од вредности, више купују него што продају и на тај начин повећавају свој капитал. Активни су богати инвеститори који систематски улажу у хартије од вредности користећи услуге експерата. Трећу групу чине инвеститори који шпекулишу, немају довољно капитала и купују на маргини да би искористили моме-нат за велику зараду. Њихово понашање носи дозу ризика и може бити непромишљено, али с друге стране и рационално, јер настоје да извуку финансијску корист за себе и да на тржишту увећају свој капитал.<sup>11</sup>

Општеприхваћен модел понашања индивидуалних инвеститора своди се на избор диверзификованог портфеља обичних акција и обвез-

10 Опширније види: Lawrence S. Ritter, William L. Silber, Gregory F. Udell, *Principles of money, banking, and financial markets*, New York, 2004, стр. 619.

11 Karl-Erik Wärneryd, *нав. дело*, стр. 276.

ница. Одабрана стратегија се ослања на теорију „пикада“ која се своди на то да треба купити од свега по мало на тржишту. Лекције из прошлости као што је банкротство *Enron* су довољно pouчне.<sup>12</sup>

**Nada TODOROVIĆ, PhD**

Associate Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

## INDIVIDUAL INVESTORS IN THE FINANCIAL MARKET

### Summary

*The classification of investors according to their financial and psychological characteristics is conducted for scientific and marketing purposes. Getting to know the financial mentality of individual investors is of vital importance if we want to anticipate their future actions and have a stable financial market. The investors on financial market undertake two types of risks: the risk of capital return and the risk of getting profit for the invested capital. The financial decisions that individual investors make are related to certain phases of their life cycle. The empirical analyses have been based on three major groups of individual investors: sound judgment, rational type; deprived of reason or irrational type, and passive type of investors. With the increase of the investors' profit, they become more rational since they are in position to get reliable market information which they will use in making decisions related to their future investments. Irrational investors open new possibilities for those who are prone to act quickly and gain profit from such reactions which, again, stirs the financial market.*

*The generally accepted model of the individual investors' behavior is related to the selection of diversified portfolio of securities.*

**Key words:** *financial market, rational investors, marginal investors, diversified portfolio.*

---

12 Међу корпорацијским скандалима у Европи и Америци *Enron* заузима посебно место. Хиљаде радника је остало без посла и без животне уштеђевине, јер су већи део уложили у акције *Enron*-а које су постале безвредне. То је подстакло Конгрес да расправља о потреби увођења ограничења на количину акција које компаније нуде својим радницима за животну осигурање. Запослени у *Enron*-у су око две трећине своје животне уштеђевине уложили у акције *Enron*-а, које су убрзо изгубиле вредност. Види: N. Gregory Mankiw, *нав. дело*, стр. 588.



др Јасмина ЛАБУДОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ПРОБЛЕМИ ФИНАНСИРАЊА МАЛИХ И СРЕДЊИХ ПРЕДУЗЕЋА

### Резиме

*С обзиром на велики значај који имају мала и средња предузећа у привредном развоју земље и повећању запослености, циљ аутора овог рада био је да представи финансирање ових привредних субјеката након избијања финансијске кризе. У раду је указано на проблеме финансирања малих и средњих предузећа, поштивање услова кредитирања после избијања кризе, ограничења која стоје на путу финансирања, као и на разлике у условима финансирања малих и средњих предузећа и великих компанија.*

**Кључне речи:** *мала и средња предузећа, финансирање, кредити.*

### I Увод

Иако је међу бројним стручњацима постојало чврсто уверење да постојећа регулатива (пре свега Базел II<sup>1</sup>) представља добру заштиту од

1 Базел II је објављен 2004. године. Од 1.1.2007. год. обавезан је за све чланице ЕУ, док је за банке из САД обавезна примена од јула исте године. Велика новина Базела II у односу на Базел I јесте право банака да изабере сопствену методологију за мерење ризика, наравно, уз потврду супервизора (тзв. интерни систем процене ризика – *Advanced Internal Rating-Based*). Интерни методи процене ризика прилагођени су свакој банци и зависе од њене структуре портфолија. Коришћење стандарда Базел II и употреба интерне методе процене ризика требали су да омогуће остварење највишег приноса за дати ниво ризика, што према проценама треба да доведе до

ризика у пословању банака и да неће доћи до финансијске кризе, пракса је показала супротно. Из финансијског сектора криза се брзо проширила на реални, са америчког континента на европски, као и на остатак света. Завладало је неповерење не само на релацији клијент – банка, већ и између банака, као и других финансијских институција. Пооштравање услова кредитирања једна је од последица глобалне финансијске кризе. Те последице рефлектовале су се и на мала и средња предузећа (у даљем тексту: МСП). До избијања кризе, примена Базела II требало је, бар теоретски, да доведе до позитивних ефеката (смањених маргиналних трошкова кредитирања МСП). То је требало да охрабри банке да смање цене и повећају обим кредита МСП. Међутим, криза није имала „милости“, те су се ови привредни субјекти нашли у проблему. Зато су државе предузеле одређени сет мера како би опоравиле привреду.

## II Мала и средња предузећа (појам и значај)

У литератури не постоји нека општеприхваћена дефиниција МСП. Углавном се прихвата дефиниција предвиђена законима који регулишу ову област. Тако је у свим државама.<sup>2</sup> Најчешћи елементи који се узимају у обзир приликом дефинисања су број запослених, укупни приход, вредност имовине, годишњи биланс и сл., с тим што се ови индикатори могу разликовати од земље до земље у зависности од степена њене развијености.<sup>3</sup> Дефиниција МСП може зависити и од врсте делат-

---

ниже минималне стопе потребног капитала. Последица тога је смањење трошкова пословања банке, а у крајњем и снижавање каматних стопа. Удружење банака Србије, *Базел II – Међународна сагласност о мерењу капиталa и стандардима капиталa*, Југословенски преглед, Београд, 2007, стр. X. За стабилност финансијског система у време примене Базела I, сматра се да је разлог период продуженог економског раста који је обезбедио висок профит у свим секторима привреде, па и у финансијском. Mario Tonveronachi, „Implications of Basel II for Financial Stability. Clouds are darker for developing countries“, *BNL Quarterly Review*, Vol. 60, No 241, June 2007, стр. 117. Базелски комитет је крајем 2010. године донео одлуку о увођењу Базела III којим се предвиђа издвајање додатног капитала као обезбеђења од разних финансијских потреса. Међутим, проблем представља недостатак средстава (у питању су стотине милијарди евра како би се испунили стандарди предвиђени Базелом III). Примена Базела III је одложена до 2019. године. Строжа правила су уведена у циљу спречавања државе да интервенише у ситуацији финансијских криза као што је био случај код последње глобалне финансијске кризе. Последица строжих правила биће јача конкуренција, отежани услови за одобравање кредита, што може увећати каматне стопе.

2 Миленко Достић, *Менаџмент малих и средњих предузећа*, Економски факултет, Сарајево, 2003, стр. 23.

3 Занимљиво је да у Русији постоји само дефиниција малих предузећа. Мала предузећа се дефинишу као предузећа до 100 запослених. Међутим, руско право а ни статистика не познају категорију средњих предузећа што отежава поређење

ности коју обавља МСП.<sup>4</sup> Осим тога, додајмо да је врло важно да МСП не смеју да имају монополски положај, не смеју утицати на цене, нити друге субјекте доводити у неповољан положај. Ако би то био случај, не би се могло говорити о МСП и држава би ускратила све облике помоћи које даје таквим субјектима.<sup>5</sup>

МСП представљају врло важан фактор привредног раста у свим економијама. Такав је став и Комисије ЕУ.<sup>6</sup> Њихова је улога кључна у повећању запослености, иновацијама и остваривању прихода. У земљама чланицама ОЕЦД, МСП запошљавају више од половине радне снаге у приватном сектору. У ЕУ МСП чине 99% свих предузећа.<sup>7</sup> МСП настоје да повећају своју профитабилност преко брзог прилагођавања променама на тржишту, што постижу захваљујући својој флексибилности и добром менаџменту. Њима је неопходна и финансијска флексибилност, тј. могућност да брзо дођу до потребних финансијских средстава по разумној цени финансирања како би могли да одговоре на све проблеме и како би се прилагодили неочекиваним променама.<sup>8</sup> Последња криза је врло тешко погодила МСП.<sup>9</sup> Разлози су бројни. Неки

на међународном нивоу. Xavier Barre, *Problems of SME Financing in Russia*, Russian-European Centre for Economic Policy, Moscow, 2005, стр. 4. Због непрецизне законске дефиниције (само на основу броја запослених), руске банке су додале сопствене критеријуме за дефинисање малих предузећа. И овде има разлика. Тако, према неким банкама, мало предузеће је оно које има годишњи обрт до 1,5 милиона \$, према другим до три милиона \$.

4 Комисија ЕУ је донела препоруке како дефинисати МСП. Commission Recommendation 96/280/EC of 3 April 1996 concerning the definition of small and medium-sized enterprises (Text with EEA relevance), *Official Journal* L 107, p. 4–9, of 30 April 1996. Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (Text with EEA relevance), *Official Journal* L 124, p. 36–41, of 20 May 2003. Тако, средња предузећа су она која имају мање од 250 запослених и годишњи обрт до 50 милиона евра, мала предузећа имају мање од 50 запослених и годишњи обрт мањи од 10 милиона евра. Микро предузећа имају мање од 10 запослених и годишњи обрт мањи од 2 милиона евра.

5 М. Достих, *нав. дело*, стр. 24.

6 *The New SME definition – User guide and model declaration*, European Commission, 2005, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme\\_definition/sme\\_user\\_guide\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme_definition/sme_user_guide_en.pdf), 25.3.2011, стр. 5.

7 Чак 91% од укупног броја МСП чине мала предузећа са мање од 10 запослених. OECD, *The impact of the Global Crisis on SME and Entrepreneurship Financing and Policy Responsess, Contribution to the OECD Strategic Response to the Financial and Economic Crisis*, Centre for Entrepreneurship, SMEs and Local Development, 2009, стр. 6.

8 Dorothee Rivaud-Danset, Emmanuelle Dubocage, Robert Salais, *Comparison between the financial structure of SMEs and that of large enterprises (LES) using the BACH database*, European Commission, economic paper, Number 155, Brussels, Belgium, July 2001, стр. 6.

9 То се посебно осетило преко смањене тражње за њиховим производима и услугама. Томе можемо додати кашњење у исплатама што отвара проблем њихове ликвидности и води у инсолвентност.

произилазе из карактеристика малих и средњих предузећа, које су у време кризе посебно дошле до изражаја и постале разлози пропадања и великих губитака. Један од њих тиче се њихове величине. Практично, МСП не могу да смање своју величину како би лакше пребродили кризу, јер су иначе мала (ово би једино могло да важи за средња). По правилу, мала предузећа теже долазе до кредита. С друге стране, банка може одбити одобравање кредита малим предузећима уколико је реч о малим износима, јер су високи трошкови обраде таквих захтева. Даље, њихова активност је мање диверзификована. Слабија капитализација у односу на велике компаније је још једно обележје. Често, МСП немају никакав или врло низак кредитни рејтинг. С обзиром да су им главни извор финансирања кредити банака, настао је велики проблем јер ови привредни субјекти, посебно у време финансијске кризе, немају алтернативу.

Занимљиво је да за време азијске кризе крајем 90-их година ХХ века, велики број МСП није био превише погођен кризом због могућности да се лако преорјентишу на другу врсту производње. То значи да их карактерише флексибилност производног процеса за разлику од великих компанија код којих то није случај.<sup>10</sup> Мањи број МСП је за време азијске кризе пропао, а већи проценат је чак забележио раст.

### III Финансирање малих и средњих предузећа

Банке, тј. кредити банака представљају главни извор екстерног финансирања МСП. Међутим, дешава се да банке нерадо одобравају кредите МСП, па проблем финансирања добија на значају. Разлог за такву праксу се може потражити у томе што остали екстерни начини финансирања МСП имају врло скромну улогу (нпр. тржиште акција),<sup>11</sup> а осим тога присутан је проблем информационе асиметрије, негативне селекције и моралног хазарда. Информациона асиметрија је типично обележје кредитног тржишта.<sup>12</sup> МСП нерадо презентују све информације

10 Нпр. велике компаније у Русији карактерише велики број компанија у већинском државном власништву, са великим социјалним обавезама према запосленима, великим бројем запослених, великим обавезама према држави. Русија је искусила више криза у периоду од краја 80-их година ХХ века до 2004. године, од којих су неке биле системске, а неке више локалног карактера. Наравно, није је заобишла ни последња финансијска криза 2008. године. Олга Александровна Тарасенко, Елена Георгиевна Хоменко, *Банковская система Российской Федерации и ее антикризисное регулирование*, Издательство Норма, Москва, 2009, стр. 158.

11 Robert Cull, Lance E. Davis, Naomi R. Lamoreaux, Jean-Laurent Rosenthal, „Historical financing of small and medium-size enterprises“, *Journal of Banking and Finance*, Elsevier, Vol 30, Issue 11, November 2006, стр. 3021.

12 Многи недостаци тржишта управо извиру из информационе асиметрије. Сматра се да је највећи део привредних активности усмерен на прикупљање информација.

о свом пословању, што ствара проблеме банкама приликом одлучивања о одобравању кредита. Због тога банке зарачунавају више каматне стопе и обично захтевају неки облик обезбеђења отплате кредита (осигурање кредита, залога, хипотека, јемство, меница). Разлог за више каматне стопе је и слабија преговарачка моћ МСП у односу на велике компаније. С друге стране, каматне стопе су обично ниже за ове последње. Генерално, МСП представљају врло важну циљну групу банака јер је реч о врло профитабилном сектору, тј. на њима могу „добро зарадити“.

Када банка нема довољно поузданих индикатора за процену ризика и рејтинга може повећати каматне стопе или може одустати од кредитирања. То за последицу може имати мањи обим инвестиција јер тражња за кредитима води даљем расту каматних стопа. За банке може настати ризик негативне селекције у ситуацији када недовољно прецизно процене ризике (како тзв. добре, тако и тзв. лоше). Последица тога је да за ризике мање тежине наплате вишу каматну стопу, а за веће ризике нижу каматну стопу (због мање премије за ризик). То доприноси да банке имају висок проценат тзв. лоших ризика у својим портфолијима.

С друге стране посматрано, када кредит буде одобрен МСП, њиховим власницима је дат подстицај да преузму ризичније послове. У неким случајевима, одговорност власника је ограничена на износ улога у предузеће, тако да ће проблем моралног хазарда доћи до изражаја јер у случају ликвидације, власници неће претрпети веће губитке. Ако говоримо о предузетнику или ортачком друштву, где власник, тј. ортак одговара целокупном својом имовином (неограничена одговорност), у таквим случајевима мање је простора за морални хазард.

Изградња добрих и дугорочних односа и поверења између банака и МСП представља пут да се олакша добијање кредита. Но, то не мора увек да буде случај.<sup>13</sup> У пракси се дешава да банке ипак обрачунавају високе каматне стопе, што представља ограничавајући фактор раста и пословања МСП.<sup>14</sup> Објашњења за ово заснована су на емпиријским истраживањима,<sup>15</sup> која указују да у првим годинама кредитирања, банке

Између осталог, то чине и кредитори, тј. банке у настојању да утврде ко су солидни корисници кредита, тј. ко ће уредно отплатити одобрен кредит. Џозеф Е. Штиглиц, *Економија јавног сектора*, друго издање, Економски факултет у Београду, Београд, 2008, стр. 83.

- 13 Ово су неки од закључака истраживања спроведених на кредитном тржишту Шпаније. Ginez Hernandez-Canovas, Pedro Martinez-Solano, „Relationship lending and SME financing in the continental European bank-based system“, *Small Business Economics*, Springer, Vol. 34, Number 4, May 2010, стр. 474.
- 14 Timo Baas, Mechthild Schrooten, *Relationship Banking and SMEs – A Theoretical Analysis*, Berlin, January 2005, стр. 5.
- 15 Greenbaum, S., G. Kanatas, I. Venezia, „Equilibrium Loan Pricing Under the Bank-Client Relationship“, *Journal of Banking and Finance*, Vol 13, Issue 2, 1989, стр. 221.

често одобравају кредите МСП по субвенционисаним каматним стопама, а касније то надокнађују кроз више каматне стопе.<sup>16</sup> Најмање трошкове финансирања имају МСП која одржавају кредитне односе са једном банком, с тим што трошкови рапидно расту ако МСП користе кредите више од две банке. Занимљиво је да уколико се однос банке и МСП заснива на поверењу, а не само на дужини односа, резултат таквог односа је већа корист за МСП у смислу јефтинијег финансирања (кредитирања) и лакшег долажења до кредита. Осим тога, истакнимо да бољим условима кредитирања МСП доприноси интензивнија конкуренција између банака.<sup>17</sup> Измене прописа и консолидација банака на тржишту САД 90-их година XX века, нису утицали на смањени обим кредитирања МСП јер је понуда кредита повећана од стране великих банака.<sup>18</sup> Међутим, занимљиво је истаћи да постоје и ставови да се расположивост кредита за МСП смањује када долази до фузије (спајања) банака.<sup>19</sup>

Генерално говорећи постоје два система финансирања: један је примарно заснован на кредитирању од стране банака, а други подразумева друге механизме који конкуришу банкама и који су од њих важнији (финансијска тржишта). Већина МСП у Европи се финансира кредитима банака. У Шпанији, Француској, Луксембургу, Холандији и Португалији користи се и лизинг.<sup>20</sup> У неким случајевима породичне позајмице могу имати важну улогу у обезбеђењу потребних средстава. Сматра се да су зајмови од породице и пријатеља карактеристични више за земље у развоју него за развијене земље.<sup>21</sup> Француска је пример државе у којој је врло заступљен факторинг<sup>22</sup> као начин финансирања МСП. Посао факторинга је, углавном, више заступљен у развијеним

16 Т. Vaas, M. Schrooten, *нав. чланак*, стр. 6.

17 Mariarosaria Agostino, Francesco Trivieri, „Is banking competition beneficial to SMEs? An empirical study based on Italian data“, *Small Business Economics*, Vol. 25, Number 3, October 2010, стр. 335.

18 David Vera, Kazuki Onji, „Changes in the banking system and small business lending“, *Small Business Economics*, Springer, Vol. 34, Number 3, April 2010, стр. 304.

19 Peter S. Rose, Sylvia C. Hudgins, *Банкарски менаџмент и финансијске услуге*, шесто издање, Дата статус, Београд, 2005., стр. 561.

20 Практично посматрано, преко финансијског лизинга МСП је омогућено набављање неопходне опреме слично као и код кредита због плаћања накнаде за лизинг у ратама. Радован Д. Вукадиновић, *Међународно њословно љраво*, посебни део, Институт за правне и друштвене науке и Центар за право Европске уније у Крагујевцу, Крагујевац, 2009, стр. 399. Међутим, чињеница је да лизинг може бити врло скуп.

21 Thorsten Beck, Asli Demircug-Kunt, „Small and medium-size enterprises: Access to finance as a growth constraint“, *Journal of Banking and Finance*, Elsevier, Vol 30, Issue 11, November 2006, стр. 2939.

22 Факторинг представља уговор на основу ког се једна страна, фактор, обавезује да од друге стране, клијента, откупљује недоспела потраживања која клијент има према трећим лицима. Р. Д. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 415.

земљама него у земљама у развоју. Вредност овог посла је према подацима из 2004. год. износила 860 милијарди долара.<sup>23</sup> Преко факторинга, с обзиром да овај посао има кредитну функцију,<sup>24</sup> МСП постају ликвиднија и кредитно способна да наставе са пословањем. Продајом недоспелих краткорочних потраживања, МСП обезбеђују неопходна средства за прибављање обртног капитала. Међутим, недостатак оваквог начина финансирања огледа се у томе што су трошкови факторинга високи, чак виши од кредита банака.<sup>25</sup> Осим ових начина финансирања, МСП често користе минусе на рачунима, који су, углавном, у функцији превазилажења дневне неликвидности. Овај начин финансирања може бити скупљи од кредита, али је врло флексибилан.<sup>26</sup>

#### IV Финансирање МСП после кризе

Чињеница је да су многе банке после избијања финансијске кризе (када их је напустио финансијски ентузијазам) постале много опрезније, те су поштриле услове кредитирања за МСП.<sup>27</sup> Поштрени услови кредитирања карактеристични су за период од средине 2008. године. Подаци о поштреним условима кредитирања потичу из земаља ОЕЦД. Међутим, и многе земље у развоју не одступају од такве праксе, што је нужна последица погоршања макроекономских показатеља (отежане међубанкарске позајмице, високи трошкови капитала). Бројни захтеви и подизање услова кредитирања на један „виши ниво“ узроковали су смањен број инвестиционих пројеката МСП, а опала је и тражња за обртним капиталом. У пословању МСП велики проблем представљају инфлација, нестабилни девизни курс, високе пореске обавезе, измене

23 Leora Klapper, „The role of factoring for financing small and medium enterprises“, *Journal of Banking and Finance*, Elsevier, Vol 30, Issue 11, November 2006, стр. 3112.

24 Р. Д. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 419.

25 Додајмо да се у улози фактора често налазе банке, што говори да су МСП неминовно упућена на њих.

26 *Observatory of European SMEs – SMEs and access to finance*, European Commission, No 2, 2003, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/analysis/doc/smes\\_observatory\\_2003\\_report2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/analysis/doc/smes_observatory_2003_report2_en.pdf), 25.3.2011, стр. 19. С друге стране, ако се користи само за покриће дневне неликвидности, неће се обрачунавати камата. Иначе, камате за коришћење минуса на рачунима МСП су високе у поређењу са каматом на кредит.

27 Ово не треба да изненађује јер су услови кредитирања поштрени и за друге клијенте, као и за међубанкарске позајмице. О томе говори не само пракса банака након избијања последње финансијске кризе у САД, већ и пракса банака после избијања азијске финансијске кризе 90-их година XX века. У том смислу посебно је интересантан случај Јапана у периоду 1997–1999. године. Takeo Hoshi, Anil K Kashyap, „Will the U.S. banks recapitalization succeed? Eight lessons from Japan“, *Journal of Financial Economics*, Elsevier, Vol 97, Issue 3, September 2010, стр. 399.

прописа. Макроекономска нестабилност је врло скупа за МСП. Осим тога, расту и трошкови финансирања.

У условима нарасле инсолвентности, банке нерадо одобравају кредите МСП, односно то чине уз много строже услове.<sup>28</sup> О томе сведочи и став Европске централне банке. Она је инсистирала на поштравању услова кредитирања због очекиване рецесије и вишег ризика. Главни разлози који утичу на „строже“ услове кредитирања МСП од стране банака су: лоша перспектива МСП после кризе, стагнација међубанкарског кредитирања и нарасли трошкови капитала.<sup>29</sup> Због значаја који имају за опоравак економије као и због проблема у којима су се нашла, Европска инвестициона банка је обезбедила око 30 милијарди евра за финансирање МСП у периоду од 2008–2011. године.

Банке одобравају кредите оним клијентима који су финансијски „здрави“ и уз готово потпуно обезбеђење кредита. Кредитирање је заустављено према онима који су ниског кредитног рејтинга, а осим тога банке не желе да преузму ризик започињања новог посла МСП. Један од разлога за то је одговорност банке према њеним акционарима, дугогодишњим клијентима и регулатоним органима.

Проблем није само недостатак краткорочних,<sup>30</sup> већ и дугорочних кредита за инвестиције. Порески подстицаји у САД-у, гаранције у Немачкој, кредити државе у Аустрији, Чешкој, Немачкој, Мађарској и Шпанији су неке од мера које су предузете за снабдевање МСП средствима за инвестиције. Осим тога, у ЕУ постоји посебан фонд (Структурални фонд) за помоћ МСП у посебним секторима који могу користити нове државе чланице.<sup>31</sup>

Као последица кризе дошло је до учесталог кашњења са наплатом потраживања<sup>32</sup> што води ка смањењу ликвидности и несолвентности. Број несолвентних МСП се повећао као последица отежаних услова за добијање кредита. Пракса у Европи говори да, у просеку, МСП не могу да наплате своја потраживања у року од 50 дана после испоруке робе, с тим што постоје државе са дужим и краћим периодима ненаплате потраживања.<sup>33</sup>

28 Чак и пре кризе сматрало се да су кредити за МСП скупи. У неким државама је камата на краткорочне кредите на годишњем нивоу између 12 и 20%. Х. Варге, *нав. дело*, стр. 7.

29 ОЕСД, *нав. дело*, стр. 7.

30 Краткорочни кредити су од виталног значаја за МСП.

31 Нпр. користе га Румунија и Чешка.

32 Овај проблем је постојао и пре избијања кризе, с тим што је после ње постао много израженији.

33 Нпр. у Грчкој је то 83 дана, у Италији 78, Шпанији 71, Португалији 70, у Финској 26 дана, Данској 30, Аустрији и Немачкој 31. *Credit insurance for European SMEs – A*



У многим државама кредитирање МСП је вршено захваљујући помоћи државе. И поред тога, у неким случајевима резултати нису баш онакви какви су се очекивали. У недостатку адекватног финансирања преко банака, МСП прибегавају одређеним алтернативама као што је посезање за сопственим резервама, које нису довољне јер да јесу МСП не би имали потребу за кредитима. Како би помогле МСП да елиминирају проблеме са којима су суочени, владе држава су преузеле потребне мере. Тако, предложен је већи обим гаранција за кредите.<sup>34</sup> Друга алтернатива је финансирање МСП из јавних (државних) фондова. Осим тога, предвиђене су санкције за оне банке које крше обавезе, а које су докапитализоване средствима из државних фондова. Чињеница је да банке које послују сходно методологији Базела II према стандардизованом приступу могу имати нижи потребан ниво капитала уколико су њихови кредити гарантовани од стране државе.<sup>35</sup> Користи може имати и једна и друга страна – банке да ће им кредит бити уредно враћен, а МСП да ће доћи до потребног капитала за оживљавање производње и елиминисање неликвидности.<sup>36</sup> Поменимо да гаранције могу бити и приватног карактера.

Занимљиво је поменути да су многе државе (Белгија, Француска) увеле посебан институт, тзв. медијатор кредита, који треба да „убеди“ банке да наставе са кредитирањем, тј. да помогне МСП да се финансирају од банака. Први пут је овај институт заживео новембра 2008. године у Француској. Систем функционисања је следећи. МСП којима су неопходна средства (кредити) треба да доставе документа на адресу кредитног медијатора. Функција медијатора је да помогне МСП у добијању кредита и олакша добијање кредита. У року од пет дана од добијања докумената, банка треба да одговори предузећу. Уколико би се

*guide to assessing the need to manage liquidity risk*, Directorate-General for Enterprise, European Commission, доступно на адреси: [http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-h/gdb/04/credit\\_insurance\\_for\\_european\\_sme.pdf](http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-h/gdb/04/credit_insurance_for_european_sme.pdf), 25.3.2011, стр. 2.

34 Криза је била толико оштра да ниједна држава није смела да дозволи да дође до тоталног краха финансијског система. О. А. Тарасенко, Е. Г. Хоменко, *нав. дело*, стр. 209.

35 *Базел II – Међународна сајласносћ о мерењу кайишала и сћандардима кайишала*, стр. 31.

36 Нпр. Француска даје гаранције до 90% вредности кредита за инвестиције, Велика Британија 75%, Јапан гарантује 80% вредности кредита, док у неким случајевима гарантује за целокупан кредит. У Грчкој је гарантовано до 80% вредности кредита. Кореја пружа гаранције на целокупан износ кредита малим и средњим предузећима у свим случајевима. Међу државама које су одобриле гранције за кредитирање је и Русија. Она је пружила гаранције за 70% вредности кредита, а за предузећа која су тек основана гарантује до 50% вредности кредита. О. А. Тарасенко, Е. Г. Хоменко, *нав. дело*, стр. 299. С друге стране, Аустралија, Нови Зеланд и Данска су примери држава које не дају никакве гаранције. OECD, *нав. дело*, стр. 32.

десило да је одговор негативан, регионални медијатор има обавезу да у наредном року од пет дана анализира приспела документа и предложи решење. У случају да предузеће не буде задовољно одговором, може се жалити националном медијатору. Искуство у Француској показује да су резултати у примени овог института врло позитивни.<sup>37</sup>

Осим помоћи само од стране државе, односно само од стране банака, могућ је и механизам заједничког финансирања МСП. Заједничко финансирање (и од стране државе и од стране банака), по правилу, прати новооснована МСП, као и она која показују тенденцију брзог раста. Као вид помоћи МСП, државе прибегавају смањењу пореза на капиталну добит од инвестиција.

Да би се заштитиле од ризика, банке често захтевају да се корисници кредита МСП осигурају, тј. да купе осигурање кредита и тако учине ризик неизвршења мањим. То би била једна врста гаранције да ће кредит бити уредно враћен. Клијент коме се одобрава кредит купује осигурање кредита и тако смањује ризик за банку која га кредитира. Постоје различите врсте уговора о осигурању кредита које стоје на располагању МСП. МСП могу закључити кредитно осигурање, осигурање поверења, кауцијско осигурање<sup>38</sup> и сл. Специфичност осигурања кредита састоји се у томе што се овим осигурањем не може покрити целокупан ризик. Износ покрића је између 80–90% вредности дуга.

Треба имати на уму да чак одобрени кредити који имају гаранције или који су осигурани могу значити виши ризик за банку. Код осигурања кредита се управо може поставити питање да ли кредит који је осигуран значи да је он и ризичнији, тј. да је већи ризик невраћања таквог кредита? С друге стране, ризичнији кредити који имају обезбеђење, по правилу могу бити одобрени уз не сасвим релевантне информације (*soft information*) о корисницима кредита. Гаранције, а уз то и осигурање кредита, користи се да би се контролисали (смањили или елиминисали) проблеми негативне селекције и моралног хазарда.<sup>39</sup>

37 За 15 дана решено је позитивно 66% поднетих захтева. OECD, *нав. дело*, стр. 35.

38 Кауцијско осигурање је таква врста осигурања које дужник (корисник кредита, у нашем случају МСП) закључује у корист свог повериоца. Кредитно осигурање представља такву врсту осигурања где се у улози осигураника и корисника осигурања јавља МСП које је поверилац у основном послу. Овим осигурањем могу бити покривена сва потраживања или појединачна потраживања повериоца. Купац робе од МСП не мора да зна да је закључено осигурање. Приликом процене ризика доминира субјективна страна, тј. субјективна оцена, што није случај код осталих осигурања. Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, *Економика осигурања*, Алфа, Загреб, 1999., стр. 111–112.

39 Allen N. Berger, *Potential Competitive Effects of Basel II on Banks in SME Credit Markets in the United States*, Board of Governors of the Federal Reserve System, Washington, Wharton Financial Institutions Center, Philadelphia, USA, february 2004, стр. 7.

Према Базелу II, кредити за МСП који испуњавају услове да се класификују као *retail* и за која постоје гаранције (у овом случају имају повољнији третман) за банке значе директну корист од смањења кредитног ризика приликом процене потребног капитала. Заправо, многе измене Базела II имале су за циљ да се правила о потребном капиталу учине флексибилнијим. Корисници тих флексибилнијих правила су МСП. Практично, сврставање кредита у категорију *retail* подразумева нижи ризик за банке, а тако и флексибилније захтеве у погледу висине капитала, што би требало да значи да ће банке без проблема и поштравања услова кредитирати МСП.

Примена Базела II требала је да се рефлектује на смањење маргиналних трошкова. Међутим, такве ефекте на смањење маргиналних трошкова одобравања кредита МСП није лако проценити. Разлози су бројни и зависе од низа фактора који могу деловати и у обрнутом смеру, тј. на повећање маргиналних трошкова. Наиме, неке банке имају више капитала него што то препоручују међународни стандарди (Базел II), а што им служи као додатна заштита од различитих шокова. Други разлог који утиче да не дође до очекиваног смањења маргиналних трошкова односи се на раст стопе приноса на обвезнице и акције. Раст приноса, по правилу, последица је повећаног ризика.<sup>40</sup> Бројне тржишне несавршености, као што су порези, трошкови због финансијских потреса (криза), асиметричне информације, регулатива и сл., могу релативизовати смањење маргиналних трошкова. Такође, значајно је истаћи да се маргинални трошкови не морају смањити код свих кредита МСП јер ће код неких бити увећан ризик невраћања или губитака због неуредне отплате.

## V Критеријуми одобравања кредита

Приликом подношења захтева за одобрење кредита, МСП морају водити рачуна о: висини каматне стопе, разлика између трошкова финансирања банака и трошкова других финансијских институција, разлика у провизијама, нивоу обезбеђења кредита, периоду на који се узима кредит и дужини периода за одобравање кредита.<sup>41</sup> За банку је врло

40 A. N. Berger, *нав. чланак*, стр. 28.

41 МСП често бивају обесхрабрани и пре него што поднесу захтев за добијање кредита. Фактори који утичу на то су бројни јер банке узимају у обзир велики број параметара приликом одлучивања. Навешћемо неке: број запослених; да ли предузеће послује дужи или краћи низ година; да ли је у питању породична предузеће или не; раст продаје, стабилност или опдање продаје; да ли се МСП баве производњом или трговином на велико или трговином на мало; да ли је делатност МСП услужног карактера; какав је правни статус; да ли постоји један или више власника; колико

важно да буде сигурна да МСП имају изворе средстава који гарантују уредно враћање кредита (нпр. добит, заложена актива и сл.).<sup>42</sup>

Истраживање спроведено у Швајцарској на 15 банака објашњава разлику у висини каматних стопа на кредите за МСП и велике компаније.<sup>43</sup> Каматне стопе на кредите, по правилу, обухватају: трошкове финансирања, оперативне трошкове, регулаторне трошкове, профит и премију за ризик.<sup>44</sup> Заправо, структуру каматне стопе могли бисмо представити овако: примарна стопа (основна стопа), која укључује и профитну маржу банке и све оперативне и административне трошкове, затим премија за ризик због неизвршења обавезе отплате (плаћају је другоразредни корисници кредита) и премија временског ризика (плаћају је они корисници кредита који траже дугорочне кредите).<sup>45</sup> Утврђено је да су каматне стопе за велике компаније ниже него за МСП. Разлог за ово су, пре свега, одређен проценат фиксних трошкова у структури каматних стопа, који не зависе од величине кредита (трошкови финансирања, регулаторни трошкови и индиректни трошкови – маркетинг). Оперативни трошкови (обрада захтева, одобравање кредита, праћење уредне отплате) опадају са већим кредитом. Сматра се да су ови трошкови кључни за објашњење разлике у висини каматних стопа на кредите за МСП и кредите великих компанија. Премија за ризик се креће у распону од 0.16%–3.03% кредита са роком доспећа до годину дана, зависно од кредитног рејтинга потенцијалног корисника.<sup>46</sup> Они корисници који не задовољавају одговарајући рејтинг неће ни добити кредит. Како смо то већ поменули, захваљујући слабијој преговарачкој моћи МСП у односу на велике компаније, профит који банке калкулишу у камати је већи на кредите који се одобравају МСП, него на кредите који се одобравају великим компанијама. С друге стране, уколико МСП имају менаџере које карактеришу добре способности у преговарању и добар рејтинг то

---

власници имају година (испод 35, између 35–54, преко 54); ког пола су власници (само жене, већином жене или су у мањини, само мушкарци); какав је портфолио; степен образовања власника; да ли је изграђен однос са банком или није; план раста, план консолидације итд. Mark Freel, Sara Carter, Stephen Tagg, Colin Mason, „The latent demand for bank debt: characterizing „discouraged borrowers“, *Small Business Economics*, Springer, 2010, доступно на адреси: <http://www.springerlink.com/content/lut2l67g10105672/>, 25.3.2011, стр. 11.

42 P. S. Rose, S. C. Hudgins, *нав. дело*, стр. 563.

43 Andreas Dietrich, „Explaining loan rate differentials between small and large companies: evidence from Switzerland“, *Small Business Economics*, Springer, 2010, доступно на адреси: <http://www.springerlink.com/content/94202v13p51603x8/>, 25.3.2011, стр.12.

44 A. Dietrich, *нав. pag*, стр. 7.

45 P. S. Rose, S. C. Hudgins, *нав. дело*, стр. 585.

46 A. Dietrich, *нав. pag*, стр. 7.

може значити да ће МСП имати бољу преговарачку позицију приликом закључења уговора о кредитирању.<sup>47</sup>

Додајмо да неке разлике у погледу висине каматних стопа могу зависити и од величине банке. Веће банке могу зарачунати и нижу каматну стопу на кредите које одобравају. Те ниже каматне стопе могу рефлектовати нижи ризик због бољих перформанси МСП. С друге стране, ниске каматне стопе се могу објаснити и нижим оперативним трошковима као последица лакше обраде квантитативних информација. На крају, не мање важан разлог нижих каматних стопа су и нижи маргинални трошкови извора финансирања јер су велике банке више диверзификоване и имају приступ већем броју извора кредита у односу на мање. Велике банке обично одобравају кредите на дужи период и уважавајући објективне критеријуме.<sup>48</sup> С друге стране, на краћи период и у зависности од личног контакта са власником, кредите одобравају мање банке.

**Jasmina LABUDOVIĆ, PhD**

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

## PROBLEMS OF FINANCING SMALL AND MEDIUM ENTERPRISES

### Summary

*Given the great importance of small and medium enterprises in the country's economic development and increase of employment, the aim of the author of this paper is to present the funding of these businesses after the outbreak of financial crisis.*

*The paper points to problems of financing small and medium enterprises, tightening loan conditions following the outbreak of crisis, restrictions that stand in the way of financing, as well as differences in terms of financing small and medium enterprises and large companies.*

**Key words:** *small and medium enterprises, financing, loans.*

47 Овакав закључак је настао на основу истраживања тржишта САД-а и Немачке. Jens Grunert, Lars Norden, „Bargaining power and information in SME lending“, *Small Business Economics*, Springer, 2011, доступно на адреси: <http://www.springerlink.com/content/5557x65r25r0u045/fulltext.pdf>, 25.3.2011, стр. 15–16.

48 A. N. Berger, *нав. чланак*, стр. 29.

др Слободан НЕНАДОВИЋ  
професор Високе школе струковних студија, Ваљево

## БАНКАРСКА ТАЈНА У УПОРЕДНОМ И ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

### Резиме

У овом чланку аутор анализира правни институт банкарске тајне из угла упоредног и позитивног права Републике Србије. Његово је мишљење да се банкарска тајна, мада део општег појма пословне тајне, од тог појма издваја и разликује пре свега у погледу специфичности предмета заштите као и интереса који се банкарском тајном штити. Изузеци од обавезе чувања банкарске тајне за сврху имају заштиту јавног интереса или интереса трећих лица који би чувањем одређених података о банчином клијенту у тајности били угрожени. Такви изузеци ипак не угрожавају суштину института банкарске тајне већ сиречавају његову злоупотребу.

**Кључне речи:** пословна тајна, банкарска тајна, подаци/информације, предмет заштите.

### I Увод

Као правни институт банкарска тајна (*banking secrecy*) се изворно појављује и развија у оквирима приватног односно грађанског права. Њоме се у првом реду означавала једна од важних обавеза банке, обавеза која произилази из њеног пословног, по правилу уговорног односа са клијентом. Из угла предмета заштите банкарска тајна се међутим може посматрати и као део ширег правног концепта зашти-

те података (*data protection*), и то пре свега заштите података о личности односно као институт који, посебно када је реч о англосаксонском праву, за предмет интересовања има најпре низ питања повезаних са правом на приватност.<sup>1</sup> Отуда се у таквим правним системима као термин за означавање банкарске тајне неретко користи израз банкарска приватност (*banking privacy*). Злоупотреба права заштићених банкарском тајном у сврху избегавања плаћања пореза, прања новца као и финансирања међународног тероризма утицала је и на неопходност проналажења баланса између права појединаца, у овом случају банчног клијента и државе односно друштвене заједнице као целине.<sup>2</sup> У том смислу банкарска тајна све више постаје предмет јавно-правног интереса налазећи своје место и у области управног, кривичног и неких других грана права.

Нагли развој банкарског сектора код нас, праћен оснивањем десетина нових „домаћих страних“ банака које грађанима нуде своје услуге, као и законска обавеза свих правних и физичких лица која обављају делатност да за плаћање у динарима отворе текући рачун у банци, односно обавеза резидента Републике Србије, правног лица и предузетника, да држи девизе на девизном рачуну код банке (или их прода тој банци)<sup>3</sup>, учинили су у нашој држави изузетно актуелним питање укупног квалитета банкарских услуга. Ово посебно имајући у виду да се овом сектору и у земљама чланицама Европске уније упућују оштре критике. Тако је рецимо према недавном истраживању повереништва Европске комисије за заштиту потрошача банкарство, поред сектора енергије и урбаног транспорта, од стране потрошача оцењено као сектор који им ствара највише проблема, збуњује их и углавном сматрају да слабо ради.<sup>4</sup> Упркос свему претходно наведеном у нашој новијој правној лите-

1 Једна од најранијих дефиниција права приватности (*privacy*) формулисана је у америчком праву крајем 19. века и то кроз синтагму „право да се буде остављен на миру“ (*right to be left alone*). A. R. Mitler, *The Assmtd on Privacy – Computers Data Banks and Dosiers*, The University of Michigan Press, Ann Arbour, MI, 1971, стр. 4.

2 Report of the Committee on Data Protection (Chairman: Sir Norman Lindop), Cmnd 7341, 1978.

3 Закон о платном промету РС (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2006), члан 3 став 1; Закон о девизном пословању РС (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2006), члан 35.

4 Наведено истраживање је извршено на основу 5 кључних потрошачких индикатора: цене, задовољства пруженом услугом, могућности промене даваоца услуге, примедби на рад и сигурности. (Извор: [www.bankmagazine.hr](http://www.bankmagazine.hr), 2.2.2009) Европска комисија је такође затражила предузимање одговарајућих мера против нејасних банкарских провизија (прикривених трошкова) којима се оптерећују рачуни клијената. У том смислу Комисија је сачинила извештај у којем се због избегавања прописа о заштити потрошача посебно прозивају банке у Аустрији, Француској, Италији и Шпанији. (Извор: [www.tportal.hr](http://www.tportal.hr), 20.9.2009).

ратури нема превише аутентичних радова у којима је обрађен институт банкарске тајне. Посебно не када је реч о њеном третману у позитивном праву Републике Србије. Овај рад је управо последица настојања да се такво стање промени.

## II Појам банкарске тајне

Нема сумње да су пословна и банкарска тајна истородни појмови. Отуда се они у позитивним законским текстовима неких држава али, што је нарочито важно, и у општим актима већине банака поистовећују.<sup>5</sup> И заиста, и у једном и у другом случају предмет заштите су одређени подаци који би, ако се учине доступним трећим лицима, могли проузроковати штету самој банци или/и њеним клијентима. Чини се међутим да се између два појма ипак не може повући знак једнакости, а да су разлози за то бројни и разноврсни. Банкарска тајна се, како ми то видимо, издваја из општег појма пословне тајне чији је саставни део и од ње разликује по неколико својих битних карактеристика.

Под пословном тајном се у нашем праву разумеју информације о пословању одређене оснивачким актом, актом или уговором ортака или уговором чланова друштва, односно оснивачким актом или статутом акционарског друштва, за које је очигледно да би проузроковале знатну штету самом привредном друштву ако би дошле у посед трећих лица.<sup>6</sup> Произилази да је право сваког привредног друштва да својим општим актима аутономно утврди да ли уопште постоје и ако постоје који се то подаци, документа или исправе о његовом пословању имају сматрати пословном тајном. Али у сваком случају привредна друштва, сходно претходно наведеној као и осталим одредбама Закона о привредним друштвима којима се одређује садржина њихових оснивачких аката односно статута, немају обавезу да било коју информацију о свом пословању утврде као пословну тајну.<sup>7</sup> Када је пак реч о банкама у великој већини држава евроконтиненталног правног подручја императивним законским одредбама се одређује минимум информација односно података о клијентима који банке морају чувати као поверљиве што

5 Закон о банкама Републике Србије, члан 46; Статут Банке *Intesa* од 29.9.2006. године, члан 67; Општи услови пословања *Societe Generale* Банке од 15.10.2009. године, VI део, Банкарска тајна.

6 Закон о привредним друштвима Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 125/04), члан 38 тачка 1. У неким државама, Републици Хрватској реџимо, појам пословне тајне се одређује посебним прописом и то Законом о заштити тајности података. Види: Закон о заштити тајности података РХ (*Народне новине РХ*, бр. 103/03, 118/06, 41/08), члан 19.

7 Види: Закон о привредним друштвима РС, чланови 55, 92, 106 и 185.



практично значи да оне имају законску обавезу да и у својим општим актима управо такве информације и податке одреде као своју пословну односно банкарску тајну.<sup>8</sup>

Из околности да је минимум података који се штите банкарском тајном најчешће одређен императивним законским одредбама произилази да је управо закон и непосредан правни основ заштите таквих података, мада су то посредно и на основу закона донети општи акти банке као и појединачни уговори које банка закључује са својим клијентима (укључујући ту и опште услове пословања који су саставни део таквих уговора). Са друге стране, правни основ заштите оних података који су одлуком надлежних органа банке утврђени као њена пословна тајна али у исто време нису подаци који су законом одређени као банкарска тајна јесу општи акти банке, уговори које она закључује са својим пословним партнерима, уговори о раду са запосленима у банци па у неким случајевима и уговори које банка закључује са својим клијентима. Тако је рецимо према општим условима пословања неких банака предвиђено да се конкретним уговорима које банка закључује са клијентима утврђује које податке из свог односа са банком клијент мора третирати као њену пословну тајну.<sup>9</sup> Али у сваком случају предмет заштите банкарском тајном су подаци до којих банка долази у пословању са клијентима док предмет заштите пословном тајном (банке) могу бити и неки други подаци везани за пословање као што су рецимо пословни планови и стратегије, висина зарада запослених и слично. Отуда и произилази да је интерес који се штити пословном тајном у првом реду интерес пословног субјекта који неку информацију утврђује као пословну тајну док је интерес који се штити банкарском тајном пре свега интерес клијента банке, а тек посредно и саме банке.

Банкарска тајна је професионална пословна тајна банке, а не било ког другог привредног субјекта. Синтагмом „професионална пословна тајна банке“ хтели смо у овом контексту нагласити да банкарска тајна у суштини произилази из специфичности банкарске професије односно врсте услуга које банке обављају. Њу као такву не треба поистовећивати са општим појмом професионалне тајне који се односи на обавезу чувања у тајности података о личном и породичном животу странака са којима, у оквиру професије којом се баве, долазе углавном адвокати, свештеници, здравствени или социјални радници. Дакле, основни објект заштите код професионалне тајне су у првом реду подаци о личном и породичном животу физичких лица. Банке се опет питањима

8 Овако: Закон о банкама Републике Србије, члан 14 тачка 8.

9 Види Опште услове пословања *Alpha Bank*, и то последњу алинеју члана 2. Извор: [www.alphabankserbia.com](http://www.alphabankserbia.com).

личног и породичног живота својих клијената баве тек изузетно и то не као делом своје професионалне делатности већ у вези са обављањем таквих делатности.<sup>10</sup>

Наведене као и неке друге разлике између пословне и банкарске тајне могу бити прилично изнијансиране и кад кад их је јако тешко уочити између осталог и због тога што сви подаци и информације који су на основу закона, општих аката и уговора са клијентима у банци утврђени као банкарска тајна у исто време представљају и њену пословну тајну, али не и обрнуто. Отуда би се могло рећи да банкарска тајна, као део општег појма пословне тајне, представља правну обавезу банке да у тајности чува личне и друге податке о клијенту који произилазе из њеног пословног односа са клијентом. Изузеци од обавезе чувања оваквих података као поверљивих морају бити непосредно прописани законом или засновани на вољи самог клијента.

На основу претходно изложених правила о банкарској тајни стандардизовани су више-мање сви релевантни упоредни законски текстови, бар они из тзв. евроконтиненталног правног подручја. У англосаксонском праву пак заштита информација које представљају банкарску тајну врши се непосредно на темељу „добре банкарске праксе“ (*good banking practice*) односно на темељу правила пословања која доносе и објављују банке или удружења банака.<sup>11</sup> Већ смо раније рекли да се таква банкарска правила у много већем обиму него ли у континенталном праву заснивају на прописима о заштити података па и прописима о заштити потрошача услед чега су у таквом правном окружењу више релативизоване разлике између појмова пословне и банкарске тајне. Није међутим тако ретко да се изузеци од обавезе чувања банкарске тајне утврђују посебним законима, о чему ће касније нешто више бити речи.

### III Банкарска тајна у упоредном праву

Формализовање банкарске тајне у позитивном законодавству европских држава везује се најчешће за Швајцарску и тридесете године

- 10 Обављајући своју професионалну делатност, банке редовно од својих клијената захтевају одређене личне податке као што су име и презиме, матични број, пребивалиште, подаци о запослењу, укључујући и висину месечних прихода и слично. Изузетно, код склапања неких послова са клијентима, банке ће од клијената тражити и неке друге податке као што су подаци о брачном и породичном стању, постојеће кредитно оптерећење, податке о власништву на некретнинама и слично.
- 11 Погледај Банкарска правила Удружења банака Велике Британије из 2005. године и то тачку 1.1: *The Banking Code, Setting standards for Banks, building societies and other banking service providers*. Извор: [www.bba.org.uk](http://www.bba.org.uk); [www.bsa.org.uk](http://www.bsa.org.uk); [www.apacs.org.uk](http://www.apacs.org.uk).

прошлого века. У тој држави су до тада банкарски послови и то претежно они који су се односили на питања банкарских штедних улога регулисани углавном партикуларним кантоналним прописима. Непосредан повод да се на федералном нивоу усвоји посебан закон о банкама били су проблеми и скандали који су 1933. године безмало довели до колапса *Swiss Volksbank (SVB)*, једне од најутледнијих швајцарских банака.<sup>12</sup> Додуше и у годинама које су претходиле том догађају вођене су оштре полемике и дебате узроковане општом кризом банкарског сектора која се прелила из Немачке односно политичким и економским дешавањима који су до такве кризе довели. Предмет тих дебата, како на политичком тако и на професионалном нивоу самих банкара и њихових удружења, било је пре свега питање да ли је и у којој мери област банкарског пословања уопште потребно регулисати федералним законом. Занимљиво је да су мишљења у овом погледу била крајње подељена тако да су се све до дешавања са *Swiss Volksbank* и представници Удружења банака Швајцарске (*The Swiss Bankers Association, SBA*) залагали за потпуно очување до тада постојеће кантоналне регулативе.<sup>13</sup> Превагнули су ипак политичке прецепције и очекивања од „људи који шетају улицом“ односно бирачког тела као и претходно поменути проблеми једне од водећих домаћих банака тако да је Закон о банкама (*The Banking Act*) на нивоу Националне Скупштине (*National Council*) усвојен 8. новембра 1934. године са чак 119 гласова за, уз само један глас против. Наведени Закон је на снагу ступио 1. марта 1935. године.

Према швајцарском Закону о банкама банкарска тајна је професионална дужност банке која произилази из односа поверења између ње и клијента. Круг лица која су дужна да поштују ову обавезу, чак и када више нису запослени у банци или у банкарском сектору уопште, одређен је веома широко. То су запослени у банци, ликвидатори, чланови органа банке, чланови Комисије за банкарство па и овлашћени ревизори. Свако од њих у случају кршења обавезе чувања банкарске тајне може бити кажњен казном затвора до 6 месеци или новчаном казном до 50.000 швајцарских франака, односно 30.000 швајцарских франака уколико је поступао из нехата.<sup>14</sup> Да се и у швајцарском праву банкарска тајна разуме као део општег појма пословне тајне може се посредно закључити и на основу одредаба Кривичног закона те државе. Наиме, чланом 162 тог закона је као кривично дело прописано дело откривања пословних тајни или поверљивих пословних информација, а казна за-

12 Више о овоме види код: Robert U. Vogler, *Swiss Banking Secrecy: Origins, Significance, Myth, Association for Financial History*, Zurich, 2006, стр. 26-29.

13 Adolf Johr, Credit Suisse director, vice-chairman of the SBA, *Minutes of the expert conference on the draft Federal Banking Law*, March 14, 1933.

14 Закона о банкама Швајцарске из 1935. године, члан 47.

твора или новчана казна су забрањене и лицима која повреду обавезу чувања банкарске тајне.<sup>15</sup> Закон о банкама предвиђа и неколико изузетака од обавезе чувања банкарске тајне. Банкари су тако ослобођени од обавезе чувања банкарске тајне у грађанским парницама које за предмет имају наслеђивање, развод, наплату дугова и стечај односно уколико је предмет кривичног процеса кривично дело у вези прања новца.

Према мишљењу неких аутора институционални начин решавања питања банкарске тајне нема примаран утицај на укупан кредибилитет швајцарског банкарског односно укупног финансијског сектора.<sup>16</sup> Ипак, управо се у последњих пар година на примеру те државе потврђује да није баш све тако и да сувише ригидан приступ заштити података до којих банка долази у пословању са клијентима може озбиљно угрозити чак и углед банкарства са таквом традицијом какво је швајцарско. О чему се ради? Швајцарске банке, позивајући се на институт банкарске тајне, сматрају да нису у обавези да обавесте ни своју сопствену, а посебно не стране владе или пак пореске власти о информацијама и подацима који се односе на евентуалну утају пореза. У прилог оваквом ставу банкарара иде и околност да у тој земљи утаја пореза, за разлику од пореске преваре, није прописана као посебно кривично дело па одавање поверљивих банкарских података у том смислу не може бити чак ни последица судске одлуке. Овакво стање ствари утицало је на то да швајцарске али и банке једног броја других држава у Европи (Аустрија, Луксембург, Андора, Лихтенштајн) постану „сигурна кућа“ за утајиваче пореза из свих крајева света. Околност да се, према подацима Европске комисије, годишње не наплати близу 250 милијарди евра пореза углавном због пореских утаја, шверца и кривотворења утицала је да се цео проблем подигне на највиши политички ниво. Тако је, посебно на инсистирање Немачке и Француске, у оквирима ОЕЦД (Организација за економску сарадњу и развој) одржан низ састанака у вези састављања „црне листе“ земаља које не поштују међународне стандарде у вези размене информација о лицима која избегавају плаћање пореза. Неке земље, међу њима и Швајцарска, су обећале с тим у вези одређене уступ-

15 Поред члана 162 Кривичног закона, кршење обавезе чувања банкарске тајне је обухваћено и кривичним делом откривања поверљивих података из члана 320 истог закона: Свако лице које открије тајну која му је поверена као представнику органа или државном службенику, односно које је стекло знање о таквим информацијама путем своје праксе или запослења, казниће се затвором или новчаном казном.

16 Према Воглеру примарни фактори квалитетног финансијског и у оквиру њега банкарског сектора у Швајцарској су политичка стабилност и владавина права, стабилна економија и курс, стабилан банкарски систем и конвертибилна валута. У секундарне факторе он убраја степен укључења укупне економије неке државе у глобалне привредне и финансијске токове, банкарску тајну, искуства клијената и професионализам у пружању услуга. Види: R. U. Vogler, *нав. дело*, стр. 30.

ке док су се неке, као Аустрија рецимо, обавезале на потпунију размену информација о „сумњивим“ клијентима, али без показане спремности да своје прописе уопште мењају. Водећа швајцарска *Union Bank of Switzerland (UBS)* је прошле године (2010) признала да је учествовала у скривању „пореских илегалца“ из САД и при томе пристала да ту државу обештети са чак 780 милиона USD. Један од директора банке је сведочећи пред одбором Сената САД изразио жаљење због кршења америчких пореских прописа али је у исто време потврдио да банка не може да обелодани имена десетина хиљада американаца осумњичених да коришћењем тајних рачуна избегавају плаћање домицилног пореза обзиром да би то било противно швајцарским законима о приватности. Настали проблем је решен на неуобичајен начин и уз, могли би то рећи, крајње парадоксалне правне консеквенце. Најпре је на име између Швајцарске и владе САД закључен споразум, ратификован од стране швајцарског парламента 17.6.2010. године, према којем је *USB* дозвољено да надлежним пореским органима САД достави информације о близу 5.000 американаца осумњичених за избегавање плаћања пореза. Како је тај споразум судски оспорен о њему се нешто касније гласало у оба дома швајцарског парламента.<sup>17</sup> Но, као што смо претходно рекли, његове су правне последице парадоксалне: сходно споразуму швајцарске банке сада имају правни основ да податке о осумњиченима за избегавање пореза достављају надлежним пореским органима САД, али не и надлежним пореским органима других земаља, укључујући и пореске органе сопствене државе!

Према неким ауторима заштита пословних односно трговачких тајни се у *common law* правним системима примарно заснива на уговорима, квази уговорима и општим принципима својинских односа. Сходно уговору једна уговорна страна се обавезује да неће откривати нити користити информације које представљају трговачку тајну, а према квази уговору заштита се остварује кроз забрану стицања профита кроз неоправдано присвајање односно проневеру таквих података. Коначно, у смислу принципа важећих у оквиру својинских односа трговачка тајна се види као елемент права својине које право је без одобрења његовог титулара забрањено користити или откривати трећим лицима.<sup>18</sup>

Заштита информација о банкарским клијентима се у Великој Британији непосредно врши на основу правила пословања банака и, као што је раније и напоменуто, посебних правила Удружења банака

17 Види више о овоме на: <http://www.tsr.ch/info/suisse/2123331-l-accord-ubs-est-accepte-definitivement.html>; Lynnley Browning, „Swiss Banker Blows Whistle on Tax Evasion“, *New York Times*, January 18, 2010.

18 Овако: Bernard, Loop, McCormack, *United States Trade Secret Law*.

Велике Британије. Однос између банке и клијента је дефинисан као однос поверења па се отуда банке наведеним Правилима обавезују да ће личне информације о клијенту чувати као поверљиве чак и када неко лице престане бити клијент банке. Банка је такође у обавези да не открива било ком трећем лицу име и адресу свог клијента као ни детаље о његовим рачунима, изузев у случајевима који су законом прописани.<sup>19</sup> У ширем смислу пак подаци о личности клијента који се штите као и изузеци од такве обавезе прописани су у Великој Британији Законом о заштити података (*Data Protection Act*) из 1988. године.<sup>20</sup>

Заштита информација које представљају банкарску тајну у САД је у много чему специфична отуда што су поједини сегменти заштите садржани у више различитих прописа. Према *Gramm-Leach-Bliley Act (GLB)* из 1999. године, познатом још и као Закон о модернизацији финансијског сервиса (*Financial Services Modernization Act*), свака финансијска институција има трајну обавезу да поштује приватност својих клијената и да штити сигурност и поверљивост клијентових нејавних личних података. Она не сме открити нејавне информације о свом клијенту изузев: а) уколико јасно саопшти клијенту у писменој или електронској форми да такве информације могу бити откривене трећим лицима; б) уколико клијенту пре откривања није дата могућност да забрани откривање таквих информација; в) уколико клијенту претходно није објашњено каква он права има у вези забране откривања информација о себи.<sup>21</sup> Веома често неауторизовано коришћење кредитних извештаја о клијентима (потрошачима) као и ауторизовано коришћење оваквих извештаја који садрже нетачне податке довели су 1970. године у САД и до усвајања Закона о поштену кредитном извештавању (*FCRA*).<sup>22</sup> Према Закону могућност кредитне агенције, а то су најчешће банке, да саопштава податке о кориснику кредита или о условима коришћења кредита ограничена је само на одређене намене и за одређене сврхе. Рецимо, на захтев суда, захтев самог клијента, код издавања полисе осигурања, проширења коришћења кредита. За непоштовање ове обавезе запрећена је казна затвора до 2 године.<sup>23</sup>

И у САД саме банке и њихове асоцијације у својим правилима пословања одређују које се то информације о клијентима сматрају

19 The Banking Code, Setting standards for Banks, building societies and other banking service providers. Види део 11. наведених правила (*Your personal information*) односно 11.1. (*Confidentiality*) и 11.3. (*Data protection*).

20 C. Reed, J. Angel, *Computer Law*, Oxford University Press, New York, 2003, стр. 428–453.

21 Види: Sec. 6801–6802 предметног Закона.

22 *Fair Credit Reporting Act of 1970*.

23 Види: Sec. 620 наведеног Закона.

поверљивим. Тако се рецимо према Правилима етике и вођења посла *US Bank (Code of Ethics and Business Conduct US Bank)* све информације о пословању те банке класификују у четири групе.<sup>24</sup> У прву групу улазе јавне информације, оне које су доступне јавности кроз све оне канале одобрене од стране банке, а у другу групу улазе тзв. интерне информације, оне које су контролисане од стране банке и при томе по правилу доступне запосленима, ауторизованим уговарачима, консултантима или ограниченом кругу трећих лица. За ове информације се већ сматра да би њихово неовлашћено објављивање јавности могло проузроковати штету банци, запосленима и клијентима банке. Информације из треће групе се називају поверљивим и то су они подаци који банци обезбеђују упоредне предности или су осетљиве у другом погледу обзиром да би њихово неовлашћено обелодањивање могло узроковати значајну штету банци, запосленима и клијентима банке. Ниво заштите оваквих информација сразмеран је нивоу штете који би њиховим откривањем могао бити узрокован, а приступ таквим информацијама је рестриктиван и заснован је на принципу потребе за њиховим знањем (*need to know principle*). Коначно, у четврту групу спадају поверљиве информације о клијентима које се штите на основу закона, правила пословања, уговора и пословне политике банке.<sup>25</sup>

У великом броју савезних држава САД на снази је и Закон о трговачкој тајни из 1979. године (*The Uniform Trade Secret Act, UTSA*).<sup>26</sup> Овај пропис трговачку тајну одређује као информацију, формулу, узорак, компилацију, програм, проналазак, метод, технику или процес који: а) претпоставља независну економску вредност, стварну или потенцијалну, обзиром да није опште позната и да друга лица могу остварити економску вредност њиховим откривањем или коришћењем; б) предмет је разумних настојања да се под постојећим околностима сачува у тајности. Супротно од уобичајеног веровања трговачком тајном се сходно наведеном пропису могу штитити не само технички предмети, *know-how* и повезане ствари већ и широк спектар пословних информација као што су корисне информације о запосленима, финансијски извештаји и пројекције па чак и информације које имају комерцијалну вредност на основу тзв. негативног начина мишљења (знање да одређени процес не може бити коришћен у производњи

24 Види: [www.usbank.com](http://www.usbank.com).

25 Види тачку 3 наведених Правила, стр. 10.

26 Реч је о акту чији је предлог сачињен од стране Националне конференције комесара за унификацију права (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) и упућен на усвајање савезним државама. У неким од њих закон је усвојен у прилично измењеном тексту од онога који је интегрално предложен.

одређеног производа).<sup>27</sup> Аутори чије смо ставове претходно користили не наводе, бар не експлицитно, да ли информације које се штите институтом банкарске тајне могу бити предмет заштите сходно одредбама Закона о трговачкој тајни. Обзиром на карактер америчког правног система тај одговор ће свакако бити искристалисан у судској пракси.

Оно што би такође могло бити специфично за САД је постојање низа закона којима се на одређене начине и у добром делу ограничавају правила о поверљивости односа између банке и њеног клијента. Један од таквих закона је Закон о банкарској тајни (*The Bank Secrecy Act of 1970, BSA*). Службени назив закона није баш најадекватнији његовом пољу примене па се он у пракси најчешће назива законом против прања новца (*Anti Money Laundering Law, AML*), што заправо и јесте суштински предмет његове регулативе. Закон захтева од банака и свих других финансијских институција да воде евиденцију и на захтев владине надлежне агенције обавештава о свим новчаним трансакцијама које на дневној бази прелазе износ од 10.000 USD као и да пријаве све друге финансијске активности које би могле да означавају прање новца, утају пореза или друге криминалне активности. Велики значај у погледу даљег поштравања контроле токова новца, проширења обавеза банака и других финансијских институција, са једне, односно права надлежних државних органа да од банака захтевају достављање одређених информација о клијентима, са друге стране, има и тзв. Патриотски закон САД из 2001. године (*The Patriotic Act of 2001*).

Када је реч о највећем броју држава чланица ЕУ могло би се рећи да неких суштинских разлика у погледу правне регулативе банкарске тајне готово и нема. Претходно изнета констатација се пре свега односи на „млађе“ чланице ЕУ, а нарочито државе кандидате за чланство, односно државе које настоје да статус кандидата добију. Ова друга група држава у последњих десетак, можда нешто више година у назад, усваја вишемање униформне законе о банкама у којима између осталог одређује информације које се имају сматрати пословном тајном као и изузетке од обавезе чувања таквих информација. Тако се рецимо у Закону о банкарству Републике Словеније<sup>28</sup> наводи да је банка дужна као поверљиве чувати све податке, чињенице и околности за које је сазнала у вези са обављањем услуга за странку и при пословању са одређеном странком. У групу поверљивих такође спадају подаци о стању положених улога и новчаних депозита као и о стању на трансакционим рачунима, а закон у исто време предвиђа и изузетке од обавезе заштите података.<sup>29</sup> Највећи

27 Овако: Bernard, Loop, McCormack, *United States Trade Secret Law*.

28 *Сл. лист Републике Словеније*, бр. 14/2004.

29 Чланови 103 и 104 наведеног Закона.



број земаља из евроконтиненталног правног подручја усваја и посебне прописе засноване на одговарајућим Директивама ЕУ<sup>30</sup> сходно којима се банке обавезују да владиним агенцијама и пореским органима доставе све оне информације о клијентима које би могле упућивати на било какву везу са прањем новца, пореском утајом, трговином дрогом као и свим другим формама организованог криминала.

#### IV Банкарска тајна у праву Републике Србије

У позитивном праву Републике Србије на институт банкарске тајне примењив је непосредно или посредно читав низ посебних закона. Већ смо раније помињали Закон о банкама и Закон о привредним друштвима, а неопходно је поменути и Закон о платном промету, Закон о заштити података о личности, Закон о спречавању права новца и финансирања тероризма и Закон о облигационим односима.

Банкарска тајна је према нашем Закону о банкама врста пословне тајне. Њоме се штите лични подаци о клијентима банке,<sup>31</sup> о њиховом финансијском стању и предузетим трансакцијама, подаци о власништву или пословним везама клијената те или неке друге банке као и подаци о стању и промету на индивидуалним депозитним рачунима.<sup>32</sup> Предмет заштите су коначно и сви други подаци до којих банка дође у пословању с клијентима. Ове је податке банка дужна чувати у тајности односно дужна је да онемогући да они на било који начин постану доступни трећим лицима, изузев у случајевима законом посебно одређеним. Банкарску тајну међутим не представљају било који подаци који имају карактер јавних података односно подаци који су заинтересованим лицима са оправданим интересом доступни из других извора, затим консолидовани подаци на основу којих се не открива идентитет појединачног клијента, подаци о акционарима банке и висини њиховог учешћа у акционарском капиталу банке, као и подаци о другим лицима са учешћем

30 Директива Савета Европе о спречавању употребе финансијског система у сврхе прања новца (91/308/ЕЕС); Директива 2001/97/ЕС којом се врше допуне Директиве 91/308/ЕЕС; Директива 2005/60/ЕС о превенцији употребе финансијског система у сврхе прања новца и финансирања тероризма; значај у овом смислу има и Конвенција УН против незаконитог трговања наркотицима и психотроним супстанцама из 1988. године којом се позивају земље потписнице да инкриминишу прање новца и осигурају да регулативе о тајности банкарских рачуна не буду препрека кривичним истрагама.

31 Под клијентом банке се у смислу закона подразумева било које лице које користи или је користило услуге банке или лице које се обратило банци ради коришћења услуга и које је банка као такво идентификовала.

32 Обавеза поштовања тајности рачуна односно података о стању и промету рачуна прописана је посебно и чланом 35 Закона о платном промету Републике Србије.

у банци односно подаци о том учешћу, без обзира на то да ли су та лица клијенти банке. Коначно, не представљају банкарску тајну ни подаци који се односе на уредност испуњавања обавеза клијента према банци. У овом погледу чак постоји добра банкарска пракса међусобне размене тзв. црне листе клијената.<sup>33</sup>

Обавезу чувања банкарске тајне имају чланови органа банке, акционари и запослени у банци, као и спољни ревизор банке и друга лица која због природе посла који обављају имају приступ подацима који су одређени као банкарска тајна. Такве податке наведена лица не могу саопштавати трећим лицима ни користити их противно интересу банке и њених клијената, нити могу трећим лицима омогућити приступ тим подацима чак ни после престанка статуса на основу ког су остварили приступ предметним подацима. Забрана откривања података који представљају банкарску тајну односи се и на Народну банку Србије, судове и друге органе који врше јавноправна овлашћења односно на лица запослена у тим органима. Они су обавезни да податке до којих су дошли по природи посла који обављају, а који представљају банкарску тајну, користе искључиво у сврху за коју су прибављени и не могу их саопштавати трећим лицима нити тим лицима могу омогућити да сазнају или користе те податке. Додуше, ова лица су податке који сходно Закону о банкама представљају банкарску тајну обавезна чувати као службену тајну па би њихова евентуална одговорност у овом погледу била и кривично-правна.<sup>34</sup>

Лични подаци о клијентима банке, физичким лицима, који се као банкарска тајна штите Законом о банкама штите се у нашем позитивном праву и Законом о заштити података о личности.<sup>35</sup> Циљ тог закона је обезбеђење и заштита права на приватност и осталих права и слобода физичких лица у вези са обрадом података о њима, а под обрадом података се опет подразумева свака радња предузета у вези са таквим по-

33 Према нашем Закону о банкама банка слободно одлучује о избору клијената што практично значи да она може одбити да са неким лицем закључи одређени уговор или му пружи услуге које иначе пружа. У том погледу су за банке посебно релевантни подаци о клијентима који неуредно испуњавају своје обавезе из уговора које су са том или неком другом банаком раније већ закључили. Оваквом решењу из члана 41 нашег Закона о банкама супротстављено је решење из члана 172 Закона о банкама Хрватске према којем је банка дужна са потрошачем закључити појединачни уговор о обављању банкарских услуга. Имајући на уму да се под потрошачем сходно предметном закону подразумева физичко лице могло би се закључити да банке у односу на правна лица имају могућност одбијања закључења уговора.

34 Сходно члану 249 КЗ РС за кривично дело одавања службене тајне забрањена је казна затвора у трајању од 3 месеца до 5 година.

35 *Сл. гласник РС*, бр. 97/08.

дацима као што су прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски или на други начин. Обзиром да је Законом о заштити података о личности као податак о личности одређена свака информација која се односи на физичко лице могло би се закључити да се и институтом банкарске тајне, када је реч о физичким лицима, штите исте вредности. У овом смислу се наше право делом приближава оним правним системима који банкарску тајну не уређују посебним законима већ је искључиво третирају у оквирима прописа о заштити података односно прописа којима се штите право на приватност физичких лица. Разуме се, клијенти банака могу бити и јесу не само физичка, већ и правна лица, што опет у добром делу онемогућава линеарну примену прописа о приватности на податке који се штите банкарском тајном. Коначно, тежиште заштите података банкарском тајном ипак нису општи подаци о клијентима већ у првом реду они подаци о клијентима који произилазе из њихове пословне везе са банком.

У упоредном законодавству и код нас постоје бројни изузеци од обавезе чувања банкарске тајне. Они су у највећем делу мотивисани неопходношћу заштите друштвених вредности које би чувањем банкарске тајне као апсолутне биле, односно могле бити озбиљно угрожене. Начелно, тајна о било којим елементима личности или имовине банчног клијента не би смела бити изговор за прикривање било ког облика кривично-правног поступања или изигравања императивних прописа.

Према нашем Закону о банкама обавеза чувања банкарске тајне не постоји ако се подаци саопштавају: 1) на основу одлуке или захтева надлежног суда; 2) за потребе органа надлежног за спречавање прања новца, у складу с прописима којима се уређује спречавање прања новца; 3) у вези са имовинским поступком, а на основу захтева староца имовине или конзуларних представништава страних држава, после подношења писмених докумената којима се доказује оправдани интерес ових лица; 4) у вези са извршењем надлежног органа на имовини клијента банке; 5) регулаторним телима у Републици Србији ради обављања послова из њихове надлежности; 6) лицу које су банке основале ради прикупљања података о укупном износу, врсти и ажурности у испуњавању обавеза физичких и правних лица клијената банака; 7) надлежном органу у вези с вршењем контроле обављања платног промета код правних и фи-

зичких лица која обављају делатност, у складу с прописима којима се уређује платни промет; 8) пореској управи, у складу с прописима којима се уређују послови из њене надлежности; 9) органу надлежном за контролу девизног пословања; 10) на захтев организације за осигурање депозита, у складу са законом којим се уређује осигурање депозита; 11) страном регулаторном телу под условима предвиђеним споразумом о сарадњи закљученим између тог тела и Народне банке Србије. Готово да није ни потребно помињати, што Закон о банкама ипак чини, да банка податке о клијенту који се сматрају банкарском тајном може саопштавати трећим лицима и уз одобрење самог клијента, дакле лица кога се таква тајна и тиче.

Изузеци од обавезе чувања података који представљају банкарску тајну код нас су посебно предвиђени и Законом о спречавању прања новца и финансирања тероризма.<sup>36</sup> Банке и други законом дефинисани обвезници дужни су Управи за спречавање прања новца као и другим надлежним државним органима доставити све информације о својим клијентима уколико у вези са клијентом или његовом трансакцијом постоје основи сумње да се ради о прању новца или финансирању тероризма.<sup>37</sup> Када банка или други обвезник Управи за спречавање прања новца доставе податке, информације и документацију на које су тим законом обавезани не сматра се да су повредили обавезу чувања пословне, банкарске или професионалне тајне. У исто време сви ти подаци из угла Управе представљају службену тајну и неће се сматрати да је обавеза чувања службене тајне повређена уколико се такве информације, у складу са законом, проследе другим домаћим и страним државним органима надлежним за спречавање и откривање прања новца и финансирања тероризма.<sup>38</sup>

Постојање бројних изузетака од обавезе чувања банкарске тајне како на међународном тако и на нивоу националних прописа неки аутори разумеју као озбиљно довођење у питање суштине овог института сматрајући да је банкарска тајна заправо „укинута у свим ситуацијама које упућују на постојање обавезне сарадње са одређеним државним телима, која сарадња анулира обавезу чувања банкарске тајне“.<sup>39</sup> Оваква мишљења, како ми то видимо, не могу се бранити озбиљним аргумен-

36 *Сл. гласник РС*, бр. 20/09.

37 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, чланови 4, 6 и 8.

38 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, члан 74.

39 Ш. Павловић, „Прање новца – посебна саставница организованог криминалитета“, *Хрватски лејџис за казнено право и праксу*, Vol. 5, бр. 2/1998, стр. 798; М. Сведровић, „Банкарска тајна и њена нормативна ограничења према ЗУСКОК-у“, *Хрватски лејџис за казнено право и праксу*, Загреб, бр. 2/2005, стр. 10.

тима имајући у виду да би се пре могло тврдити нешто сасвим супротно: управо би без постојања ограничења и изузетака мотивисаних потребом спречавања злоупотребе информација заштићених банкарском тајном овај институт изгубио суштински разлог и основну сврху свог постојања. Раније смо већ констатовали да је основна сврха банкарске тајне у првом реду заштита интереса клијената банке. У ширем смислу овакав интерес несумњиво произилази из права на приватност које обавезује не само банке већ и све друге привредне субјекте али и државне органе. Право на приватност заштићено је све док се злоупотребом елемената који га чине не угрожавају права других лица или опште друштвене вредности. Исто се може рећи и за банкарску тајну. Њена сврха је заштита поверљивих информација о клијенту банке које се трећих лица не тичу, а не информација које би, уколико би остале заштићене, трећим лицима или друштву као целини могле проузроковати штету. Разуме се, банка није власна да сама одређује које то информације о њеном клијенту и у којим случајевима морају бити откривене. То увек, па и када је у питању заштита појединачних интереса трећих лица, чини држава преко својих надлежних органа и то само у случајевима када постоји висок степен вероватноће да би чување података о банчином клијенту у тајности водило злоупотреби права или прикривању неког кривичног дела. Дакле, чување у тајности података заштићених банкарском тајном никада не може и не сме бити изговор за угрожавање на праву заснованих интереса трећих лица као и угрожавање општих друштвених вредности. Као посебан проблем у овом смислу видимо, међутим, значајне разлике у упоредноправним решењима и банкарској пракси. Несумњиво је да пракса банака у многим државама да пореским органима других држава не открива информације о клијентима за које у њиховим матичним државама постоји основана сумња да су учинили пореску утају, дело које је у великој већини правних поредака квалификовано као кривично, делује као својеврсна позивница пореским утајивачима из свих крајева света.

Санкције за кршење обавезе чувања банкарске тајне су у упоредном праву озбиљне: то су новчане казне, затворске казне или алтернативно запрећене новчана и казна затвора.<sup>40</sup> Наш Закон о банкама међутим за кршење обавезе чувања банкарске тајне није прописао никакве санкције што је, чини се, значајан пропуст законодавца. Додуше, Законом о платном промету је за кршење обавезе поштовања тајности рачуна прописана новчана казна за банку (300.000 до 3.000.000 динара)

40 У швајцарском праву је за кршење обавезе чувања банкарске тајне прописана алтернативно казна затвора у трајању до 6 месеци и новчана казна у износу до 50.000 франака; у француском праву реч је о кривичноправној одговорности; у праву Хрватске и Словеније прописане су новчане казне.

односно за одговорно лице (20.000 до 200.000 динара).<sup>41</sup> Имајући у виду да се повреда банкарске тајне може остварити не само повредом тајности рачуна већ и неовлашћеним откривањем свих других заштићених података о клијенту мишљења смо да се банкама могу изрицати и санкције односно новчане казне прописане Законом о заштити података о личности, увек када обрада података у смислу тог закона представља у исто време и неовлашћено откривање података који се штите банкарском тајном према Закону о банкама.

У нашем Кривичном закону као посебно кривично дело одређено је и дело одавања пословне тајне сходно коме је свакоме ономе ко другоме неовлашћеном саопштава, преда или на други начин учини доступним податке који представљају пословну тајну запрећена казна затвора у трајању од 3 месеца до 5 година.<sup>42</sup> Обзиром да смо банкарску тајну одредили као део општег појма пословне тајне, штавише и да је Закон о банкама непосредно одређује као пословну тајну, сматрамо да је овде реч о делу које обухвата и повреду тајности података који представљају банкарску тајну.

Коначно, сваки клијент банке у вези са којим су подаци из његовог пословног односа са банком неовлашћено откривени има и право на накнаду штете сходно општим одредбама Закона о облигационим односима.

---

41 Закон о платном промету Републике Србије, члан 51.

42 Кривични законик Републике Србије, члан 240. Напомињемо да наш Кривични законик као посебно кривично дело предвиђа и дело неовлашћеног прикупљања личних података сходно којем је свакоме ономе ко податке који се на основу закона прикупљају, обрађују и користе неовлашћено прибави, саопшти другом или употреби за сврху за коју нису намењени, запрећена новчана казна или казна затвора до једне године.

**Slobodan NENADOVIĆ, PhD**  
Professor at the High Business School of Professional Studies, Valjevo

## **BANK SECRECY IN COMPARATIVE AND POSITIVE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*The author analyzes the legal concept of bank secrecy from the perspective of comparative and positive law of the Republic of Serbia. It was his opinion that the banking secrecy, although part of the general concept of trade secrets, of this concept are different primarily in terms of specific subject-matter and the interests that are protected by banking secrecy. Exemptions from the obligation of bank secrecy exist in order to have the protection of public interests or those of third parties who would be threatened by keeping certain information about the bank's client confidential. However, such exceptions do not impair the essence of the institute of bank secrecy, but prevent its abuse.*

**Key words:** *business secrets, bank secrets, data/information, the subject of protection.*

др Мијаџ ЈОЦОВИЋ  
Економски факултет Подгорица, Универзитет Црне Горе

## НОВИ ТРЕНДОВИ У РАЗВОЈУ ИНСТИТУТА ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ

### Резиме

Предмет овој чланка представља анализа нових тенденција у тржишту инсајдерске трговине. Унутар елементарних бића дјела инсајдерске трговине у последним годинама дешавају се значајне промјене. Оне су посебно изражене у односу на статус инсајдера, појам повлашћене информације, као и у односу на учесницима вршења неких од забрањених радњи. У првом дијелу рада аутор је указао на узроке пораста инсајдерске трговине на глобалном плану. Аутор наглашава чињеницу да је међународни карактер правних послова на тржишту вриједносних папира створио нову димензију у борби против инсајдерске трговине – потребу међународне сарадње. Због учесницима инсајдерске трговине, начина на који одређени инсајдери остварују профит, броја лица која учествују у неким случајевима и висине остварене зараде, са правом се може говорити о стварању посебне професије – инсајдерске трговине. У раду се посебно истражио став да је у последној деценији инсајдерска трговина јасно идентификована као стварна пријетња за развој финансијској тржишта. У закључку рада аутор истражио да је поред улашћавања са правом ЕУ, у овој овој области потребно истражити и савремене трендове како би се остварио заједнички циљ већине земаља у свијету – смањење учесницима случајева злоупотреба повлашћених информација.

**Кључне речи:** инсајдерска трговина, инсајдер, повлашћена информација.



## I Уводне напомене

У последњих неколико година на глобалном нивоу долази до промјена у приступу проблему инсајдерске трговине. Практика на тржишту капитала у европским земљама је показала да регулаторна реформа не даје ефикасне резултате, док је Комисија за вриједносне папире САД (у даљем тексту *SEC*) схватила да без сарадње са осталим земљама не може да оствари ефикаснију примјену права на унутрашњем нивоу. На промјену у приступу инсајдерској трговини и на нове реформе, које ће без сумње наступити у будућем периоду, утичу двије групе чинилаца: 1) интернационализација тржишта вриједносних папира и 2) промјене унутар института инсајдерске трговине.

У правним пословима на тржишту вриједносних папира у протекле три деценије доминира међународни карактер. Убрзан развој тржишта капитала у протеклим деценијама, могућност аутоматског извршења међународних трансакција електронским путем и јасно изражен тренд стицања власништва страних субјеката у домаћим компанијама, утицали су на интернационализацију трговине вриједносним папирима.<sup>1</sup> Поред позитивних импулса за развој националних економија (пораст ликвидности тржишта, повећани избори у приступу капитала улагачима и сл.), интернационализација тржишта је олакшала остваривање бројних злоупотреба, међу којима значајно мјесто заузима шанса за стварање брзог профита на основу злоупотребе повлашћених информација.<sup>2</sup> Данас у трансакцијама којима се злоупотребљавају повлашћене информације ради стицања брзог профита учествују држављани различитих земаља, који имају пребивалишта на различитим крајевима свијета, користе услуге банака и осталих финансијских посредника регистрованих у трећим земљама, тако да се јавља безброј правних проблема за тужиоце који се покушавају ријешити.<sup>3</sup> Оваква ситуација је обавезала регулаторе

1 На примјер, у САД број трансакција домаћих инвеститора у вриједносне папире међународних компанија је до 1988. године повећан за 10 пута у односу на 1980. годину. Овај податак је изнијет приликом саслушања председника *SEC*, *David S. Ruttera*, пред Сенатом САД.

2 „Због интернационализације свјетског тржишта капитала током осамдесетих година, инсајдерска трговина је постала међународни проблем који се рефлектује у повећању интензитета сарадње између земаља у решавању спорова.“ *Ben Pettet, Company Law*, 2nd edition, Longman law series, London, 2005, стр. 329.

3 Примјер за ситуацију када у једној инсајдерској трансакцији учествују држављани различитих земаља са пребивалиштем у трећој земљи може бити случај *SEC v. Kerherve*. Случај се односи на трговину вриједносним папирима америчке компаније *Texas International Company*, чије акције су на листингу берзе у Њујорку. Злоупотребу су извршили држављани Француске и Египта, који су имали пребивалиште у Египту преко посредника у САД. До информације су дошли обављајући консултантске послове у послу тестирања египатског уља, за који је била заинтересована

тржишта вриједносних папира да се ухвате у борбу са новим аспектима инсајдерске трговине – међународном димензијом.

Паралелно са промјенама на тржишту, у протеклим деценијама дешавале су се промјене унутар самог института инсајдерске трговине. Од првих спорова, почетком седамдесетих година, до нових злоупотреба повлашћених информација, дошло је до праве еволуције унутар овог института. Прво, због благог система санкционисања или потпуне непримјене овог института, неки професионални улагачи су повјеровали да су моћнији од регулатора и да ће увијек избјећи санкције, па је постала учесталија злоупотреба повлашћених информација. Друго, начини трговине су се временом усавршавали и смањивали могућност идентификације сумњивих случајева. Треће, злоупотребе повлашћених информација су временом укључивале остваривање већих профита, па су постале стварна опасност за поузданост тржишта, али и за развој националних економија.<sup>4</sup> Четврто, инсајдерска трговина је временом постала посебна професионална дјелатност за бројне улагаче.<sup>5</sup> Логика појединих улагача је једноставна. Умјесто да се баве сложеним анализама функционисања тржишта и пословања компанија, знатно ефикасније и лакше дјелује повезивање лица која су спремна да доставе повлашћене информације у замјену за одговарајући проценат у профиту.

Промјена статуса инсајдера је једна од најважнијих и због последица које изазива најопаснија промјена унутар института инсајдерске трговине. Класичне инсајдере, директоре и остала запослена лица у компанијама, замјењују професионални улагачи, чија је главна дјелатност зарада на основу повлашћених информација. За разлику од директора компанија из седамдесетих година прошлог вијека, који наивно користе повлашћену информацију без детаљнијег плана о избегавању примјене

компанија *TIC*. Уз помоћ египатских органа, *SEC* је издејствовала доношење одлуке о замрзавању стеченог профита, док је у судском поступку оптуженима изречена санкција повраћаја профита и надокнаде судских трошкова. Видјети: *SEC v. Kervhve*, No. 88 Civ 0227 (SDNY 1988).

4 Довољно је упоредити профит од 3.000 долара у спору *SEC v. Cady Roberts Co.* са профитом од 500 милиона долара, колико је остварио Иван Боевски злоупотребљавајући повлашћене информације.

5 Спор *SEC v. Guttenberg* може умјесто теоријског објашњења дати одговоре на питање који су то нови трендови у случајевима инсајдерске трговине. У поступку који је иницирала *SEC*, у овај случај било је умијешано 14 лица које је повезивала заједничка намјера – стицање профита злоупотребом инсајдерских информација. У периоду између 2001–2006, извршни директор инвестиционе компаније *UBS, Mitchel Guttenberg*, обезбјеђивао је трговцима са *Vol Cypriiia* инсајдерске информације о предстојећим инвестиционим препорукама које су вршене различитим клијентима у замјену за проценат оствареног профита од трговине на основу достављених информација. Видјети: *SEC v Guttenberg*, Case No. 1:07-cv-01774-PKC.

закона или адекватне правне одбране, ове категорије су знатно опрезније и обученије за радње инсајдерске трговине, тако да њихово понашање широм свијета добија карактер организованог криминала.<sup>6</sup>

## II Узроци пораста случајева инсајдерске трговине на глобалном плану

Пораст интересовања јавности у последњих двадесет година за проучавање инсајдерске трговине потиче из неколико чињеница:

1. пораст процеса преузимања компанија у осамдесетим и деведесетим годинама;
2. процес приватизације у транзиционим земљама довео је до непотпуне и нејасне законске регулативе, па је коришћење информација постало нормална појава, а не озбиљан прекршај или кривично дјело које се санкционише;
3. притисак САД на остале земље свијета је значајно допринео јачању инсајдерског законодавства;
4. финансијски скандали и притисак медија;
5. спектакуларни судски поступци у појединим случајевима инсајдерске трговине;
6. укљученост особа из јавног живота у случајеве инсајдерске трговине;
7. развој информационих и комуникационих технологија;
8. глобализација свјетског тржишта; и
9. процес приступања транзиционих земаља ЕУ.

Професор *John Coffee (Columbia Law School)* је на саслушању пред комитетом Сената САД, изнио интересантно становиште да учесталост инсајдерске трговине не мора да буде повезана искључиво са процесом преузимања. Такође, истраживања спроведена у Америци током 2006. године су показала раст случајева инсајдерске трговине и пад укупног броја спајања и преузимања компанија. Међу разлозима који у савременим условима доприносе расту инсајдерске трговине он наводи:

6 „Недозвољене шеме инсајдера укључују остварење вишемилионских профита међусобно повезаних лица чије су професије све више различите, за разлику од класичних случајева инсајдерске трговине. У том смислу се може говорити и о еволуцији инсајдера од директора, као класичних инсајдера у првим случајевима, до адвоката, банкара, таксиста, домаћица или тренера фудбалских клубова који се данас налазе у улози оптужених инсајдера.“ Видјети: R. C. H. Alexander, *Insider Dealing and Money Laundering in the EU: Law and Regulation*, Ashgate Publishing, Ltd., Cornwall, 2007, стр. 38.

1) ширење активности хец фондова; 2) пораст пријатељских *buy-outs*-а; и 3) пораст трговине вриједносним папирима на глобалном нивоу.<sup>7</sup>

### III Заинтересованост јавности – шанса за почетак санкционисања и повећање ефикасности примјене института

Од првих случајева злоупотреба повлашћених информација на тржишту вриједносних папира овај институт привлачи велику пажњу цјелокупне јавности. Овакав однос јавности не треба да изненађује. Могућност да мала група људи унутар друштвене заједнице, без улагања труда, користећи позицију у којој се налази, оствари профит, добар је материјал за покретање шире дискусије на тему друштвене прихватљивости таквог понашања. Непостојање консензуса само је подстакло теоријске анализе, па су се у различитим областима јављали аргументи за одбрану једног или другог става. Прије свега, дебата се водила у правној и економској јавности. Погрешно је схватање да се економска теорија, како се у почетку сматрало, определијелила за дерегулисање и несанкционисање инсајдерске трговине, док је правна струка, због неразумијевања економске логике, упорно инсистирала на санкционисању. Изгледа да једино новинари никада благонаклоно нијесу гледали на овај институт, јер се у медијима од почетка о инсајдерској трговини стварала слика да је то дјелатност која је супротна етици.

Бројни су примјери лица којима је инсајдерска трговина омогућила почетни капитал и углед у друштву. Прије више од двеста година, породица Рокшилд је обезбиједила почетно богатство користећи, унапријед од гласника стечену информацију о побједи у Велингтонској бици над Наполеоном на Ватерлоу. Ова информација је подстакла господина Рокшилда да купи вриједносне папире које је издала Влада Велике Британије. Када су вијести о побједи јавно објављене, цијена хартија је драстично порасла, што је Најтану Рокшилду омогућило да продајом раније купљених вриједносних папира стекне огромно богатство.<sup>8</sup> Оснивач династије Кенеди, која је током прошлог вијека била једна од најутицајнијих породица у политичким и економским сферама САД, почетну моћ у друштву стекао је злоупотребама инсајдерских информација у једном случају из 1920. године, када инсајдерска трговина није била законски регулисана

7 Видјети: United States Senate Committee on the Judiciary, *Testimony of professor John Coffee*, септембар, 2006. године. Документ је доступан на интернет адреси: <http://judiciary.senate.gov>.

8 Gregory Lyon, J. J. Du Plessis, *The Law of Insider Trading in Australia*, Federation Press, Sydney, 2005, стр. 5.

у праву САД.<sup>9</sup> Наведени примјери на најбољи могући начин показују да посједовање и употреба повлашћених информација као крајњи резултат имају повећање економске моћи инсајдера.<sup>10</sup> Статус инсајдера обично имају лица која уживају значајан углед у друштву, па се њихово понашање може посматрати и анализирати из угла различитих наука. Друштвени утицај, финансијска моћ и свијетла будућност преко ноћи могу да буду замијењени затворском казном, због на први поглед бизарног разлога – коришћења инсајдерских информација. Најбољу потврду за наведену тезу представља случај Марте Стјуарт, која је 2004. године осуђена због злоупотребе инсајдерских информација и давања лажних изјава. Марта Стјуарт је била један од акционара компаније *Imclone System Stock* (у даљем тексту *Imclone*). Током 2001. године продала је 3.900 акција компаније у вриједности од 250.000 долара. Правни посао продаје акција није био споран, али је сумњу изазвала чињеница да је одмах након продаје вриједност акција на тржишту нагло пала. Такође, у децембру 2001. године, господин *Sam Waksal* је продао акције у компанији *Imclone* (коју је основао и у њој обављао функцију извршног директора). Тек након одређеног времена, *Imclone* је објелоданио информацију да Управа за храну и лекове (енгл. *Food and Drug Administration*) није одобрила лијек који су развили (радило се о истраживању лијека против рака), што је изазвало значајан пад у цијени вриједносних папира. Продајом у право вријеме Стјуарт је избјегла губитак од 45.000 долара. Ипак, са сигурношћу се може рећи да би, у случају да је само могла да претпостави какве ће јој неприлике донијети наредни догађаји, истог момента прихватила да поднесе губитак. Регулатори су убрзо посумњали да је

9 Да иронија буде већа у овом случају, приликом реформи током 1934. године био је члан комитета који је испред Конгреса учествовао у стварању законодавства којим је забрањена инсајдерска трговина, али и први председник Комисије за вриједносне папире у САД. Видјети детаљније: R. Kessler, *The Sins of the Father: Joseph P. Kennedy and the Dynasty he Founded*, Grand Central Publishing, New York, 1996, стр. 74–105.

10 Инсајдерска трговина се налазила симболично на почетку успешних каријера или је означавала крај даље каријере бројним утицајним лицима широм свијета. На примјер, господин *Рудолф Булијани*, дугогодишњи градоначелник Њујорка, је свој политички утицај и наклоност најшире јавности, који су били чврст основ за успешну каријеру, стекао као тужилац у бројним случајевима инсајдерске трговине у суду у Њујорку током деведесетих година прошлог вијека. Одређеним лицима инсајдерска трговина означава и крај пословне или политичке каријере. На примјер, Антонио Фацио (*Antonio Fazio*) је био један од најпознатијих италијанских банкара и гувернер *Bancad Italiana* од 1993. године до 2005. године када је напустио функцију због сумње да је злоупотребљавао инсајдерске информације. Против господина *Фација* тужилац у Милану је у децембру 2006. године подигао оптужницу за злоупотребу инсајдерских информација у случају *Анџонвенета банке (Banca Antonveneta)*. Оптужен је да је у поступку преузимања ове банке фаворизовао понуду италијанске банке и опструирао преузимање од стране банке са њемачким капиталом – *ABN AMRO*.

дошло до злоупотребе инсајдерских информација у трговини акцијама компаније *Imclone*. Током истраге Стјуарт је два пута дала изјаву о мотивима продаје вриједносних папира, које су се касније показале као нетачне. Епилог случаја био је следећи: 1) Ваксал је проглашен кривим и осуђен на казну седмогодишњег затвора; 2) Стјуарт је осуђена на казну затвора од 10 мјесеци.<sup>11</sup> Случај Марте Стјуарт показује да последице оптужби за инсајдерску трговину често могу да буду веће од профита оствареног злоупотребом информација.<sup>12</sup> Марта Стјуарт је била оснивач и директор компаније *Omnimedia*. Према подацима, између јануара 2002. године, када је започела истрага, и марта 2004. године, када је објављена пресуда, годишњи промет компаније је пао за 17 процената, а зарада након објелодањивања пресуде за 68 процената. Због пада цијена акција и неизвјесности око њене улоге у будућности, незадовољни акционари су поднијели 17 тужби против Марте Стјуарт и њене компаније.<sup>13</sup> Последице су наступиле и за њену политичку каријеру. Наиме, у том периоду била је кандидована за члана одбора директора њујоршке берзе. Оставку на мјесто извршног директора и предсједника своје компаније поднијела је 18 мјесеци након започињања истраге.<sup>14</sup> Марта Стјуарт је са SEC постигла погодбу без порицања или признавања било какве радње. Према условима погодбе било јој је забрањено обављање функције директора у било којој компанији за период од пет година и новчано је кажњена у износу од 195.000 долара.<sup>15</sup>

Заинтересованост јавности и најшира сагласност о потреби санкционисања оваквог понашања могла би да буде шанса за субјекте који примјењују овај институт у Србији, Црној Гори и осталим земљама у окружењу да направе одлучнији корак у борби против инсајдерске трговине. Ако се погледа историја регулисања и санкционисања злоупотребе повлашћених информација, може се извести закључак да је управо широка подршка јавности оштром санкционисању инсајдерске трговине била један од одлучујућих фактора за подизање нивоа ефикасности у спречавању злоупотреба у земљама које ефикасно спроводе овај институт.

11 Видјети: Kewin L. Rawls, „Martha Stewart and Insider Trading“, *Liberty University*, Lynchburg, 2009. Рад је доступан на интернет адреси: <http://digitalcommons.liberty.edu>.

12 M. Jennings, „The Ethical Lessons of the Martha Stewart Case“, *Corporate Finance Review*, Mineola, NY, 2004, стр. 40–48.

13 Видјети: D. Hoffman, „Martha Stewart’s insider trading case: A practical application of rule 2.1“, *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, Washington, 2007, стр. 707–718.

14 Joan Macleod Heminway, „Martha Stewart: Insider Trader“, у: Paul U. Ali, Greg N. Gregoriou (eds.), *Insider Trading – Global Developments and Analysis*, CRC Press, New York, 2008, стр. 49–67.

15 Geraldine Szott Moohr, „Securities Fraud and Its Enforcement: The Case of Martha Stewart“, у: Paul U. Ali, Greg N. Gregoriou (eds.), *Insider Trading-Global Developments and Analysis*, CRC Press, New York, 2008, стр. 13–35.

#### IV Потреба међународне сарадње у борби против инсајдерске трговине

Међународни карактер случајева инсајдерске трговине је заједнички садржалац највећег броја расправа о новим тенденцијама у развоју овог института. У протеклим годинама ефикасна сарадња између држава је доводила до рјешавања компликованих случајева инсајдерске трговине, али исто тако постоје примјери у којима је одбијање сарадње омогућавало инсајдерима да прођу некажњено. Правна помоћ других држава приликом вођења истраге или током судског поступка представља императив од којег у великој мјери зависи ефикасност у борби против овог проблема у будућности. Ипак, ограничења овог рјешавања спорова су очигледна када су у питању приватне тужбе, већ се примјењују када поступке воде надлежни регулатори.

Класичан случај инсајдерске трговине у којој је потребна међународна помоћ није тешко замислити. Он подразумијева трговину вриједносним папирима компаније на организованом тржишту, од стране лица која су држављани друге земље и врше недозвољену радњу индиректно, односно посредством трећег лица. Деценијама уназад је сматрано да закони о инсајдерској трговини у земљи у којој је трговина спроведена нијесу примјењиви и да власти из те земље немају овлашћења да траже од друге компанија из друге земље списак клијената и друге информације неопходне за процесуирање случаја.<sup>16</sup> Данас су наведена правила одбачена.<sup>17</sup>

Најразвијеније тржиште вриједносних папира опет представља претечу и у судској пракси, када је у питању овај облик ефикасног рјешавања компликованих случајева. У поступцима често долази до из-

16 О аспектима међународне помоћи и проблема који се јављају приликом њене имплементације видјети детаљније: Alain Hirsch, „International Enforcement and International Assistance in Insider Trading Cases“, у: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (eds.), *European Insider Dealing-Law and Practice*, Butterworths, London, 1991, стр. 377-381.

17 Спор *SEC v. Cohler* представља један у низу случајева агресивне примјене забране инсајдерске трговине на међународном плану. У овом спору SEC је поднијела тужбу против Лоренца Кохлера, швајцарског држављанина, који је био угледни банкар. Правни основ за покретање поступка била је злоупотреба инсајдерских информација приликом спајања двије компаније (*CNS* и *GlaxoSmithKline Plc.*). Господин Кохлер је оптужен да је куповао опције (*call options*) у компанији *CNS* за свој лични рачун, као и за рачун компаније коју је контролисао (*Swiss Real Estate Company*) на основу инсајдерских информација да ће доћи до њеног спајања са другом компанијом. Након завршене трансакције (спајања а затим и продаје опција), господин Кохлер је остварио профит у износу од 400.000 долара. У овом случају SEC је правни основ нашла у кршењу федералног законодавства (Правило 10b-5 SEC) и захтијевала је повраћај стеченог профита и одговарајућу санкцију.

ражаја добро познавање закона од стране инсајдера (наравно, пошто се ради о професионалцима нијесу искључене ни консултантске услуге адвокатских канцеларија). Проблем међународне помоћи нарочито је дошао до изражаја у односима између САД и Швајцарске средином осамдесетих година прошлог вијека. Наиме, добро правно обавијештени инсајдери су почели да користе услуге швајцарских банака приликом злоупотреба повлашћених информација, ослањајући се на примјену правила о тајности клијената. Наведени проблем најбоље објашњавају два повезана случаја које је водила SEC током деведесетих година прошлог вијека: *SEC v. Banca Della Svizzera Italiana*<sup>18</sup> и *SEC v. Tome*.<sup>19</sup> Случајеви су се односили на трговину акцијама и опцијама компаније *St. Joe Minerals Corp.* (у даљем тексту *St Joe*) прије објављивања понуде за преузимање од стране компаније *Joseph E. Seagrams & Sons (Seagrams)*. Трансакција је извршена преко рачуна панамске компаније у швајцарској банци *Banca della Svizzera Italiana* (у даљем тексту *BSI*). Након издавања налога за привремено замрзавање профита проистеклог из трансакције, *BSI* је одбила да открије имена клијената за чији рачун је обавила продају, позивајући се на швајцарске законе о заштити тајности клијената. Због лоше сарадње са швајцарским властима, овај случај није успјешно окончан. Међутим, због злоупотребе повлашћених информација исте компаније, у другом поступку је дошло до успјешног окончања спора. У сарадњи са Владом Италије, SEC је дошла до опипљивијих доказа у случају против држављанина Италије (случај *SEC v. Tome*), који је оптужен да је дошао до инсајдерских информација од стране извршног директора преузимаоца (*Seagrams*), и да је тргујући вриједносним папирима, прије објављивања понуде за преузимање, остварио профит.<sup>20</sup>

Инсистирање на спречавању инсајдерске трговине америчког регулатора тржишта вриједносних папира у неким случајевима је било супротно правилима међународног јавног права и изазивало је оштре реакције осталих земаља. Кулминација критика од стране међународне јавности наступила је поводом случаја *SEC v. Wang and Lee*.<sup>21</sup> Спор је настао када је SEC покренула поступак против господина Венга, запосленог у инвестиционој банци у Њујорку, да је одао инсајдерску информацију господину Лију, ради трговања вриједносним папирима која је извршена у САД. У вријеме подизања тужбе против Лија, SEC је

18 Видјети случај: *SEC v. Banca Della Svizzera Italiana*, 81 Civ. 1836 (SDNY).

19 Видјети случај: *SEC v. Tome*, 638 F Supp 596 (SDNY 1986).

20 Видјети: Michael D. Mann, Lise A. Lustgarten, „Internationalization of Insider Trading Enforcement – A Guide to Regulation and Cooperation“, у: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (eds.), *European Insider Dealing-Law and Practice*, Butterworths, London, 1991, стр. 339–376.

21 Видјети случај: *SEC v. Wang and Lee*, 88 Civ 4461 (SDNY 1988).



издала налог за замрзавање његове имовине, компанија које је контролисао и лица преко којих је трговао, са образложењем да је намјеравао да профит остварен од инсајдерске трговине премјести из САД. Суд је прихватио образложење и донио одлуку о замрзавању имовине која је прослијеђена свим држаоцима његове имовине, укључујући и *Standard Chartered Bank*, британску банку која је имала филијале у Хонгконгу и Њујорку. Након издавања налога, *Lee* је захтијевао од филијале у Хонгконгу, коју не обавезују одлуке суда у САД, да му изврши плаћања, пријетећи подизањем тужбе у случају одбијања. Ипак, судови у Хонгконгу нијесу прихватили његово образложење.<sup>22</sup> Оваква мјера је била предмет бројних критика на међународном плану, јер није постојао никакав споразум између САД и Хонгконга у том периоду.

Правни основи за пружање међународне помоћи у случајевима инсајдерске трговине су различити. Једна од најпрогресивнијих норми у Директиви о злоупотреби тржишта је норма којом се захтијева од земаља чланица да сарађују у борби против инсајдерске трговине. Значај се налази у чињеници да због постојања ове норме није потребно закључивати додатне уговоре између земаља чланица којима би била регулисана сарадња у овој области. Амерички регулатор тржишта правну помоћ у случајевима инсајдерске трговине врши путем двије врсте споразума: 1) Споразуми о узајамној правној помоћи у кривичним стварима (енгл. *Mutual Legal Assistance Treaties in Criminal Matters*) и 2) Меморандуми о разумијевању (енгл. *Memoranda of Understanding*).<sup>23</sup>

На крају, међународна сарадња се врши на основу Хашке конвенције о преузимању евиденције у грађанским и трговинским споровима (у даљем тексту: Хашка конвенција), која предвиђа одређену процедуру на основу које судски органи у једној земљи потписници могу захтијевати достављање евиденције која је лоцирана у другој земљи у грађанским и трговинским споровима.<sup>24</sup> Управо је *SEC* у случајевима инсајдерске трговине покушала да искористи могућности наведене конвенције. У поступку који је *SEC* покренула пред судом у Њујорку против два резидента из Сингапура, тврдећи да су извршили инсајдерску трговину прије

22 Видјети: A. Hirsch, *нав. djelo*, стр. 382.

23 *SEC* је закључила са одговарајућим тијелима у другим зељама 32 уговора о размјени информација и сарадњи у грађанском и кривичном поступку у области злоупотреба на тржишту хартија од вриједности. Споразум о узајамној правној помоћи САД су, између осталих, закључиле са Швајцарском, Великом Британијом, Сјеверном Ирском, Канадом, Турском, Холандијом и Италијом. Он генерално подразумијева сарадњу у кривичним областима, укључујући сарадњу у лоцирању свједока, узимању изјава и свједочењима и обезбјеђивање размјене административних и судских докумената.

24 The Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in [C]ivil or Commercial Matters, Mar. 18, 1970, 23 U.S.T. 2555.

јавног објављивања да ће компанија *APL Limited* бити купљена од стране сингапурке компаније, *Neptun Orient Lines, Ltd.*, суд је одобрио захтјев *SEC* за привремено замрзавање имовине компаније и идентификацију осумњичених. *SEC* се обратила Врховном суду Сингапура захтјевом да на основу Хашке конвенције именује испитивача који ће прикупити евиденцију од свједока из Сингапура, која ће затим бити коришћена пред судом у Америци. Оптужени у Сингапуру су оспорили именовање испитивача, аргуменујући да је одредба Правила 106–5 по природи прекршајна и да се не примјењује на Хашку конвенцију. Врховни суд Сингапура је одбио такву аргументацију и спровео тражене радње, што је омогућило ефикасно окончање спора.<sup>25</sup>

## V Посебна професија – инсајдерска трговина

У последњим годинама, због учесталости инсајдерске трговине, начина на који одређени инсајдери остварују профит, броја лица која учествују у неким случајевима и висине остварене зараде, са пуним правом се може говорити о стварању посебне професије – инсајдерске трговине. Наиме, између различитих лица се стварају мреже на основу којих се размјењују и користе повлашћене информације у замјену за проценат од оствареног профита. Ова пракса представља највећу пријетњу за интегритет тржишта и изазов за регулаторе тржишта широм свијета. Прво, шеме инсајдера у којима се размјењују информације су изузетно сложене и укључују особе из различитих области. Друго, најчешће се ради о професионалним улагачима који добро познају предности и недостатке законодавства. Треће, рјешавање случајева често захтијева међународну сарадњу, што додатно компликује ефикасност вођења поступка.

Један илустративан примјер најбоље ће указати на стварну пријетњу овакве праксе за интегритет тржишта. Током 2006. године *SEC* је покренула поступак против 17 лица у случају *Reebok*, за које је тврдила да су учествовали у међународној мрежи злоупотребе повлашћених информација и остварили недозвољени профит у износу од 6,8 милиона евра, крадући информације, између осталих, од *Merrill Lynch-a*, *Business Week-a* и пороте суда у Њујорку. Овај случај, вјероватно као мало који до сада, показује упорност и оштроумност чланова комисије у дуготрајним поступцима откривања крађа на тржишту капитала, али и неопходност размјене података у случајевима инсајдерске трговине. У овом случају *SEC* је тврдила да су два физичка лица, један садашњи и један бивши запослени у компанији *Goldman-Sachs*, учествовали у сложеној и широко постављеној шеми, у којој су противзаконито долазили до повлашћених информација

25 Видјети детаљније: Michael D. Mann, Lise A. Lustgarten, *нав. гјело*, стр. 347.

од различитих извора, а затим их прослеђивали трећим лицима која су трговала на основу њих у САД и Европи. Истрагу је иницирала чињеница да је пензионисана кројачица из Хрватске извршила неколико сложених трговина опцијама компаније *Reebok International, Ltd.* Само дан након њене последње трговине, *Reebok* је објавио да је прихватио понуду за преузимање од компаније *Adidas-Salomon AG.* Ова чињеница је бившој кројачици дала могућност да стекне профит од два милиона еура. Због несразмјерног, и у најмању руку сумњиво оствареног профита, *SEC* је дала налог да се замрзне рачун на којем је извршена трговина. Даља истрага је показала да је кројачица из Хрватске трговала по инструкцијама свог нећака Дејвида Пајчина, бившег брокера компаније *Goldman-Sachs*, и Еугена Плоткина, његовог сарадника у послу и инвестиционог савјетника у истој компанији. Поред Плоткина и Пајчина организацију су чинила и друга лица која су међусобно била повезана на невјероватан начин. Функционисали су тако што су једни долазили до информација, други трговали на основу њих, а затим дијелили профит.<sup>26</sup>

## VI Нове тенденције у борби против инсајдерске трговине

Регулатори широм свијета, предвођени *SEC*, проналазе различите механизме да би одговорили новим изазовима и заштитили интегритет тржишта. У протеклим годинама и у судској пракси се мијењају одређена тумачења која су дуго година охрабривала инсајдерску трговину. Тако се у примјени овог института јављају нове тенденције, које ће у будућем периоду допринијети смањењу учесталости инсајдерске трговине. Неке од најважнијих су:

1. *Реулисање инсајдерске трговине посебним законима.* Последњих година евидентан је тренд у упоредном праву да се инсајдерска трговина уређује посебним законима заједно са осталим облицима злоупотреба на тржишту вриједносних папира. Овај систем је прихваћен, на примјер, у праву Шведске и у Јужној Африци.<sup>27</sup> Такође, развија се у одређеном броју ев-

26 Главна особа у цијелој организацији био је аналитичар сектора за фузије и преузимања у компанији *Merryl Lynch*, који је достављао необјављене повлашћене информације о предстојећим корпоративним трансакцијама. Један од чланова радио је у штампарији у Винконсину, са циљем да доставља податке из новина *Business Week*, прије њиховог штампања. На крају, у цијелу причу био је умјишан и курир у суду у Њујорку, чији је задатак био да доставља податке о компанијама против којих се намјерава покренути истражни поступак. Поред компаније *Reebok*, сматра се да је наведена група трговала хартијама још 26 компанија.

27 Видјети: Закон о инсајдерској трговини Јужне Африке из 1998. године (енгл. *Insider Trading Act*) и шведски Закон о инсајдерима.

ропских земаља које прилагођавају своје законодавство новој европској директиви.<sup>28</sup> Од средине деведесетих година овај систем је прихваћен у САД, јер је усвојен посебан закон против санкционисања инсајдерске трговине.<sup>29</sup>

2. *Смањивање стандарда приликом одређивања појма повлашћене информације.* Без обзира на напор европских земаља да прецизно дефинишу овај елемент института инсајдерске трговине, за сада су изостали конкретни резултати. Разлог се налази у немогућности да се правном нормом предвиде све ситуације које једној информацији дају епитет повлашћене информације. Рјешење проблема у европском праву, а самим тим и земљама у окружењу, у овој области би могла да буде судска пракса у САД, која је креативним тумачењима успјела да се избори са чињеницом да у праву САД није дефинисан појам повлашћене информације. У судској пракси су у протеклом периоду значајно смањени строги захтјеви које су у првим деценијама наметнули судови у одређивању појма повлашћене информације. Велики број тужбених захтјева често је на првом кораку одбијан, јер су судови строго тумачили појам повлашћене информације.
3. *Проширивање круга инсајдера.* Умјесто класичних инсајдера, директора и акционара, у последњим годинама све више се у улози оптужених јављају адвокати, ревизори, рачуновође, банкари, инвестициони савјетници и сл.
4. *Учесталост злоупотреба повлашћених информација од стране чланова породице.* У протеклим годинама, због учесталости инсајдерске трговине, јављају се различити случајеви злоупотреба који отежавају откривање и утврђивање одговорности. Посебно је учестала злоупотреба повлашћених информација у којима учествују чланови породице. На примјер, посебну категорију чине случајеви у којима повлашћене информације злоупотребљавају брачни другови, сродници и пријатељи. Злоупотреба инсајдерских информација од стране брачних другова често обухвата случајеве у којима оба брачна друга имају значајне успјехе у каријерама, што им даје приступ инсајдерским информацијама. Неки аналитичари ове случајеве

28 Овај модел у упоредном праву може се наћи у бугарском законодавству након усвајања Закона о мјерама против злоупотребе тржишта из октобра 2006. године. Од 1. априла 2005. године основни извор права у праву Малте за област инсајдерске трговине је Закон о спречавању злоупотреба на финансијском тржишту (енгл. *Prevention of Financial Markets Abuse Act*).

29 Видјети: Закон о санкционисању инсајдерске трговине САД из 1984. године (енгл. *Insider Trading Sanctions Act*).

називају „случајеви са јастука“ (енгл. *pillow talks*). У оквиру ове категорије постоје двије ситуације: а) када брачни другови тргују заједно<sup>30</sup> и б) када један брачни друг тргује на основу информација које му обезбјеђује други брачни друг.<sup>31</sup> Такође, случајеви у којима су укључени остали чланови породице могу бити различити. Некада се дешава да отац учествује у злоупотреби информација са синовима,<sup>32</sup> док неки случајеви укључују однос отац – ћерка или браћа и сестре.<sup>33</sup>

5. *Јачање система санкционисања инсајдерске трговине*. Начин санкционисања инсајдерске трговине данас представља једно од најспорнијих правних питања у упоредном праву. У овој области не постоје општеприхваћени стандарди. Прво, инсајдерска трговина није у свим земљама кривично дјело. Друго, систем политике санкционисања се оштро разликује у упоредној пракси у односу на висину санкција и избор појединих врста санкција, што доводи до правне несигурности. Општи тренд у упоредном праву у посљедним годинама је проширивање врста санкција и поштравање система санкционисања.<sup>34</sup>
6. *Флексибилније прихватање доказног материјала*. У већини случајева инсајдерске трговине тужилац мора да изнесе чврсте доказе о узрочној вези инсајдера са посједовањем информације и вршењем недозвољене радње. Посебно је до изражаја дола-

30 Током 2007. године *SEC* је поднјела тужбу против *Jennifer Wang*, која је била запослена у компанији *Morgan Stanley & Co., Inc.*, и њеног супруга Рубена Чена, бившег радника компаније *ING Investment Management Services LLC*. Они су оптужени да су куповали вриједносне папире прије јавног објелодањивања информације у којима су кроз три трансакције остварили профит у износу од 600.000 долара. Трговина је вршена преко рачуна супругине мајке која је живјела у Пекингу.

31 Видјети случај: *SEC v. Balkenhol*, Civil Action No. C-07-2537 JCS.

32 Видјети случај: *SEC v. Terese Dearmin*, Civil Action No. 1: 07-CV-01089, јун 2007. године.

33 Некада је инсајдерска трговина, односно жеља једног супружника да дође до профита на основу инсајдерске информације, јача од повјерења које постоји, или је до тада постојало између супружника. Илустративан примјер је случај *SEC v. Mcdonald*. У овом случају муж је искористио информације које му обезбиједила супруга и проследио је двојци својих пријатеља. Супруга је била запослена у одсјеку инвестиционе компаније Мерил Линч у Онтарију и некада је разговарала са својим супругом о свом раду, претпостављајући да ће информације које му изнесе бити повјерљиве. Оптужница је подигнута само против једног лица, господин Мекдоналда, док су жена и лица која су директно учествовала у трансакцији изузети из оптужнице. Видјети: *SEC v. Mcdonald* 699 F.2d 47 из 1983. године.

34 О слабостима система санкционисања инсајдерске трговине у праву Србије и упоредном праву видјети детаљније: Небојша Јовановић, „Где се дену санкција за трговину упућеног“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2009.

зило утврђивање одговорности у случајевима неовлашћеног одавања информација трећем лицу. Судови све више прихватају и посредне доказе као што су листинзи телефонских разговора, рачуни у хотелима и ресторанима и сл.

7. *Једносйавније уйврђивање иденйиийейта инсајдера.* Професионални улагачи су често свој идентитет скривали вршећи трансакције преко трећих лица. Развојем механизма компанијског права (права на утврђивање стварног акционара) отварају се могућности лакшег утврђивања статуса инсајдера.
8. *Коришћење савремених средсйава йриликом иденйификације сумњивих йрансакција.* Регулатори тржишта широм свијета користе развој информационих технологија како би ефикасније пратили сумњиве трансакције и дошли до идентификације злоупотреба.
9. *Повећавање броја усйјешних случајева у йройшеклим йодинама на йлобалном йлану.* Након усвајања Директиве о злоупотреби тржишта порастао је број успјешно окончаних случајева у већини европских земаља, док је амерички регулатор наставио своју агресивну политику против инсајдерске трговине.
10. *Сйална едукација особља унуйар реулайора који се бави овом йемайииком.* Неоправдано запостављен елемент у расправама о проблему инсајдерске трговине је и питање едукације. Овај аспект се посебно односи на едукацију запосленог кадра у регулаторима тржишта.
11. *Повећавање обима овлашћења надлежних реулайора.* Досадашња пракса у борби против инсајдерске трговине је показала да регулатори тржишта имају највећу улогу у овом процесу. Без сумње, и у будућем периоду ће се наведена пракса наставити. Због тога је неопходно проширити овлашћења регулаторних органа у случајевима инсајдерске трговине.

## VII Закључак

Од првих случајева инсајдерске трговине почетком двадесетог вијека до најновијих инсајдерских скандала, којима регулатори тржишта вриједносних папира широм свијета потврђују своју одлучност у намјери заштите интегритета тржишта, десиле су се револуционарне промјене. Период од сто година је вријеме у којем се мијењају и усавршавају многи правни институти, али је мало који правни институт доживио толико промјена и изазвао пажњу јавности као инсај-

дерска трговина. У последњих двадесет година однос држава широм свијета према проблему инсајдерске трговине се промијенио. Умјесто регулисања правилима аутономног права, ова област се регулише најчешће законима, уз проналажење бројних механизма превенције и константно поштравање система санкционисања. На нивоу Европске уније, у периоду од непуних двадесет година, усвојене су двије директиве којима је уређена ова област. У будућем периоду интересовање за ову област ће бити све веће, посебно на малим тржиштима у којима се мора рјешавати проблем смањења злоупотреба, јер се без рјешења овог проблема не може говорити о интеграцији тржишта у регионалне и међународне токове капитала.

Србија и Црна Гора, као и остале земље у окружењу, усклађују своје законодавство са правом Европске уније и у овој области. Ипак, стиче се утисак да се овом сложеном правном проблему прилази на једностран начин – кроз слијепо усаглашавање са европским правом које ни само није ријешило бројна спорна питања у овој области. У покушајима стварања ефикасног система инсајдерске трговине мора се водити рачуна о достигнутом степену развоја сопственог правног система, објективним капацитетима за спровођење одређених препорука, које су садржане у европским директивама, стварним могућностима за примјену одређених правних института којима се спречава учесталост инсајдерске трговине и сл. На крају, посебно се мора водити рачуна да се у овој области константно дешавају промјене које произлазе из потребе да се смањи учесталост злоупотреба повлашћених информација.

**Mijat JOCOVIĆ**

**Faculty of Economics in Podgorica, University of Montenegro**

## **NEW TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE OF INSIDER TRADING**

### **Summary**

*The subject of this paper is the analysis of new trends in approach to the institute of insider trading. Significant changes are recognized in the last years within the elements of the insider trading. They are particularly pronounced in relation to the status of insiders, the concept of privileged information, as well as in relation to the frequency of preferring some of the prohibited acts. In the*

*first part of the paper the author pointed out the causes of increased insider trading on a global scale. The author emphasizes the fact that the international nature of legal transactions in the securities market has created a new dimension in the encounter against insider trading – the need for international cooperation. Due to the frequency of insider trading, the way that some insiders are making profits, the number of persons participating in some transactions and the amount of earned profits, we can talk about creating a special profession – insider trading. The author highlights that in the past decade insider trading was clearly identified as a real threat to the development of financial market. In the conclusion, the author points out that in this area, in addition to complying with EU law, we need to follow the modern trends in order to achieve the common goal for most countries in the world – reducing the frequent experiences of abusing privileged information.*

**Key words:** *insider trading, insider, privileged information.*



мр Мирјана РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## ЗАКОНИТИ ИМАЛАЦ ДЕМАТЕРИЈАЛИЗОВАНИХ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ\*

### Резиме

У овом раду аутор истражује одговор на питање, ком лицу се признаје својство законитој имаоца дематеријализованих хартија од вредности. У првом, уводном делу, аутор анализира појам законитој имаоца из угла формалне и материјалне легитимације за вршење права из хартије према емисиону. Затим се образлаже особености утврђивања законитој имаоца дематеријализованих хартија у односу на материјализоване хартије, услед које овде законити ималац једино може да буде лице на чије име се води одговарајући рачун хартија од вредности. Други део рада приказује основне системе евиденцирања дематеријализованих хартија од вредности: децентрализован, односно централизован систем регистрације и систем евиденције на рачуну код дејозитара. Трећи део рада се бави питањем, који рачун дематеријализованих хартија од вредности је меродаван за утврђивање својства законитој имаоца. Појом су изложени ујоредноправни критерији истраживаној проблематици, кроз призму земаља са развијеним тржиштима капитала (САД, Немачка, Енглеска и Француска). Коначно, ујоредноправна решења су коришћена као основ за кривку важеће српске регулативе овој питања, која збој своје нелоичности и непрошвечности ствара правну несигурност за емисионе и инвеститоре на тржишту капитала.

\* Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правној система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2011)“.

**Кључне речи:** законити ималац, хартије од вредности, дематеријализација, рачун, рејистар, дејозит, чување и администрирање.

## I Увод

Дематеријализација хартија од вредности представља модеран тренд развоја тржишта капитала. Њен основни циљ се огледа у постизању веће економичности и ефикасности емисије и трговине хартијама од вредности. У развијеним земљама, прелазак на потпуну или делимичну дематеријализацију је био подстакнут практичним потребама тржишта капитала. Имајући у виду високе трошкове штампања папирних потврда ради емисије материјализованих хартија од вредности, као и велики обим трговине,<sup>1</sup> који је у условима материјализације праћен дуготрајним процесом физичке испоруке папирних потврда, прихватање дематеријализације је олакшало прикупљање капитала и функционисање тржишта. Нажалост, правна наука није ишла у корак са убрзаним развојем праксе и правног уређења ове области. Следствено томе, дематеријализацију још увек прате бројна отворена питања, око којих не постоји сагласност чак ни у земљама познатим по својој правној традицији и достигнућима савремене правне мисли.

У овом раду је посебна пажња посвећена истраживању питања, како се утврђује законити ималац дематеријализованих хартија од вредности. У том погледу се анализа ограничава на серијске хартије од вредности, уз уважавање чињенице да постоје и појединачне дематеријализоване хартије (на пример, електронска меница, електронски чек), које су, међутим, подвргнуте другачијем правном уређењу. Проблем утврђивања законитог имаоца дематеријализованих хартија се разматра на темељу важећих решења у развијеним земљама, попут САД, Енглеске, Немачке, Француске, да би се затим показало у којој мери право Србије по логици и кохерентности уређења овог питања одступа од упоредноправних приступа.

---

1 На развијеним тржиштима капитала се салдира стотине милиона, па и милион трансакција дневно. В.: Mohamed F. Khimji, „The Securities Transfer Act – The Radical Reconceptualization of Property Rights in Investment Securities“, *Alberta Law Review*, Vol. 45, No. 1, 2007, стр. 140.

## II Појам законитог имаоца

Под законитим имаоцем хартије од вредности се начелно подразумева лице које је формално и материјално легитимисано да врши права из хартије према емитенту.<sup>2</sup> При том, формална легитимација означава овлашћење за располагање хартијом и вршење права из хартије, које се заснива на испуњењу чисто формалних услова, без преиспитивања њиховог материјалноправног утемељења. Примера ради, код материјализованих хартија од вредности на доносиоца држалац хартије је формално легитимисано лице, независно од постојања и пуноважности правног основа за стицање државине. Са друге стране, једно лице се сматра материјално легитимисаним, ако му хартија од вредности, односно права из хартије припадају у материјалноправном смислу, захваљујући испуњењу свих претпоставки за пуноважност стицања и задржавања тих права. Примера ради, лице коме је материјализована хартија од вредности на доносиоца продата и предата на основу пуноважног уговора са претходним законитим имаоцем је материјално легитимисано да врши права из хартије према емитенту.

Имајући у виду изложено значење ових појмова, јасно је да формална и материјална легитимација не морају да буду обједињене у истом лицу. Отуда, у конкретном случају може да се догоди да је једно лице само формално легитимисано да располаже хартијом и врши права из хартије према емитенту, док је неко друго лице ималац тих права у материјалноправном смислу.<sup>3</sup> У таквој ситуацији се оправдано поставља питање, ко се сматра законитим имаоцем хартије од вредности: да ли формално или материјално легитимисано лице.

Када је једно лице формално легитимисано да врши права из хартије према емитенту, у праву хартија од вредности важи оборива претпоставка да је то лице истовремено и материјално легитимисано.<sup>4</sup> Захваљујући томе, формално легитимисано лице приликом вршења права из хартије не мора да доказује правни основ стицања, већ се претпоставља да је оно ималац права у материјалноправном смислу –

2 О разликовању формалне и материјалне легитимације в.: Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009., стр. 436.

3 Lutz Sedatis, *Einführung in das Wertpapierrecht*, de Gruyter, Berlin, 1988, стр. 23 и 24. Однос између формалне и материјалне легитимације за вршење права из хартије од вредности може да се упореди са односом између државине и својине на одређеној ствари.

4 Karl-Heinz Gursky, *Wertpapierrecht*, 3. Auflage, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg, 2007, стр. 70; Peter Bülow, *Heidelberger Kommentar zum Wechselgesetz, Scheckgesetz und zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg, 2004, стр. 94; L. Sedatis, *нав. дело*, стр. 21 и 22.

законити ималац хартије.<sup>5</sup> Наравно да материјално легитимисано лице може да доказује супротно, како би оборило наведену претпоставку, а након успешног доказа може да захтева повраћај хартије од вредности, чиме стиче и формалну легитимацију за вршење права против емитента. Међутим, до тог тренутка савестан емитент се ослобађа обавеза из хартије, ако их испуни формално легитимисаном лицу за које важи претпоставка материјалне легитимације,<sup>6</sup> а материјално легитимисано лице једино може да остварује правне захтеве против несавесног, односно незаконитог формално легитимисаног лица, које је примило користи из хартије без правног основа.<sup>7</sup>

У даљем тексту ће бити истраживано питање, које лице је формално легитимисано да врши права из дематеријализованих хартија од вредности против емитента, на основу чега се обориво претпоставља и да је материјално легитимисано. Реч је о утврђивању тзв. претпостављеног законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности. Насупрот томе, из анализе ће бити изостављена проблематика евентуалног сукоба између формално легитимисаног и материјално легитимисаног лица, услед неоснованог стицања својства претпостављеног законитог имаоца, у ком случају је могуће побијати ову претпоставку и захтевати пренос хартије на материјално легитимисано лице као законитог имаоца.

Појам (претпостављеног) законитог имаоца дематеријализоване хартије од вредности не треба поистовећивати са појмом инвеститора на тржишту капитала. Једно лице може да има својство законитог имаоца, иако није инвеститор (улагач) у те хартије од вредности. При том се под инвеститором подразумева лице које сноси економски ризик улагања у хартије од вредности, независно од тога да ли му хартије и правно припадају.<sup>8</sup> Према томе, једно лице може да преузме својство законитог имаоца за рачун другог лица као инвеститора. У случају акција појам законитог имаоца се изједначава са појмом акционара, док је у случају обвезница законити ималац обвезничар, тј. ималац потраживања против емитента.

5 Упореди: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 12. издање, Београд, 2011, стр. 505.

6 К.-Н. Gursky, *нав. дело*, стр. 70.

7 За разлику од тога, несавестан емитент који је знао или морао знати да формално легитимисано лице није и материјално легитимисано, не може да испуни своје обавезе из хартије према њему са ослобађајућим дејством, већ ће морати да их испуни (поново) материјално легитимисаном лицу. В.: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 459 и 505; Н. Јовановић, *Берзанско право*, стр. 436; упореди: Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, стр. 706.

8 Такво значење појма инвеститора прихвата и Директива ЕЗ о правима акционара. В.: Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, *Official Journal*, L 184, 14.7.2007 (даље у фуснотама: Shareholders' Rights Directive), Recital 3.

### III Проблем утврђивања законитог имаоца по узору на материјализоване хартије од вредности

Утврђивање законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности није могуће спровести по узору на материјализоване хартије, на које се примењује теорија инкорпорације субјективног грађанског права у папирну потврду. У случају материјализованих хартија од вредности које инкорпоришу права против емитента утврђивање законитог имаоца зависи од врсте хартије. Код хартија од вредности на име, законити имаоца је лице чије је име назначено на папирној потврди, односно лице на које је право из хартије пренето од стране претходног законитог имаоца, што такође мора да буде евидентирано на самој папирној потврди.<sup>9</sup> Исто важи и за хартије од вредности по наредби, с тим што оне могу да се преносе на новог законитог имаоца и путем индосамента.<sup>10</sup> Најзад, код хартија од вредности на доносиоца и бланко индосираних хартија од вредности по наредби, својство претпостављеног законитог имаоца припада лицу које има непосредну државину на папирној потврди.<sup>11</sup>

Изложени начин одређивања законитог имаоца није могуће применити на дематеријализоване хартије од вредности, будући да код њих не постоји папирна потврда на којој би било означено име законитог имаоца и пренос на новог законитог имаоца, односно на којој би могла да постоји државина законитог имаоца.<sup>12</sup> За разлику од материјализованих хартија, настанак и пренос дематеријализованих хартија од вредности се искључиво заснива на одговарајућим електронским записима. Уместо папирне потврде овде једино постоји рачун хартија од вредности, у оквиру кога се врши електронско евидентирање стицања и губитка права на хартијама.<sup>13</sup> Наравно да на самом рачуну, односно електрон-

9 Упореди: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 455; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 649.

10 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 457 и 458; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 649 и 654.

11 Упореди: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 458; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 650.

12 О појму дематеријализованих хартија од вредности в.: François-Xavier Lucas, „Retour sur la notion de valeur mobilière“, *Bulletin Joly Sociétés*, no 185, Août-Septembre, 2000, стр. 768; Joanna Benjamin, *Interests in Securities: A Proprietary Law Analysis of the International Securities Markets*, Oxford University Press, New York, 2000, стр. 25; Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, у: Fidelis Odita (ed.), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 109; упореди: А. О. Austen-Peters, *Custody of Investments: Law and Practice*, Oxford University Press, 2000, стр. 6; Небојша Јовановић, *Емисија вредносних папира – њравна разматрања*, Београд, 2001., стр. 18; Светислав Миловановић, *Савремене хартије од вредности – злоупотреба и њравна заштити*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 103.

13 С. Миловановић, *нав. дело*, стр. 103; упореди: Randall D. Guynn, *Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws, A Discussion Paper on the Need for Interna-*

ским записима које он садржи, не може да постоји својина ни државина потенцијалног законитог имаоца. Стога је потребно пронаћи други критеријум за утврђивање формално и претпостављено материјално легитимисаног лица. Имајући у виду да код сваког рачуна хартија од вредности постоји тачно одређени ималац рачуна, то је постало одлучујуће својство на коме се заснива утврђивање законитог имаоца. Према томе, претпостављени законити ималац дематеријализованих хартија од вредности је ималац рачуна тих хартија од вредности, односно лице на чије име се води рачун. Међутим, овај наизглед једноставан закључак се у примени сусреће са бројним тешкоћама.

У вези са једном истом дематеријализованом хартијом од вредности често постоји више рачуна које отварају и воде различити учесници на тржишту капитала (на пример, регистар, депозитар – кастоди банка, брокерско-дилерско друштво).<sup>14</sup> У том случају се поставља питање који од тих рачуна је меродаван за утврђивање својства законитог имаоца. Одговор на ово питање се додатно компликује у ситуацији када се рачуни воде на име различитих лица као ималаца рачуна (на пример, рачун у регистру се води на име кастоди банке, а рачун код кастоди банке – на име друге кастоди банке, а рачун код друге кастоди банке – на име инвеститора). Од бројних потенцијалних рачуна хартија од вредности за утврђивање својства законитог имаоца могу да буду релевантни само рачуни код регистра и код депозитара, будући да се њихова основна сврха огледа у евидентирању самих хартија од вредности, односно евидентирању власничких права депонента на хартијама од вредности као предмету депозита.<sup>15</sup> Насупрот томе, рачун хартија од вредности који отвара и води пружалац инвестиционих услуга, ради књижења послова обављених за рачун клијента, није од значаја за утврђивање својства законитог имаоца, јер има за циљ евидентирање генезе пружених услуга, а не и евидентирање власничких права на хартијама.<sup>16</sup>

*tional Harmonization*, Capital Markets Forum, Section on Business Law, International Bar Association, 1996, стр. 13; за швајцарско право в.: Hans Kuhn, „Das neue Bucheffektenmodell des schweizerischen Rechts“, у: Theodor Baums, Andreas Cahn (Hrsg.), *Die Zukunft des Clearing und Settlement*, Institute for Law and Finance Series, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, стр. 32; упореди: Мирко Бартуловић, *Правно-теоријска и праксијска проблематика дематеријализације хартија од вредности*, Тржиште новца, Београд, 1996, стр. 15.

14 Под отварањем и вођењем рачуна хартија од вредности се подразумева интерни рачун који учесник на тржишту отвара код себе, тј. у својој евиденцији, а на коме бележи хартије од вредности у вези са којима пружа услуге клијенту.

15 О рачуну као оквиру за евидентирање в.: Didier R. Martin, „De l'idée de compte“, *Banque*, 1999, стр. 287; упореди: Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, 3. Auflage, Erster Teil, Berlin, 1988, Soderausgabe der Kommentierung des Bankvertragsrechts aus Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 4. Auflage, Berlin, стр. 104.

16 Реч је, примера ради, о рачуну који брокерско-дилерско друштво отвара у својој евиденцији, на коме се бележе трансакције у вези са хартијама од вредности

## IV Основни системи евидентирања дематеријализованих хартија од вредности

Дематеријализоване хартије од вредности се евидентирају на рачунима који се воде у електронском облику. У зависности од прихваћеног решења у конкретном правном систему, ове рачуне може да води регистар или депозитар. У том смислу су се у упоредном праву развили следећи системи евидентирања дематеријализованих хартија од вредности: 1. децентрализован систем регистрације; 2. централизован систем регистрације; и 3. систем евиденције код депозитара.

### 1. Децентрализован систем регистрације

У децентрализованом систему регистрације сваки емитент води свој регистар дематеријализованих хартија од вредности. Такво решење потиче од традиционалног схватања регистрованих хартија од вредности (енгл. *registered securities*) у англосаксонским земљама и некадашњем француском праву, као врсте хартија на име.<sup>17</sup> Иако код регистрованих хартија од вредности емитент издаје законитом имаоцу папирну потврду, ова потврда не инкорпорише права према емитенту, већ представља само доказ о поседовању хартија од вредности.<sup>18</sup> Регистроване хартије од вредности по својој правној природи представљају бестелесна добра – субјективна грађанска права (најчешће, потраживања) законитог

обављене за рачун клијента. Упореди: Michel Germain, Marie-Anne Frison-Roche, „La tenue de compte-conservation d'instruments financiers“, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, no 72, 1999, стр. 73; Thierry Bonneau, France Drummond, *Droit des marchés financiers*, Paris, 2001, стр. 197.

- 17 О регистрованим хартијама од вредности у некадашњем француском праву в.: Yves Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 9. édition, Paris, 1996, стр. 756; Claude Witz, „Die Entmaterialisierung des Effektenwesens in Frankreich“, у: Karl Kreuzer (Hrsg.), *Abschied vom Wertpapier? Dokumentelose Wertbewegungen im Effekten-, Gütertransport- und Zahlungsverkehr*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 137, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M., 1988, стр. 51; Hervé Le Nabasque, Arnault Reygrobellet, „L'inscription en compte des valeurs mobilières“, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, no 4, 2000, стр. 261.
- 18 J. Benjamin, *Interests in Securities*, стр. 25, 32 и 33; Eva Micheler, *Property in Securities, A Comparative Study*, Cambridge University Press, New York, 2007, стр. 2 и 25; Matthias Haentjens, *The Law Applicable to Indirectly Held Securities – The Plumbing of International Securities Transactions*, The Hague, 2006, стр. 39; Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 756; C. Witz, *нав. pag*, у: K. Kreuzer (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 51; R. Goode, *нав. pag*, у: F. Oditah (ed.), *нав. дело*, стр. 109; A. O. Austen-Peters, *нав. дело*, стр. 6 и 37; упореди: Joanna Benjamin, *The Law of Global Custody*, Butterworths, 1996, стр. 30; Mohamed F. Khimji, „Intermediary Credit Risk: A Comparative Law Analysis of Property Rights in Indirectly Held Securities“, *The Journal of Business Law*, May 2005, стр. 297; M. F. Khimji, „The Securities Transfer Act – The Radical Reconceptualization of Property Rights in Investment Securities“, стр. 148.

имаоца према емитенту.<sup>19</sup> Стога, њихов пренос (уступање, односно цесија потраживања) производи правна дејства према емитенту (цесусу) од момента када је он о томе обавештен. Смисао регистрације хартија од вредности се огледа у томе да се емитент путем пријаве за регистрацију обавештава о сваком стицању издатих хартија. Према томе, регистрација се овде користи као формалност која пружа публицитет одговарајућој комуникацији са емитентом, од које зависе правна дејства преноса хартије. Отуда, на основу регистрације емитент у сваком тренутку зна идентитет претпостављених законитих ималаца, према којима је дужан да испуни обавезе из хартија са ослобађајућим дејством.

Једина специфичност дематеријализованих хартија од вредности у децентрализованом систему регистрације у односу на традиционалне регистроване хартије се огледа у томе да код њих емитент више не издаје папирну потврду као доказ о поседовању одређеног броја, врсте и класе хартија, већ се њихово постојање и пренос искључиво заснивају на одговарајућим електронским уписима у регистар. Електронски регистар дематеријализованих хартија од вредности може да води лично емитент, али он овај посао може да повери и другом лицу (тзв. корпоративном агенту). У том случају корпоративни агент води регистар као заступник емитента – у његово име и за његов рачун.

## 2. Централизован систем регистрације

Поједини правни системи изричито прописују постојање централног регистра, у оквиру кога се евидентирају све дематеријализоване хартије од вредности издате у одређеној земљи. Централни регистар је посебан субјект, који послове вођења регистра хартија од вредности обавља у своје име, а не у име емитента. Како би се емитентима омогућило да сазнају идентитет претпостављених законитих ималаца дематеријализованих хартија од вредности, централни регистар има законску обавезу са сарађује са њима у виду достављања података о имаоцима рачуна. Поред централног регистра, односно паралелно са њим, емитенти могу да воде и своје регистре издатих дематеријализованих хартија од вредности. Међутим, у таквој ситуацији је неопходно изричито регулисати правни значај ова два регистра, како би се недвосмислено разграничило који од њих је релевантан за утврђивање својства законитог имаоца хартија.

## 3. Систем евиденције код депозитара

Системи регистрације дематеријализованих хартија од вредности преовлађују у упоредном праву. За разлику од тога, постоје и земље

19 J. Benjamin, *Interests in Securities*, стр. 34.



у којима се евиденција дематеријализованих хартија врши на рачунима код депозитара. Под депозитаром се подразумева лице које по основу уговора са клијентом (депонентом) преузима обавезе чувања и администрирања хартија од вредности за његов рачун.<sup>20</sup> Насупрот евиденцији дематеријализованих хартија на рачунима код регистра, депозитар начелно није дужан да емитенту на његов захтев пружа податке о законитим имаоцима. На основу закључених уговора о депозиту, депозитар има обавезу да својим клијентима (депонентима) изда одговарајућу потврду о стању на рачуну хартија од вредности (у смислу броја, врсте и класе хартија на рачуну), помоћу које се они легитимишу као законити имаоци према емитенту.

Систем евиденције код депозитара најчешће функционише преко тзв. вишестепеног депозита. Под вишестепеним депозитом се подразумева низ сукцесивно закључених уговора о депозиту поводом истих хартија од вредности. Према томе, код вишестепеног депозита у послу чувања и администрирања хартија од вредности учествују два или више депозитара, од којих први закључује уговор о депозиту са крајњим депонентом, али уговорне обавезе не извршава лично, већ преко другог депозитара, а овај евентуално преко трећег, итд.<sup>21</sup> У оквиру вишестепеног депозита сваки депозитар у низу отвара и води рачун хартија од вредности на име свог непосредног клијента. При том се на крају описаног ланца депозитара по правилу налази централни депозитар, који омогућава централизацију клиринга и салдирања послова у вези са хартијама од вредности. Централни депозитар углавном има законску обавезу да се стара о томе да укупан број издатих хартија од вредности буде усклађен са укупним бројем хартија од вредности на рачунима које отвара и води у име својих непосредних клијената (депозитара).

## **V Рачун дематеријализованих хартија од вредности меродаван за утврђивање својства законитог имаоца**

Имајући у виду приказане системе евидентирања дематеријализованих хартија од вредности, за утврђивање својства законитог имаоца може да буде меродаван или рачун који се отвара и води код регистра или рачун који се отвара и води код депозитара.

20 Н. Јовановић, *Берзанско право*, стр. 176. О појму депозита хартија од вредности в.: Ernst Decker, Siegfried Kümpel, *Das Depotgeschäft*, 2. Ausgabe, Bank-Verlag Medien, Köln, 2007, стр. 15; Siegfried Kümpel, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, стр. 1593; Peter Itzel у: Peter Derleder, Kai-Oliver Knops, Heinz Georg Bamberger (Hrsg.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2004, стр. 1336 и 1340; A. O. Austen-Peters, *нав. дело*, стр. 2 и 161.

21 Упореди: С. Миловановић, *нав. дело*, стр. 121 и 122.

## 1. Рачун код регистра

Земље које прихватају систем регистрације дематеријализованих хартија од вредности, одлучујући значај за утврђивање својства законитог имаоца ових хартија придају рачуну који се отвара и води код регистра. Смисао постојања регистра дематеријализованих хартија се управо огледа у томе да лице на чије име се води рачун код регистра стиче формалну легитимацију за вршење права из хартије према емитенту, на основу чега се обориво претпоставља да има и одговарајућу материјалну легитимацију. Међутим, у случају да у некој земљи паралелно са централним регистром постоји и емитентов регистар дематеријализованих хартија од вредности, закон мора да прецизира ком регистру се даје примат у погледу утврђивања својства претпостављеног законитог имаоца. У том смислу је ефикасније решење по коме је за утврђивање законитог имаоца искључиво меродаван рачун код централног регистра, будући да он обавља централизован клиринг и салдирање свих трансакција у вези са дематеријализованим хартијама од вредностима, те је логично и да представља јединствену евиденцију законитих ималаца. Насупрот томе, када је за утврђивање законитог имаоца меродаван рачун у емитентовом, а не у централном регистру, неопходно је да се успостави брза, електронска веза између ова два регистра, како би се емитентов регистар ажурирао у што краћем року након обављене трансакције преко централног регистра, чиме се окончава стицање права на хартијама.

У складу са описаним правним значајем рачуна хартија од вредности код регистра, када депозитар чува хартије од вредности за своје клијенте тако што се рачун код регистра води на његово име, он постаје законити ималац депонованих хартија. Са друге стране, пошто депонент није уписан у регистар, он не може да врши права из хартија према емитенту, већ једино може посредно да остварује користи из тих права и утицај на њихово вршење преко депозитара као законитог имаоца. Да би у систему регистрације депонент могао да задржи извесна својинскоправна овлашћења у погледу депонованих дематеријализованих хартија, неопходно је ослањање на институт повереништва. У том погледу се у упоредном праву прави разлика између фидуцијарног и овлашћеног повереништва.

Фидуцијарно повереништво (нем. *fiduziarische Treuhand*, енгл. *trust*) омогућава раздвајање правне и економске својине на хартијама, па депозитар уписом у регистар постаје правни власник дематеријализованих хартија од вредности, односно њихов законити ималац (у формалном и материјалном смислу), док депонент стиче својство њиховог економског власника.<sup>22</sup> За разлику од тога, овлашћено повереништво (нем.

22 M. F. Khimji, „Intermediary Credit Risk: A Comparative Law Analysis of Property Rights in Indirectly Held Securities“, стр. 311; A. O. Austen-Peters, *нав. дело*, стр. 26 и 28; J.

*ermächtigte Treuhänder*) доводи до раздвајања формалне и материјалне легитимације за вршење права из хартија од вредности. Према томе, депозитар као овлашћени повереник уписом у регистар стиче само формалну легитимацију да у своје име остварује права из хартија према емитенту и овлашћење да располаже хартијама у своје име, док депонент задржава својство законитог имаоца у материјалноправном смислу.<sup>23</sup>

Из наведеног се закључује да отварање и вођење рачуна дематеријализованих хартија од вредности у регистру на име депозитара у сваком случају означава стицање формалне легитимације за вршење права из тих хартија према емитенту. У земљама које посао чувања и администрирања хартија од вредности заснивају на фидуцијарном повереништву, депозитар уписом у регистар, поред формалне, стиче и материјалну легитимацију, чиме постаје законити ималац хартија од вредности. Насупрот томе, када се посао чувања и администрирања хартија од вредности заснива на овлашћеном повереништву, депозитар стиче само формалну легитимацију за вршење права из хартија уз претпоставку да је за вршење тих права овлашћен од стране депонента као материјално легитимисаног лица. Отуда се емитент ослобађа обавеза из хартија ако их испуни депозитару као формално легитимисаном лицу.

## 2. Рачун код депозитара

У систему евиденције дематеријализованих хартија од вредности код депозитара законити ималац је лице на чије име се отвара и води депозитни рачун код депозитара. Према томе, ималац рачуна код депозитара је формално и претпостављено материјално легитимисан да врши права из хартија према емитенту. С обзиром на то да је систем евиденције код депозитара по правилу организован на темељу вишестепеног депозита, где сваки депозитар у низу отвара и води рачун на име свог непосредног сауговорача (нижег депозитара, односно депонента), поставља се питање, који од ових рачуна је меродаван за

Benjamin, *Interests in Securities*, стр. 40; J. Benjamin, *Global Custody*, стр. 194; E. Micheler, *нав. дело*, стр. 33; Matthias Haentjens, *Harmonisation of Securities Law, Custody and Transfer of Securities in European Private Law*, Private law in European Context Series, Volume II, Kluwer Law International, 2007, стр. 185; Klaus Peters, *Wertpapierfreies Effektsystem: Eine Untersuchung der faktischen und rechtlichen Möglichkeiten einer Weiterentwicklung des herrschenden Effektenwesens*, Studien zum Bank- und Börsenrecht, hrsg. von Ulrich Immenga, Band 1, 1. Auflage, Baden-Baden, 1978, стр. 73; Klaus Peters, „Bucheffekten – eine Alternative zum Wertpapier“, *Wertpapiermitteilungen*, 35/1976, стр. 893.

23 K. Peters, *нав. дело*, стр. 74; Dorothee Einsele, у: Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften §§ 343–372, Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring, Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2001, стр. 1462.

утврђивање претпостављеног законитог имаоца хартија.<sup>24</sup> У том погледу је најлогичније да се својство законитог имаоца призна крајњем депоненту, као првом у низу депонената сукцесивно закључених уговора о депозиту, који посао депозита уговара за сопствени рачун или за рачун другог лица, у односу на које не врши улогу депозитара као професионалног пружаоца услуга депозита.

## VI Разноликост упоредноправних решења

У упоредном праву је питање утврђивања законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности решено на различите начине. На овом месту ће бити издвојени приступи у земљама са развијеним тржиштима капитала, које су познате по својој правној традицији и култури.

### 1. Сједињене Америчке Државе

Право САД прихвата децентрализован систем регистрације дематеријализованих хартија од вредности, у складу са којим сваки емитент води свој електронски регистар издатих хартија. Следствено томе, за лице на чије име се води рачун код регистра се претпоставља да је законити ималац хартија. У случају да се рачун код регистра води на име депозитара, који има обавезу да хартије на рачуну чува и администрира за клијента (депонента), депозитар уписом у регистар постаје законити ималац хартија, док је клијент заштићен посебним правилима која у великој мери подсећају на заштиту из односа фидуцијарног повереништва.<sup>25</sup>

### 2. Немачка

Немачка је, такође, усвојила децентрализован систем регистрације дематеријализованих хартија од вредности, у коме сваки емитент води посебан регистар (тзв. књигу дугова, нем. *Schuldbuch*) за издате хартије исте врсте и класе.<sup>26</sup> При том, лице на чије име се води рачун хартија од

24 О појму вишестепеног депозита в.: С. Миловановић, *нав. дело*, стр. 121 и 122.

25 О сличности између правног положаја депонента и економског власника из односа фидуцијарног повереништва в.: Dorothee Einsele, „Das neue US-amerikanische Wertpapierrecht als Modell für einen funktionsfähigen Effektingiroverkehr“, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heft 4/1997, стр. 271; Jeanne L. Schroeder, „Is Article 8 Finally Ready this Time? The Radical Reform of Secured Lending on Wall Street“, *Columbia Business Law Review*, Vol. 1994, 1994, стр. 371.

26 Alexandra Will у: Siegfried Kümpel, Arne Wittig (Hrsg.), *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, стр. 2357; Sabine Dittrich, *Effektingiro-*

вредности код регистра има својство претпостављеног законитог имаоца. У случају да се рачун код регистра води на име централног депозитара који се обавезао да хартије на рачуну чува и администрира за своје клијенте, централни депозитар тиме постаје формално легитимисан да у своје име врши права према емитенту.<sup>27</sup> Међутим, за разлику од америчког решења, централни депозитар уписом у регистар не стиче и материјалну легитимацију, већ материјално легитимисани остају крајњи депоненти као законити имаоци у материјалноправном смислу.<sup>28</sup> Описани однос између депозитара као формално легитимисаног и депонента као материјално легитимисаног се у немачкој правној теорији објашњава путем института овлашћеног повереништва.<sup>29</sup>

### 3. Енглеска

У Енглеској, такође, сваки емитент води свој регистар издатих дематеријализованих хартија од вредности, али је поред тога установљен и централни регистар. Централни регистар у почетку није имао природу регистра, већ је коришћен као техничко унапређење процеса салдирања, које се заснивало на обједињавању послова и омогућавању електронске комуникације између учесника на тржишту.<sup>30</sup> Стога је између њега и емитентовог регистра постојала електронска веза, помоћу које је емитент благовремено обавештаван о свакој обављеној трансакцији, како би ажурирао свој регистар. Такав компликован поступак је продужавао трајање процеса салдирања и неизвесност око стицања својства законитог имаоца хартија, због чега је од 2001. године уведено правило по коме је упис у централни регистар постао меродаван за утврђивање претпостављеног законитог имаоца хартија од вредности.<sup>31</sup> У случају да се рачун у централном регистру води на име депозитара (на пример, кастоди банке), он тиме постаје законити ималац хартија, а његови клијенти (депоненти) имају положај економских власника депонованих

*verkehr mit Auslandsberührung*, Würzburg, Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg, Band 34, 2002, стр. 11; Obst/Hintner, *Geld-, Bank- und Börsenwesen*, Ein Handbuch, 39. Auflage, hrsg. von Norbert Kloten, Johann Heinrich von Stein, Stuttgart, 1993, стр. 592; Fritz Fabricius, „Zur Theorie des stückelosen Effekten giroverkehrs mit Wertrechten aus Staatsanleihen“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 162. Band, 1963, стр. 460; E. Micheler, *нав. дело*, стр. 185 и 189.

27 A. Will у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2355.

28 A. Will у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2355.

29 A. Will у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2355. У Немачкој однос повереништва није регулисан законом, већ представља општеприхваћен правни институт који је развијен од стране правне теорије.

30 E. Micheler, *нав. дело*, стр. 67.

31 E. Micheler, *нав. дело*, стр. 75.

хартија на основу односа фидуцијарног повереништва са депозитаром.<sup>32</sup> Поред централног регистра, односно паралелно са њим, емитенти и даље воде своје регистре дематеријализованих хартија од вредности,<sup>33</sup> који се путем електронске везе са централним регистром редовно ажурирају у погледу промена законитих ималаца.<sup>34</sup> Међутим, упис у емитентов регистар је изгубио правни значај након централизације система регистрације хартија, те има само информативни карактер.

#### 4. Француска

У француском праву утврђивање својства законитог имаоца зависи од врсте дематеријализованих хартија од вредности. У случају хартија од вредности на име, сваки емитент води своју евиденцију издатих хартија,<sup>35</sup> при чему је ималац рачуна у емитентовој евиденцији (регистру) претпостављени законити ималац хартија. Када би се рачун код емитента отворио и водио на име депозитара, он би тиме постао законити ималац, а пошто француско право не познаје институт повереништва, депоненти не би могли да остварују никакву стварноправну заштиту у односу на хартије као предмет депозита. Отуда се чување и администрирање дематеријализованих хартија од вредности на име никада не одвија на овај начин, већ депонент остаје ималац рачуна код емитента, па тиме и законити ималац хартија,<sup>36</sup> а депозитар добија само овлашћење да као његов заступник администрира рачун и врши права из хартија.<sup>37</sup>

Особеност француског права у односу на остале истраживане правне системе се огледа у томе да оно познаје и дематеријализоване хартије од вредности на доносиоца. За хартије на доносиоца важи си-

32 R. Goode, *нав. pag*, у: F. Oditah (ed.), *нав. дело*, стр. 119; J. Benjamin, *Interests in Securities*, стр. 40 и 306; A. O. Austen-Peters, *нав. дело*, стр. 26, 38 и 74; E. Micheler, *нав. дело*, стр. 121.

33 J. Benjamin, *Interests in Securities*, стр. 204.

34 J. Benjamin, *Global Custody*, стр. 172 и 173.

35 C. Witz, *нав. pag*, у: K. Kreuzer (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 52; Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 757 и 760; M. Haentjens, *Harmonisation of Securities Law*, стр. 98 и 99; M. Haentjens, *The Law Applicable to Indirectly Held Securities*, стр. 48 и 49; H. Le Nabasque, A. Reygrobellet, *нав. чланак*, стр. 261; Philippe Grosjean, „La réforme du régime des valeurs mobilières non cotées: assouplissement du critère d'obligation de nominativité et unification des règles de transfert de propriété“, *Petites affiches*, no 33, 2005, стр. 7 и 8.

36 Rémy Libchaber, „Le dépôt d'instruments financiers“, *Droit & Patrimoine*, no 82, 2000, стр. 93.

37 Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, Art. 322–60; упореди: Philippe Goutay, „La tenue de compte-conservation d'instruments financiers“, *Bulletin Joly Bourse et Produits Financiers*, no 59, mai-juin 1999, стр. 248.

стем евиденције код депозитара, у коме је за утврђивање својства законитог имаоца меродаван рачун који отвара и води овлашћени посредник (депозитар) на име свог клијента (депонента).<sup>38</sup> Пошто је депозит хартија од вредности на доносиоца по правилу вишестепен, законити имаоца је лице на чије име се води рачун код првог у низу депозитара. Другим речима, својство законитог имаоца се признаје крајњем депоненту, а не и имаоцима рачуна код виших депозитара, односно код централног депозитара.

## 5. Проблем хармонизације, односно унификације упоредноправних решења

Из приказаних решења се закључује да су упоредноправни приступи дефинисању законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности различити, због чега је тешко постићи хармонизацију, а камоли унификацију на регионалном, односно међународном нивоу. Овакав закључак потврђује и чињеница да се до сада остварена хармонизација, односно унификација тицала искључиво других питања права тржишта капитала (на пример, питања вршења права из хартија), док је проблематика одређења законитог имаоца остављана по страни. Тако и Директива ЕЗ о правима акционара не регулише питање ко се сматра акционаром (законитим имаоцем акција), већ то препушта националним правима држава чланица.<sup>39</sup> На исти начин поступа и недавно усвојена Женевска конвенција о хартијама од вредности, чијим правилима се штите улагачи у хартије од вредности које се чувају и администрирају од стране депозитара.<sup>40</sup>

## VII Нелогичност и противречност решења у српском праву

Право тржишта капитала Србије на особен начин комбинује описане системе евиденције дематеријализованих хартија од вредности. Са једне стране, Србија прихвата централизован систем регистрације хартија код Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности (у даљем тексту: Централни регистар). Са друге стране, право Србије усваја и систем евиденције дематеријализованих хартија од вред-

38 C. Witz, *нав. pag*, у: K. Kreuzer (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 52; Y. Guyon, *нав. дело*, стр. 757 и 760; M. Haentjens, *Harmonisation of Securities Law*, стр. 98 и 99; M. Haentjens, *The Law Applicable to Indirectly Held Securities*, стр. 48 и 49; H. Le Nabasque, A. Reygobellet, *нав. чланак*, стр. 261.

39 Shareholders' Rights Directive, Art. 2(1)(b).

40 UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities, Geneva, 2009 (Geneva Securities Convention), 2009, Art. 8(2).

ности на рачунима код депозитара (кастоди банака). Међутим, за разлику од других земаља (попут Француске) које, такође, познају и систем регистрације и систем евиденције код депозитара, али та два система примењују одвојено у складу са различитим врстама хартија од вредности, право Србије је створило хибридни комбинацију ових система, која се примењује на све дематеријализоване хартије.

Према важећем Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (у даљем тексту: Закон о тржишту капитала) Централни регистар би требало да води јединствену евиденцију законитих ималаца хартија од вредности.<sup>41</sup> Поред Централног регистра сваки емитент може да води и своју евиденцију (регистар) законитих ималаца издатих хартија од вредности. Емитентов регистар је изричито регулисан једино за случај акција, у вези са којима акционарско друштво (емитент) може да води књигу акционара као евиденцију њихових законитих ималаца.<sup>42</sup> Из регулативе књиге акционара недвосмислено произлази да је емитентов регистар изгубио правни значај за утврђивање својства законитог имаоца акција, те да је у том погледу апсолутни примат преузео Централни регистар.<sup>43</sup> Упркос недостатку изричите регулативе у том погледу, законско уређење Централног регистра омогућава неспоран закључак да је централизован систем регистрације прихваћен и за све остале дематеријализоване хартије од вредности, тако да емитентов регистар ни овде није правно релевантан за утврђивање законитих ималаца.<sup>44</sup>

Из изложеног значаја Централног регистра за утврђивање својства законитог имаоца на први поглед произлази да је Србија у потпуности усвојила централизован систем регистрације, попут оног који постоји у Енглеској. Међутим, особеност српског система евиденције законитих ималаца дематеријализованих хартија од вредности долази до изражаја када се рачун код Централног регистра води на име кастоди банке или на име клијента кастоди банке, а за рачун других лица (депонената). У том случају кастоди банка, односно њен клијент, уписом у Централни регистар не стиче својство законитог имаоца, па чак ни формалну легитимацију за вршење права из хартија према њиховом

41 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (*Службени гласник РС*, бр. 47/2006; даље у фуснотама: ЗТХОВ), чл. 2 ст. 1 тач. 15.

42 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004; даље у фуснотама: ЗПД), чл. 342 ст. 1 тач. 14.

43 ЗПД, чл. 207 ст. 3.

44 Осим тога, између Централног регистра и евентуалног емитентовог регистра не постоји директна електронска веза, због чега нема редовног ажурирања емитентовог регистра, нити његове потпуне усклађености са евиденцијом Централног регистра.



емитенту. Напротив, овде својство законитог имаоца, у смислу формалне и материјалне легитимације, има лице за чији рачун касоди банка, односно њен клијент, обавља посао чувања и администрирања хартија од вредности.<sup>45</sup> При том, ако касоди банка обавља депозитни посао за рачун друге касоди банке као непосредног сауговарача, а ова за рачун својих клијената (инвеститора), српски Закон о тржишту капитала својство законитог имаоца признаје другој у низу касоди банака, а не инвеститорима као крајњим депонентима.

Закључује се да решење српског Закона о тржишту капитала не пружа одговарајућу заштиту крајњим депонентима вишестепеног депозита. Овакав приступ није адекватан, јер се својство законитог имаоца паушално признаје непосредном клијенту касоди банке која води рачун код Централног регистра, независно од чињенице да ли је он истовремено и лице за чији рачун се у крајњем исходу пружа услуга чувања и администрирања хартија од вредности. Имајући у виду да српско право не прихвата институт повереништва, јасно је да крајњи депоненти у описаном случају не би могли да остварују никакве стварноправне захтеве у погледу хартија од вредности на рачуну код Централног регистра, већ су ограничени на вршење искључиво облигационоправних захтева према свом депозитару, као непосредном сауговарачу. У упоредном праву је слично решење прихваћено у Шпанији, али са потпуно другачијим правно-догматским објашњењем.

У Шпанији читав систем регистрације котираних дематеријализованих хартија од вредности почива на двостепеном вођењу регистра, у коме поред централног регистра учествују и његови чланови као својеврсна „продужена рука“ регистра. На првом нивоу регистрације се налази шпански централни регистар (*Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A.*, скр. *IBERCLEAR*), који води власничке рачуне на име законитих ималаца и збирне рачуне на име својих чланова.<sup>46</sup> У случају збирних рачуна члан централног регистра у својој евиденцији отвара и води рачуне на име својих клијената. Према изричитом законском правилу чланови централног регистра се сматрају саставним делом централизованог система регистрације, те њихова евиденција ималаца рачуна хартија од вредности представља регистрацију другог нивоа (тзв. детаљни регистар).<sup>47</sup> Отуда, лица на чије име се воде рачуни код члана централног регистра имају својство законитих ималаца хартија, јер се сматрају уписаним у регистар који

45 ЗТХОВ, чл. 19 ст. 2.

46 Ignacio Gómez-Sancha Trueba, „Indirect holdings of securities and exercise of shareholder rights (a Spanish perspective)“, *Capital Markets Law Journal*, Vol. 3, No. 1, 2008, стр. 43.

47 I. G.-S. Trueba, *нав. чланак*, стр. 43.

је меродаван за утврђивање формалне и претпостављене материјалне легитимације. Описана повезаност и јединственост евиденција централног регистра и његових чланова је могућа не само захваљујући изричитим законским правилима, већ и захваљујући практичном начину функционисања поступка регистрације, у коме свака радња централног регистратора има одговарајући број, који се саопштава члану регистра ради приписивања конкретном клијенту.<sup>48</sup>

Српски режим утврђивања законитог имаоца умногоме подсећа на шпански систем. Међутим, за разлику од права Шпаније у Србији нису испуњене ни формалноправне ни практичне претпоставке за постојање јединствене двостепене регистрације законитих ималаца. Не само да српски Закон о тржишту капитала не придаје кастоди банкама значај регистратора другог нивоа, већ он изричито прописује да је Централни регистар *јединствена* евиденција законитих ималаца.<sup>49</sup> Насупрот томе, претходна анализа је показала да је Централни регистар у ствари само делимична евиденција законитих ималаца, док се други део ове евиденције налази код бројних кастоди банака, које не чине саставни део централизованог система регистрације. Такво решење је немогуће објаснити ослањањем на важећу српску правну догматику.

Проблем правно-догматског објашњења утврђивања својства законитог имаоца у српском праву је потенциран чињеницом да Закон о привредним друштвима ово питање уређује на битно другачији начин у односу на Закон о тржишту капитала. Према Закону о привредним друштвима својство акционара (законитог имаоца акције) се признаје лицу које је уписано у Централни регистар, при чему од таквог правила нема изузетка чак ни у случају да је кастоди банка, односно њен клијент, уписана у Централни регистар за рачун других лица.<sup>50</sup> Одатле произлази да ће се кастоди банка, на чије име се води збирни кастоди рачун код Централног регистра, третирати као акционар у складу са Законом о привредним друштвима. Поставља се питање, да ли изложено правило Закона о привредним друштвима дерогира одговарајућа правила Закона о тржишту капитала, када се ради о утврђивању законитог имаоца акција, као врсте хартија од вредности.

Из угла емитента, решење из Закона о привредним друштвима много боље одговара начину извршавања обавеза из хартија од вредности, које се у српском праву третирају као хартије на име. Када се Централни регистар схвати као *јединствена* евиденција законитих ималаца, онда акционарско друштво као емитент може од њега да добије

48 I. G.-S. Trueba, *нав. чланак*, стр. 43.

49 ЗТХОВ, чл. 2 ст. 1 тач. 15.

50 ЗПД, чл. 207 ст. 1.

податке о својим акционарима. При том је сазнавање идентитета акционара неопходно како би акционарско друштво могло да испуни законске обавезе према њима (на пример, обавезу упућивања личног позива на седницу скупштине). Насупрот томе, применом решења из Закона о тржишту капитала емитент не би могао да сазна ко су законити имаоци издатих хартија од вредности, ако је у Централни регистар уписана кастоди банка, односно њен клијент, за рачун других лица као законитих ималаца. Када се рачун код Централног регистра води на име кастоди банке, Централни регистар једино може да пружи информацију о идентитету кастоди банке, али не и о идентитету лица за чији рачун она обавља посао чувања и администрирања хартија од вредности. Штавише, кастоди банка не само да нема обавезу да обавести емитента о идентитету својих клијената и броју хартија од вредности које за њих чува на збирном кастоди рачуну, већ због правила о банкарској тајни има чак и забрану саопштавања тих података емитенту као трећем лицу.<sup>51</sup>

Из изложеног се закључује да би правила Закона о тржишту капитала о утврђивању својства законитог имаоца онемогућавала акционарско друштво да изврши поједине законске обавезе према акционарима, ако је у Централни регистар уписана кастоди банка или њен клијент за рачун других лица као акционара. Отуда је исправније решење по коме емитент испуњава своје обавезе према акционарима када их изврши кастоди банци (односно њеном клијенту), која је уписана у Централни регистар, док је она у складу са уговором са депонентима дужна да им проследи последице корпоративних радњи или обавештења у вези са њима. Ово схватање би требало примењивати и на друге хартије од вредности.

Српски режим утврђивања својства законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности би могао да постане кохерентан и логичан систем, ако би се Централни регистар заиста третирао као јединствена евиденција лица формално легитимисаних за вршење права из хартија према емитенту. На тај начин би емитент могао да се ослободи својих обавеза из хартија када их испуни лицима чији идентитет сазнаје од Централног регистра. Стога, ако је у Централни регистар уписана кастоди банка, односно њен клијент, а за рачун других лица, она тиме постаје овлашћена да у своје име прими испуњење емитентових обавеза са ослобађајућим дејством. Овакво тумачење је могуће само под условом да се у српском праву прихвати институт овлашћеног повереништва као основ на коме почива посао чувања и администрирања хартија од вредности за друге. Овлашћено повереништво би омогућило

51 Упореди: Н. Јовановић, *Берзанско право*, стр. 177.

да се вођење рачуна хартија од вредности код Централног регистра на име кастоди банке или њеног клијента схвати као заснивање формалне легитимације за вршење права из хартија према емитенту. Са друге стране, оно би омогућавало да законити ималац хартија од вредности у материјалноправном смислу остане депонент као непосредни сауговарач лица које је уместо њега уписано у регистар, а које у оквиру своје редовне делатности обавља послове чувања и администрирања хартија од вредности за друге.

### **VIII Предлог Закона о тржишту капитала – пропуштена прилика за унапређење важећих решења**

Потреба модернизације српске регулативе права тржишта капитала и њене хармонизације са правом Европске уније представља основ за озбиљније преиспитивање и унапређење важећих решења. Покушај остварења овог циља је заокружен крајем 2010. године, када је израђен предлог новог Закона о тржишту капитала (у даљем тексту: Предлог).<sup>52</sup> Нажалост, у погледу уређења питања дефинисања законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности Предлог не одступа битније од решења постојећег закона.

Према Предлогу законити ималац хартија од вредности је лице на чије име се води рачун тих хартија код Централног регистра.<sup>53</sup> Изузетно од овог начелног правила, када се рачун хартија од вредности код Централног регистра води на име депозитара, који чува и администрира хартије од вредности за своје клијенте, законити ималац је лице за чији рачун депозитар пружа те услуге.<sup>54</sup> При том, из непрецизне формулације правила садржаног у Предлогу није сасвим јасно да ли би у случају вишестепеног депозита својство законитог имаоца припадало крајњем депоненту, за чији рачун се у крајњем исходу пружа услуга депозита, или би се као законити ималац третирао непосредни сауговарач депозитара који је уписан у Централни регистар. Осим тога, из предложених решења се изводи недвосмислен закључак да депозитари хартија од вредности на чије име се отвара и води рачун код Централног регистра нису саставни део система регистрације, већ напротив представљају професионалне пружаоце услуга чувања и администрирања хартија, као додатних услуга уз инвестиционе услуге. Отуда, за правно-догматско објашњење

52 Предлог Закона о тржишту капитала од 31.12.2010. године, доступно на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/content/cir/akta/akta\\_detalji.asp?Id=1371&t=P](http://www.parlament.gov.rs/content/cir/akta/akta_detalji.asp?Id=1371&t=P) (даље у фуснотама: Предлог ЗТК).

53 Предлог ЗТК, чл. 228 ст. 1.

54 Предлог ЗТК, чл. 2 ст. 1 тач. 32 и чл. 228 ст. 3 у вези са чл. 2 ст. 1 тач. 9 подтач. 1.

стицања својства законитог имаоца на нивоу рачуна код депозитара ни убудуће неће моћи да се користи модел шпанског система тзв. двостепене регистрације.

Из изложених правила произлази да ниједан од проблема важеће регулативе законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности није решен у Предлогу, те да ће нелогичност уређења овог питања наставити да отежава његову правну анализу. Наведени проблеми су потенцирани чињеницом да предлог новог Закона о привредним друштвима и даље изричито предвиђа супротно правило, по коме се „акционаром... у односу према акционарском друштву и трећим лицима сматра лице које је као законити ималац акције уписано у Централни регистар“.<sup>55</sup> Од овог правила нема изузетка, чак ни за случај када се у Централном регистру збирни кастоди рачун води на име кастоди банке, која обавља посао чувања и администрирања хартија од вредности за своје клијенте. При том су правила предложеног Закона о привредним друштвима и међусобно противречна, јер када је банка уписана у Централни регистар као законити ималац акција за рачун својих клијената, она се приликом вршења права гласа на скупштини акционара сматра *йуномоћником* у односу на клијента (депонента).<sup>56</sup> На основу приказаних решења је јасно у којој мери међу српским законописцима недостаје разумевање смисла постојања регистра хартија од вредности и начина функционисања депозита тих хартија.

## IX Закључак

Српско право тржишта капитала начелно почива на тзв. директном систему држања хартија од вредности, у коме лица која чувају хартије од вредности преко депозитара задржавају својство законитих ималаца тих хартија, а тиме и непосредан однос са њиховим емитентом. У условима постојања јединственог централног регистра дематеријализованих хартија од вредности такав систем може да функционише као логична целина једино ако се прихвати институт овлашћеног повереништва. Упоредноправна анализа показује да је институт повереништва незаобилазан за доследно правно-догматско објашњење функционисања права тржишта капитала, које почива на дематеријализацији хартија од вредности. Ипак, у оквирима српске правне традиције прихватање по-

55 Предлог Закона о привредним друштвима од 19.4.2011. године, доступно на адреси: [http://www.parlament.gov.rs/content/cir/akta/akta\\_detalji.asp?Id=1411&t=P](http://www.parlament.gov.rs/content/cir/akta/akta_detalji.asp?Id=1411&t=P) (даље у фуснотама: Предлог ЗПД), чл. 249 ст. 1.

56 Предлог ЗПД, чл. 348 ст. 1: „Банка која води збирне или кастоди рачуне која се у јединственој евиденцији акционара води као акционар у своје име а за рачун својих клијената сматра се пуномоћником за гласање у односу на те своје клијенте...“

вереништва представља значајну новину, која захтева ширу анализу уз укључивање и других грана права, поред права тржишта капитала.

У недостатку могућности ослањања на овлашћено повереништво, српски режим утврђивања законитог имаоца би могао да постане кохерентан када би се законом изричито прописало да Централни регистар и његови чланови чине два нивоа јединственог система регистрације, попут решења усвојеног у Шпанији. Међутим, у Србији нису испуњене ни законске ни фактичке претпоставке за постојање јединственог дво-степеног система регистрације дематеријализованих хартија од вредности, што се неће променити ни усвајањем новог Закона о тржишту капитала. Отуда, развој српске правне мисли у правцу усвајања института повереништва представља једини пут за разрешење бројних правних дилема и противречности у вези за утврђивањем својства законитог имаоца дематеријализованих хартија од вредности, како би се остварила неопходна правна сигурност у овој области.

**Mag. Mirjana RADOVIĆ, LL.M. (Humboldt)**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade**

## **LEGAL TITLE HOLDER OF DEMATERIALISED SECURITIES**

### **Summary**

*In this paper the author analyses who is the legal title holder of dematerialised securities. In the first, introductory part, the author explains the notion of legal title holder through formal and material (substantive) legitimation to exercise rights as against the issuer. Thereafter, the specific problems with regard to determining the legal title holder of dematerialised securities as opposed to materialised securities are presented. In this respect it is concluded that the legal title holder of dematerialised securities can only be a person in whose name a securities account is opened. However, there are often two or more securities accounts concerning the same dematerialised securities, which are opened in the name of different persons. The second part of the paper deals with basic systems of recording dematerialised securities: decentralised or centralised registration system and system of recording securities in an account with a custodian. The third part of the paper discusses which securities account is relevant for determining the legal title to securities. In addition to that, the author gives illustrative examples of dealing with this question in the comparative law, using*

*selected legal systems with developed capital markets (USA, Germany, England and France). Finally, comparative legal solutions are used as a basis for critical analysis of the Serbian regulation, that can be described as illogical and contradictory, which is why it creates legal uncertainty for issuers and capital market investors.*

**Key words:** *legal title holder, securities, dematerialisation, account, register, custody, safeguarding and administering.*

Јелена ЛЕПЕТИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## О ПОЈМУ *INSIDER-A* У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ\*

### Резиме

У овом раду аутор указује на актуелне проблеме у дефинисању појма *insider-a* у праву Европске уније. У Директиви о злоупотреби тржишта *insider* је дефинисан посредно преко појма *повлашћена информација*. У Директиви се не прави јасна разлика између примарних и секундарних *insider-a*, а предвиђа се и састављање листе *insider-a*, што је довело до значајних проблема у пракси. Аутор покушава да нађе одговор на питање да ли постоји претпоставка да је примарни *insider* искористио повлашћену информацију коју је поседовао, уколико је купио или продао харџије од вредности или друге финансијске инструменте на које се та информација односи, или покушао исто, као и каква је њена природа уколико постоји. Такође настоји да разреши проблем критеријума поделе на примарне и секундарне *insider-e*. Приликом анализирања посебно је узета у обзир пракса Суда правде Европске уније.

**Кључне речи:** *insider*, листа *insider-a*, повлашћена информација, Директива о злоупотреби тржишта, пракса Суда правде Европске уније.

---

\* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2011)“.



## I Увод

У циљу адекватне заштите инвеститора и поштовања једнакости тржишних учесника значајно је дефинисати појам *insider*-а (енгл. *insider*, фр. *initié*). Према Директиви Европске уније бр. 6/2003 о злоупотреби повлашћених информација и тржишним манипулацијама (злоупотреби тржишта), висок степен поверења инвеститора у финансијско тржиште постиже се промовисањем принципа транспарентности на тржишту.<sup>1</sup> Интересовање две гране права, берзанског и компанијског, даје још већи значај појму *insider*-а. С једне стране, због заштите улагача и принципа информационе симетрије односно тржишног егалитаризма, злоупотреба повлашћених информација је предмет интересовања берзанског права. С друге стране, исти ти улагачи инвестирањем средстава постају акционари, што даље значи да недостатак адекватних информација или бојазан да могу лако изгубити средства услед мањка информација, може довести до ситуације у којој је теже привући средства за оснивање привредног друштва, као и касније повећати основни капитал новим улозима.<sup>2</sup> Дакле, злоупотреба повлашћених информација је од великог значаја за компанијско право. Овај институт се може посматрати и као облик ограничења преношења хартија од вредности.<sup>3</sup> Сам термин ограничење не треба схватити у буквалном смислу, јер је сама трговина, иако дозвољена, отежана за поједине *insider*-е због обавезе пријаве обављеног посла, провере да ли је информација искоришћена итд. У сваком случају, заштита мора бити обезбеђена улагачима, односно акционарима, што су две стране исте медаље. Акцент је свакако на начелу тржишног поштења (енгл. *market fairness*), односно тржишног егалитаризма (енгл. *market egalitarianism*)<sup>4</sup> у теоријскоправном смислу, као и стандарду једнаке доступности информација (енгл. *equal access*) како га прихвата Суд правде Европске уније (енгл. *Court of Justice of the European Union*, даље Суд ЕУ).<sup>5</sup>

Прво је потребно дефинисати појам злоупотребе повлашћених информација (енгл. *insider dealing*, *insider trading*, фр. *délit d'initié*, нем.

1 Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider trading and market manipulation (market abuse), OJ L 96, 12.4.2003, 16–25. Вид. ст. 12, 15, 43 (1) преамбуле МАД.

2 Слично Paul Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2003, стр. 751–752.

3 Вид. Јакша Барбић, *Право друштвава – друштвава капијтала*, Загреб, 2007, стр. 324.

4 Вид. Ben Pettet, *Pettet's Company Law – Company and Capital Market Law*, Harlow, 2009, стр. 406.

5 Вид. Lars Klöhn, „The European Insider Trading Regulation after the ECJ's Spector Photo Group Decision“, *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, бр. 2/2010, стр. 9–10 (број страна према електронској верзији доступној на интернет адреси: <http://ssrn.com/abstract=1566943>, 5.4.2011).

*Insidergeschäfte*).<sup>6</sup> Термин који је прихваћен у праву Европске уније је *insider dealing*. Злоупотреба повлашћене информације (енгл. *inside information*)<sup>7</sup> односи се на забрану три радње: 1) куповину или продају, као и настојање да се купе или продају хартије од вредности или други финансијски инструменти уз коришћење информације која се на те хартије односи, 2) откривање повлашћене информације било ком лицу уколико то није уобичајено у вршењу посла, професије или дужности, 3) подстицање других на трговину хартијама на које се информација односи.<sup>8</sup> Као што се види из претходног, није забрањена сама трговина хартијама од вредности и другим финансијским инструментима, већ злоупотреба повлашћене информације до које долази трговином. Према томе, термин трговина није одговарајући енгл. термину *dealing*, па је потребно *insider dealing* назвати злоупотребом повлашћених информација. Такође је потребно напоменути да *insider dealing* обухвата и *insider tipping* у смислу операције преношења повлашћене информације.<sup>9</sup> Централно питање овог рада је на која лица се те забране односе, с обзиром на чињеницу да појам *insider*-а није непосредно дефинисан у праву Европске уније.

## II Извори права

Када се ради о *insider dealing*-у, основни извор права Европске уније је поменута Директива о злоупотреби тржишта (даље МАД), усвојена на првом нивоу Ламфалусијевог процеса.<sup>10</sup> У оквиру другог нивоа, детаљније

- 6 О појму *insider dealing*-а вид. Mark Adenas, Frank Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge, 2009, стр. 517; Denis Keenan, Josephine Bisacre, *Smith & Keenan's Company Law*, Harlow, 2005, стр. 260; Philippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – Société commerciales*, Paris, 2008, стр. 316–317; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, стр. 396–397; Мирко Васиљевић, „Insider trading (dealing) – повлашћене информације“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2001, стр. 7; Небојша Јовановић, „Где се „дену“ санкција за трговину упућеног?“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, стр. 479; Соња Бунчић, „Појам привилеговане информације у европском и српском праву“, *Право и привреда*, бр. 9/12/2007, стр. 52; Зоран Арсић, „Insider trading“, *Право и привреда*, бр. 1–2/96, стр. 38.
- 7 Повлашћена информација дефинисана је у Директиви о злоупотреби тржишта (ст. 16 преамбуле и чл. 1 ст. 1), као информација која се односи на тачно одређењу чињеницу у вези са издаваоцем или хартијама од вредности и другим финансијским инструментима која је необјављена, а која би имала утицај на цену хартије од вредности или других финансијских инструмената да је објављена.
- 8 Вид. Директиву о злоупотреби тржишта, чл. 2 и 3.
- 9 Вид. William K. S. Wang, Mark I. Steinberg, *Insider Trading*, Oxford 2006, стр. 1, доступно на интернет адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=981638](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981638), 5.04.2011. Потребно је напоменути да се термин *insider tipping* не помиње у праву Европске уније.
- 10 Ламфалусијев процес састоји се из четири нивоа регулативе европског тржишта хартија од вредности, а добио је име према Ламфалусијевом извештају о европ-

регулисање спроведено је кроз усвајање имплементирајућих директива и једне уредбе, и то: Директиве бр. 124/2003 о дефиницији и објављивању повлашћене информације и дефиницији тржишне манипулације,<sup>11</sup> Директиве бр. 125/2003 о правичном представљању инвестиционих препорука и откривању сукоба интереса,<sup>12</sup> Директиве бр. 72/2004 о усвојеној тржишној пракси, дефиницији повлашћене информације у вези са робним дериватима, састављању листи *insider*-а, обавештавању о трансакцијама менаџера и сумњивим трансакцијама,<sup>13</sup> као и Уредбе бр. 2273/2003 о изузецима за тзв. *buy-back* програме и стабилизацију финансијских инструмената.<sup>14</sup> Последња промена десила се 2008. год., када је усвојена Директива о измени Директиве о злоупотреби тржишта поводом имплементирајућих овлашћења поверених Комисији.<sup>15</sup>

ском тржишту хартија од вредности из 2001. год. (*Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets – The Lamfalussy Report*). А. Ламфалуси је био председник поменутог Комитета. У оквиру првог нивоа обично се усваја директива којом се успостављају смернице, односно основни принципи регулисања. На другом нивоу усвајају се имплементирајуће мере, којима се детаљније разрађују већ усвојени принципи. На трећем нивоу су смернице Комитета европских регулатора хартија од вредности (*Committee of European Securities Regulators – CESR*). Уредбом бр. 1093/2010 (*Regulation (EU) No 1093/2010 of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC*, OJ L 331, 15.12.2010, 12–47) успостављена је Власт за хартије од вредности и тржишта Европске уније (*European Securities and Markets Authority – ESMA*). Више о *ESMA* на интернет адреси: <http://www.esma.europa.eu/>, 5.4.2011. На четвртм нивоу долази до јачања, тј. проширења овлашћења и усвајања нових правила. Детаљније вид. В. Pettet, *нав. дело*, стр. 363–365.

- 11 Commission Directive 2003/124/EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition and public disclosure of inside information and the definition of market manipulation, OJ L 339, 24.12.2003, 70–72.
- 12 Commission Directive 2003/125/EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the fair presentation of investment recommendations and the disclosure of conflicts of interest, OJ L 339, 24.12.2003, 73–77.
- 13 Commission Directive 2004/72/EC of 29 April 2004 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards accepted market practices, the definition of inside information in relation to derivatives on commodities, the drawing up of lists of insiders, the notification of managers' transactions and the notification of suspicious transactions, OJ L 162, 30.4.2004, 70–75.
- 14 Commission Regulation (EC) No 2273/2003 of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards exemptions for buy-back programmes and stabilisation of financial instruments, OJ L 336, 23.12.2003, 33–38.
- 15 Directive 2008/26/EC of 11 March 2008 amending Directive 2003/6/EC on insider dealing and market manipulation (market abuse), as regards the implementing powers conferred on the Commission, OJ L 81, 20.3.2008, 42–44.

Директива о злоупотреби тржишта није прва Директива која је регулисала *insider dealing*. Прва директива која се бавила овим питањем била је тзв. *Insider dealing* Директива (даље ИДД) из 1989. год. са само 15 чланова.<sup>16</sup>

### III Појам *insider-a*

#### 1. Опште карактеристике

Прво питање које се намеће при разматрању појма *insider-a* је његово разграничење од појма *outsider-a*. Уколико прихватимо термин *insider* неко мора бити третиран и као *outsider*. Сам термин *insider* је настао у америчком праву, у коме се дефинише преко везе са привредним друштвом.<sup>17</sup> Повлашћена информација односи се на хартије од вредности компаније са којом је *insider* у непосредној или посредној вези.

Другачија је ситуација када се једна информација односи на више компанија (нпр. код спајања). Уколико једна компанија употреби нову технологију, недоступну другима, доћи ће до повећања вредности акција те компаније. У описаној ситуацији могло би доћи до пада вредности акција конкурентске компаније која и даље користи стару технологију. Тада би се *insider-има* сматрала лица запослена у једној компанији која имају информацију да ће њихова компанија почети са употребом нове технологије, која се посредно односи на друге конкурентске компаније. Веза између компанија које ће учествовати у спајању је неспорна, што опет није случај у примеру са конкурентном компанијом, када се изгледа ради о тржишној информацији. Лице које је акционар компаније конкурента, чија би вредност акција могла пасти, може продати своје акције и избећи губитак, уколико сазна да ће друга компанија употребити нову технологију. С обзиром на чињеницу да акционар није трговао акцијама компаније на коју се информација непосредно односила, као и да информација не потиче из интерних извора компаније чијим је акцијама трговао, можемо закључити да се не ради о повлашћеној него о тржишној информацији.<sup>18</sup>

16 Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing, *OJ L* 334, 18.11.1989, 30–32. Француска је и пре усвајања Директиве из 1989. год. регулисала злоупотребу повлашћених информација, као и Велика Британија, док је у Немачкој дуже време било колебања око регулисања. Вид. Stefan Grundmann, Florian Möslein, *European Company Law*, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 456.

17 Вид. Јелена Лепетић, „О појму *insider-a* у праву Сједињених Америчких Држава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, стр. 165–166.

18 О подели информације на тржишну и повлашћену информацију вид. Steven M. Bainbridge, „An Overview of US Insider Trading Law: Lessons for the EU?“, *European Company Law*, Vol. 2, Issue 1/2005, стр. 25.

Из претходног произлази да би *outsider* било свако лице које нема везе са компанијом. *Outsider* може одговарати као *insider* уколико дође до повлашћене информације. Неспорно је да *insider*-а можемо дефинисати као лице које поседује повлашћену информацију, према МАД.<sup>19</sup> У њој се не помиње сам термин *insider* нити *outsider* већ само повлашћена информација.<sup>20</sup> Наиме, свако лице може бити *insider* зато што било које лице може доћи у посед повлашћене информације. С друге стране, ваља напоменути да се термин *insider* помиње у контексту састављања листе *insider*-а у Директиви за имплементацију МАД бр. 72/2004. Веза са компанијом јесте од значаја, макар у смислу поделе *insider*-а на различите категорије. Подела се може извршити и с обзиром на начин на који су *insider*-и до информације дошли.

Имајући у виду наведено, може се закључити да је термин *insider* у најмању руку упитан као адекватан када се ради о праву Европске уније. Могло би се говорити само о потенцијалном *insider*-у, јер се на тај начин (као *insider*) може окарактерисати било које лице без било каквог ограничења.<sup>21</sup> Реч је дакле о лицу које може одговарати ради злоупотребе повлашћене информације, услед вршења било ког од три могућа начина саме злоупотребе, тј. само за један или за више облика. Термин *insider* уноси забуну из разлога што асоцира на лице које је у непосредној вези са компанијом. Треба узети у обзир и ситуацију када лице које је запослено у компанији нема сазнање о повлашћеној информацији, или мисли да је информација коју поседује тржишног, а не повлашћеног карактера. Тада се намеће питање постојања или непостојања законске претпоставке да је то лице имало повлашћену информацију, као и да ли је таква претпоставка, уколико постоји, оборива или необорива. У чл. 4 МАД помињу се лица која знају или су морала знати да се ради

19 Не треба изгубити из вида да би „концепт *insider*-а требало квалификовати као нешто више од чистог поседовања повлашћене информације“ према Klaus J. Hopt, „The European Insider Dealing Directive“, *Common Market Law Review*, бр. 27/1990, стр. 62. Тако би се *insider* могао дефинисати као лице које користи своју предност у смислу поседовања повлашћене информације за стицање добити или избегавање губитка. Тако Небојша Јовановић, „Одступања српског права од европског у вези са упућеним (инсајдером) и његовим извештавањем“, *Изазови европских иншјерација*, бр. 5/2009, стр. 113.

20 У неким правима појам *insider*-а је законски појам. Тако се у Закону о финансијским услугама и тржиштима из 2000. год. Велике Британије (*The Financial Services and Markets Act 2000 (Market Abuse), Regulations 2005 No 381*), експлицитно помиње и дефинише *insider*, набрајајући сва лица која се могу сматрати *insider*-има у истом члану, као лица која поседују повлашћене информације по различитим основама, према изменама осмог дела из 2005. год. у одељку 118 Б.

21 О групи потенцијалних *insider*-а у сличном смислу вид. Соња Бунчић, „Субјекти *insider dealing*-а и њихова одговорност у праву Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 1-4/2008, стр. 62.

о повлашћеној информацији, тзв. секундарни *insider*-и, а која нису лица набројана у чл. 2 ст. 1 МАД. У тзв. примарне *insider*-е из чл. 2 ст. 1 спадају лица која имају повлашћену информацију на основу чланства у административним, управљачким или надзорним телима компаније, на основу својства власника капитала, на основу приступа информацијама кроз обављање запослења, професије или дужности, али и на основу чињења кривичних дела. *Insider* може бити и правно лице према чл. 2 ст. 2 МАД. У том случају забрана злоупотребе повлашћене информације односи се и на физичко лице које учествује у доношењу одлуке да се изврши трансакција за рачун правног лица.

Сазнање о поседовању повлашћене информације, тј. да лице зна или је морало знати да се ради о повлашћеној информацији, помиње се само у чл. 4 МАД, што би могло значити да се ради о оборивој претпоставци да је то лице имало повлашћену информацију. Тако би закључком *argumentum a contrario* могло произаћи да се код лица из чл. 2 ст. 1 МАД претходно набројаних, ипак ради о необоротивој претпоставци, јер се нигде и не помиње субјективни елемент тј. свест о поседовању повлашћене информације. Даље се може поставити питање шта је последица постојања необоротиве претпоставке да су примарни *insider*-и знали да је информација коју поседују по различитим законом набројаним основама повлашћена, а да секундарни *insider*-и могу доказивати да нису имала такво сазнање, тј. да ли постоји и претпоставка одговорности и које одговорности. Проблем се јавља због термина искористити (енгл. *use*), што би значило да је потребно да *insider* искористи, тј. употреби повлашћену информацију нпр. куповином или продајом хартије од вредности на коју се информација односи или покушајем да исту прода или купи, за свој или туђи рачун, директно или индиректно, да би био одговоран. Према томе, одбрана примарног *insider*-а би се сводила на доказивање да информацију није искористио, а секундарног да није ни знао нити морао знати да је у поседу повлашћене информације, те не мора ни доказивати да је није искористио. Није тешко замислити ситуацију да независни директори због природе њихове функције немају сазнање о повлашћеној информацији којом располажу извршни директори исте компаније. Уколико би дошло до спора независни директори не би могли доказивати да нису знали нити морали знати повлашћену информацију, што би поприлично отежало њихов положај, а тиме имало и одвраћајући карактер приликом прихватања саме функције. Чињеница да неко лице има положај независног директора не мора бити гаранција да је знало или морало знати повлашћену информацију. У том смислу, исправније је закључити да се ради о оборивој претпоставци.<sup>22</sup> Субјективни еле-

22 Интересантно је да је у неким правима ова претпоставка била предвиђена као необоротива, нпр. у француском праву. Вид. Едита Чулиновић-Херц, „Злоупорабе

мент „са потпуним знањем чињеница“ (енгл. *with full knowledge of the facts*) који је био услов за одговорност примарних *insider*-а из ИДД, у МАД се више не помиње, док је термин „искористити предност“ (енгл. *taking advantage*) из ИДД замењен термином „искористити“ (енгл. *use*).<sup>23</sup> Изостављање субјективног елемента може бити аргумент у прилог тези да постоји необорива претпоставка да су примарни *insider*-и знали или морали знати да је информација коју поседују повлашћеног карактера. Субјективни елемент остаје услов за одговорност секундарних *insider*-а и према МАД. Секундарни *insider*-и би свакако у спору могли приговорити да нису знали или морали знати да је информација коју поседују повлашћена. С друге стране, у преамбули МАД стоји да се коришћење повлашћене информације може састојати из располагања хартијама од вредности од стране лица које зна или је морало знати да је информација коју поседује повлашћена.<sup>24</sup> Из тога можемо закључити да и примарним *insider*-има треба омогућити да доказују да нису знали или морали знати да су у поседу повлашћене информације, те да је претпоставка ипак обориве природе. Повлашћена информација може да утиче на одлуку *insider*-а да тргује само ако је он и свестан њене природе. Да ли је онда подела на примарне и секундарне *insider*-е данас уопште прихватљива, и ако јесте који је њен смисао?

## 2. Примарни и секундарни *insider*

И данас актуелни термини примарни и секундарни *insider* нису експлицитно поменути нити једном Директивом Европске уније. Разграничење између те две категорије *insider*-а настало је на основу ИДД, према којој се као услов захтевало потпуно знање о чињеницама и за примарне и за секундарне *insider*-е. Даље, самом Директивом је била предвиђена могућност за државе да пропишу забрану сва три начина злоупотребе повлашћене информације и адекватне санкције и за секундарне *insider*-е, што неке нису учиниле (нпр. Немачка),<sup>25</sup> па је тада ова подела имала велики значај.<sup>26</sup>

на тржишту вриједносних папира – нова еуропска смјерница и Закон о тржишту вриједносних папира“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Загребу*, бр. 2/2004, стр. 760.

23 Упор. чл. 2 ст. 1 ИДД и чл. 2 ст. 1 МАД.

24 Вид. ст. 18 преамбуле МАД.

25 Вид. Carmen Estevan-Quesada, „The implementation of the European Insider Dealing Directive: A Comparative Analysis of the Insider Concept in Germany and Spain“, *European Business Law Review*, бр. 11–12/1999, стр. 498.

26 У британском праву тзв. *tippees*, који се сврставају у секундарне *insider*-е према класичној подели, наведени су у истом члану са примарним *insider*-има. Вид. P. Davies, *нав. дело*, стр. 768. У аустријском праву експлицитно су се помињали тер-

Ако се некада и могло говорити да установљена подела на примарне и секундарне *insider*-е јесте доказ да у праву Европске уније није до краја напуштен фидуцијарни приступ,<sup>27</sup> данас то није случај, с обзиром на чињеницу да се у чл. 2 ст. 1 МАД, међу лицима која се обично сврставају у примарне *insider*-е, налази и лице које је до повлашћене информације дошло чињењем кривичног дела, као лице које не мора бити ни у каквој вези са компанијом. Употребљена техника таксативног набрајања јасно указује на напуштање фидуцијарног приступа. Конкретан изглед чл. 2 ст. 1 и чл. 4 МАД може бити и последица претходне регулативе у ИДД, где су две категорије *insider*-а биле јасно раздвојене, иако се та разлика хтела избрисати у МАД. Критеријум на основу којег је вршено разграничење био је начин доласка до повлашћене информације. Лица која су дошла до повлашћене информације непосредно, сврставана су у примарне *insider*-е, док су лица која су дошла посредно до повлашћене информације, тј. преко примарних *insider*-а, тзв. *tippees*, сврставана у секундарне *insider*-е.<sup>28</sup> Према ИДД знање примарних *insider*-а да поседују повлашћену информацију се претпоставља, али је према мишљењима неких аутора та претпоставка оборива.<sup>29</sup> Према МАД не тражи се као услов да је секундарни *insider* добио информацију која је потекла од примарног (извор информације није битан), што је раније био случај.<sup>30</sup> Дакле, критеријум поделе према вези са компанијом није прихватљив, али ни критеријум начина стицања повлашћене

мини примарни и секундарни *insider*. Вид. Richard C. H. Alexander, *Insider Dealing and Money Laundering in the EU: Law and Regulation*, Aldershot, 2007, стр. 47.

27 Вид. С. Estevan-Quesada, *нав. чланак*, стр. 493.

28 *Ibid.*, стр. 493–495. Подела на корпоративне *insider*-е (енгл. *company insiders*) и на тзв. *tippees*, одговара подели *insider*-а на примарне и секундарне. Вид. К. Норт, *нав. чланак*, стр. 62.

29 Тако С. Бунчић, „Субјекти *insider dealing*-а и њихова одговорност у праву Републике Србије“, стр. 62. Постојање претпоставке, било обориве или необориве, није јасно предвиђено у МАД, али је оправдано предвиђање обориве претпоставке за примарне *insider*-е. Тако Е. Чулиновић-Херц, *нав. чланак*, стр. 760. О разликовању примарних и секундарних *insider*-а вид. и Сања Граић-Степановић, „Забрана злоупотребе поверљивих информација – *Insider dealing*“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2000, стр. 498–499. У француском праву за примарне *insider*-е (примарни се називају *primaries* или правним – *initiés de droit*, секундарни – *secondaires* или фактичким – *initiés de fait*) се претпоставља да су имали повлашћену информацију. Вид. Philippe Merle, *Droit commercial – Société commerciales*, Paris, 1998, стр. 289.

30 Тако и Мијат Јоковић, *Правни аспекти забране коришћења повлашћених информација на тржиштима вредносних папира*, докторска дисертација, Београд, 2010, стр. 47. Проширити круг лица која спадају у примарне *insider*-е (додати су учиниоци кривичних дела), уз истовремено проширење дефиниције секундарних *insider*-а није било неопходно по мишљењу неких аутора. Тако Stefan Grundmann, Florian Möslein, *нав. дело*, стр. 460.



информације, тј. непосредни или посредни у буквалном смислу. Уколико прихватимо начин стицања повлашћене информације као критеријум (учинилац кривичног дела би се уклапао у примарне *insider*-е јер је непосредно стекао повлашћену информацију), поставља се питање зашто се у чл. 4 МАД не помиње да се ради о лицу које је од примарног *insider*-а добило повлашћену информацију. Веза са компанијом могла би се схватити у најширем смислу, као било какав додир са истом, макар због доступности необјављених аката компаније одређеном кругу лица (тако бисмо и судију могли довести у везу са компанијом). Посматрано из овог угла, подела губи на значају, јер нема у потпуности јасно исказаног критеријума. МАД изгледа има други циљ, а то је да лицима које смо сврстали у примарне *insider*-е отежа одбрану на суду, што је уједно и превентивна мера, у смислу одвраћања набројаних лица од злоупотребе повлашћених информација. Одговор лежи у различитом регулисању терета доказивања. Примарни *insider*-и (нпр. запослени, ревизори, јавни службеници, политичари итд.) су лица на која је пребачен терет доказивања. Примарни *insider*-и морају доказати да нису искористили повлашћену информацију. С друге стране, секундарни *insider*-и не сносе терет доказивања, већ тужилац мора доказати да су знали или морали знати да поседују повлашћену информацију. Према томе, једини критеријум поделе у праву Европске уније био би дакле терет доказивања у описаном смислу. Субјективни елемент помиње се само код секундарних *insider*-а, тј. поставља се као услов за одговорност да су знали или морали знати повлашћену информацију. Такав услов се експлицитно не предвиђа за примарне *insider*-е, али је према мишљењу неких аутора неопходан неки од облика кривице да би се сматрало да су искористили повлашћену информацију.<sup>31</sup> У супротном би примарни *insider* био одговоран иако није знао или морао знати да је информација коју поседује повлашћеног карактера, тј. да би само поседовање повлашћене информације уколико лице располаже хартијама од вредности на које се та информација односи или покуша исто, у редовном току ствари значило да је искористио повлашћену информацију. Његова одбрана се мора састојати од чињеница које доказују да није искористио повлашћену информацију, тј. да није било узрочног односа између

31 Вид. нпр. Mathias M. Siems, „The EU Market Abuse Directive: A Case-Based Analysis“, *Law and Financial Markets Review*, бр. 2/2008, стр. 6-7 (број страна према електронској верзији доступној на интернет адреси: <http://ssrn.com/abstract=1066603>, 5.4.2011). Према поменутом аутору, разлика између примарних и секундарних *insider*-а огледа се у томе што би секундарни *insider* могао приговорити да није знао нити морао знати да поседује повлашћену информацију иако је *de facto* поседовао. Наиме, уколико се за неко лице зна да је имало свест о томе да је информација коју поседује повлашћена, одмах се такво лице сврстава у секундарне *insider*-е, што доводи до закључка да подела тада није релевантна. Вид. *Ibid.*, стр. 9 и 11.

поседовања повлашћене информације и располагања хартијама од вредности на које се та информација односила.<sup>32</sup> Фактички, на примарном *insider*-у је терет доказивања да повлашћена информација није утицала на његову одлуку да купи или прода хартије од вредности на које се та информација односи.<sup>33</sup> Одбрана се може састојати у доказивању да није било добити, тј. да је његова одлука била економски неразумна јер је дошло до одговарајуће корекције цене, затим да је информисао другу страну, тј. открио јој повлашћену информацију, уколико је постојала ранија обавеза да се правни посао закључи итд.<sup>34</sup> Важно је додати да се грађанскоправна одговорност не помиње у МАД, већ само право држава чланица да пропишу кривичне санкције и обавеза да предвиде спровођење административних мера или административних санкција.<sup>35</sup> С друге стране, Директива се не може тумачити на различите начине у зависности од тога да ли се ради о грађанском, кривичном или управном поступку, већ увек једнако.<sup>36</sup>

Ситуацију додатно компликује појам листе *insider*-а. Према чл. 5 ст. 1 и 2 Директиве бр. 2004/72 у вези са чл. 6 ст. 3 МАД, произлази да је свако лице које има приступ повлашћеној информацији *insider*, јер листа *insider*-а мора садржати сва лица која раде за компанију на основу уговора о раду или на другој основи, а имају приступ повлашћеним информацијама, те су у директној или индиректној вези са компанијом, према редовном стању ствари или повремено. Језичким тумачењем долазимо до закључка да су сва та лица *insider*-и, без обзира на стварно поседовање или свест о поседовању повлашћене информације. То даље може значити да није потребно доказивати да су заиста и поседовали повлашћену информацију, тј. да су знали или морали знати да је информација коју поседују повлашћеног карактера, јер се то претпоставља. Састављање листе *insider*-а се показало као тежак посао

32 Детаљније о узрочном односу вид. L. Klöhn, *нав. чланак*, стр. 14–15. Претпоставка се не односи на нека лица због специфичности ситуације или делатности, нпр. на тржишне снадбеваче (енгл. *market makers*), посреднике, случај преузимања итд. Вид. ст. 18, 29, 30, 31, 32, 33 преамбуле, чл. 2 ст. 3, чл. 3 (а), 7 и 8 МАД. Посебно о изузецима вид. М. Јоковић, *нав. дело*, стр. 91–95.

33 Тако и Jesper Lau Hansen, „What constitutes insider dealing? – The Advocate General’s opinion in Case C–45/08, Spector Photo Group“, *International and Comparative Corporate Law Journal*, бр. 2/2010, стр. 6 (број страна према електронској верзији доступној на интернет адреси: <http://ssrn.com/abstract=1566943>, 5.4.2011).

34 Вид. *Ibid.*, 11–13.

35 Вид. чл. 14 МАД. Вид. и М. Siems, *нав. чланак*, стр. 26. Посебно о имовинскоправном санкционисању вид. Н. Јовановић, „Где се „дену“ санкција за трговину упућеног?“, стр. 487–489.

36 Вид. одлуку у случају *Grøngaard and Bang* (Case C–384/02, *Grøngaard and Bang, Judgment of the Court of 22 November 2005*), пар. 28.

за адвокатске канцеларије, због широког круга лица која могу доћи у посед повлашћене информације (нпр. секретарица директора, чак и чистачица).<sup>37</sup> Одговор се не може наћи у тексту МАД, па је решење најбоље потражити у пракси Суда ЕУ.

#### IV Појам *insider*-а у пракси Суда ЕУ

Суд ЕУ се у досадашњој пракси бавио појмом *insider*-а и другим питањима у вези са институтом злоупотребе повлашћених информација. Најновији случај који се односи на тај институт је *Spector Photo Group* из 2009, када је Суд решавао претходно питање (енгл. *preliminary ruling*) према чл. 234 Уговора о оснивању Европске заједнице (сада је то чл. 267 Уговора о функционисању Европске уније).<sup>38</sup> *Spector Photo Group* (даље Спектор) је белгијско котирано акционарско друштво, које је у оквиру свог пословања предвидело да понуди својим запосленима опцијски програм за куповину акција (енгл. *stock option programme*). У циљу остварења програма, Спектор је планирао да првенствено употреби сопствене акције у ту сврху, али и да купи још акција на берзи уколико то буде потребно. Од 28. маја до 30. августа 2003. год. Спектор је купио 27.773 акција. Затим је 11. и 13. августа *Chris Van Raemdonck* дао два налога на основу којих је Спектор стекао 19.773 акције по просечној цени од 9,97 евра, док је цена опција приликом издавања била 10,45 евра. Након објављивања одређених информација о резултатима и политици вођења компаније (радило се о преузимању контроле над другом компанијом), цена акција је порасла, па је 31. децембра била 12,50 евра. Стиче се утисак да је куповина извршена на брзину, пре него ли цена акција порасте, да би Спектор избегао губитак у будућности због обавезе куповине сопствених акција.<sup>39</sup> Белгијска Комисија за банкарство, финансије и осигурање (*Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen*, даље БК) је квалификовала куповине на основу налога од 11. и 13. августа као злоупотребу повлашћених информација, те наложила Спектору да плати 80.000 евра, а *Van Raemdonck* 20.000 евра на име казне. Од Суда ЕУ затражено је да одговори на шест питања, од којих се два тичу појма *insider*-а. Да ли само поседовање повлашћене

37 Вид. Georg A. Frowein, „Inside German trading law“, *European Lawyer*, бр. 48/2005, стр. 12-13.

38 *Case C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck v Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA), Judgment of the Court of 23 December 2009.*

39 Вид. мишљење правобраниоца у случају Спектор (*Opinion of Advocate General Kokkot delivered on 10 September 2009, Case C-45/08*), пар. 7-13.

информације, уколико примарни *insider*, тј. лице из чл. 2 ст. 1 МАД, купи или прода хартије од вредности на које се та информација односи значи да је искористио повлашћену информацију? Уколико је одговор негативан, да ли постоји претпоставка да је свесно донета одлука да се искористи повлашћена информација? Ако таква одлука не мора бити у писаном облику, да ли је неопходно да је видљива из околности које се не могу тумачити другачије, или је довољно да се те околности могу на тај начин протумачити?<sup>40</sup>

Према мишљењу Суда субјективни елемент је намерно изостављен, те се намера претпоставља из више разлога. Први се огледа у чињеници да постоји однос поверења између примарних *insider*-а и издаваоца (Суд очигледно није узео у обзир учиниоце кривичних дела), затим да купац или продавац хартија од вредности доноси више одлука пре него се упусти у саму трговину, што значи да мора бити свестан својих поступака, и на крају да се мора сматрати да је повлашћена информација у начелу имала одлучујући утицај на одлуку *insider*-а да тргује уколико је исту поседовао. С друге стране, некада ни несумњиво постојање претходне одлуке није довољно да би се сматрало да је повлашћена информација искоришћена, јер нпр. понудилац не би смео започети процес преузимања контроле из разлога што би само извршење садржало повлашћену информацију.<sup>41</sup> У својој одлуци, Суд се такође позива на интегритет финансијског тржишта Заједнице и појачање поверења инвеститора, што је и сврха МАД. Битно је напоменути да постојање претпоставке да је примарни *insider* искористио повлашћену информацију, не крши принцип презумпције невиности из чл. 6 ст. 2 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода из 1950. год. према наводима Суда. Да закључимо, у принципу постоји оборива претпоставка да је примарни *insider* искористио повлашћену информацију уколико купи или прода хартије од вредности на које се информација коју поседује односи.<sup>42</sup>

Познати су још и случајеви *Georgakis*,<sup>43</sup> већ поменути *Grøngaard and Bang*, као и *Verdonck, Everaert and de Baedts*.<sup>44</sup> Последња два нису се тицала појма *insider*-а. У случају *Georgakis* постављено је питање

40 Последња два наведена питања су део једног истог. Вид. одлуку у случају Спектор, пар. 23.

41 Вид. одлуку у случају Спектор, пар. 60.

42 Вид. *Ibid.*, пар. 36, 38 и 54.

43 *Case C-391/04, Ipourgos Ikonimikon and Proistamenos DOY Amfissas v Charilaos Georgakis, Judgment of the Court of 10 May 2007.*

44 *Case C-28/99, Jean Verdonck, Ronald Everaert and Édith de Baedts, Judgment of the Court of 3 May 2001.*

квалификације информације као повлашћене, а самим тим посредно и квалификације имаоца исте као *insider*-а.<sup>45</sup> Суд је закључио да већински акционари и чланови управе компаније поседују повлашћену информацију коју нису искористили уколико тргују међу собом у циљу вештачког повећања цене акција.<sup>46</sup> Повлашћена информација односи се на одлуку да тргују акцијама компаније, чија је сврха позната само тим лицима. Уговорне стране из свих извршених трансакција су биле у поседу повлашћене информације, чиме она за њих саме губи привилеговани карактер, па тиме и није могла бити искоришћена, односно злоупотребљена. То би значило да у међусобном односу, они нису третирани као *insider*-и, јер су исти и дефинисани као имаоци такве информације.

## V Закључак

Појам *insider*-а у праву Европске уније изазива многе дилеме. Основни разлог је што је дефинисан посредно, преко повлашћене информације. У таквој ситуацији, намеће се питање адекватности самог термина, имајући у виду чињеницу да свако може доћи у посед повлашћене информације и постати *insider*. Дакле, свако лице је потенцијални *insider*. Првобитни смисао концепта *insider*-а огледао се у вези лица са компанијом, на основу које је оно могло лакше од других доћи до повлашћене информације. Стога је оправдано у неку руку отежати њихов положај, што би их свакако одвратило од злоупотребе повлашћене информације коју поседују.

Ситуација се додатно компликује када се дода да је у чл. 6 ст. 3 МАД предвиђена обавеза издаваоца или лица које поступа у његово име или за његов рачун да састави листу лица које раде за компанију на основу уговора о раду или на другој основи, а која имају приступ повлашћеним информацијама, те да се та листа у Директиви бр. 72/2004 назива листа *insider*-а. У чл. 5 те Директиве појашњава се да су то лица која су у посредној или непосредној вези са издаваоцем, редовно или

45 *Georgakis* и чланови његове породице били су већински акционари компаније *Parnassos* и њене филијале *Syrios AVEE*, док су *Parnassos* и *Syrios AVEE* били већински акционари компаније *ATEMKE*. Већина чланова породице били су и чланови управе *Parnassos*-а и *ATEMKE*-а. На основу препоруке финансијских саветника одлучили су да изврше више трансакција у циљу повећања цене акција компаније *Parnassos*. Акције *Parnassos*-а и *ATEMKE*-а куповали су и продавали између себе, *Parnassos*-а и страног инвеститора.

46 Таква пракса позната је под називом „бојање писаће траке“ (енгл. *painting the tape*). Вид. мишљење правобраниоца у случају *Georgakis* (*Opinion of Advocate General Mengozzi delivered on 26 October 2006, Case–391/04*), пар. 47.

повремено. На основу језичког тумачења произилази да су сва поменута лица *insider*-и, без обзира да ли заиста и поседују повлашћену информацију, и без обзира на то да ли су свесна њеног привилегованог карактера уколико је поседују.

Посебно осетљиво питање је сврсисходност поделе *insider*-а на примарне и секундарне, као и недефинисаност критеријума на основу ког је подела извршена. Непомињање субјективног елемента у чл. 2 ст. 1 као предуслова за одговорност лица која се редовно сврставају у примарне *insider*-е дала је повода за дебату о (не)постојању претпоставке да су та лица искористила повлашћену информацију самим поседовањем такве информације и располагањем хартијама од вредности док су поседовала повлашћену информацију, као и о њеној природи. С друге стране, више се као услов не тражи да су секундарни *insider*-и дошли до повлашћене информације преко примарних *insider*-а. Заједно са лицима која се редовно сврставају у примарне *insider*-е набројани су и учиниоци кривичних дела, који не морају бити ни у каквој вези са компанијом. Можемо закључити да критеријум поделе на примарне и секундарне *insider*-е није веза са компанијом, нити начин доласка до информације. Учиниоци кривичних дела би да нису таксативно набројани заједно са осталим примарним *insider*-има спадали у категорију секундарних, јер се не тражи као услов да су стекли информацију од примарних. Критеријум разврставања је терет доказивања. Тако би терет доказивања сносили примарни *insider*-и, тј. традиционални корпоративни *insider*-а, лица која на основу запослења, професије или вршења дужности имају приступ повлашћеним информацијама и учиниоци кривичних дела, јер постоји оборива претпоставка да су искористили повлашћену информацију уколико су исту поседовали и трговали хартијама од вредности на које се та информација односи. Секундарни *insider*-и не носе терет доказивања. Даље се може закључити да постоји оборива претпоставка да су примарни *insider*-и знали или морали знати да су у поседу повлашћене информације, што опет није случај код секундарних *insider*-а.

Посебну улогу у расветљавању појма *insider*-а одиграо је Суд ЕУ. У случају Сектор Суд је потврдио да у начелу постоји оборива претпоставка да су лица из чл. 2 ст. 1 искористила повлашћену информацију уколико су била у поседу исте и трговала или покушала да тргују хартијама од вредности и другим финансијским инструментима на које се та информација односи, за свој или туђи рачун, директно или индиректно. Према наводима Суда претпоставка постоји у начелу, а не увек, јер постоје изузеци од правила који се односе на нпр. тржишне снабдеваче, посреднике и др.

**Jelena LEPETIĆ**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Belgrade**

## **ABOUT THE CONCEPT OF INSIDER IN THE EUROPEAN UNION LAW**

### **Summary**

*This paper indicates current problems in defining the concept of insider in the European Union law. In the Market Abuse Directive insider is indirectly defined through the concept of inside information. There is no clear distinction between primary and secondary insiders in the Directive, and it is also required drawing up a list of insiders, which created significant problems in practice. The author tries to find an answer to the question whether there is a presumption that a primary insider used inside information he possessed by acquiring or disposing of financial instruments to which that information relates, or if he only tried to perform the said, as well as what is the nature of that presumption if it exists. The author also tries to resolve the problem of the criteria for classification on primary and secondary insiders. When analyzing, cases of the Court of Justice of the European Union are particularly taken into account.*

**Key words:** *insider, lists of insiders, inside information, Market Abuse Directive, ECJ cases.*

мр Владимир ВРАЧАРИЋ  
Војвођанска банка ад, Нови Сад

## РЕФОРМА СИСТЕМА НАГРАЂИВАЊА У ФИНАНСИЈСКОМ СЕКТОРУ

„Новац често кошта превише.“

Р. В. Емерсон

### Резиме

*Аутор у овом раду анализира узроке настајања тврке за великим профитима и личним бојатством, што дестабилизује финансијски и привредни систем и указује на потребу умереног награђивања запослених и неопходности разумног регулисања финансијског сектора. Објашњава се систем награђивања у финансијском сектору и његов утицај на тржиште рада и на јачање позиције овог сектора на рачун реалног сектора економије, указује се на друге негативне последице експанзије финансијског сектора, посебно инвестиционог банкарства и на узроке недавне финансијске кризе. Даје се посебан осврт на неопходности реформе система награђивања у финансијском сектору, посебно у значајним финансијским институцијама и на проблеме њеног спровођења на глобалном и националном нивоу. Аутор закључује да не постоји довољно одлучности и спрежности свих актера на финансијским тржиштима за спровођење реформе система награђивања и целокупног финансијског система, што може онемогућити спречавање следеће финансијске кризе.*

**Кључне речи:** *улога новца, инвестициони банкарсти, финансијски сектор, финансијска регулација, награђивање у финансијском сектору, реформа система награђивања.*



## I Уводна разматрања

Да ли и у којој мери треба мењати и регулисати систем награђивања запослених – менаџера и осталих запослених – у финансијском сектору, посебно у развијеним земљама у којима овај сектор игра кључну улогу, је једно од основних питања о којем се расправља у току и после светске финансијске и економске кризе, 2007–2010.

У тражењу одговора на ово веома важно и осетљиво питање у савременом свету, може се поћи од анализе појма о новцу, његове улоге и преображаја и природе банкара, берзанских посредника, инвеститора и осталих грађана. Велс, 1930-их година, полази од следећих питања: зашто људи раде, како се тај рад плаћа, како и зашто се стиче својина и гомила богатство, како се изграђује личност и схватања и др.? Он истиче да је једно од битних обележја новца у томе што онај који га има може да бира шта хоће да купи и да „наша данашња просвећеност не може без новца, као год што наше тело не може без крви“. Тиме он указује на две битне функције новца: новац даје *слободу избора* и представља *крв* *циновског* *организма* *светске* *привреде*, „а систем крвотока којим се он креће јесу финансије или новчарство“. „Показали смо да је *новац* *увек* *сасвим* *несавршено* *мерило* *за* *социјалне* *учинке*, и да гомилање новца, који из сасвим јасних разлога треба да одговара произвођачком деловању, постаје у много прилика и веома лако паразитни процес привредног поретка пре него процес користан по његово постепено развијање.“ Као један од *узрока* *стаљне* *тврке* *за* *што* *већим* *профитиом* *и* *примањима/* *наградама* – платама и бонусима може се навести и *ойтимизам* *у* *Америци* који се увек враћа као нека зараза (и који се већ дуго подстиче од стране државе – остваривање највећег сна сваке америчке породице да има своју кућу и др. – Прим. В. В.).<sup>1</sup>

1 Велс даље каже (почетком 1930-их, а што важи и данас): „Савремено уређење нашег привредног живота, па и читаво наше данашње друштво почива на предуслову, или бар на веродостојном уображењу да је новац којим се награђује рад, баш таква једна упутница ‘за све’“. Он истиче да се различите традиције (сељачка, номадска и свештеничка) и данас изукрштавају и испреплићу, како у нама самим, тако и око нас. „Из тих изукрштаних утицаја изграђујемо своје „личности“, своја схватања о нашим улогама и своје претставе о томе шта нам приличи.“ Он закључује да је за опредељивање људи за зарађивање новца (трговином или сродним начинима, путем награде, плате, ренти или интереса) и „надаље од битне важности задовољење „личности“ појединца, тојест оних прохтева на које појединац сматра да има права према појмовима које има о самом себи“. „Не треба оптуживати грамзиве спекуланте и непоштене људе појединце, већ цео тај поредак необузданих вредности.“ Банкар је у свакодневним пословима увек „под утицајем старе традиције трке за што већом добити“. Као што је то показала криза 1929–1931, „потпуно је могуће да се читав један велики народ вештачки одржава у претераном оптимизму у погледу оцене вредности и пословних изгледа“. У таквом расположењу изгледа да се сви бо-

Ради бољег разумевања значаја и проблема новца и неопходности јачања финансијске регулације, нарочито код вођења политике награђивања, треба имати у виду шта су познаваоци људске природе и друштвених проблема, као што су Шекспир („*Новац је крујина сивар која људе чини сийним*“) и други рекли о новцу.<sup>2</sup> Упоредивањем не давне светске финансијске кризе са оном с почетка 1930-их, може се закључити да се природа и понашање људи уопште и посебно пословних људи – трговаца, банкара и др. – нису много променили. Кејнз, заговорник средњег пута за опстанак и развој капитализма, истиче да су банке и банкари по својој природи слепи и нису приметили шта им се спрема (утицај пада вредности новца на банке, августа 1931.) и да светски банкари тешко прихватају реформе (као што је то случај и данас, прим В.В.).<sup>3</sup> А. Смит (1723–1790) је схватио да живи у веома несавршеном свету, који је желео да побољша што пре. Он је био убеђен да се *унапређење друштва* може остварити само на основу тачне *анализе човекових особина и фактора* који обликују људско понашање. Његова главна преокупација је била да спречи пословне људе-предузетнике (трговце, фабриканте и др.) да остварују своје интересе на штету друштвене заједнице. Смит сматра да свака услуга треба да буде плаћена у складу са природом те услуге/делатности, са одређеном мером – *ни превише ни њремало* и да законе треба доносити опрезно и после пажљивог испитивања предлога.<sup>4</sup> Проблем је у томе што се Смитове теорије често тумаче погрешно и једнострано и стално се расправља и трага за

---

гате и „тако све даље у кобном кругу једна неповољна околност све наново изазива другу“. Види: Х. Ц. Велс, *Човечанство – рад, блајосијање и срећа рода људској*, Народно дело, Београд, 1933, стр. 460–464, 470–471, 515, 529–530, 536, 567, 644 и 663.

- 2 Тимон из Атине мисли да је гомилање богатства извор многих људских проблема – „Што више новца, то више проблема“. Жуто и бљештаво злато, претвара црно у бело, будалу у паметног, кривца у исправног, старог у младог, итд. Вид. Shakespeare has insights on everything – why not money?, доступно на адреси: <http://www.thesimpledollar.com/2006/>. Х. Филдинг: „Ако новац постане ваш бог, он ће вас прогањати као ђаво“; Ж. П. Гети: „Новац је као ђубре. Морате га разбацати или ће се осећати“; Ц. Савиле: „За оне који мисле да ће новац све урадити, може се претпоставити да ће за новац урадити све“. Вид. Quotations about money, доступно на адреси: <http://quotegarden.com/money.html>.
- 3 „Постојећи знаци указују да су светски банкари склони самоубиству. Непрекидно одбијају да усвоје коренита решења. Данас су ствари отишле већ толико далеко да је постало изузетно тешко наћи било какво решење.“ Dž. M. Kejnz, *Ekonomski eseji*, Matica srpska, Novi Sad, 1987, 53–54.
- 4 Смит види човека као комбинацију добрих и лоших особина: жеља да ради и размењује; настојање да поправи свој положај; и склоност ка штедњи, односно, лењост; покушај да превари другу особу; и стварање понопола и тајних споразума ради повећања својих прихода. Он указује да ако се нека услуга недовољно плати, то ће највероватније довести до злоћудности и неспособности запослених у тој делатности. Ако се нека услуга преплати, може доћи до немарности и нерада. Вид.

правом мером у регулацији (тражење средњег пута, разумне равнотеже између државне интервенције и тржишних закона, одн. конкуренције и ефикасности и сугурности и интегритета).<sup>5</sup>

Ради указивања на процесе који су, поред осталог, утицали и на појаву проблема претераног награђивања запослених у финансијском сектору, нарочито у великим финансијским институцијама (комерцијалним и инвестиционим банкама) овде треба поменути и мишљење двојице познавалаца економије и финансија, Тобина и Морзеа, средином 1980-их, када је започета дерегулација и дошло до снажног развоја финансијских иновација и финансијских тржишта и остваривања огромних профита банака и плата и бонуса њихових менаџера и запослених (што је трајало све до 2007.). Они су, поред многих других угледних стручњака, указивали на повећан утицај тржишта и смањену улогу државе и истицали важност јачања регулације финансијских институција и тржишта.<sup>6</sup>

Special Adam Smith Edition, *The Royal Bank of Scotland Review*, Edinburgh, Number 166, June 1990, стр. 18-21 и 30.

Смит посебну пажњу посвећује приватним интересима и регулацији привредних делатности: „Ипак, интерес трговаца у свакој посебној грани трговине или мануфактуре увек је у извесном погледу различит, па чак и супротан интересу јавности.“ Код закона који се управљају према наметљивости пристрасних интереса и који уводе нове монополе, „свака таква одредба уводи у уређење државе изванредан степен стварног нереда, који ће касније бити тешко лечити а да се не узрокује други нered“. Вид. А. Смит, *Испрживање природе и узрока бољаштва народа*, Култура, Београд, 1970, стр. 374 и 647.

- 5 Право решење је вероватно негде између или у комбинацији идеја Д. Хјума, Смита, Хајека, Шумпетера, Кејнза, Семјуелсона и др. Хјум сматра да би, ако људи не би били спутани неким општим и постојаним принципима, у људском друштву произвело бесконачну збрку, људску похлепу и пристрасност, што би брзо довело до хаоса у свету (пример кризе 1930-их и 2007-2010, прим. В.В.). Вид. Р. Samuelson, *Economics*, McGraw-Hill Kogakusha Ltd, Tokyo, 1973, стр. 17-18, 43, 884-885; F. Hajek, *Studije iz filozofije, ekonomije i politike*, Paidea, Beograd, 2002, стр. 41-44, 83, 143-4; НИИ, Интервју, 6.10.2005, стр. 60-62.

Према гувернерима ФЕД и БоЕ, Смит је био један од првих и највећих заговорник регулације банака и да је, за правилно тумачење Смитових теорија, неопходно изучити његова два кључна рада: „Богатство народа“ и „Теорију моралних размишљања“. Вид. G. Corrigan, „A framework for reform of the financial system“, *FRBNY Quarterly Review*, Summer 1987; Trusting in money: from Kirkcaldy to the MPC, Bank of England, *Quarterly Bulletin*, 2006, Q 4, Vol 46, No 4, стр. 425-7.

- 6 Нобеловац Тобин је, говорећи о финансијским иновацијама рекао да се ту ради о расипању све веће људске енергије и финансијских ресурса и да се огромна моћ компјутера користи у тој „папирној економији“ не да би се финансијске трансакције обавиле што ефикасније, већ да би се надувао обим и варијанте финансијских послова који стварају високе приватне профитне, што је у диспропорцији са њиховом друштвеном продуктивношћу. Морзе, директор Лојдс банке, је истакао да велика опасност лежи у томе што иновације – нове инструменте и поступке – креирају оператери (вешти техничари и извршиоци послова), које њихови менаџери покушавају да прате (и да што боље разумеју), а регулатори (централне банке, ми-

Стиглиц указује да, финансијска тржишта, чија је основна улога алокација (финансијских) ресурса, представљају „мозак“ целог економског система и главно место за доношење одлука: ако она не функционишу, не само да ће профити финансијског сектора бити мањи него што би могли да буду, већ перформансе целог економског система могу бити погоршане (што се и догодило 2007–2010) и да је зато неопходна државна регулација.<sup>7</sup> Према проф. М. Васиљевићу, „право питање, дакле, није да ли привреда има превише или премало регулације, државне и/или аутономне, већ је право питање какав је карактер и квалитет те регулације!“<sup>8</sup>

## II Награђивање у финансијском сектору и финансијска криза

Већ дуже време се поставља питање зашто инвестициони банкар и трговци на финансијским тржиштима развијених земаља, уз преузимање великих ризика, зарађују (плате и бонуси) више од лекара и инжењера за компјутере. Да ли су они паметнији и више доприносе економији и друштву? На ово питање се дају различити и често нејасни одговори.

Важно је истаћи две основне карактеристике сектора финансијских услуга: 1) он обухвата креирање, дистрибуирање и коришћење информација и 2) потреба за огромним бројем високо квалификованих стручњака за обраду информација и комуницирање са тржиштем. Финансијски сектор је радно интензивна и конкурентна индустрија која мора да привлачи, мотивише и задржи добре и креативне менаџере и стручњаке. О значају трошкова рада и улози људских ресурса – запослених у индустрији финансијских услуга (финансијском сектору) може се закључити на основу висине исплаћених основних плата и бонуса у овој индустрији. Огромни профити који се остварују у ин-

---

нистарства финансија, комисије за хартије од вредности и др.) још више заостају (и мање разумеју) и обично касно реагују. Вид. V. Vračarić, *Funkcionisanje evrovalutnog tržišta*, Magistarski rad, Ekonomski fakultet, Beograd, 1991, 123, 139–144. и J. Morse, „Do we know where we're going?“, *The 1985 Per Jacobson Lecture*, Seoul, Korea, October 6, 1985, стр. 5–12, 15.

7 Вид. J. E. Stiglitz, „The role of the state in financial markets“, *Proceeding of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993*, The World Bank, Washington, DC, March 1994, стр. 23.

8 Остаје питање мере појединачног учешћа регулације (законске, аутономне-саморегулативе и контрактуализације – уговорне регулативе) и дерегулације. Вид. М. Васиљевић, „Привреда и правна одговорност“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, стр. 18–19.

вестиционом банкарству омогућавају велик раст тражње за младим дипломираним почетницима и исплату високих почетних плата и високих укупних примања менаџерима.<sup>9</sup> После укидања Глас-Стигл закона из 1933. (о раздвајању комерцијалног од инвестиционог банкарства) у 1999. и под утицајем технолошких промена, велике банке више не желе да буду банке као пре. Оне желе да послују као инвестиционе банке или инвестициони менаџери, брокери и хед фондови, са већим коришћењем секјуритизације и финансијских деривата, уз одговарајућу стимулативнију политику награђивања запослених. Према Вокеру, бившем председнику ФЕД-а, бонус је раније сматран као супротност добром, здравом и конзервативном банкарству, и да он данас делује дестабилизирајуће у банкарству.<sup>10</sup>

Систем (претерано високог) награђивања у америчким финансијским институцијама (инвестиционим банкама и др.) прави проблеме другим фирмама и врши притисак на конкуренте, у САД и другим светским финансијским центрима, јер се углавном копира у европским и јапанским институцијама, због обезбеђивања њихове атрактивности за нове стручњаке и менаџере и тржишну позицију у све оштријој конкурентској утакмици. Такав систем награђивања ствара вредносни систем у којем се врши погрешна дистрибуција националног и глобалног богатства, што често доводи и до погрешне алокације финансијских ресурса (капитала).

Инвестиционе банке (нарочито америчке и британске), вешто (једнострано и погрешно) тумачећи и користећи теорије А. Смита, извозе и шире по свету свој систем вредности и модел финансијског

9 Финансијске институције доводе најбоље и најпапетније људе са факултета и универзитета из целог света, различитих профила – правнике, рачуновође, математичаре, физичаре и инжењере. Каријера у финансијским институцијама је веома атрактивна и исплатива: просечне годишње плате без бонуса, које су нуђене дипломираним почетницима у САД, септембра 1993., су биле највеће у инвестиционом банкарству – око УСД 30.000, затим у банкама и осигурању – око 25.000. Добри директори и креативни појединци у америчким финансијским институцијама могу да остваре баснословна укупна примања – плате са бонусима. Генерални директори су у 1992. примали од УСД 440.000 до преко 15 милиона, са највећим укупним примања, у милионима УСД, у: осигурању око 3, штедионицама око 6,5, банкама око 9 и инвестиционим банкама (пословање хов), Бер Стерн, око 16. J. K. Dietrich, *Financial services and financial institutions*, Prentice Hall, New Jersey, 1996, стр. 4 и 16-20.

10 У Чејз банци, некада једној од најпознатијих америчких банака (данас делује у оквиру интегрисане ЦП Морган Чејз групе), крајем 1950-их, идеја о давању бонуса – посебног додатка на плату (који је данас један од главних награда и мотиватора за запослене, а посебно заруководеће људе у финансијским институцијама) – је била анатома. Вид. P. Volker, „I walked in at difficult time“, *Institutional Investor*, International Edition, Europe, New York, May 2007, стр. 114-115.

капитализма, са негативним последицама (гушење реалне економије, експанзија и надмоћ финансијског сектора, раст незапослености, задуживање, енорман раст цена акција и некретнина, корпоративна корупцијом, пропале интеграције, неефикасна алокација капитала и др.).<sup>11</sup> Процена укупних годишњих примања са бонусима, у хиљадама УСД, у инвестиционом банкарству, за период 2010–2012, је дата у следећој табели:<sup>12</sup>

Сложеност посла	Распон примања	Просечна укупна примања	Услови (школска спрема/ радни стаж)
Аналитичар, 1. година	90–150	125	Диплома факултет
Аналитичар, 3. година	120–350	165	Диплома факултет
Сарадник, 1. година	150–250	180	Мастер (МБА)
Сарадник, 3. година	300–500	350	МБА
Потпредседник	350–1.000	700	3–6 година
Директор/ гл руководиоцац	400–1.500	900	5–10 година
Генерални директор/ортак	500–20.000	1.500	7–10 година
Председник Групе	800–70.000	3.500	10 и више година

11 Систем награђивања подстиче и.банкаре да промовишу послове а менаџере да закључују пословне трансакције. Банкарски бонуси награђују банкаре да доносе послове, без обзира да ли су они успешни за компаније клијенте на дужи рок. Пакети акција и опција, који су представљали и до 75% просечне плате генералних директора од 40 милиона УСД у 100 најбољих америчких компанија у 1999, подстицао их је на агресивно деловање. Мантра „слободна тржишна утакмица“, која је веома омиљена у и.банкама, изгледа да се односи на све друге делатности осим на њихову. Вид. Р. Augar, *The greed merchants – how the investment banks played the free market game*, Portfolio, New York/London, 2005, стр. 162–180.

12 Са повећаним профитима многе и.банке ће морати да плаћају добре бонусе како би задржале стручњаке, упркос ризику да буду осуђене од стране јавности. Бонуси се обично крећу од 10–50% од основне плате за почетнике, а касније од 100–300% од плате. Примања запослених у балц брекк фирмама су обично за 20–40% већа од оних у бутицима и регионалним фирмама за хов. Вид. *Investment Banking: Salaries*, доступно на адреси: <http://careers-in-finance.com/ibsal.htm>.

Када финансијски сектор постане сувише велик, као што је то случај у САД, и почне да привлачи најбоље стручњаке, с факултета и из других сектора, помоћу своје политике награђивања, тада реални сектор и предузетнички пројекти остају без људског капитала и економски слабе. Људски капитал, као и финансијски капитал, одлази у оне делатности које нуде највеће приносе усклађене са ризиком. Тако је свет дошао у апсурдну ситуацију: уместо да финансијски сектор помаже (реалној) економији, економија помаже и слуга је финансијском сектору.<sup>13</sup> Понашање менаџера и запослених у финансијском сектору, нарочито у инвестиционом банкарству – Волстрит фирмама, и њихов негативан утицај на националну и светску економију и друштво, је приказано у многим књигама које су написали бивши инвестициони банкарари и аналитичари хартија од вредности и у одличним документарним филмовима (о финансијској кризи 2007–2010).<sup>14</sup>

У Извештају о узроцима финансијске и економске кризе у САД, из јануара 2011, су наведени кључни узроци: слабости у финансијској регулацији и надзору; драматичне грешке у корпоративном управљању (систем награђивања) и управљању ризицима у многим системски важним финансијским институцијама; слом – ерозија стандарда одговорности и етике и др.<sup>15</sup> И поред многих присталица немешања или што

13 Финансијски сектор нуди знатно већа примања и боље услове за рад и напредовање и тако привлачи бриљантне научнике из области истраживања компјутера (у хец фондове), и талентоване физичаре за креирање сложених деривата у Голдман Саксу. Сада се више новца улаже у нове фирме (старт-апс) које имају осниваче слабијег квалитета и стога мање шансе да успеју, чиме се стварају мехури деструктивне економије. За спашавање реалне економије је неопходна промена у систему награђивања у финансијском сектору, што се изгледа неће догодити. Оцењује се да је спашавањем финансијских институција новцем пореских обвезника у 2008, обезбеђен статус кво. Вид. *Forbes – Is the Financial Sector Gobbling Up the U.S.: Would be Entrepreneurs?*, Markets, April 16, 2011, доступно на адреси: <http://finance.sfgate.com/hearst.sfgate/news/read?GUID=18184007>.

14 Овде ћемо поменути само два филма о недавној кризи и то: „Capitalism: Love story“ и „Inside job“, од којих је овај други добио Оскара за 2011. годину.

15 Истакнуто је да је криза била резултат људског деловања и неделовања и да се грешка не налази у звездама већ у људима (парафразирање Шекспира). Финансијске институције, нарочито велике инвестиционе банке и банкарски холдинзи су у агресивној трци за огромним профитима преузимале сувише ризика уз премало капитала и претерану зависност од краткорочног финансирања. Оне се, као Икарус, нису плашиле лега на великим висинама и сувише близу сунца. Оцењено је да су системи награђивања (*compensation systems*) – дизајнирани у условима јевтиног новца, јаке конкуренције и слабе регулације – веома често награђивали брзо закључивање послова и краткорочну зараду – без одговарајућег разматрања дугорочних последица. У Извештају је напоменуто да се на донете закључке мора гледати у контексту људске природе (слабости и грешака) и индивидуалне и друштвене одговорности. Вид. *The financial crisis inquiry report, Final report of the National*

мањег мешања државе у економију, у свету и код нас,<sup>16</sup> ипак је преовладало мишљење да је неопходно унапредити регулисање финансијских институција и тржишта, посебно праксе награђивања менаџера и запослених (јер слободно тржиште је још једном омануло), о чему ће бити више речи у наставку овог рада.

### III Реформа система награђивања у финансијском сектору

У оквиру реформе глобалне финансијске регулативе посебно место има реформа корпоративног управљања у финансијским институцијама и његовог дела који се односи на систем награђивања менаџера и запослених.

У недавној кризи је дошао до изражаја репутациони ризик финансијских институција, који се односи на проблеме корпоративног управљања – политика награђивања оперативних директора и управљања ризицима.<sup>17</sup> На основу оцене да је пракса награђивања у великим финансијским институцијама један од многих фактора који је допринео појави финансијске кризе у 2007, Форум за финансијску стабилност (ФФС/Форум) је 2. априла 2009. објавио Принципе за здраву праксу награђивања (Принципи).<sup>18</sup>

---

commission on the causes of the financial and economic crisis in the United States, The Financial Crisis Inquiry Commission, January 2011, [www.fdic.gov/report](http://www.fdic.gov/report).

16 Вид. А. Јовановић, „Регулација менаџерске компензације и преузимање ризика“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010; М. Прокопијевић, *Слобода избора*, Завод за уџбенике, Београд, 2010, и др.

17 Законодавство већине земаља везано за политику награђивања директора (и осталих запослених који имају утицај на стварање ризика) примењује препоруке (принципе и стандарде) Одбора за финансијску стабилност – да се највећи део примања исплаћује у варијабилном облику и на одложени рок, са већим учешћем акција, утицај акционара и др. Вид. Б. Васиљевић, М. Делић, „Финансијска криза и регулација“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, стр. 242–4.

18 Овај форум (ФФС) је формиран у фебруару 1999 од стране министара финансија и гувернера централних банака Групе 7. Главни задатак Форума је унапређење сарадње између различитих националних и међународних надзорних тела и међународних финансијских институција ради промовисања стабилности међународног финансијског система, путем боље размене информација и међународне сарадње у праћењу и надзору финансијских тржишта. На састанку лидера Г20, у априлу 2009 је одлучено да се ФФС прошири са већим бројем чланова (из групе земаља у развоју) и трансформише у Одбор за финансијску стабилност (ОФС). Циљ ОФС је повећање његове ефикасности у откривању поремећаја и развој и примена јаким регулаторних, надзорних и других политика у интересу финансијске стабилности. Одбор ће у сарадњи са ММФ давати рана упозорења ради предузимања одговарајућих мера. Вид. Financial Stability Board (FSB) History, <http://www.financialstabilityboard.org/about/history.htm>; Financial Stability Forum (FSF), Press release, Ref no: 14/2009, 2



Указано је да су високи краткорочни профити утицали на исплату дарезљивих бонуса (награда/подстицаја) запосленима без адекватног процењивања дугорочних ризика које су они створили за своје фирме (финансијске институције). Овакви неприхватљиви подстицаји су повећали преузимање прекомерних ризика који су озбиљно угрозили глобални финансијски систем, остављајући фирме са недовољно ресурса за покривање губитака насталих материјализацијом (остваривањем) тих ризика. С обзиром да добровољна активност финансијских институција не може довести до ефективних и трајних промена постојеће праксе награђивања (због конкурентских притисака и др.), Форум је оценио да је глобална надзорна и регулаторна инфраструктура одговарајуће средство за ширење здраве праксе награђивања. Принципи треба да се примене у значајним финансијским институцијама, посебно су критични за велике фирме од системске важности, чија ће се примена појачати путем надзорних контрола и интервенција на националном нивоу.<sup>19</sup> Донето је укупно 9 принципа, који се односе на три области и то:<sup>20</sup> 1) Ефикас-

April 2009 и FSF Principles for Sound Compensation Practices, FSF, 2. April 2009, стр. 1, [www.fsforum.org](http://www.fsforum.org).

- 19 Закључено је да наведени недостаци захтевају акцију државних тела ради обезбеђивања здраве праксе награђивања у финансијској индустрији/сектору. Интересантно је да је већина управних одбора финансијских фирми сматрала да системи награђивања углавном нису везани за контролу и управљање ризицима, што мора да се мења. Принципи треба да смање мотивацију за преузимање претераних ризика који могу да проиђу из структуре система награђивања, с тим да није намера да се пропишу одређени модели или нивои индивидуалних награда. Сви системи награђивања морају функционисати у складу са дугим инструментима менаџмента за обезбеђивање опрезног преузимања ризика. FSF Principles for Sound Compensation Practices, FSF, April 2009, стр. 1, доступно на адреси: [www.fsforum.org](http://www.fsforum.org).
- 20 Наглашено је да ће се користи од здраве праксе награђивања остварити само ако постоји одлучна и координисана акција националних регулатора, коју ће, по потреби, омогућити одговарајућа законодавна тела и уз подршку националних влада. Принципи по областима: 1) Управни одбори главних финансијских фирми треба да омогуће постепено уграђивање принципа у културу целе организације/фирме. Одбор мора активно да надгледа структуру и функционисање система награђивања и да контролише и анализира његово функционисање и др. 2) Награда запосленог треба да одражава ризике (потенцијалне и реализоване) које они преузимају за рачун фирме. Плата мора бити усклађена са свим врстама ризика (ризик ликвидности, репутациони, цена капитала и др.), на основу квантитативних мерила и људске процене. Она мора бити симетрична са насталим ризицима – систем награђивања треба да повеже износ бонуса са укупним перформансама фирме и диприносима одређених активности и појединаца. Бонуси треба да се смање или укину у случају слабих перформанси фирме, сектора или пословних јединица. Динамика исплате плата мора бити осетљива на временски хоризонт ризика (динамику појаве ризика). Комбинација готовине, акција и других видова награда/примања мора одражавати усклађеност са ризицима. 3) Фирме морају показати, на задовољство њихових регулатора и других заинтересованих/стејкхолдера, да су њихове политике награђивања исправне. Фирме морају обелоданити јасне, сажете

но управљање праксом награђивања, са 3 принципа (1–3), 2) Ефикасно усклађивање награда (примања) са опрезним преузимањем ризика, са 4 принципа (4–7) и 3) Ефикасан супервизорски надзор и учешће заинтересованих страна, са 2 принципа (8–9).

За ефикасну глобалну примену ових принципа у значајним финансијским институцијама, Одбор за финансијску стабилност (ОФС/Одбор) је донео и стандарде (укупно 19) који имају за циљ повећање стабилности и снаге финансијског система. Треба истаћи да је предвиђено да код виших руководилаца и осталих запослених, чије активности имају материјални утицај на изложеност фирме ризицима, значајан износ плате буде варијабилан и исплаћен на основу показатеља перформанси за појединце, пословне јединице и целе фирме.<sup>21</sup> Одбор је у свом првом извештају о примени принципа и стандарда у области награђивања, у марту 2010., дао оцену спровођења реформе система награђивања у финансијском сектору земаља чланица и предложио додатне мере за развој добре праксе и даљу конвергенцију.<sup>22</sup>

и актуелне информације о својој пракси награђивања како би се омогућило конструктивно укључивање свих стејхолдера. FSF Principles for Sound Compensation Practices, FSE, April 2009, стр. 2–3, доступно на адреси: [www.fsfforum.org](http://www.fsfforum.org).

- 21 Стандарди покривају више области: управљање системом награђивања – увођење комитета за награђивање; награђивање и капитал – укупни варијабилни део награђивања не сме ограничити способност фирми да јачају своју капиталну базу и др.; структура плата и усклађеност са ризицима – величина варијабилног дела и његова алокација у фирми мора узети у обзир све текуће и потенцијалне ризике. Значајан део варијабилне награде/плате, 40–60%, треба да се исплаћује одгођено после најмање 3 године, с тим да ови проценти треба да се значајно повећавају, и преко 60%, у складу са нивоом надређености и/или одговорности, и више од 50% у акцијама и инструментима везаним за акције. Обелодањивање годишњег извештаја о награђивању – процес доношења одлуке о политици награђивања, са структуром и мандатом комитета за плате; најважније карактеристике структуре система награђивања, са критеријима за мерење перформанси и усклађивање са ризицима, веза плата са перформансама, износ плате, са фиксним и варијабилним делом и др. Супервизорска контрола – супервизори треба да обезбеде ефикасну примену принципа и стандарда у својим јурисдикцијама; координирају на међународном нивоу ради конзистентне примене ових стандарда у свим државама и др. Вид. FSB Principles for Sound Compensation Practices, Implementation Standards, FSB, 25 Sept. 2009, стр. 1–5, доступно на адреси: [www.financialstabilityboard.org/publ/r.090925c.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publ/r.090925c.pdf).
- 22 Фирме прилично брзо напредују у унапређивању своје праксе корпоративног управљања везане за награђивање: Комитети управних одбора за награђивање посвећују већу пажњу ризицима и моделима награђивања запослених испод нивоа вишег менаџмента; у многим банкама још раде на бољем усклађивању својих система награђивања са свим материјалним ризицима; фирме почињу да заостравају свој приступ гарантованим бонусима – већина укида вишегодишње безусловне гарантоване бонусе и др. Многи се слажу да је још веома рано за оцену утицаја принципа и стандарда и националних прописа на промену праксе награђивања. Вид. Thematic Review on Compensation, Peer Review Report, FSB, 30 March 2010, доступно

Европска комисија је у априлу 2009. објавила препоруке за вођење политике награђивања у сектору финансијских услуга и позвала своје државе чланице да донесу мере у четири области: структура плата – финансијске институције треба да пронађу равнотежу између висине основних плата и висине бонуса; управљање – интерна транспарентност политике награђивања; адекватно обелодањивање политике награђивања стејкхолдерима; и супервизија – супервизори треба да обезбеде примену принципа у здравој политици награђивања.<sup>23</sup> Реформа система награђивања у ЕУ се споро одвија. До средине 2010 само је 16 чланица ЕУ применило, у целини или делимично, наведене препоруке, а само њих 7 примењује релевантне мере у финансијском сектору. Европски парламент је у јулу 2010. усвојио промене Директиве о обавезном капиталу везане за награђивање банкара, које су описане као најрестриктивнији прописи у свету о банкарским бонусима.<sup>24</sup> Средином децембра 2010. је објављена Директива 2010/76/ЕУ којом се мењају директиве о капиталу за трговачку књигу и ре-секјуритизацију и супервизији политике награђивања. У овој директиви се истиче да треба утврдити јасне принципе доброг награђивања ради обезбеђивања структуре награђивања која не подстиче преузимање прекомерних ризика и која је усклађена са апетитом за ризицима, вредностима и дугорочним интересима кредитних институција и инвестиционих фирми.<sup>25</sup>

на адреси: [www.fsb.org/pub/cr\\_100330a.pdf](http://www.fsb.org/pub/cr_100330a.pdf); FSB Press release, FSB assesses progress on reforming compensation structures, 30 March 2010, доступно на адреси: [www.fsb.org/press/pr\\_100330a.pdf](http://www.fsb.org/press/pr_100330a.pdf).

- 23 Комисија је такође донела и препоруке о награђивању директора. Вид. Financial services sector pay: Commission sets out principles..., 29 April 2009, доступно на адреси: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction> и Commission recommendation of 30 April 2009 on remuneration policies in the financial services sector (2009/384/EC). OJ L 120/22, 15.5.2009.
- 24 Оцењено је да су неопходне додатне мере за решавање овог проблема и да нема успешне реформе без стварне промене културе у начину на који финансијски сектор одлучује да подстиче особље (од запослених до директора). Неке финансијске институције су већ пружиле отпор реформи у овој области и настављају да негују културу краткорочних бонуса као конкурентско средство и најпрофитабилнији начин подстицања свог особља. Измене Директиве о капиталу обухватају следеће кључне прописе о награђивању: готовински бонус може износити највише 20–30% укупних примања; најмање 40–60% варијабилне награде треба да се одложено исплати после 3–5 година; најмање 50% варијабилне награде треба да буде у акцијама и др. Вид. European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament on the application of the Recommendation on remuneration policies in the financial services sector* (2009/384/EC), 2.6.2010, COM (2010) 286 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.pdf>; „New EU rules on bankers remunerations“, *European labor law bulletin*, Freshfields Bruckhaus Deringer, oct 2010, доступно на адреси: <http://www.freshfields.com/publ/pdfs/2010/oct10/28927.pdf>.
- 25 Измене су донете у складу са Принципима ОФС и препорукама Европске комисије из 2009. Награђивање би требало да се усклади са улогом финансијског сектора као

Према „Смерницама за здраву политику награђивања“, америчког савезног регулатора плате у банкама морају обезбедити равнотежу између ризика и резултата пословања тако да запослени нису мотивисани да преузимају прекомерне ризике. Оцењује се да ће нова финансијска регулација натерати људе да напуштају финансијски сектор и да ће плате падати.<sup>26</sup> И на глобалном нивоу *реформа система награђивања се сјоро и њешко сјроводи*. Регулатори, банкарски и директори берзи су недавно закључили да ће нова правила, као што је амерички Дод-Френк закон о реформи Волстрита, бити ефикасна само ако се буду примењивала на глобалном нивоу, што није реално очекивати. Различити политички апетити за променама значе да САД инсистирају на строжијим прописима о трговању, док Европа више ради на бонусима. Банкарски бонуси су област у којој су регионалне разлике већ уграђене у законе, иако је Г20 одлучила да глобални приступ буде један од њених приоритета.<sup>27</sup>

Сви досадашњи разговори и договори, 2007–2010, о највећој финансијској реформи после 1930-их подсећају на расправе о регулацији слободног међународног финансијског тржишта – евротржишта, 1970/80-их, односно на необавезне разговоре о временским приликама које човек не може да мења.

#### IV Закључак

Собзиром на осетљивост и значај питања награђивања у финансијском сектору, посебно у великим финансијским институцијама и

---

механизма за ефикасну алокацију финансијских ресурса у економији. Комисија би требало до 1.4.2013. да анализира принципе у политици награђивања, узимајући у обзир међународне трендове и даље предлоге ОФС и примену његових принципа у другим државама, укључујући и везу између структуре варијабилног награђивања и претераног преузимања ризика. Вид. Directive 2010/76/EU of 24 Nov 2010 amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards capital requirements for the trading book and re-securitisation, and the supervisory review of remuneration policies, OJ EU L 329/3, 14.12.2010.

26 Изгледа да се на Волстриту плате аутоматски не смањују када падну профити. Пре 5 година на Волстриту је пола бонуса исплаћивано у готовини а пола у акцијама, а данас се 75–80% бонуса исплаћује у акцијама и то одложено на више година (мин 3 г). Вид. *Institutional Investor*, International, New York, Dec 2010/Jan 2011, стр. 7–8.

27 Указује се да је ово област у којој регулаторна конкуренција може бити веома штетна. Европа има најстрожија ограничења за бонусе, САД је прихватила мекши приступ, а Азија је збуњена. Председник Удружења британских банкара, Најт, оцењује да је споразум Г20 о награђивању само лепа реч/жеља! Те разлике могу натерати врхунске банкарске да пређу у сектор „банкарства у сенци“ – хед фондове или у друге регионе. Неусклађено и недоследно спровођење глобалних финансијских реформи, може нагнати регулаторе да гађају погрешне циљеве и да тако пропусте да спрече следећу кризу. Вид. Erratic global reforms tempt next banking crisis, Reuters, Mar 3 2011, <http://www.reuters.com/assets>.

његов утицај на (не)стабилност финансијског система и целе економије, неопходна је реформа система награђивања. Међутим, због различитих интереса и недовољне спремности свих актера за спровођење промена и слабе координације активности на глобалном нивоу, питање је какви ће бити ефекти ове реформе и реформе финансијске регулације, што може онемогућити спречавање следеће финансијске кризе.

Може се прихватити оцена да успешне реформе система награђивања нема без промене постојећег система вредности у савременом финансијском капитализму, унапређења корпоративног управљања и мењања културе фирми у којима се креира политика награђивања запослених.

**Mag. Vladimir VRAČARIĆ**  
Vojvođanska Banka ad Novi Sad

## REFORM OF COMPENSATION SYSTEM IN FINANCIAL SECTOR

“Money often costs too much.”

R. W. Emerson

### Summary

*Author analyzes reasons for making enormous profits and personal wealth that destabilize financial and economic system and points to necessity of fair compensation and need for balanced regulation of financial sector. He explains compensation systems in financial sector and its influence on labor markets and strengthening of financial sector against interests of real sector and points to other negative consequences of the financial sector expansion, especially of investment banking and to causes of recent world financial crisis. Particular attention is given to the importance of compensation systems reform in financial sector, especially in significant financial institutions and to problems of its implementation on national and global level. Author concludes that there is not enough readiness of some actors on financial markets for reform of compensation system and whole financial system, what may cause regulators to fail to prevent another crisis.*

**Key words:** *role of money, investment bankers, financial markets, financial regulation, compensations in financial sector, reform of compensation system.*

---

# МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

---

др Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## О СТАНДАРДИЗАЦИЈИ ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ ТРГОВАЧКОГ ПРАВА

### Резиме

У раду је анализирана стандардизације правне регулативе којом су регулисани међународни трговачки услови кроз процес стварања све веће броја међународних приватних или владиних организација и тела које имају задатак да раде на унификацији и хармонизацији правила међународне трговине. Резултати рада ових организација и тела су сачржани у све већем и у тојоу неуређеном броју конвенција, као и изв. тврђих извора међународној условној права и у осталим неформалним аутономним изворима изв. мекој права који врше значајан утицај на националну регулативу. У појединим областима овај утицај је у тој мери изражен да се оставља ипак националне законодавне суверености, што има за последицу стварање ипак и денацијетата појединих традиционалних права права.

**Кључне речи:** стандардизација, унификација, хармонизација, природно право, трговачко право, међународно трговачко право, криза денацијетата.

## I Појам и циљеви стандардизације

Под стандардизацијом приватног права подразумева се, пре свега, процес стварања општих правних начела или општих правила за уговоре у међународном промету. С обзиром да се ови процеси данас паралелно одвијају на међународном и на европском нивоу, о њима се може говорити и као о процесима интернационализације и европеизације приватног права.<sup>1</sup>

Општи циљеви *интернационализације и европеизације приватног права* су стварање једнообразних или усклађених (хармонизованих) правила чија примена неће бити ограничена само на једну државу, већ или на одређени регион, или на цео свет. У том смислу се процес интернационализације означава и као процес глобализације права који је, данас, праћен процесом економске глобализације. Посматрана у историјском контексту, глобализација као процес стварања јединствених правила која би се примењивала у целом свету не представља нову појаву, већ вуче корене из Старог века и римског права. Међутим, савремени процес стандардизације се одвија под значајним утицајем решења из америчког права, односно општег права (*common law*), посебно у области финансијског пословања. Овај утицај, као и све шире коришћење енглеског језика, који врши утицај на сличан начин као што је у ранијем периоду вршио латински језик на европским универзитетима, навели су поједине ауторе да процес интернационализације означи и као „американизација“<sup>2</sup> или вестернизације права.

Циљеви процеса европеизације су према предмету углавном ограничен на правила приватног права, а по територији на државе Европске уније. Конкретни резултати рада на европеизацији који су од значаја за ова разматрања, су садржани у Начелима европског уговорног права, објављеним 1994, 1999. и 2003. године и у каснијим „Заједничким правилима за упућивање“. Међутим, ни UNIDROIT начела, ни Европска начела не представљају позитивно право, већ покушај науке да на принципима најмањег заједничког садржаоца нађу тзв. заједничко језгро (*common core*) и формулишу општа правила или начела која би важила за све уговоре. Стога се могу сматрати као значајан показатељ тенденције у коме се креће савремено европско уговорно право, али се вољом уговорних страна могу примењивати и као позитивно право. С

1 M. G. Kohen, Europe and the Standardization of the Law: Past and Present, <http://www.hei.unige.ch/conf/75eme/globalization/files/Kohen.pdf>.

2 Вид. W. Wiegand, Americanization of Law: Reception or Convergence?, [http://209.85.135.132/search?q=cache:qv\\_pFvBXncEJ:www.wolfgangwiegand.ch/publikationen/\\_14\\_Americanization%2520of%2520Law%2520%2520Reception%2520or%2520Convergence/137\\_insgesamt.pdf+americanization+of+law&cd=3&hl=en&ct=clnk&lr=lang\\_en](http://209.85.135.132/search?q=cache:qv_pFvBXncEJ:www.wolfgangwiegand.ch/publikationen/_14_Americanization%2520of%2520Law%2520%2520Reception%2520or%2520Convergence/137_insgesamt.pdf+americanization+of+law&cd=3&hl=en&ct=clnk&lr=lang_en).

друге стране, Начела европског уговорног права врше повратни утицај на националне законодавце, пре свега у државама чланицама Европске уније, у којима служе као модел или инспирација код новелирања сопствених прописа. Очигледан је утицај и на треће државе које имају намеру да се придруже ЕУ или да постану њени чланови.

За треће државе као што је Србија, придруживање и каснији пријем подразумевају обавезу усклађивања или хармонизације унутрашњег законодавства са правном регулативом ЕУ, као и прихватање осталих услова који су генерално означени као комунитарне тековине – *acquis communautaire*.

У погледу предмета, оба процеса имају за циљ да због парцијалности која карактерише међународне изворе, доношење општих правила којима би се на јединствени начин регулисала она питања која су заједничка или општа за све врсте међународних трговинских послова и која би представљала неку врсту „универзалних општих услова“. Стога је рад на унификацији и хармонизацији постепено проширован од уговорног права на целокупно грађанско, па чак и на укупно приватно право.<sup>3</sup>

## II Историјат – континуитет и дисконтинуитет у процесу стандардизације правила у међународној трговини

Прве идеје о унификацији, хармонизацији и стандардизацији права се могу наћи још у римској стоичкој филозофији и општем схватању природног права као универзалног права и универзалној мери свих вредности, оличеном у појму правде. Такво право би према Цицероново схватању требало да буде „...исто у Риму и у Атини, исто данас и сутра, вечно и непромењиво, јединствено право за све нације и за сва времена...“<sup>4</sup> Први покушаји стварања правила која ће имати прекограничну примену се могу наћи у активности римских перегринских претора који су, почев од 242. године п. н. е, решавајући конкретне случајеве у трговини између припадника покорених провинција и римских грађана стварали посебна правила које су касније

3 Вид. R. David, „The International Unification of Private Law“, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 2/5, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, стр. 4–5, је предлагао стварање посебне међународне организације „*Union pour le jus gentium*“ која би имала за циљ унификацију права којима су регулисани међународни правни односи. Тако донета униформна правила би се примењивала аутоматски у државама чланицама, осим ако њихова примена није искључена (стр. 7).

4 Цитат из Цицероновог дела „*De Res Publica*“. Наведено према Н. Р. Kainz, *Natural Law: an Introduction and Re-examination*, Open Court, Chicago and La Salle, Illinois, 2004, стр. 11 напомена бр. 20.



названа право народа или *ius gentium*. Овакав процес ограничене и условне интернационализације је прекинут распадом Римске државе и напуштањем робно новчане привреде у феудалном периоду, али је касније обновљен у средњем веку стварањем права трговаца или *lex mercatoria*. Иако сталешког карактера, средњевековно *lex mercatoriae* карактерише интернационални метод стварања и прекогранична примена, али и и ограничен предмет регулација.

Након старог *lex mercatoria*, процес стандардизације правила (међународног) трговинског права се одвијао у четири периода, које карактеришу: националне кодификације, настанак различитих школа међународног приватног права, ново *lex mercatoria* и ера мултилатералних међународних уговора.<sup>5</sup>

Разлоге за националне кодификације, у оквиру којих ће се одвијати стандардизација права требало би, осим у политичким разлозима, тражити у начелима аутономије воље, консенсуализма и обавезном дејству уговора, која су у 16. веку у теорији прихваћена као заједнички елементи за све уговоре,<sup>6</sup> као основа за општу теорију уговора и као основа за кодификације уговорног права. Међутим, доношење националних закона је уместо ранијег интернационализма, довело до правног партикуларизма у области регулација међународног промета и до „несрећне национализације“ дотадашњих интернационалних правила. Националним законима, као резултатима кодификација, свака држава је настојала да створи сопствена правна правила чија се примена, међутим, завршавала на њеним границама. У таквим условима се решење правних односа са елементом иностраности није могло тражити у примени једнообразних правила материјално правне природе, која су у ранијем периоду била садржана у *lex mercatoria*, већ у локализовању или „везивању“ спорног правног односа за једну државу.<sup>7</sup> У суштини, то је значило примену националног права односне државе до кога се долазило према правилима међународног приватног права. Примену тако одабраног страног права на домаћој територији бројне школе су објашњавале и оправдавале на различите начине,<sup>8</sup> што је

5 R. Sappideen, „Harmonizing International Commercial Law Through Codification“, *Journal of World Trade*, бр. 40(3), 2006, стр. 426.

6 Вид. J. Smits, „The Future of European Contract Law: On Diversity and the Temptation of Elegance“, рад је доступан на: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=803144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=803144), стр. 243.

7 Схватање да је сваки правни однос нужно везан за одређену територију и да као такав припада конкретној држави тј. да у њој има своје „седиште“ (*Sitz des Rechtsverhältnisses*) је посебно развио немачки правник Савињи.

8 Тако према теорији учтивости (*neo comity theory*) страном правном систему је дозвољено да оствари свој правни захтев у другој држави на основу учтиво-

довело до процвата различитих учења о међународном приватном праву. Из тих разлога се овај период назива ером међународног приватног права. Ипак, без обзира на сву њихову елеганцију и инвентивност, правила међународног приватног права су се у бројним ситуацијама показала као компликована и неприкладна за правни промет који је нагло порастао након индустријске револуције и масовне серијске производње. Стога је требало је стварати и униформна материјална правила, што је довело до новог процеса интернационализације и стварања *novae lex mercatoriae*. Ново универзално *lex mercatoria* је требало да чини део новог светског права трговаца засновано на обичајима, пре свега трговачким, које би се издигло изнад националних правила о трговини и које би прихватили трговци из целог света као универзално међународно трговачко право.<sup>9</sup> За реализацију ове идеје од краја 19. века<sup>10</sup> су основана бројна тела у оквиру којих су усвојене бројне конвенције по којима је нова фаза означена као фаза мултилатералних уговора. На овако донетим конвенцијама и другим правила почиње да се развија и нова дисциплина – међународно трговачко право, али се и даље трагало за правилима која би била заједничка за све послове без обзира на субјекте који их закључују и без обзира на сферу њиховог дејства, која би довела до стварања *универзалној или светској љрава трговаца* и формулисања светског трговачког законика. Иако споро, овакве, у почетку појединачне, идеје су наишле не само на појединачну, већ и на организовану подршку појединих тела и организација, као што су Хашка конференција за међународно право, UNIDROIT и бројне специјализоване организације и агенције УН, као што је UNCITRAL, али и Европска унија, Организација за хармонизацију пословног права у Африци (OHADA), Организација Америчких Држава (ОАС), Комисија за Европско уговорно право са различитим групама, Међународна трговинска комора из Париза (МТК) и бројни истраживачки тзв. *Think Thanks* институти.<sup>11</sup> Отуда се након оснивања оваквих организација може

сти или љубазности друге државе. У немачкој теорији се то образлагало потребом уважавања љубазне дозволе (Савињијев појам *freundliche Zulassung*), или у модернијој *Eck*-овој теорији потребом „међународне кооперације“ (*international cooperation*), или *Kahn-Freund*-овим „порастом интернационализма“ (*growth of internationalism*), или *Schmitthoff*-љевим стеченим страним правима, или *Szsszy*-јевим покушајем да уздигне коегзистеницију у начело сукоба закона, или *Rabel*-овом „хармонијом извршења“ (*Entscheidungseiklang*), узроковану интензивном компаративном анализом резултата у постепеној хармонизацији одлука.

9 Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно љсловно љправо*, општи део, Крагујевац, 2006, стр. 46. и даље; Р. Вукадиновић, „Lex mercatoria као праведно право у међународном трговинском (привредном) праву“, *Правни живоић*, бр. 9–10/1994.

10 С. Schmitthoff, „Das neue Recht des Welthandels“, *RabelsZ*, 1964, стр. 59.

11 Вид. [http://www.nyulawglobal.org/globalex/Unification\\_Harmonization.htm](http://www.nyulawglobal.org/globalex/Unification_Harmonization.htm).

говорити не само о спонтаним, већ и о *орјанизованим* покушајима да се хармонизују или унификују правила међународног пословног права,<sup>12</sup> и то пре свега она која се односе на међународне трговачке послове, која су садржана у различитим изворима, пре свега у конвенцијама и у аутономним изворима.

### III Технике стандардизације

Стандардизација се спроводи различитим техникама, као што су: хармонизација, рецепција или наметање страног права и унификација, и може обухватити различите предмете и различите територије. У погледу домаћаја примене тако створених правила, могу се разликовати напори усмерени ка стварању универзалних или светских правила и напори ка стварању регионалних правила, па се у том смислу може говорити о „европеизацији“ и интернационализацији или глобализацији. И један и други процес су условљени практичном потребом да омогући што бржи, ефикаснији и једноставнији међународни или прекогранични промет робе и услуга и обављање различитих активности на транс-националном нивоу<sup>13</sup> између субјеката који припадају различитим правним системима.

Да би се одговорило овим захтевима, у процесу стандардизације права се користе различите технике за налажење јединствених или усклађених правних одговора на исте чињеничне или правне ситуације, без обзира на место дешавања или на националне елементе који су у њих укључени.<sup>14</sup>

#### 1. Технике унификације

Под унификацијом се подразумева процес стварања јединствених (унификованих) правних правила. Предмет унификације теоријски могу бити све правне норме, али пракса показује да се унификују само оне норме националних правних система између којих не постоје велике или непремостиве разлике, тако да је могуће наћи решења која би била прихватљива за све или већи број држава (заједничка или једнообразна решења). По правилу су то норме којима се регулишу уговорни облигациони односи.

12 Вид. С. Schmitthoff, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, London, 1981, стр. 23 и 24, а у домаћој литератури М. Драшкић и М. Станивуковић, *Уговорно љраво међународне љрјовине*, Београд, 2005, стр. 18.

13 М. G. Kohen, „Europe and the Standardization of the Law: Past and Present“, <http://www.hei.unige.ch/conf/75eme/globalization/files/Kohen.pdf>, стр. 2.

14 М. G. Kohen, *нав. дело*, стр. 1.

За разлику од уговорних односа, правила о статусним питањима домаћих привредних субјеката, или јавноправна питања режима увоза или извоза, плаћање и слично, нису подесна за унификацију. У њима су, по правилу изражени витални јавноправни интереси односних држава који се тиче друштвено економског и политичког система, тако да државе не пристају на њихову промену до које би нужно дошло у процесу унификације. Отуда се ови прописи примењују или као прописи непосредне примене или као део јавног поретка, чиме се оправдава непримењивање страног права. Одабирање правих области које су подесне за унификацију представља један од првих задатака пред којима су суочене међународне организације задужене за унификацију, пре него што приступе самом процесу унификације.

Са становишта предмета и крајњег циља, може се разликовати унификација која има за циљ стварање униформних правила општег карактера и унификација правила посебног карактера. Униформна правила општег карактера замењују различита национална правила, намењена су за примену у свим међународним пословним трансакцијама и служе као општа начела, док су посебна намењена да регулишу одређене конкретне међународне пословне трансакције.<sup>15</sup>

Према домену примене унификованих правила, унификација може бити универзална и регионална. Универзалне унификације имају за циљ доношење таквих правила која ће прихватити субјекти из целог света, док су регионалне унификације ограничене на уједначавање правила из правних система одређеног региона. Иако се тежи универзалним унификацијама и у области материјалних и у области колизионих норми, све више су присутне регионалне унификације. Регионалне унификације се одвијају у оквирима појединих групација држава, или географских региона, као што су ЕУ, Заједница Независних Држава (ЗНД)<sup>16</sup> или Северноамеричка зона слободне трговине (NAFTA). Појачани процес регионалне унификације не значе, међутим, нужно и коначно одустајање од универзалне унификације. Често резултати регионалне унификације „интелектуално подстичу на светску унификацију, мада истовремено и смањују прилике за то.“<sup>17</sup> Тако су на пример доношењем Једнообразног трговачког законика у САД и усвајањем низа мера хармонизације правила о заступању, банкротству, компанијама, конкуренцији, патентима и трговачким знацима, произвођачкој одговорности и јурисдикцији и извршењу судских одлука у оквиру ЕЗ-а, већ створена два велика правна система чије ће премошћивање у процесу светске унификације ићи

15 Вид. М. Matteuci, „The Unification of Commercial Law“, *JBL* (1960), стр. 137.

16 О актима унификације у Заједници Независних Држава (ЗНД) вид. А. Тинел, Ј. Функ, В. Хвалеј, *Курс међународног трговачког права*, Минск, 2000, стр. 33–51.

17 *Business Law Brief*, June 1989, стр. 15.

теже него кад је у питању унификација појединачних националних правних система.

Што се тиче *правних средстава унификације*, у савременим условима унификација правила међународног пословног права се остварује путем међународних конвенција, једнообразних закона и једнообразних правила.<sup>18</sup> У Европској унији унификација се спроводи путем комуни-тарних уредби (*regulations*) и одлука (*decisions*).

Што се тиче полазног материјала, унификација може бити заснована на решењима која постоје у већ донетим националним законским и другим прописима. У случају да национални прописи не постоје, може се поћи од праксе међународне трговине.

Сама унификација се може остваривати у оквиру владиних организација или под окриљем невладиних професионалних организација. У првом случају је реч о унификацији путем *организоване акције* међународних организација (организована унификација), а у другом о *спонтаној унификацији* путем уједначавања праксе међународне трговине.<sup>19</sup> Организовану унификацију спроводе и подстичу међудржавне међународне организације као што је ОУН и њене специјализоване агенције, као што је, на пример, UNCITRAL. Оваква унификација се може означити као званична или службена. Резултат ових напора су мултилатералне конвенције и одлуке, које се у теорији означавају као међународно законодавство.

Спонтана унификација се одвија у оквирима приватних или полујавних организација, пре свега под окриљем Међународне трговинске коморе из Париза. Постоје мишљења да ће се за разлику од процеса националних кодификација који су се одиграли око 1800. године, од 2000. године бити доминантан процес приватне унификације. Резултате спонтане унификације чине извори тзв. аутономног трговинског права. Типични представник овакве врсте унификације су међународни трговачки обичаји. Поред њих у ове изворе спадају и: типски и формуларни уговори, узансе, једнообразна правила, пословна и арбитражна пракса. Пошто их стварају међународне невладине агенције, тела или удружења трговаца и сами трговци, означавају се и као аутономно право међународне трговине или ново *lex mercatoria*.<sup>20</sup>

18 Вид. C. Schmitthoff, „American and European Commercial Law“, у: C. M. Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law*, Chia-Jui-Cheng (ed.), Kluwer, 1988, стр. 110.

19 Вид. L. Kopelmanas, „International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law – II“, у: *The Sources of the Law of International Trade*, London, 1964, стр. 119.

20 C. M. Schmitthoff, „International Business Law: A New Law Merchant“, *Current Law Problems*, бр. 2/1961, стр. 131; L. Kopelmanas, *нав. дело*, стр. 119; M. Draškić, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1990, стр. 13 и даље.

## 2. Технике хармонизације

Под хармонизацијом или усклађивањем права се подразумева процес усаглашавања решења у националним правима више држава уз задржавање разлика између њих самих, али уз обавезу да таква решења не буду у супротности са остваривањем одређених заједничких циљева. То се може постићи или свесном и организованом акцијом држава на основу билатералних или мултилатералних договора или активношћу непосредних учесника у међународној трговини или невладиних организација које учествују у процесу стварања аутономног права међународне трговине. При томе се као технике користе или адопција или наметање страног права. У погледу предмета, хармонизацијом су обухваћене бројне области приватног права, а посебно уговорно право. На потребу хармонизације уговорног права у Европској заједници је посебно указивано након успостављања јединственог или унутрашњег тржишта, 1992. године. У правној теорији је као основни разлог за хармонизацију права држава чланица истицано да се потпуно функционисање јединственог тржишта заснованог на слободном промету робе, слободи кретања лица, услуга и капитала, не може замислити без постојања и примене јединствених или усклађених (хармонизованих) прописа приватног права. Подржавајући овакве идеје, Европски парламент је у посебним резолуцијама захтевао од Комисије да у том смислу предузме одговарајуће мере како би до краја 2010. године био донет Европски закон о уговорима.<sup>21</sup>

На формулисању заједничких правила која би чинила део будућег Европског грађанског законика у ЕУ раде бројне групе у оквиру Заједничке мреже за европско приватно право (*Joint Network on European Private Law*), као што су Студијска група за Европски грађански законик (*Study Group on European Civil Code*) и Истраживачка група о приватном праву Европске заједнице (*Research Group on EC Private Law*, или *Acquis Group*) и удружење *Henri Capitant*.

Међутим, и поред несумњивих резултата који говоре у прилог јачања процеса европеизације још увек постоје озбиљне дилеме не само у погледу технике, већ пре свега, да ли је она пожељна и изводљива.<sup>22</sup> Разлози који доводе у питање изводљивост таквог подухвата се у генералном смислу могу означити као непостојање заједничке или јединствене

21 Вид. *Introduction to the Principles of European Contract Law*, prepared by The Commission on European Contract Law.

22 Вид. С. Перовић, *Беседа са Копаоника*, беседа одржана на Копаоничкој школи природног права 2000: „Култура у кодификацији и некултура у остварењу природних права човека“, *нав. дело*, стр. 279, 280. У правној доктрини у Европској унији бројни аутори који сумњају у сврсисходност и домете европеизације која би резултирала у доношењу Европског грађанског законика. Вид. Р. Legrand, „Against a European Civil Code“, *Modern Law Review*, Vol. 60 (1997), стр. 44–63, и тамо наведене ауторе.

правне културе,<sup>23</sup> коју карактерише постојање више правних система и разлике у језику и култури, што се може означити као постојање различитих правних традиција, менталитета или начина размишљања о праву, његовој садржини и улози у друштву.<sup>24</sup> Као једна од последица ових разлика је и различито схватање значаја и улоге националних кодификација између земаља писаног права (*civil law*) и обичајног права (*common law*) због којих између њих није могућа конвергенција.<sup>25</sup> У питање се доводи и аргумент да ће се унификацијом уговорног права унапредити функционисања унутрашњег тржишта, на пример кроз бољу заштиту слабије уговорне стране, посебно потрошача, као и развијање европског идентитета и културе.<sup>26</sup> Противници оваквог подухвата наводе се иза разлога означеног као заштита слабије стране и социјалних вредности, крије намера да се управо продавцима као јачој страни на целом тржишту Уније обезбеде једнако конкурентни услови. У истом смислу се наводи да препреке кодификацији у Европској унији представља и правна исцепканост и постојање 27 државних правних система и 28. комунитарног правног система који функционише на наддржавном нивоу. Из тих разлога се покушаји кодификације европског грађанског права третирају као административни или бирократски договор који на арогантан начин угрожавају постојеће особености и разлике,<sup>27</sup> а доношење закона као крај „правног национализма“.<sup>28</sup>

У другом облику, европеизација означава процес повратног утицаја тако формулисаних заједничких правила на унутрашња права не само држава чланица, него и трећих држава. Тако су, на пример, усвојена упутстава из области приватног права, од којих се десет односи на уговорно право: о преварном и наслањајућем оглашавању, о неким питањима финансијских трансакција, о произвођачкој одговорности, о враћању културних објеката електронској трговини и неправичним трговачким условима извршила снажан утицај новије националне кодификације грађанског права,<sup>29</sup> чиме се постепено губе или

23 Вид. J. Smits, *Maastpicht WP 2006–3*, електронска копија доступна на: <http://ssrn.com/abstract=897478>, стр. 11; J. Smits, „Law Making in the European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures“, *Louisiana Law Review*, бр. 67/2007, стр. 1181–1203, доступно и на <http://ssrn.com/abstract=1104386>.

24 P. Legrand, „Against a European Civil Code“, *Modern Law Review*, Vol. 60 (1997), стр. 45.

25 P. Lagard, „European Legal Systems are not Converging“, *ICLQ* бр. 45/1996, стр. 64–78.

26 J. Smits, „A Plea for a Spontaneous Legal Order“, *Maastricht Working Papers*, 2006–03, *нав. дело*, стр. 14.

27 P. Legrand, *Against...*, *нав. дело*, стр. 51, 56.

28 Cl. McGlynn, *Families and the European Union: law, politics and pluralism*, Cambridge University Press, 2006, стр. 184.

29 Тако J. Smits, „European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order“, *Maastricht Working Papers*, 2006–03, стр. 7, наводи да су од 650 одредби у књизи 3 и 6. и у

ублажавају разлике које су постојале између традиционалних породица права, што води приближавању или конвергенцији националних правних система.

#### IV Хармонизација трговачког права

Правила трговачког права су због своје сврхе, која је изражавана у потреби лакшег одвијања промета имовинских вредности између трговаца, често сматрана неутралним у односу на државе па су као таква била подеснија и за регионалне и за универзалне унификације и глобализацију. Отуда је до последње деценије глобализација, која је вршена кроз унификовање правила у међународним конвенцијама била карактеристичан метод изједначавања пре свега правила трговинског права, као што су правила о међународном превозу, заштити интелектуалне својине, хартијама од вредности, као што су меница и чек, да би се у последњим деценијама проширила и на питања међународне продаје робе и повезаних питања као што су застарелост или меродавно право код уговора о међународној продаји робе или на средства и инструменте међународних плаћања и обезбеђења плаћања и средстава продуженог финансирања. Од бројних конвенција које су донете у наведеним и другим областима, ваља посебно истаћи Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе која представља велики успех у „хармонизацији приватног права на глобалном нивоу“,<sup>30</sup> али и новије конвенције о факторингу, финансијском лизингу, независним гаранцијама и *standby* акредитивима и преносу потраживања. Наведени извори, а посебно Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе, ће вршити значајан утицај на будуће националне кодификације грађанског и трговачког права.

Ипак, унификација започета 80-их година 19. века путем међународних конвенција је због потребе да буду ратификоване, у последњим деценијама прошлог века „изгубила моментум“,<sup>31</sup> па је појачан рад бројних организација и тела на стварању унификованих правила кроз тзв. меко право или *soft law*. Стварању меког права су посебно допринеле тзв. агенције за формулисање (*formulating agencies*)<sup>32</sup> и Међународна

наслову 7.1. новог Холандског грађанског законика из 1992. године, 10% резултат утицаја комунитарних упутстава.

30 E: Hondius, „CISG nad A European Civil Code, Some Reflexions“, *Rabels Zeitschrift*, Band 71 (2007) Heft 1, стр. 100.

31 J. Basedow, „The renascence of uniform law: European contract law and its components“, *Legal Studies*, Vol 18 No 2, June 1998, стр. 122.

32 Као што су UNCITRAL (<http://www.uncitral.org>), UNIDROIT (<http://www.unidroit.org>), Хашка конференција за међународно приватно право (<http://www.cccx.net>), Светска трговинска организација (<http://www.wto.org>).



комора из Париза чија су правила, такође, без обзира на необавезујући карактер битно утицала на формалне изворе Међународног пословног права. Резултат њиховог рада су тзв. „кодификована правила“ као што су Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве, банкарске гаранције на позив и уговорне гаранције, INCOTERMS правила, као и о женевски типски уговори и општи услови пословања. Наведени извори по начину настанка, представљају наставак процеса стварања аутономног *lex mercatoria*, док према територији примене представљају облик глобализације правила трговачког права. Овим процесима би требало додати и регионалне напоре за усклађивање или унификацију правила приватног права у оквиру Европске уније и других регионалних организација, као што су OHADA,<sup>33</sup> MERCOSUR или NAFTA.

Тако су слично Европским начелима, у оквиру UNIDROIT усвојена начела за међународне трговинске уговора, која су објављена 1994. и 2004. године.<sup>34</sup> У њима су сабрана правила којима су регулисана следећа питања: 1) опште одредбе, 2) настанак уговора и овлашћења агената, 3) пуноважност уговора, 4) тумачење уговора, 5) садржина уговора и права трећих лица, 6) извршење уговора, 7) неиспуњење уговора, 8) пренос права из уговора и 9) застарелост.

У досадашњој пракси UNIDROIT начела су коришћена, као модел за националне законодавце код доношења или измена одговарајућих закона,<sup>35</sup> или су коришћена као смернице или водичи у преговорима и за састављање уговора, али и као меродавно право за уговоре.<sup>36</sup>

Пракса показује да стране уговарају примену UNIDROIT начела најчешће код уговора о међународној продаји робе, уговора о трговинском заступању и другим облицима уговора о дистрибуцији,<sup>37</sup> франшизингу,<sup>38</sup> али и код уговора о превозу и уговора о осигурању. Из-

33 Вид. колоквијум одржан у *Ouagadougou* (Буркина Фасо) – 15-17 November 2007, „The Harmonization of Contract Law within OHADA“, М. Fontain, „The preliminary draft OHADA Uniform Act on contract law – general introduction“. На Колоквијуму је представљен предлог Јединственог законика са 213 чланова у којима су сабрана решења не само из афричких држава, већ и из UNIDROIT принципа из 2004.

34 Види: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

35 Ова Начела су послужила као модел приликом усвајања грађанских закона Естоније и Литваније из 2001. године, у припреми новог Грађанског законика Мађарске, као и код измена Немачког БГБ из 2001. године (заједно са КУН), кинеског Закона о уговорима, из 1999. године, или приликом модернизације и хармонизације уговорног права у Организацији за економску сарадњу (ЕКО) или OHADA.

36 М. Ј. Bonell, „UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law“, *Rev. dr. unif.* 2004-1, стр. 6 и даље.

37 Вид. Model Commercial Agency Contract and the Model Distributorship Contract–Sole Importer–Distributor, International Chamber of Commerce, 2002.

38 Model International Franchising Contract, International Chamber of Commerce, 2000.

мене из 2004. године омогућавају њихову примену и код новијих врста уговора закључених путем интернета и код других врста електронских уговора. Код уговарања примене UNIDROIT начела, стране су слободне да уговоре њихову пуну примену или примену само појединих делова, односно чланова. Само уговарање UNIDROIT начела као меродавног права се може извршити на различите начине: изричитим уношењем у уговор, упућивањем на њихову примену по оним питањима која нису регулисана у уговору, упућивањем на примену *lex mercatoria* или „општа начела права“ или „општа начела међународног права“, у оквиру којих ће се применити и UNIDROIT начела. Начела се могу применити и у случајевима када је као меродавно право изабрано конкретно право, ако у њему конкретно питање није решено.

UNIDROIT начела се могу применити и као средство тумачења и допуњавања једнообразних међународних инструмената, као што је Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе, као и националних домаћих права.

## V Националне кодификације и рекодификације уговорног права

*Нови амбијент и другачији циљеви савремених кодификација.* Иако постоје мишљења да велике кодификације припадају прошлости када је кодификацијама требало, између осталог, потврдити национални суверенитет држава, овај процес није окончан ни у погледу потребе да за доношењем нових грађанских или трговачких законика на националном или интернационалном нивоу,<sup>39</sup> ни у погледу нужности да се постојећи мењају и допуњавају. Отуда поједини аутори процес кодификација означавају као „темељну константу цивилне традиције“,<sup>40</sup> или говоре о ренесанси униформног права<sup>41</sup> која се реализује кроз тзв. други талас кодификација.

Међутим, оно што карактерише савремене кодификације јесу другачије околности у којима се врше и измењени циљеви који се пред њих постављају. Савремене кодификације и рекодификације карактерише много веће коришћење упоредних искустава, компаративног метода

39 О различитим схватањима у вези хармонизације или унификације правила међународног трговинског права вид. и: R. Sarpideen, *нав. дело*, стр. 449 и тамо наведене ауторе.

40 A. Fiorini, „The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 12.1, May 2008, стр. 5.

41 J. Basedow, „The renaissance of uniform law: European contract law and its components“, *Legal Studies*, Vol 18 No 2, June 1998, стр. 123.

истраживања и међународних извора, у односу на ранију, прву генерацију кодификација.<sup>42</sup> Посматране у ширем смисли, нове кодификације се одвијају у оквиру ширег процеса *глобализације* (унификације и хармонизације) или у оквиру *европеизације* уговорног и приватног права. Отуда такве кодификације нису само у функцији потврђивања националног државног и правног суверенитета<sup>43</sup> и „национализације *ius commune*“,<sup>44</sup> као што је то био случај са кодификацијама из 19. и 20. века, већ имају за циљ да омогуће лакше одвијање међународног промета. Овакав више прагматични и трговачки карактер, уместо ранијег потврђивања националног идентитета, се може означити и као тенденција *анаационализације* процеса кодификације. Анаационални и наднационални карактер кодификација је посебно изражен у напорима да се у оквирима наднационалних регионалних заједница и организација, као што су Европска унија и Организација за хармонизацију пословног права у Африци (OHADA – *Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*)<sup>45</sup> донесу Европски грађански законик, односно Трговачки законик ОНАДЕ, чиме се брише „вештачка територијализација приватног права“.<sup>46</sup>

## VI Уместо закључка – постоји ли криза идентитета правила унутрашњег трговачког права

С обзиром на све бројније изворе којима су хармонизована или унификована правила која се односе на заснивање и извршење бројних међународних трговачких послова (међународна продаја робе, франшизинг, лизинг, дистрибуција, уговори о превозу, средства плаћања и обезбеђења плаћања, арбитражно решавање спорова), а имајући у виду, за неке, нужност, а за друге државе рационалну потребу да прихвате и примењују ова правила, може се поставити питање да ли је тиме отво-

42 Вид. Грађански законик Португалије из 1966–67, Холандије, из 1992. године, Руски грађански законик из 1995. године, или новелирани Немачки грађански законик, из 2002. године, као и рад на новелирању Француског грађанског законика.

43 J. Basedow, *нав. дело*, стр. 123. У случају Општег имовинског законика за Црну Гору, главни циљ кодификације је била правна консолидација нове државе.

44 С. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge, 2008, стр. 20. У ширем смислу, корене процеса кодификација из 18. и 19. века би требало тражити у „интелектуалној револуцији“ која се одиграла у Европи тог доба са принципима заснованим на идејама просвећености, рационалног (природног) права буржоаског либерализма и национализма (Murilo, *нав. дело*, стр. 3).

45 Вид. <http://www.ohada.com/index.php?newlang=english>.

46 С. von Bar, „The Study Group on a European Civil Code“ in the European Parliament, Working Paper, *The Private Law Systems in the EU*, стр. 134.

рена криза идентитета националног концепта регулисања и националних прописа којима су регулисана питања обухваћена појмовима привредног или трговачког права. Разлоге за кризу идентитета унутрашњих (домаћих) прописа требало би тражити у две појаве. Прво, у рационалности или нужности држава да прихвате и примењују све већи број међународна правила (међународно законодавство) која су настала под окриљем наведених међународних организација у којима, без обзира на прокламовану једнакост, преовладавају интереси и концепти водећих економских сила, пре свега САД и ЕУ. Отуда се са разлогом под глобализацијом права заправо мисли или на американизацију или на европеизацију. У сваком случају, национални (државни) концепти губе на значају, бар у регулисању појединих питања уговорног трговачког права. Поред овог општег, други разлог је од посебног значаја за мање државе, као што је Србија. У државама са мањим тржиштима, као што је Србија, у којима највећи број уговора о продаји има међународни карактер и на које се морају применити правила КУН о међународној продаји робе, отвара се озбиљно питање односа унутрашњих (домаћих) правила уговорног права и правила међународног пословног права. Значај овог питања не умањује чињеница да велики број домаћих судова и даље по инерцији на ове послове и даље примењује одредбе ЗОО као унутрашњег извора трговачког права.

**Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac**

## **INSTEAD OF A CONCLUSION – IS THERE A CRISIS OF IDENTITY OF INTERNAL COMMERCIAL LAW RULES**

### **Summary**

*Given the growing number of sources that make harmonized and unified rules governing the creation and enforcement of numerous international transactions (international sales of goods, franchising, leasing, distribution, contracts of carriage, the means of payment and security, arbitration), and bearing in mind, for some, necessity, and for other countries rational need to adopt and apply these rules, we can ask whether this is an open concept of national identity crisis of national legislation regulating matters covered by the commercial law. The reasons for the identity crisis of internal (domestic) legislation should*

*be sought in two ways. First, the rationality and necessity of states to apply, and a growing number of international rules that were created under the auspices of these international organizations in which are prevailing, regardless of the proclaimed equality, interests and concepts of the leading economic powers, especially U.S. and EU. Hence the globalization of law really means or amerikanization or Europeanization of legal rules. In any case, the national (state) concepts lose their significance, at least in the regulation of certain issues of contract law. In addition to this general, the second reason is particularly important for smaller countries, like Serbia. In countries with smaller markets, such as Serbia, where most of sale's contracts have an international character and to which they have to apply the Vienna Convention on sale of goods, it is possible to open a question of relationship or authenticity rules of internal contract commercial law and international business (commercial) law. Openness this issue does not affect the fact that many local courts continue to apply on mentioned international sales, by inertia, internal (state) rules of commercial law.*

**Key words:** *standardization, unification, harmonization, natural law, commercial law, international commercial law, crisis of identity.*

др Александар ЂИРИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

## МЕТОДИ УТВРЂИВАЊА ПОРЕКЛА РОБЕ У СПОЉНОТРГОВИНСКОМ ПРОМЕТУ\*

### Резиме

Аутор полази од констатације да утврђивање порекла робе представља сложена административну процедуру из надлежности царинских управа држава или самосталних царинских територија. Да би се правила о пореклу правилно применила неопходно је на прецизан начин утврдити својства робе. Због тога је, поред активности царинских управа, неопходан допринос пословних субјеката који се непосредно појављују у улози извозника и увозника робе. У раду је најважнија фокусирана на методе, чијом применом се долази до квалификација о пореклу одређеног производа. Изван предметних радова остала су питања о значају утврђивања порекла робе у спољнотрговинском промету. Предмет анализе су најчешће примењивани методи утврђивања порекла робе у пракси: метод суштинске трансформације производа; метод додатне вредности („процентни тест“); технички (производни) тест настанка производа; метод промене јединствене царинске класификације. Завршни део рада је посвећен методима одређивања порекла робе у законодавству Србије.

**Кључне речи:** спољнотрговински промет, порекло робе, трансформација производа, „Процентни тест“, тест настанка производа, промена јединствене царинске класификације.

---

\* Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство за науку Републике Србије.

## I Увод

Спољнотрговински промет робе у савременим условима одликује глобални карактер. Начело организоване слободе међународне трговине допушта да се царинске и друге врсте дажбина, при увозу на територију држава, одређују у зависности од порекла робе. Примена овог правила омогућава извоз робе на царинску територију земље увознице без наплате царине, или уз наплату преференцијалне царине на производ који има одговарајући „печат порекла“. Целисходност пословања налаже да произвођачи и извозници буду упознати са правилима о пореклу робе, уколико желе да извозе под преференцијалним условима уз царинске олакшице и ослобођења, која подижу степен њихове конкурентности на тржишту земље увознице. Атрибут „статуса повољности“ који се признаје производима из одређене државе, или са одређене царинске територије, стиче се на основу једностраних аката националног законодавства земље увоза, или на подлози међународних билатералних и мултилатералних споразума. Страном порекла производа могу се, поред државе, сматрати групе земаља, царинске уније, регионални савези и царинске зоне, односно делови државе. У пракси се та чињеница утврђује применом одговарајућих метода, који се често разликују од државе до државе. Њихова варијација представља „ноћну мору“ за произвођаче и трговце широм света. Како организовати производну шему на основу које би се добијени производ, који је прерађен или садржи и увозне компоненте, могао извозити са статусом порекла земље у којој је финализован? Успешно решење овог задатка може омогућити преференцијални третман за финализовану робу, који подразумева ослобођење од царина и смањење других дажбина приликом њеног преласка царинских граница. Да би се утврдило порекло производа, неопходно је применити једну или више одговарајућих метода. Овај рад обухвата две целине. Прва је посвећена врстама и општим карактеристикама метода утврђивања порекла, док је друга посвећена методима порекла предвиђеним у праву Србије. Услед ограниченог обима рада, изван наших разматрања остају бројна питања о значају утврђивања порекла робе у спољнотрговинском промету.<sup>1</sup>

## II Правила и методи за утврђивање порекла робе

Правила о пореклу производа заузимају посебно место у регулативи спољнотрговинске делатности у области примене царинских тари-

1 О значају утврђивања порекла робе више видети: А. Ђирић, „Значај правила о пореклу робе у међународној трговини“, *Темајски зборник радова – Актуелне тенденције у развоју европској конвентционалној права*, Свеска II, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2010, стр. 317-337.

фа. Да би се она правилно применила неопходно је утврдити својства робе, начин прераде, промену њене вредности, промене у царинској класификацији, као и читав низ других карактеристика. Због тога је, поред активности царинских управа, неопходан допринос и учешће пословних субјеката – непосредних произвођача, извозника и увозника робе. Спроведени поступак утврђивања порекла може дати следеће резултате: производ има порекло стране државе; производ има порекло из земље или територије са којима је могућа кумулација порекла; производ има домаће порекло и производ је без порекла.

Генерално, роби се, на основу њеног порекла, могу признати два статусна режима: а) непреференцијални и б) преференцијални.

Роба са непреференцијалним статусом одређује се на основу правила која се користе за спровођење непреференцијалних мера трговинске политике ради примене: режима најповлашћеније нације; анти-дампиншких и компензационих мера; заштитних мера; количинских ограничења, или тарифних квота допуштених сагласно праву Светске трговинске организације. Одређивање ове врсте статуса робе је, поред осталог, значајно за: примену царинске тарифе на робу која нема преференцијални третман; примену мера које нису тарифне, а које су утврђене прописима којима се уређује трговина робом; припрему и издавање уверења о пореклу; поступак државних набавки,<sup>2</sup> као и за потребе трговинске статистике.

Категорија робе са преференцијалним статусом је у функцији њеног повољнијег (благонаклоног) третмана у спољно-трговинској размени. Правилима о преференцијалном пореклу утврђују се услови, које роба мора да испуни ради остваривања права на повластице. Правни основ признавања тарифних олакшица, или ослобођење од царинских дажбина у трговинској размени између држава заснива се на међународном трговинском споразуму, односно чланству у међународној организацији. Поред тога, олакшице могу бити установљене и законодавним актима државе.<sup>3</sup> У зависности од земље порекла робе, царин-

2 Према чл. 3 Правилника о одређивању доказа на основу којих се утврђује да је понуду поднео домаћи понуђач и за одређивање добара домаћег порекла (Сл. *иласник РС*, бр. 50/09), понуђач добара домаћег порекла дужан је да, као саставни део понуде, поднесе доказ о њиховом домаћем пореклу. Када предмет јавне набавке обухвата више добара, сматра се да је понуђач понудио добро домаћег порекла, уколико преко 51% вредности свих добара има домаће порекло. За добра која, у смислу Правилника, имају домаће порекло, као доказ служи уверење, које издаје Привредна комора Србије сагласно Упутству о условима, начину и поступку издавања уверења о домаћем пореклу робе у поступцима јавних набавки од 27.7.2009. Текст Упутства је доступан на сајту: <http://www.pks.rs/Default.aspx?tabid=2336>.

3 Према Царинском закону Србије, правилима о преференцијалном пореклу утврђују се услови за стицање порекла које роба мора да испуни ради остваривања



ске стопе се могу примењивати као: основне (базичне), које се односе на робу, пореклом из државе, којој је у трговини са конкретном земљом признат статус најповлашћеније нације; преференцијалне, које карактеришу повлашћене царинске стопе, признате појединим земљама, или групи држава, на подлози билатералних и мултилатералних споразума о слободној трговини и максималне, на основу којих се опредељују царинске стопе за робу, која потиче из свих осталих држава, као и у односу на робу за коју је земља порекла непозната.<sup>4</sup>

Целисходност у обављању спољнотрговинске делатности претпоставља потребу да са правилима и методима утврђивања порекла не буду упознати само продавци и купци, већ је пожељно да они буду јасни и произвођачима робе. Царинске повољности и ослобођења у спољнотрговинском промету робе стварају услове за формирање нижих велепродајних и малопродајних цена. Са своје стране, ниже цене повећавају тражњу производа, што обезбеђује упосленост производних капацитета и ствара додатне услове за њихово проширење. Ниже цене омогућавају извозницима робе одобрење стимулативног рабата купцима, што повећава извоз. Иностранци купац, који даље продаје робу по нижим ценама од конкурентских, је конкурентнији на тржишту земље увоза.

Критеријуми којима роба треба да удовољи, да би добила порекло одређене земље су различити и зависе од примене метода за његово утврђивање. Свакако да је једноставније утврдити порекло робе ако је она убрана (пољопривредни производи), или је произведена од домаћих компонената. Тешкоће настају када је роба резултат производног процеса у који су укључени ресурси из више држава, или независних царинских територија. У том случају, једно од правила је да производи страног порекла, прерађени у другој земљи, ако су претрпели стварну трансформацију, могу стећи порекло земље у којој је обављена њихова прерада.<sup>5</sup> Најчешће методе којима се „тестира“ порекло производа у пракси су: метод суштинске трансформације; метод додате вредности („процент тест“); технички (производни) тест настанка производа; метод промене јединствене царинске класификације и други.<sup>6</sup>

права на повластице предвиђене Законом. Сходно одредбама чл. 37 ст. 2 Закона, та правила су: а) утврђена међународним уговорима за робу која је обухваћена тим уговорима; б) норме која прописује Влада за робу која има право повластице на основу преференцијалних тарифних мера, које Србија једнострано доноси, у односу на друге државе, групе држава или територије.

4 О томе више: А. Н. Козырин, „О стране происхождения товаров“, <http://www.kozyrin.ru/userfiles/documents/frag6.pdf>.

5 А. Ђирић, Р. Ђуровић, *Међународно трговинско право, посебни део*, Правни факултет, Ниш, 2005, стр. 68.

6 У вези са тим видети: J. A. LaNasa, „An Evaluation of the Uses and Importance of Rules of Origin, and the Effectiveness of the Uruguay Round's. Agreement on Rules of Origin

## 1. Метод суштинске трансформације производа

Правило о „суштинској трансформацији производа“ подразумева процес прераде или дораде у мери која је довољна за настанак производа са новим препознатљивим називом, знаком, обележјем, или новом употребном наменом. Такав степен промена на производу омогућава признавање порекла земље на чијој територији је он подвргнут суштинској трансформацији. На тај начин производ, који је подвргнут суштинској промени, губи своје првобитно порекло земље из које потиче, што предупредује могућу конфузију о претендовању већег броја држава на порекло једног производа. Примена ове методе је у приличној мери флексибилна, што може имати своје позитивне, али и негативне стране. Позитивни аспекти такве њене карактеристике се односе на широко задовољење технолошких иновација у производњи, односно преради производа. Истовремено у самој флексибилности овог метода тињају опасности од подривања сигурности произвођача, који планира извоз прерађеног производа на царинско подручје земље увоза, под преференцијалним условима. Оне су нарочито реалне када је степен промене на граничним вредностима. При оцени нивоа суштинске трансформације производа, узимају се мере прераде или дораде које су довеле до најзначајнијих промена, а не мера која је била последња у ланцу настанка финалног производа. Ипак, производ се подвргава оцени о „степену суштинске промене“ тек пост фестум, односно после његове финализације. Пракса је показала да такво решење ствара простор за лобистичке притиске моћних пословних кругова („меркатократија“)<sup>7</sup> и државних органа у погледу примене рестриктивних или екстензивних критеријума, у процесу признавања или непризнавања порекла робе применом ове методе.

Метод суштинске трансформације захтева детаљну претрагу и сложен поступак, са низом пропратне документације и доказа, који се могу затражити од извозника, увозника, или произвођача. Због тога је његова примена праћена протеклом времена и високим трошковима,

in Harmonizing and Regulating Them“, доступно на адреси: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9601ind.html#IV>; J. H. H. Weiler, S. Cho, I. Feichtner, „Rules of Origin“, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 2007; J. H. J. Burgeois, *Rules of origin in International trade, An introduction*, The University of Michigan Press, 1997, стр. 2–3, доступно на адреси: <http://books.google.com/books>; M. P. Maxwell, *Formulating Rules of Origin for Imported Merchandise: Transforming the Substantial Transformation Test*, стр. 23, наведено према: Joseph A. LaNasa, *нав. чланак*, доступно на адреси: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9601ind.html>; E. Vermulst, „Rules of Origin as Commercial Policy Instruments – Revisited“, 26:6 *J. W. T.* (Dec. 1992), стр. 62.

7 О утицају „меркатократије“ на међународне трговинске односе видети: А. Ђирић, *Међународно трговинско право, Ойшњи гео*, Ниш, 2010, стр. 37.

што у целини противречи духу слободне трговине.<sup>8</sup> Метод омогућава царинским властима флексибилност прилагођавања конкретним околностима. То често опредељује међународне трговинске арбитраже и судове да примењују обичајно право у вези са степеном суштинске трансформације, како би се спречила његова злоупотреба. У мери у којој овај метод добија на прецизности, остаје мање простора за дисторзију правила о пореклу производа. Са друге стране, двосмисленост тог стандарда може да доведе до произвољних резултата, посебно када се он прилагођава интересним потребама државе увознице.

Може се закључити да метод суштинске трансформације има многе предности, као што је његова флексибилност, еволуција током времена и др. Међутим, његове предности су истовремено и погодна подлога за испољавање озбиљних недостатака, као што је могућност недоследне и дискреционе примене овог метода у пракси, посебно у граничним вредностима степена трансформације (50%).<sup>9</sup>

## 2. Метод додате вредности („процент тест“)

Тест додате вредности или „економски тест“,<sup>10</sup> одређује минимални, односно максимални проценат вредности у степену трансформације производа, после његове обраде или прераде. За случај да прописани проценат не буде постигнут, последњи производни процес дораде, односно трансформације, не испуњава услове за доделу производу порекла земље у којој је такав процес спроведен, већ он задржава раније порекло.

„Процент тест“ се оцењује као метод кога одликује једноставност и прецизност.<sup>11</sup> Међутим, у пракси он може бити трошковни генератор и узрок непредвидивости у погледу коначне оцене порекла производа. Његово прецизно одређење подразумева процедуру са низом захтева који се односе на праћење вредности делова и материјала, који се додатно уграђују у производ. Процедура утврђивања додате вредности може бити скупља од користи преференцијалног третмана земље увознице.

8 О томе: J. A. LaNasa, „An Evaluation of the Uses and Importance of Rules of Origin, and the Effectiveness of the Uruguay Round's Agreement on Rules of Origin in Harmonizing and Regulating Them“, стр. 444, доступно на адреси: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9601ind.html#IV>.

9 J. H. H. Weiler, S. Cho, I. Feichtner, *нав. дело*.

10 О називу „економски тест“ („the economic test“), видети: J. H. J. Burgeois, „Rules of origin in International trade, An introduction“, The University of Michigan Press, 1997, стр. 2-3. доступно на адреси: <http://books.google.com/books>.

11 О томе више: Michael P. Maxwell, „Formulating Rules of Origin for Imported Merchandise: Transforming the Substantial Transformation Test“, стр. 23, наведено према: Joseph A. LaNasa, *нав. чланак*.

Метод подразумева високо софистицирано инвентарисање и примену књиговодственог поступка, ради утврђивања висине процентуалног учешћа вредности у додатној преради производа. Поред тога, тест игнорише девизни курс, као и ризике флукуације цена. Његова примена омогућава спекулације са трансферним ценама у интерној трговини између транснационалних компанија и других повезаних лица.<sup>12</sup> Без комбинације са другим методима, сматра се неподесним за утврђивања порекла производа.

### 3. Метод техничког (производног) теста

Тест испитивања техничко-технолошког поступка производње одговарајућег производа може дати позитиван или негативан одговор у односу на утврђивање његовог порекла.<sup>13</sup> Метод најчешће има значај допунског критеријума. Он не може бити самодовољан примарни тест за утврђивање порекла, посебно не за бројне и нове производе, који захтевају стално ажурирање правила у областима брзих технолошких промена и нових достигнућа у производњи. Поред тога, примена овог метода подразумева сензибилитет на поједине индустријске групе, респект посебних техничких знања, која су због своје специфичности недоступна или неразумљива широј јавности и трговцима.

### 4. Метод промене царинске класификације

Методом промене царинске класификације утврђује се порекло добара на основу промене тарифне ознаке у царинској номенклатури „Хармонизованог система Светске царинске организације“, који је усвојен од стране земаља чији заједнички спољнотрговински промет учествује у 90% светске трговине.<sup>14</sup> Номенклатура је утврђена Конвенцијом о систему хармонизованог описа и о кодирању робе.<sup>15</sup>

12 Тако, у трансакцији између повезаних лица, извозник може одредити нижу цену производа, чиме омогућава да нижом додатом вредношћу у земљи увоза, тај производ стекне њено порекло. О томе више: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9601ind.html#IV>.

13 J. H. J. Burgeois, *нав. pag*, стр. 3.

14 Текстови одлука о сврставању робе које је донео Комитет за Хармонизовани систем Светске царинске организације, објављени су у *Сл. гласник РС*, бр. 11/2011 од 22. фебруара 2011. године у оригиналу на енглеском и у преводу на српски језик. Текстови ових одлука, у моменту објављивања доступни су на француском и енглеском језику на сајту Светске царинске организације (*World Customs Organization*), доступно на адреси: [http://www.wcoomd.org/home\\_hsoverviewboxes\\_hspreviousessionlist.htm](http://www.wcoomd.org/home_hsoverviewboxes_hspreviousessionlist.htm).

15 *Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, скраћено се означава као „*HS Nomenclature*“. Резултат је активности Светске царинске

Хармонизовани систем је подељен у 21 одељак, од којих сваки садржи широку индустријску групацију производа, затим 96 поглавља, која се односе на уже индустријске секторе, као и 1241 заглавље, од којих свако представља уски индустријски део. Наслови у поглављу су поређани по степену обраде робе. Уколико није друкчије одређено, сматра се да је свака промена у класификацији производа, на нивоу заглавља, основ да се порекло производа везује за државу у којој су се стекли услови за нови тарифни наслов. Примена ове шеме често захтева допунски списак производа, чија класификација није промењена, али који, на основу других критеријума и стандарда, испуњавају услове за стицање порекла из одређене државе. Овај метод је концептуално једноставан и лако применљив, уз претпоставку да се ради о класификованом производу у међународно усаглашеној јединственој царинској тарифи земље увознице. Висок степен хармонизације од око 90% робе у међународној трговини, омогућава да царинске власти, извозници, увозници и произвођачи, имају неопходне сазнајне информације о режиму увоза. Дакле, преференцијално порекло се признаје роби из одређених земаља, које испуне предвиђене услове, као претпоставку примене преференцијалних царинских стопа, или царинског ослобођења.

### III Методи одређивања порекла робе у законодавству Србије

Сходно одредбама Царинског закона<sup>16</sup> и „Уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом“,<sup>17</sup> зависно од порекла,

организације. Ратификовало ју је 137 страна уговорница, али је примењује више од 200 царинских управа широм света. Европска унија и све њене државе чланице заједно представљају блок од 28 земаља потписница Конвенције. О томе више видети: Harmonized System General information, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/customs/customs\\_duties/tariff\\_aspects/harmonised\\_system/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_duties/tariff_aspects/harmonised_system/index_en.htm). „HS Nomenclature“ садржи око 5.000 робних група које су означене шестоцифреним бројевима. Јединствено тумачење номенклатуре за потребе свих земаља света обезбеђује Комитет састављен од представника потписница Конвенције. Комбинована номенклатура Европске уније интегрише „HS nomenclature“ својих чланица и обухвата додатне осмоцифрне подељке посебно прилагођене њеним потребама. Примена метода промене класификације производа је неподесна уколико се исти производи не класификују увек на једнообразан начин, упркос напорима који се чине за успостављањем јединственог, односно хармонизованог система. Тај систем, на међународном плану, почива на провери припадности увозних производа одговарајућој тзв. „HS номенклатури-класификацији“. Доступно на адреси: <http://www.wcoomd.org/>.

16 *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010. Даном почетка примене Царинског закона (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2010), од 3. маја 2010. године, престао је да важи Царински закон (*Сл. гласник РС*, бр. 73/2003, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона и 9/2010 – одлука УС), осим чл. 252 до 329.

17 Уредба о царински дозвољеном поступању са царинском робом (*Сл. гласник РС*, бр. 93/2010).

роба може имати непреференцијални и преференцијални третман. Према Уредби,<sup>18</sup> обрада или прерада, која мења порекло производа, у вези са чл. 38 Царинског закона Србије, подразумева предузимање радње:

а) услед које се добијени производ сврстава у различити тарифни број Царинске тарифе у односу на тарифни број материјала без порекла, који су били употребљени у поступку обраде или прераде, или

б) на основу које вредност свих употребљених увезених материјала не прелази 50% од цене производа испоручено „франко фабрика“. Царински закон таксативно предвиђа радње на основу којих роба не може променити порекло, ако је прерада недовољна, без обзира што је услед прераде дошло до промене тарифног броја (недовољна прерада).<sup>19</sup> Категоријом робе са недовољном прерадом, Закон на основу чл. 35 ст. 1 третира сваку прераду или обраду за коју се утврди или за коју се основано сумња, да јој је једини циљ био да се избегну прописи који се у Србији примењују на робу из одређених држава.<sup>20</sup>

Приликом утврђивања порекла робе, не урачунавају се вредности елемената који се користе у производњи, укључујући: енергију и гориво; постројења и опрему; машине и алате; робу која не улази, нити је предвиђено да уђе у састав готовог производа. Роба, у чијој су производњи учествовале две или више држава, сматра се да је пореклом из оне државе у којој је обављена последња битна, економски оправдана прерада или обрада, у привредном друштву опремљеном за ту прераду или обраду, чији је резултат нови производ, или која представља битну фазу производње (чл. 34 Закона).<sup>21</sup> За производ у растављеном

18 Видети чл. 5 Уредбе.

19 Према чл. 40 Царинског закона, при одређивању порекла увезене робе, независно од тога да ли је измењена њена тарифна ознака, не узимају се у обзир следеће радње: поступање неопходно за очување својстава производа приликом превоза или ускладиштења; радње које служе за олакшавање отпреме или транспорта робе; радње које се односе на паковање или припрему робе за продају; једноставни поступци са робом, нарочито: вентилација, дистрибуција, сушење, слађење, отклањање оштећених делова, отклањање масноће и рђе, фарбање ради заштите од природних утицаја, уклањање рђе, прање, чишћење, просејавање или покривање, сортирање, одвајање или разврставање, мерење, тестирање или баждарење, паковање или распакивање заједно спакованих пакета или препакивање, дељење терета, обележавање, етикетирање и други знакови разликовања, растварање у води или некој другој течној супстанци, јонизација, сољење, љушћење, дробљење, уклањање семена из воћа, клање животиња; једноставно склапање делова производа у целовит производ, као и било која комбинација наведених поступака.

20 Влада Србије прописује додатна правила за утврђивање преференцијалног порекла робе у смислу Закона, начин доказивања порекла робе, начин издавања уверења о пореклу робе, и одређује органе за издавање уверења и за давање мишљења о пореклу робе (чл. 35 ст. 2 Царинског закона).

21 Недовољна обрада или прерада за стицање статуса производа са пореклом у смислу члана 43 Уредбе обухвата, без обзира да ли је настала промена тарифног броја

стању или производ у несастављеном стању, који се увози сукцесивно у више од једне пошиљке, на захтев увозника, може се признати статус јединственог производа уз примену правила о његовом пореклу. За амбалажу важи правило да паковање, у коме се производ налази, има исто порекло као и сам производ, под условом да се она при царинењу сврстава у исти тарифни став Царинске тарифе као и производ.<sup>22</sup>

1. Као што се из претходног дела излагања може закључити, утврђивање српског порекла робе,<sup>23</sup> у основи се утврђује применом метода додате вредности и метода промене тарифног става царинске тарифе.

1.1. Према методу додате вредности (*ad valorem*), роба стиче порекло земље када збирна (паушална) цена свих увозних сировина и материјала, који су учествовали у изради производа, која је плаћена при увозу робе, не прелази 50% цене при условима њене испоруке „франко фабрика („*Ex works*“). Калкулативни елементи наведеног процента обухватају:

а) „вредност“, која означава царинску основицу употребљених увозних материјала, односно њен новчани еквивалент при увозу, или, ако тај податак није познат, прву цену коју је могуће утврдити, која се плаћа за такве материјале у земљи прераде;

б) цену „франко фабрика“, која означава новчани еквивалент добијеног производа, умањеног за домаће порезе који се враћају или би се могли вратити након извоза таквог производа; и

или не, следеће: одржавање робе у добром стању током превоза и складиштења (проветравање, простирање, сушење, уклањање оштећених делова и сл.); једноставне поступке са робом који се састоје од отклањања прашине, просејавања или заштићивања, разврставања, класификовања, састављања (укључујући састављање комплета), прања, расечања; радње које обухватају: промене паковања, растављање и поновно састављање омота; једноставно стављање у вреће, сандуке, кутије, причвршћивање на картице и сл; стављање ознака, натписа и других обележја на производе или њихова паковања; једноставно састављање делова ради израде готовог производа; комбинација два или више напред наведених поступака.

22 Додатни прибор, резервни делови или алат, који се испоручује са опремом, машином, уређајем или возилом из Одељка XVI, XVII и XVIII Царинске тарифе, који су део њихове стандардне опреме, имају исто порекло као и опрема, машина, уређај или возило. Резервни делови, који се користе са опремом, машином, уређајем или возилом који су стављени у слободан промет, или су претходно извезени, имају исто порекло као и та опрема, машина, уређај или возило.

23 Сагласно чл. 32 Царинског закона, непреференцијално порекло се прописује ради примене Царинске тарифе, са изузетком преференцијалних тарифних мера из међународних уговора и мера које је Србија једнострано донела, у односу на друге државе, групе држава или територије; примене мера које нису тарифне, а које су утврђене прописима којима се уређује трговина робом, као и издавања уверења о пореклу.

в) „вредност у поступку састављања“, која означава увећану вредност производа која произлази из самог његовог састављања, заједно са свим поступцима дораде и контроле, укључујући добит и опште трошкове настале у тој земљи, као резултат поступака (чл. 46. Уредбе).

1.2. Метод промене царинске тарифе заснива се на разлици царинског броја, који обухвата прве четири цифре у царинској тарифи. Разлика се успоставља између бројева робе за коју се издаје уверење о домаћем пореклу, и бројева појединачних материјала са страним пореклом, или без порекла, који су уграђени у нови производ.

Према нашем Царинском закону и чл. 42 Уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, обрада или прерада на основу које се добијени производ сврстава у тарифни број номенклатуре Царинске тарифе, који је различит од тарифног броја у који су били сврстани употребљени материјали без порекла, сматра се потпуном прерадом.<sup>24</sup>

1.3. Поред утврђивања порекла применом описаних метода, наше право, робом са пореклом из стране државе сматра ону која је у потпуности добијена или произведена у тој држави.<sup>25</sup> Сагласно чл. 34 Царинског закона, роба у чијој су производњи учествовале две или више државе, сматра се да је пореклом из оне државе у којој је обављена последња битна, економски оправдана прерада или обрада, у привредном друштву

24 Изузетак у том смислу представљају производи са Листе обраде или прераде коју треба извршити на материјалима без порекла како би нови производ стекао статус порекла (текстилни производи из Одељка XI Царинске тарифе). Листа је дата у Прилогу 8, а само одређени поступци наведени у колони 3, који се односе на сваки добијени производ посебно, сматрају се потпуном прерадом, било да она укључује или не, промену тарифног броја (чл. 42 ст. 2 Уредбе).

25 Робом пореклом из одређене државе сматрају се: минерали извађени у тој држави; биљни производи који су добијени у тој држави (убрани, пожњевени и др.); животиње окоћене, излежене и узгојене у тој држави; производи добијени од живих животиња које су у тој држави узгојене; производи добијени ловом и риболовом у тој држави; производи добијени морским риболовом и други производи извађени из мора изван територијалних вода неке државе, са пловилима која су регистрована или уписана у регистар у тој држави и која плове под заставом те државе; производи добијени или произведени на бродовима – фабрикама од производа наведених у тачки пореклом из те државе, ако су ти бродови – фабрике регистровани или уписани у регистар у тој држави и плове под заставом те државе; производи извађени са морског дна или из слоја земље испод тог морског дна, изван територијалних вода, ако та држава има искључива права експлоатације морског дна, или из слоја земље испод морског дна; остаци и отпаци производа добијених као резултат производних процеса у тој држави и употребљаваних предмета ако су прикупљени у њој, а могу се користити само за поновно добијање сировина; роба произведена на територији те државе искључиво од производа напред наведених, или од њихових секундарних производа, у било којој фази производње (чл. 33 Царинског закона).



опремљеном за ту прераду или обраду, чији је резултат нови производ или која представља битну фазу производње. Свака прерада или обрада за коју се утврди или за коју се основано сумња, да јој је једини циљ био да се избегну прописи који се у Србији примењују на робу из одређених држава, не може се сматрати прерадом или обрадом на основу које би добијени производ, добио статус производа пореклом из државе у којој је она извршена. Уредбом о царински дозвољеном поступању са царинском робом, Влада је прописала додатна правила за утврђивање порекла, начин доказивања порекла, начин издавања уверења о пореклу од стране надлежних органа, као и за давање мишљења о пореклу робе.

2. За утврђивање порекла робе је од несумњивог значаја систем кумулације порекла. Он се огледа у ублажавању строгих захтева, који се односе на суштинску прераду компоненти без порекла. За Србију је од посебног значаја Споразум о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у Централној Европи (*Central European Free Trade Association – CEFTA 2006*).<sup>26</sup> Посебну карактеристику Споразума чине, управо, методи тзв. „кумулације“ порекла робе. Кумулација је метод укрштања и сабирања порекла између две или више држава партнера. У основи она омогућава да се производи пореклом из било које земље или територије партнера, са којом је могућа кумулација порекла, сматрају производима са пореклом. Компоненте истог производа, које потичу из различитих држава партнера, уграђују се у финални производ, који стице порекло државе партнера у којој је настао. Услед ограниченог обима рада, ова важна питања остају изван фокуса наше пажње.

У пракси постоји могућност да роба пореклом из треће државе, преко партнерске земље, буде увезена под преференцијалним условима, што се у трговачком дискурсу означава као „скретање трговине“ („*deflection of trade*“). Доследна примена правила о пореклу производа предупредује ризик од „скретања трговине“, односно од прикривеног увоза робе преко земље партнера, чије је порекло из треће државе. Поред провере „скретања трговине“, правила о пореклу се користе и ради спровођења трговинске политике земље увоза, која се тиче примене допуштених спољнотрговинских мера ограничења, као што су увођење антидампиншких, антисубвенцијских и других мера у интересу заштите националне привреде, које су иначе оправдане и са становишта СТО.

---

26 Специфична зона слободне трговине настала је на основу Споразума о слободној трговини у Централној Европи – *Central European Free Trade Association – CEFTA*. Правила о пореклу робе садржана су у Анексу 4 уз Споразум – „Протокол о дефиницији појма производи са пореклом и методама административне сарадње“. Више о томе: А. Ђирић, *Међународно трговинско право, Ојштин гео*, стр. 218.

#### IV Закључак

На подлози спроведене анализе о методима за утврђивање порекла производа у спољнотрговинском промету, сматрамо да би критеријум који подразумева комбинацију промене царинске ознаке у царинској тарифи и уградњу компонената локалног садржаја вредности од 50%, могао да послужи као прихватљив „тест оптерећења“, чије задовољење везује порекло производа за земљу у којој је извршена прерада, дорада, или његова трансформација. Сматрамо да критеријуми вредносног теста могу бити неподесни код утврђивања граничних вредности, када су оне опредељене на око 50%. Ради ублажавања недостатака те врсте, можда има простора да се успостави однос између учешћа у вредности увозних националних компонената у распону 45–55%, или 40–60%. Тако структуриран однос не би одражавао ни сувише строг критеријум, који би могао имати дејства нецаринских трговинских ограничења, али ни претерано благ да отвори брану за „скретање трговине“. Престроги услови теста оптерећења се неповољно одражавају на извозне резултате увозно зависних привреда појединих држава. Они утичу да највећи део импут производних компоненти мора потицати из локалних извора, са веома ограниченим увозним садржајима. Овакав приступ би могао да има неповољан утицај на земље са ограниченим домаћим ресурсима улазних репроматеријала за производњу. Он би више погодио привредно неразвијене државе. С друге стране, блажи критеријуми би довели до смањења значаја самог производног процеса. Мотивисао би се извоз увезених производа након ниског степена њихове прераде у земљи увозници, што би могло да утиче на дестимулацију индустријализације и успоравања развојних циљева.

*Aleksandar ĆIRIĆ, PhD*

**Professor at the Faculty of Law, University of Niš**

### METHODS OF DETERMINING ORIGIN OF GOODS IN FOREIGN TRADE

#### Summary

*The author of the paper underlines the fact that determining the origin of goods necessarily implements complex administrative procedure, which is in the competence of customs administrations or independent customs territories.*

*In order the rules of origin to be applied properly it is necessary to determine accurately the characteristics of the goods. In addition to the activities of customs administrations, it is necessary to share the companies which are emerging as an exporters and importers to take part. There are different methods for determining origin of goods. Attention is focused on most frequently methods in practice and legislation: method of substantial transformation of products, value-added method ("percentage test"); technical (production) test of origin of products, method of changing a single customs classification. The final part of the paper is dedicated to methods of determining origin of goods in the Serbian legislature.*

**Key words:** *foreign trade turnover, origin of goods, substantial transformation, "Value-Added Percentage Test", technical tests, change in tariff classification.*

др Јелена ПЕРОВИЋ  
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Београду

## ИНДИРЕКТНА ШТЕТА У МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

### Резиме

Предмет овог рада представља анализа појма, значења и правних дејстава индиректне штете у материји међународне продаје робе. У раду је учињена компарација основних правила и принципа Конвенције УН о међународној продаји робе (Бечка конвенција) о ограничењу уговорне одговорности у светлу принципа поштурне накнаде и правила предвидљивости шетте с једне и одговарајућих критеријума прихваћених у националним правним системима с друге стране, посебно полазећи од оштрих разлика које се у том погледу јављају између *civil law* и *common law* система. На основу ове анализе, долази се до закључка да правила Бечке конвенције о уговорној одговорности нису идентична било ком решењу националних правних система, те да се Конвенција мора аутономно тумачити. У раду је анализирано и питање клаузула о искључењу или ограничењу одговорности које могу проузроковати значајне тешкоће у међународном пословном промету с обзиром да врсте шетте које уговорне стране намеравају искључити или ограничити имају различита правна и термилошка одређења у уредном праву. Разматрајући овај проблем, аутор сугерише да уговорне стране, приликом формулације клаузула о искључењу или ограничењу одговорности у уговору о међународној продаји робе, избегавају уопштена и апстрактна одређења шетте, те да, умесно тога, предвиде конкретне случајеве шетте на које се искључење или ограничење одговорности односи.

**Кључне речи:** међународна продаја робе, индиректна штета, Бечка конвенција, уговорна одговорност, ограничење.

## I Уводна разматрања

Одређење појма индиректне штете у материји уговорне одговорности представља класичан и сложен проблем у свим правним системима. Мисао доктрине и јуриспруденције уговорног права већ дуго времена заокупљена је основним питањем које покреће појам индиректне штете – докле се простире обавеза дужника да накнади штету.<sup>1</sup>

Према владајућим концепцијама о уговорној одговорности земаља *civil law* система, *узрочна веза* је критеријум за одређење граница одговорности за штету која није директна последица неизвршења уговорне обавезе.<sup>2</sup> При томе, постоје значајне разлике између француског права у коме је средиште материје садржано у члановима 1150 и 1151 француског Грађанског законика и немачког права које полази теорије адекватне узрочности.<sup>3</sup> С друге стране, кад је реч о англо-америчком праву, Једнообразни трговачки законик САД (чл. 2-715) разликује „*incidental damages*“ и „*consequential damages*“ које трпи купац услед повреде уговора од стране продавца. При томе, Законик ове појмове не дефинише, већ само наводи примере губитака купца који улазе у ове две категорије штете.<sup>4</sup> Прецизно одређење појмова „*incidental damages*“ и „*consequential damages*“ и њихов адекватан превод са енглеског језика тешко је извршити са становишта општих правила о уговорној одговорности земаља *civil law* система у којима су ови појмови у принципу непознати. Поред тога, и у самом англо-америчком праву, постоје недоумице

1 Н. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, 5<sup>e</sup> éd, Paris, Éditions Montchrestien, стр. 649-665; M. FONTAINE, F. DE LY, *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, 2<sup>e</sup> éd, Bruxelles, Bruylant, 2003, стр. 425 и даље.

2 В. И. ЈАНКОВЕЦ, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, стр. 39 и даље.

3 Н. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *op. cit.*, стр. 653, где аутори, објашњавајући правило из члана 1151 француског Грађанског законика, истичу: „*Cette règle n'est que l'application des principes généraux de la responsabilité civile, qui ont trait à la nécessité d'un lien de causalité. Si le préjudice indirect ne doit pas être réparé par le débiteur, c'est qu'il n'a pas un lien de causalité suffisant avec la faute commise par ce débiteur: avec l'inexécution de l'obligation.*“ Исти аутори, о теорији адекватне узрочности у немачком праву, стр. 422 и даље.

4 Према члану 2-715: „(1) *Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.* (2) *Consequential damages resulting from the seller's breach include (a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and (b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.*“

у погледу дистинкције ове две категорије штете,<sup>5</sup> те амерички судови у одређеним случајевима штету која је „consequential“ квалификују као „incidental damages“ и обратно,<sup>6</sup> а поједини аутори питају се да ли је разликовање ових појмова неопходно.<sup>7</sup>

Различита решења националних права у овом домену могу проузроковати значајне тешкоће у споровима проистеклим из међународних трговинских уговора. Предмет овог рада представља анализа граница уговорне одговорности за индиректну штету у уговору о међународној продаји робе у светлу правила Конвенције УН о међународној продаји робе из 1980. (Бечка конвенција) о ограничењу уговорне одговорности путем критеријума предвидљивости.

## II Критеријуми Бечке конвенције

Уговори о међународној продаји робе често садрже клаузулу којом се одређују границе одговорности уговорних страна штету проистеклу из повреде уговора. С друге стране, кад ово питање није предвиђено уговором, суд мора одлучити о постојању одговорности за накнаду штете, као и о обиму те накнаде. Уколико се на уговор примењује Бечка конвенција, униформно тумачење правила Конвенције које се односе на накнаду штете од приоритетног је значаја. Приликом одлучивања о границама уговорне одговорности у области међународне продаје, судови се некад руководе одређеним критеријумима националног права,<sup>8</sup> што доводи до различитих тумачења правила Конвенције и представља значајну сметњу за остварење њихове униформне примене на међународном нивоу.<sup>9</sup> Из тих разлога, посебно је значајно утврди-

5 A. G. MURPHEY, *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, The George Washington Journal of International Law and Economics, No 2, 1989, стр. 458.

6 На пример, одлуке *8th Circuit Court of Appeals* у случају *Lewis v. Mobil Oil Corp.*, (1971) и *7th Circuit Court of Appeals* у случају *Afram Export Corp. v. Metallurgiki Halyps* (1985) где се констатује: „the line between incidental and consequential damages is rather unclear.“ Обе одлуке нав. у А. G. MURPHEY, *ibidem*.

7 A. G. MURPHEY, *op. cit.*, стр. 456–457, где се истиче: „But why are two different words and two different categories of damages necessary? Are incidental damages not a consequence of the breach and are consequential damages not an incident of the breach... Perhaps the term „incidental“ was chosen and those damages distinguished from „consequential“ damages because the former do not have to be proved foreseeable to allow recovery.“

8 B. I. SCHWENZER, „Art. 74“ у P. SHCLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, стр. 1001, где се, у том смислу констатује: „...Such developments must be taken into account in order to prevent courts from feeling the need to apply domestic law in addition to the Convention. This would undermine unification in a core area.“

9 В. члан 7 Конвенције.

ти критеријуме од којих Конвенција полази у одговору на постављено питање.

Бечка конвенција не превиђа изричито ниједан од критеријума од којих национална права полазе приликом одређења граница уговорне одговорности за штету која није директна последица повреде уговора. Из тих разлога, оквири уговорне одговорности за индиректну штету морају утврдити тумачењем општих правила Конвенције о процени штете у светлу смисла и сврхе ових правила, а пре свега принципа интегралне накнаде и правила предвидљивости. При томе, потребно је узети у обзир остала правила Конвенције која се односе на накнаду штете, као и опште циљеве и принципе Конвенције.

Правила Конвенције о процени штете базирана су на два основна принципа – принцип потпуне накнаде и принцип ограничења одговорности путем правила предвидљивости.<sup>10</sup> Према члану 74 Конвенције: „Накнада штете за повреду уговора коју је учинила једна страна једнака је претрпљеном губитку и измаклој добити који су услед повреде настали за другу страну. Ова накнада не може бити већа од губитка који је страна која је повредила уговор предвидела или морала предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су јој тада биле познате или морале бити познате.“<sup>11</sup> Члан 74 Конвенције примењује се у случају повреде уговора од стране продавца<sup>12</sup> или купца<sup>13</sup> и представља опште правило Конвенције за процену штете настале услед повреде уговора.<sup>14</sup> Правило из члана 74 примењује се и у случајевима кад је уговор раскинут на основу чланова 75 и 76 Конвенције. Надаље, према Конвенцији, дужникова одговорност је лимитирана обавезом повериоца да умањи губитак (*to mitigate the losses*) у смислу члана 77. Најзад, купац губи право да захтева накнаду изгубљене добити ако продавцу није благовремено доставио обавештење о недостатку саобразности односно о праву или потраживању трећег лица.<sup>15</sup> Захтев за накнаду штете у смислу члана

10 На истим принципима заснивају се и основна правила о накнади штете предвиђена у UNIDROIT Принципима међународних трговинских уговора (чл. 7.4.2 и 7.4.4) и у Принципима европског уговорног права (чл. 9:502 и 9:503).

11 Ово правило преузето је из члана 82 Једнообразног закона о међународној продаји робе, 1964 (ULIS), с тим што се члан 74 Конвенције примењује и у случају кад је уговор раскинут, за разлику од правила ULIS-а које се односи само на случајеве у којима уговор није раскинут.

12 В. члан 45.1 Конвенције.

13 В. члан 61 Конвенције.

14 В. Н. STOLL, G. GRUBER, „Art. 74“ у P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, стр. 746.

15 В. чл. 39, 43 и 44 Конвенције.

74 подноси се у случају кад једна уговорна страна не испуни било коју обавезу предвиђену уговором или Конвенцијом.<sup>16</sup> Под неиспуњењем се подразумева потпуно неиспуњење уговорне обавезе, делимично неиспуњење, као и случај кад је обавеза испуњена али не онако како је то уговором било предвиђено. При томе, за остварење права на накнаду штете, неиспуњење не мора представљати „битну повреду уговора“ у смислу члана 25 Конвенције.<sup>17</sup>

Према Конвенцији, предмет накнаде је штета која је директно или индиректно узрокована повредом уговора. У принципу, за накнаду штете довољно је да је повреда уговора била предуслов за наступање штете (*conditio sine qua non, but-for rule*).<sup>18</sup> У том погледу, у коментарима Конвенције истиче се да је неопходно да је штета настала услед повреде уговора, при чему није од значаја да ли је реч о директној или индиректној штети. Другим речима, Конвенција не усваја теорије прихваћене у различитим националним правним системима (узрочност, вероватноћа, „*remoteness*“, итд.), већ границе одговорности за штету оцењује на основу правила предвидљивости из члана 74.<sup>19</sup> У контексту правила предвидљивости, потребно је приметити да појам индиректне штете не треба мешати са појмом непредвидљиве штете. Иако индиректна штета најчешће подразумева висок степен непредвидљивости, то не значи да индиректну штету треба аутоматски узети као непредвидљиву. Наиме, у одређеним случајевима директна штета може бити непредвидљива и обратно, одређене индиректне штете се могу показати као предвидљиве.<sup>20</sup> Према томе, индиректна штета, као и директна, подлеже захтеву предвидљивости из члана 74,<sup>21</sup> без обзира на њихово конкретно одређење и терминолошко означавање.

16 Чланови 45.1 и 61.1 Конвенције.

17 Према Конвенцији, битна повреда уговора представља основ за раскид уговора али не и за захтев за накнаду штете. О битној повреди уговора в. Ј. PEROVIĆ, *La contravention essentielle au contrat comme fondement à la résolution des contrats dans les codifications de droit uniforme*, Revue de droit international et de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2008, nos 2 et 3, стр. 272–306; исти аутор, *Битна повреда уговора – Међународна прогаја робе*, Београд, Службени лист СЦГ, 2004.

18 I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1015 и стр. 1003, где се истиче: „*The mere breach of a contractual obligation is sufficient to trigger liability.*“ Више о питању каузалитета у Бечкој конвенцији, DJ. SAIDOV, *The Law of Damages in International Sales The CISG and Other International Instruments*, Portland, Oxford and Portland, Oregon, 2008, стр. 79–101.

19 H. STOLL, G. GRUBER, *op. cit.*, стр. 759.

20 M. FONTAINE, F. DE LY, *op. cit.*, стр. 410.

21 B. CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.



### III Поједине врсте штете у контексту општих правила Бечке конвенције

Бечка конвенција не предвиђа разлику између директне и индиректне штете, већ ово питање решава применом принципа интегралне накнаде и правила предвидљивости. У већини коментара Конвенције, у оквиру излагања о врстама штете које подлежу накнади према члану 74, чини се дистинкција између појма „*incidental damages*“ и појма „*consequential damages*“,<sup>22</sup> па ће посебна пажња у даљим излагањима бити повећана овим појмовима.

Конвенција не формулише изричито појам „*incidental damages*“, али се сматра да поверилац има право на накнаду ове штете у оквиру принципа потупне накнаде, предвиђеним чланом 74.<sup>23</sup> У коментарима Конвенције истиче се да „*incidental damages*“ подразумева разумне трошкове којима се поверилац изложио у настојању да избегне додатне губитке услед повреде уговора.<sup>24</sup> У ову категорију штете улазе на пример трошкови продавца око чувања и складиштења робе ако купац неосновано одбије да преузме испоруку или одбије да исплати цену по извршењу испоруке у складу са уговором. Такво тумачење у погледу „*incidental damages*“ примењено је на пример у спору Међународног арбитражног суда МТК, када је арбитражно веће досудило продавцу накнаду штете за трошкове складиштења машина за производњу стиропорних плоча.<sup>25</sup> У случају повреде уговора од стране продавца, „*incidental damages*“ купца може се односити на трошкове чувања и складиштења робе у случају доцње у испоруци или у случају кад роба, због несаобразности, треба да буде враћена продавцу, на додатне транспортне трошкове који су за купца настали услед тога, и сл.<sup>26</sup> У том смислу, у једној арбитражној одлуци,<sup>27</sup> арбитражно веће је утврдило

22 H. STOLL, G. GRUBER, *op. cit.*, стр. 752-758, где се на стр. 753 истиче: „*Possible forms of damages as a result of breach of contract are non-performance damages, incidental damages and consequential damages.*“ Исто и у наредном издању овог Коментара, I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1006-1014, као и у CISG-AC Opinion No. 6, *op. cit.*

23 I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1009; H. STOLL, G. GRUBER, *op. cit.*, стр. 755; A. G. MURPHEY, *op. cit.*, стр. 459.

24 I. SCHWENZER, *ibidem*; CISG-AC Opinion No. 6, *op. cit.*

25 Арбитражна одлука МТК (ICC-International Chamber of Commerce) no. 7585, 1.1.1992. доступна на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>.

26 В. на пример *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Circuit). Одлука наведена у L. A. DIMATTEO, L. J. DHOOGHE, S. GREENE, V. G. MAURER, M. A. PAGNATTARO, *op. cit.*, стр. 154-155. Доступна и на *CISG-online.ch*.

27 Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, no. 107/1997, 1997. Доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>.

да роба није саобразна уговору и досудило купцу износ предвидљиве штете који, између осталог, укључује трошкове чувања и складиштења робе, превоза и осигурања.<sup>28</sup>

Посебан проблем у оквиру тумачења Конвенције односи се на питање да ли се судски и адвокатски трошкови којима је поверилац изложен услед повреде уговора од стране дужника сматрају штетом у смислу члана 74 Конвенције.<sup>29</sup> Ставови доктрине и судске праксе у том погледу су подељени.<sup>30</sup> Према одређеним гледиштима, накнада трошкова спора је правило процесне природе, те се на њега не примењују правила Бечка конвенције; оно је подвргнуто правилима домаћег права или меродавним правилима арбитраже.<sup>31</sup> Према другим мишљењима, Конвенција се мора тумачити широко, у складу са принципом потпуне накнаде, из чега произилази да поверилац, у оквиру члана 74, има право на накнаду ове врсте трошкова.<sup>32</sup> У коментарима Конвенције истиче се да у погледу овог питања преовлађује становиште према коме се трошкови спора не могу захтевати на основу члана 74 Конвенције, те да је накнада ове врсте трошкова подвргнута одговарајућим правилима домаћег права или меродавним правилима арбитраже.<sup>33</sup> Овакав при-

28 B. CISG-AC Opinion No. 6, *op. cit.*, где се истиче: „...an aggrieved buyer may be able to recover, as incidental damages, reasonable added expenses incurred in ascertaining whether the goods are in conformity with the contract insofar as a defect was actually established and notice to the other party was given.“

29 Детаљна анализа проблема, М. ЂОРЂЕВИЋ, „Mexican Revolution“ in *CISG Jurisprudence and Case-Law: Attorney's Fees as (Non)Recoverable Loss for Breach of Contract*, у: *Private Law Reform in South East Europe Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, Београд, 2010, стр. 199–220.

30 B. C. WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale – Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Pars, L.G.D.J, 1995, стр. 101–102.

31 По овом ставу познат је случај *Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co.*, U.S. Court of Appeals (7th Circuit), 2002, 13 F.3d стр. 385, 388. Више о овом случају, М. ЂОРЂЕВИЋ, *op.cit.*, стр. 200. Исто становиште заузето је и у случају *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, Federal District Court for the Northern District of Illinois, Prod. Liab. Rep. (CCH) P16, 516, 2003 WK 223187 (N.D.Ill.2003), нав. у L. A. DIMATTEO, L. J. DHOOGHE, S. GREENE, V. G. MAURER, M. A. PAGNATTARO, *op. cit.*, стр. 156.

32 Такво становиште посебно је изражавано у немачкој судској пракси. Тако на пример, *Landgericht Berlin* у одлуци 213/02, 23.3.2003. обавезао је купца да продавцу исплати адвокатске трошкове, као и камату, уз образложење да је покретање спора представља последицу доцње купца у исплати цене. Одлука доступна на: [http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030321\\_g1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030321_g1.html). У сличном смислу и одлука *OLG Düsseldorf* 6 U 152/95, 11.7.1996. (F.R.G.), доступно на: [http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960711\\_g1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960711_g1.html), као и одлука *LG Düsseldorf*, 28.8.2003, доступно на: *CISG-online* 1619.

33 I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1010–1011 са упућивањем на одговарајуће ставове доктрине и јуриспруденце; CISG-AC Opinion No. 6, *op. cit.*

ступ објашњава се чињеницом да би укључењем трошкова спора у накнаду штете према члану 74 довело до тога да ову накнаду може остварити само тужилац који је успео у спору. С обзиром да је накнада штете према члану 74 базирана на повреди уговора, тужени који успе у спору не би могао накнадити трошкове спора уколико тужилац није извршио повреду уговора, што би било у супротности са принципом једнакости купца и продавца, као једним од основних принципа Конвенције.<sup>34</sup>

У међународној продаји робе, индиректна штета у најопштијем смислу подразумева додатне губитке које поверилац трпи, мимо оних непосредно проузрокованих неиспуњењем уговорне обавезе од стране дужника. У контексту Бечке конвенције „*consequential damages*“ углавном се везује за повериочеву одговорност према трећим лицима насталу услед повреде уговора од стране дужника.<sup>35</sup>

Тако на пример, продавац може одговарати за ову врсту штете ако је купцу испоручио несаобразну робу коју је купац робу продао трећим лицима, те је купац трећим лицима морао накнадити штету због несаобразности. Ово становиште адекватно илуструје одлука немачког БГХ у којој се констатује да одговорност продавца укључује индиректну штету коју је купац претрпео у виду накнаде коју је морао да исплати својим клијентима за штету проузроковану чињеницом да испоручене фолије нису биле саобразне уговору.<sup>36</sup> Ако је у уговорима које купац закључује са својим клијентима предвиђена уговорна казна, тај износ у принципу подлеже накнади штете од стране продавца у смислу члана 74 уколико је реч о разумном износу који је за продавца био предвидљив и који је у складу са праксом успостављеном између уговорних страна и обичајима у конкретној грани трговине.<sup>37</sup> Тако на пример, одлучујући о захтеву купца за накнаду штете од продавца, *District Court of Kuopio* (Финска) нашао је да продавац није могао да предвиди висину камате у земљи купца (Литванија) с обзиром да се она суштински разликује од каматних стопа у западној Европи, те је купцу досудио накнаду штете у висини камате која би, према мишљењу суда, била предвидљива за продавца.<sup>38</sup> Према преовлађујућем схватању, у случају кад је купац одговоран за штету за смрт или телесне повреде које је трећем лицу про-

34 I. SCHWENZER, *ibidem*.

35 I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1012. Различите дефиниције посредне штете у области уговорне одговорности уопште, И. ЈАНКОВЕЦ, *op. cit.*, стр. 39-41 и 349.

36 BGH, 25.11.1998, VIII ZR 259/97, доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.htm>.

37 У том смислу, I. SCHWENZER, *ibidem*. В. LG Hamburg, 21.12.2001., доступно на *CISG-online* 1092.

38 Случај No 95/3214, 5.11.1996 (Butter case), нав. у DJ. SAIDOV, *op. cit.*, стр. 116. Доступно и на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961105f5.html>.

узроковала роба продавца, на накнаду штете коју купац по том основу може захтевати о продавца не примењује се Бечка конвенција с обзиром на искључење предвиђено чланом 5 Конвенције; на ову врсту штете примењују се одговарајућа правила меродавног националног права.<sup>39</sup> С друге стране, индиректна штета продавца може проистацати из чињенице што је, због повреде уговора од стране купца, био принуђен да раскине уговор са својим добављачима и био дужан да им накнади штету.<sup>40</sup>

Индиректна штета настаје и у случају кад испорука несаобразне робе од стране продавца наруши купчеву репутацију међу клијентима (*loss of reputation, loss of goodwill, perte de réputation*). У том погледу, широко је прихваћен став према коме се штета због изгубљене репутације у принципу може накнадити према члану 74 Конвенције,<sup>41</sup> ако се са разумном сигурношћу<sup>42</sup> може утврдити да је поверилац претрпео економски губитак.<sup>43</sup> При томе, питање да ли је таква штета била или морала бити предвидљива у моменту закључења уговора, као и друга питања од значаја за накнаду ове врсте штете,<sup>44</sup> оцењују се у складу са околностима сваког конкретног случаја.<sup>45</sup>

#### IV Клаузуле о искључењу или ограничењу одговорности

Правила Бечке конвенције о накнади штете су диспозитивног карактера,<sup>46</sup> па су уговорне стране слободне да, на основу начела слободне уговарања, уговором друкчије уреде обим накнаде штете. Путем уговорних клаузула, одговорност за штету се у начелу може прошири-

39 Н. STOLL, G. GRUBER, *op. cit.*, стр. 751; V. HEUZÉ, *op. cit.*, стр. 402; A. G. MURPHEY, *op. cit.*, стр. 454. Ипак, у новије време, има мишљења према којима се ова врста штете према Конвенцији може прихватити као део купчеве новчане штете. Више о томе, I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1012.

40 Референце за одговарајућу судску праксу, I. SCHWENZER, *ibidem*.

41 Voy. H. STOLL, G. GRUBER, *op. cit.*, стр. 759; I. SCHWENZER, *op. cit.*, стр. 1013; DJ. SAIDOV, *ibidem*.

42 Voy. AC Opinion No. 6, *op. cit.*

43 K. H. NEUMAYER, C. MING, *op. cit.*, стр. 488.

44 Тако на пример, у одлуци *HG Zürich*, 10.2.1999. (*Art books case*), доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html> наводи се: „While the „good will-damage“ suggested by the [buyer] can certainly be compensated under the CISG it also needs to be substantiated and explained concretely. However, a connection between the binding costs and a „good will-damage“ was neither submitted by the [buyer], nor is it in any way evident.“

45 Детаљно о овом питању, са референцама де јуриспруденце DJ. SAIDOV, *op. cit.*, стр. 58–64.

46 В. члан 6 Конвенције.

ти, ограничити или сасвим искључити. Одговорност за штету се уговором може проширити до степена потпуне накнаде, без обзира да ли је штета била предвидљива у време закључења уговора. С друге стране, уговорним клаузулама стране могу ограничити одговорност за штету. У пракси, ова ограничења су различита и могу се односити на одређени износ накнаде, на одређену врсту штете, одређену повреду уговора, и сл. Најзад, одговорност за штету може се и у потпуности искључити. Бечка конвенција се не односи на пуноважност уговора нити било које од уговорних одредаба,<sup>47</sup> па се пуноважност клаузула о искључењу или ограничењу одговорности оцењује према меродавном националном праву.<sup>48</sup>

У оквиру клаузула о искључењу или ограничењу одговорности, посебан проблем може проистећи из чињенице да различите врсте штете у упоредном праву имају различита значења и различита терминологија одређења. Тиме је створен основ за различите интерпретације ових клаузула, што некад може довести до решења која су супротна намери коју су стране имале у виду приликом формулисања конкретне клаузуле.<sup>49</sup>

Тако на пример, предвиђање појма „*incidental damages*“ у уговорној клаузули коју тумаче судови *civil law* система, може бити ризично с обзиром да овај појам, као што је речено, у земљама европско-континенталне правне традиције нема своје прецизно одређење ни у суштинском ни у термилошкоком смислу. У истом смислу, формулација „*consequential damages*“ у *civil law* систему, по правилу ће упутити на индиректну штету, што може отворити питања узрочне везе, адекватне узрочности и сл., у зависности од решења прихваћеног у конкретном националном праву. С друге стране, ако клаузула коју тумаче судови земаља *common law* система садржи уопштenu формулацију као што је „индиректна штета“, судови могу поћи од класификације на „*incidental*“ и „*consequential damages*“ односно применити критеријуме вероватноће (*probable damages*) и удаљености (*remoteness*) штете. Поред тога, разликовање између „предвидљиве“ и „директне“ штете у уговорној клаузули може изазвати забуну пред америчким судовима који, по правилу, узимају појам предвидљивости као критеријум за оцену удаљености (*remoteness*) штете и постојања узрочности (*causation*).<sup>50</sup>

47 Article 4 (a) de la Convention.

48 В. Н. STOLL, G. GRUBER, *op. cit.*, стр. 770; К. Н. NEUMAYER, С. MING, *op. cit.*, стр. 498. О пуноважности ових клаузула у међународним трговинским уговорима уопште, Ј. ПЕРОВИЋ, „Заштитне клаузуле у међународним трговинским уговорима“, *Правни живоић* бр. 12, Београд, 2009, Том IV, стр. 477-503.

49 Детаљан преглед и анализа ових клаузула у пракси међународног пословног промета, М. FONTAINE, F. DE LY, *op. cit.*, стр. 407 и даље.

50 А. G. MURPHEY, *op. cit.*, стр. 473.

Сви ови појмови, као што се види, могу представљати основ различитих интерпретација у случају спора. Посебан проблем огледа се и у томе што уговорне стране у међународним уговорним односима често не обраћају довољно пажње на међународни карактер уговора тј. на разлике које у погледу врста штете постоје у упоредном праву, те у уговор аутоматски уносе одређене појмове из свог националног права чије им се значење чини познатим и разумљивим, што не мора коинцидирати са оценом ових појмова од стране надлежног суда. Из тих разлога, чини се да би у клаузулама о искључењу или ограничењу одговорности које се уносе у уговор о међународној продаји робе требало избегавати уопштене и апстрактне формулације и определити се за метод предвиђања конкретних случајева штете у погледу којих се одговорност жели искључити или ограничити.

## V Закључак

Изложени поглед на ставове судске праксе и доктрине о индиректној штети у области међународне продаје робе даје места закључку да у упоредном праву постоје бројне и значајне разлике у погледу суштинског и термилошког одређења ове врсте штете. На основу изложене анализе правила Бечке конвенције, чини се да ни униформна правила не дају изричит одговор на питања која појам индиректне штете у пракси најчешће покреће. Ипак, потребно је имати у виду да се Бечка конвенција мора тумачити *аутономно*, при чему је посебно значајно да судови добро познају и правилно разумеју основне принципе члана 74 – принцип потпуне накнаде и принцип ограничења одговорности путем правила предвидљивости. Ове принципе треба тумачити у светлу околности сваког конкретног случаја, а на основу општих принципа и циљева Конвенције, а не на основу категорија националних правних система. Осварење униформног тумачења правила Бечке конвенције о границама уговорне одговорности захтева брижљиво проучавање и компаративну анализу одлука судова и арбитража у којима је примењен члан 74 Конвенције, као и одговарајућих ставова доктрине. У супротном, ова правила Конвенције остају исувише „индиректна“ да би се могло говорити о њиховом униформном тумачењу.

**Jelena PEROVIĆ, PhD**

**Associate Professor at the Faculty of Economics University of Belgrade**

## **INDIRECT DAMAGES IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS**

### **Summary**

*This contribution offers an analysis of the various possible meanings of the concept of indirect or consequential damage in international sale of goods and their respective legal consequences. This analysis calls firstly for a comparison of the main rules and principles of the Vienna Sales Convention (CISG) on the limitation of contractual liability in the light of the criterion of the foreseeability of the damage with corresponding principles of selected domestic legal systems and in particular with the general differences that exist in that respect between the civil law and common law systems. This analysis brings the author to the conclusion that the rules of the CISG on contractual liability are not identical with the solutions of any domestic legal system and that the CISG has to be interpreted in an autonomous way. A further potential issue is the exclusion and limitation of the contractual liability, which may give rise to certain difficulties insofar as the different categories of damage which the parties wish to exclude or limit may have different legal and/or terminological meanings in comparative law. In the perspective of this problem, the author suggests that the contracting parties, when drafting the respective clauses, should avoid the general and abstract formulations; instead, they suppose to provide the concrete cases of damages for which they wish to exclude or limit the contractual liability.*

**Key words:** *international sale of goods, indirect damages, CISG, contractual liability, limitation.*

др Владимир ЧОЛОВИЋ  
виши научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд

## САОСИГУРАЊЕ КАО ЗАШТИТА ОД МУЛТИПЛИКАЦИЈЕ РИЗИКА

### Резиме

*Ризик је један од основних елемената осигурања. Са друге стране, осигурање представља заштиту од реализације ризика. Али, до проблема може доћи када се тај ризик умножи и увећа, односно, када дође до мултипликације ризика. Да тај проблем постоји, говори и донећа Директива ЕУ „Солвенитет II“, као и случајеви удруживања више јаких осигуравајућих компанија у пул осигурања. Но, један од начина заштите од мултипликације ризика у области осигурања је и саосигурање, када више осигуравајућих друштва покрива исти ризик. Саосигурање је не-посредна, хоризонтална расподела ризика између саосигураваача који индивидуално преузимају свој део обавезе. Ниједан саосигураваач не одговара за обавезе других саосигураваача. Код саосигурања је најважније одабрати одговарајући модел овог облика осигурања, како би се јасно дефинисао и однос између више осигуравајућих друштва и осигураника са једне стране и однос између самих осигураваача, са друге стране. У Србији саосигурање регулишу Закон о облигационим односима и Закон о осигурању, на исти начин. Саосигурање би у нашој земљи морало имати значајније место, чиме би били више заштићени и осигураници и осигураваачи.*

**Кључне речи:** саосигурање, осигураваач, осигураник, реосигурање, пул осигурања, „Солвенитет II“.



Учешће више осигураваача у једном уговору у осигурању, као и њихово удруживање у пул осигурања представљају заштиту од повећаних ризика, који се могу појавити у овој делатности. Оно што се догодило 2008. године, говори о томе да постоји оправдан страх од све већег множења тих ризика и да опасностима од тих ризика може адекватно одговорити заједнички капитал више осигуравајућих друштава. Наиме, те године су се пет највећих европских осигураваача асистенције ујединили у пул осигурања и то: *Fidelia assistance* из Француске, *EuroCross International* из Холандије, Чешке и Бугарске, *Mobi 24* из Швајцарске, *Roland assistance* из Немачке и *SOS international* из скандинавских земаља. Ова друштва су основала *Astrum Assistance Alliance* са седиштем у Цириху. *Astrum Assistance Alliance*, као основни циљ, наводи стварање међународне мреже за боље пословање, уз помоћ локалних кадрова сваке чланице овог друштва. Ово друштво има задатак да понуди нова решења, као и да смањи трошкове клијената, који буду користили његове услуге. Сарадња чланица овог друштва јача позицију на међународном тржишту.<sup>1</sup> Сва наведена друштва, односно, чланице *Astrum Assistance Alliance*, користе заједничку мрежу која се састоји од 100.000 давалаца разних услуга у више од 180 земаља која опслужује преко 40 милиона грађана, односно, клијената.<sup>2</sup>

Ризик је један од основних елемената осигурања. Без ризика не би било ни осигурања. Но, поставља се питање који инструменти стоје на располагању када се тај ризик увећа, односно, умножи. Један од начина заштите од увећаних ризика у осигурању је пул осигураваача, али он није, као институт, предвиђен у нашем законодавству више од двадесет година. Закон о основама система осигурања имовине и лица,<sup>3</sup> који је донесен 1990. године, предвиђао је могућност оснивања пулова за осигурање, односно, реосигурање. Овај закон је дефинисао да два или више осигуравајућих друштава могу основати пул за обављање послове саосигурања, као и реосигурања имовине и лица. Пул осигурања се оснивао уговором и он је у промету иступао у своје име и за свој рачун, односно, својих оснивача. Оснивачи одговарају за обавезе које пул преузима по основу послова саосигурања или реосигурања. Та одговорност се утврђује уговором о оснивању, статутом пула и другим општим актима. Такође, наведени Закон је предвиђао да ће се на оснивање пула примењивати његове одредбе о оснивању деоничког друштва.<sup>4</sup>

1 Извор: <http://astrumalliance.com/index.php>.

2 Преузето са: <http://www.osiguranje.hr/Default.aspx?pretraga=Fidelia%20assistance>.

3 Закон о основама система осигурања имовине и лица (Сл. лист СФРЈ, бр.17/90, 82/90, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, 24/94).

4 Закон о основама система осигурања имовине и лица, члан 33.

Пул осигурања није више предвиђен у домаћем законодавству. О њему нема речи ни у Закону о осигурању имовине и лица из 1996. године,<sup>5</sup> ни у Закону о осигурању из 2004. године (даље: ЗОС).<sup>6</sup> То значи да осигуравајућим друштвима остају класични институти заштите од повећаних ризика у осигурању, а то су саосигурање и реосигурање. Саосигурање је у нашој држави предвиђено у два законска акта, у којима су дефинисана општа правила о овом институту. У ЕУ је овај облик осигурања дефинисан у посебној Директиви, али је у 2009. години донета Директива која се, пре свега, односи на управљање ризицима и чије одредбе имају велики утицај на дефинисање односа у уговору о саосигурању. Иначе, саосигурање је облик осигурања који представља учешће два или неколико осигуравача непосредно у закључивању уговора о осигурању, тако да сваки осигуравач преузима покриће одређеног дела ризика.<sup>7</sup>

## І Управљање ризиком у осигуравајућем друштву

Ризик је стање неизвесности. Но, ризиком се може управљати, што доприноси његовом оптималном смањивању. Управљање ризиком представља његову обраду, која се састоји из три основне компоненте: идентификације и оцене ризика; избора и примене метода управљања ризиком; и надзора над резултатима примењеног метода. Идентификација и оцена ризика је поступак усмерен ка индивидуализацији и дефинисању ризика, а што мора имати основ у квалитету прикупљених информација. Избор и примена метода оптималног управљања ризиком је поступак усмерен на свођење ризика на прихватљив обим. Надзор над резултатима примењеног метода је поступак усмерен ка квалитативној и квантитативној разради економских ефеката произведених у поступку управљања ризиком. Из свега наведеног можемо закључити да је најважнији елемент управљања ризиком избор одговарајућег метода управљања, обзиром да тај избор мора имати основ у одговарајућој доброј процени.<sup>8</sup>

Заштита од ризика зависи, на првом месту, од правилне процене и деобе ризика, која зависи од три фактора: 1) први фактор се односи на бонитет осигуравача. Осигуравач мора имати довољна средства, да би могао да изврши поделу ризика у оквиру своје организације осигурања,

5 Закон о осигурању имовине и лица (*Сл. лист ЦРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99).

6 Закон о осигурању Републике Србије (*Сл. гласник Р. Србије*, бр. 55/04, 70/04-исправка, 61/05, 61/05-др. закон, 85/05-др. закон, 101/07, 63/09-УС, 107/09).

7 М. Ђурак, Д. Јаковчевић, *Осигурање и ризици*, Загреб, 2007, стр. 282.

8 Б. Матијевић, *Осигурање (менаџмент-економија-право)*, Задар, 2010, стр. 149–150.

2) други фактор је величина ризика, која мора бити изражена кроз суму осигурања, 3) трећи фактор је однос првог и другог фактора, односно, однос између бонитета осигуравача и величине ризика. Када је тај однос негативан, тј. када је величина ризика толика да би угрозила бонитет осигуравача, тада осигуравач повећава свој бонитет, односно, могућност осигурања, или кроз реосигурање или кроз саосигурање. Морамо рећи да саосигурање не искључује могућност реосигурања. Наиме, ако је величина ризика таква да прелази бонитет, односно, капацитет саосигуравача, тада вишак ризика треба да буде покривен реосигурањем. Реосигурање, у овом случају, може бити извршено на два начина: сваки саосигуравач ће реосигурати вишак ризика изнад свог капацитета; или ће водећи осигуравач покрити ризик изнад капацитета свих саосигуравача. Основни циљ оваквог покривања ризика је примарна деоба ризика ради његове неутрализације и сигурности обављања делатности осигурања, што је и основни економски аспект саосигурања.<sup>9</sup>

Иначе, осигурање као делатност, по својој природи, не може да пројектује своје приходе, као што је то случај у другим делатностима. Код осигурања се може очекивати да ће се, у целини, на великом броју појединачних случајева, остварити сви приходи. Једно од питања које се поставља код дефинисања ризика, јесте и израчунавање премијске стопе, односно, тарифе премија. Наиме, да би се израчунала потребна премијска стопа за један индивидуалан ризик или за хомогену групу ризика, потребно је да осигуравач сједини податке о ризицима исте врсте у сопственом портфељу. Осигуравач то може чинити и са другим осигуравачима, односно, тада говоримо о заједничким подацима осигуравајућих друштава. Када се, на основу прикупљених статистичких података, утврде нове премијске стопе, тада се коригују тарифе премија. Значи, премијска стопа зависи од повољних или неповољних карактеристика ризика.<sup>10</sup>

На правилно дефинисање ризика утичу и други елементи, као што су: инфлација; промене метода везане за индустријске ризике; и промене вредности и стандарда понашања. Ти елементи могу довести и до мултипликације ризика.<sup>11</sup>

## 1. Мултипликација ризика

Мултипликација ризика не односи се само на повећање броја ризика, већ и на повећање величине ризика. Једно од решења за неутра-

9 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 153-154.

10 Д. Огризовић, *Економика осигурања*, Сарајево, 1985, стр. 583.

11 Д. Огризовић, *нав. дело*, стр. 584.

лизацију мултипликације ризика је и саосигурање. Саосигурање је и у раном развоју осигурања успешно ублажавало могућност повећања ризика, а за данашње место саосигурања у неутралисању мултипликације ризика и брокерима, који су створили тзв. *risk market*.<sup>12</sup> Но, код увећавања ризика, кључни елемент је избор најбољег метода управљања тим ризиком или ризицима. Сви методи управљања ризицима се крећу од метода којима се они избегавају до метода којима се они „трансферишу“ на другог. Кад говоримо о „трансферу“ ризика, мислимо на пребацивање тог ризика на осигуравача. Али, кад је у питању мултипликација ризика, тада морамо имати на уму честу поделу тог „трансфера“, односно, пребацивање ризика на више осигуравача. Наравно, најважније је одредити, на који начин ће осигуравајуће друштво дефинисати величину једног или више ризика у односу на капитал којим располаже.

## II Појам и развој саосигурања

Послови саосигурања су закључивање и извршавање уговора о осигурању са више друштава за осигурање која су се споразумела о заједничком сношењу и расподели ризика. Значи, овде имамо више осигуравача који, заједнички, закључују уговор о осигурању и сразмерно носе ризик, односно, сразмерно исплаћују уговорену суму, ако дође до штете, тј. осигураног случаја, али тако да укупан збир њихових покрића не прелази осигурану вредност.<sup>13</sup> Реч је о непосредној, хоризонталној расподели ризика између саосигуравача<sup>14</sup> који индивидуално преузимају свој део обавезе. Ниједан саосигуравач не одговара за обавезе других саосигуравача. Саосигурање се примењује само у изузетним случајевима, када се ради о крупним и тешким ризицима, које не може да преузме један осигуравач. Уговором о саосигурању ствара се ланчана обавеза неколико саосигуравача према истом осигуранику. Хоризонталном деобом једног ризика, сваки од саосигуравача преузима свој део обавезе, односно, покрива свој део суделовања у сношењу ризика. Код саосигурања се подразумева присуство два или више осигуравача непосредно у закључивању једног уговора о осигурању, тако да сваки осигуравач преузима покриће одређеног дела ризика. Саосигурање, у суштини, представља расподелу једног ризика на неколико делова које сваки осигуравач преузима у директно покриће из заједничког уговора или заједничке полисе осигурања. Осигуравач који је покретач обавезе из осигурања, путем уговора о саосигурању, јесте такозвани водећи

12 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 161.

13 П. Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, стр. 74.

14 *Ibidem*.

осигуравач.<sup>15</sup> Њему, обично, остали саосигуравачи поверавају извршење обрачуна и наплату премије осигурања, коју он затим расподељује на остале саосигураваче. Код уговора о саосигурању постоји самосталност и независност обавеза сваког саосигуравача. Обавеза сваког саосигуравача искључиво је његова и ни у ком случају се не преноси на остале саосигураваче.

Другим речима, као да је уговарач осигурања закључио са сваким саосигуравачем посебан уговор о осигурању. Саосигурање је неопходно разликовати од вишеструког осигурања, тј. када је неки предмет осигуран код неколико осигуравача од истог ризика, за исти интерес и на исто време. У саосигурању се закључује један уговор о осигурању, а код вишеструког осигурања закључује се неколико самосталних уговора. При том поједини осигуравачи у тренутку закључења уговора не знају за остале уговоре. И саосигурање представља директно осигурање, с тим што, овде, имамо више осигуравача као уговорну страну. Иначе, организација расподеле ризика код саосигурања је мого сложенија у односу на организацију ризика код реосигурања.<sup>16</sup>

Код саосигурања можемо разликовати поједине послове, које делимо на активне и пасивне послове. За осигуравача активни послови представљају преузимање удела у ризику од других осигуравача, док пасивни послови представљају планирање вишка ризика другим осигуравачима. Код пасивних послова, премија саосигурања, која се утврђује на основу удела других осигуравача, представља расход пословања, а удео у штетама других осигуравача представља приходе пословања.

Кад је у питању развој саосигурања као облика покривања ризика, оно се развија упоредо са развојем првих техника расподеле ризика. Као први документ у коме се наводи саосигурање спомињу се антверпенске „*Ordonnantie*“ из 1563. године. Осим тог документа, и Краљевски декрет париске „*Chambres de assurances et grosses aventures*“ из 1668. године је уређивао саосигурање. Међутим, тек за осамнаести век везујемо расподелу ризика између више осигуравача који учествују у једном истом подухвату осигурања. Највећи утицај на развој осигурања имала је појава независних посредника (брокера), када је дошло до напуштања тзв. случајног саосигурања, односно, закључење таквог уговора од стране више осигуравача случајно. Почело је да се развија саосигурање које је засновано на реалним захтевима ризика и осигураника, а у коме сваки од саосигуравача носи свој део покрића.<sup>17</sup>

15 Д. Мркишић, З. Петровић, К. Иванчевић, *Право осигурања*, Београд, 2006, стр. 157.

16 И. Јанковец, „Саосигурање као правни однос“, *Анали ПФ у Београду*, бр. 1-4/1983, стр. 369.

17 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 151.

Кад је у питању бивша СФРЈ, након Другог светског рата, саосигурање се први пут помиње у Решењу министра финансија VII, бр. 8551 од 30.10.1945. о кажњавању Осигуравајућег друштва „Rosija Fonsier“ из Београда, којим се забрањује приватним осигуравачима да, без посебног одобрења Савезног министарства финансија осигуравају државну имовину или имовину државних предузећа.

Саосигурање се наводи и у члану 13, ст. 3 Основног закона о осигурању и осигуравајућим организацијама из 1967. године:<sup>18</sup> „Осигуравајући завод који обавезе по основу осигурања не покрива премијом и резервама осигурања, дужан је да путем реосигурања или саосигурања обезбеди покриће тих обавеза.“ Исто тако, у члану 20, ст. 1 Закона о условима за оснивање и пословање осигуравајућих завода и завода за осигурање<sup>19</sup> се наводи следеће: „...део обавеза по основу осигурања и реосигурања који се не може обезбедити путем реосигурања или саосигурања у Југославији, може се обезбедити реосигурањем у иностранству.“ У члану 26 Закона о основама система осигурања имовине и лица<sup>20</sup> се наводи: „Заједница осигурања, односно, заједница ризика покрива обавезе по основу осигурања средствима удруженим у заједницу, саосигурањем (преузимањем ризика заједно са другим заједницама осигурања, односно, заједницама ризика...)“. Најзад, 1. јануара 1982. године закључује се Мултилатерални споразум о саосигурању<sup>21</sup> у коме се, у члану 1., наводи: „Предмет Споразума је саосигурање, односно, заједничко преузимање ризика осигурања основних средстава, залиха робе, сировине и материјала Савезне дирекције за резерве индустријских производа, на основу уговора о осигурању ове дирекције и заједница осигурања.“

### III Регулисање саосигурања

Регулисање саосигурања у нашој земљи посматрати кроз два законска акта. Један је Закон о облигационим односима (даље: ЗОО), а други је, већ наведени, ЗОС. У ЗОО се наводи следеће: „Кад је уговор о осигурању закључен са више осигуравача који су се споразумели о

18 Основни закон о осигурању и осигуравајућим организацијама (Сл. лист СФРЈ, бр. 7/67).

19 Закон о условима за оснивање и пословање осигуравајућих завода и завода за осигурање (Сл. лист СФРЈ, бр. 18/67).

20 Закон о основама система осигурања имовине и лица (Сл. лист СФРЈ, бр. 24/76).

21 Мултилатерални споразум о саосигурању су потписале све заједнице осигурања (осигуравајућа друштва) са Савезном дирекцијом за резерве индустријских производа. Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 151–152.

заједничком сношењу и расподели ризика, сваки осигуравач назначен у полиси осигурања одговара осигуранику за потпуну накнаду.<sup>22</sup> Из наведеног произлази да је у ЗОО прихваћен принцип солидарне одговорности саосигуравача. Значи, без обзира на преузете уделе у сношењу и расподели ризика, а што је дефинисано уговором, осигураник може од сваког саосигуравача да захтева исплату целокупне накнаде, односно суме осигурања. Правни односи између саосигуравача, односно, међусобно изравњавање исплаћеног износа, није од значаја за осигураника. Оваквим дефинисањем саосигурања, ЗОО штити интересе осигураника. До међусобног изравњавања између саосигуравача ће доћи у складу са уговором о саосигурању. Са друге стране, ЗОС помиње саосигурање у више одредаба. Но, ради се о општим одредбама везаним за делатност којим се бави осигуравајуће друштво, затим за акте тог друштва, управљање ризиком, надзор над радом осигуравајућег друштва, послове актуара, итд. ЗОС дефинише да делатност осигурања чине послови осигурања, послови саосигурања и послови реосигурања, као и послови који су, непосредно, повезани са пословима осигурања.<sup>23</sup> Значи, као облик осигурања, ЗОС наводи саосигурање. Осим тога, ЗОС дефинише саосигурање и наводи да послови саосигурања представљају закључивање и извршавање уговора о осигурању са више друштава за осигурање која су се споразумела о заједничком сношењу и расподели ризика.<sup>24</sup> На крају, кад је у питању саосигурање, ЗОС наводи да осигуравајуће друштво поступа по правилима о управљању ризиком, ако у свом пословању обезбеђује саосигурање и реосигурање вишкова ризика изнад максималног самопридржаја.<sup>25</sup> Као што смо рекли, ради се о општим одредбама о саосигурању. Ниједан од наведених законских аката не дефинише саосигурање са било ког другог аспекта, који би детаљније објаснио однос саосигуравача и осигураника, са једне стране, као и међусобни однос саосигуравача, са друге стране.

## 1. Директива ЕУ „Солвентност II“

Осим регулисања саосигурања у Србији, поменућемо и регулисање овог облика осигурања у ЕУ. Наиме, у ЕУ је донета Директива о саосигурању бр. 78/477 од 30. маја 1978. године, која омогућава осигуравачима који имају седиште у некој од држава чланица да ризик пренесу и на осигуравајућа друштва из других земаља чланица, при чему водећи

22 ЗОО, чл. 935.

23 ЗОС, чл. 2, ст. 1.

24 ЗОС, чл. 2, ст. 3.

25 ЗОС, чл. 125, ст. 1.

осигуравач не мора да има седиште у држави у којој се налази ризик.<sup>26</sup> Треба имати у виду да је ова директива донесена 1978. године, када је тржиште осигурања ЕУ (тада ЕЗ) било значајније нехомогеније. Нови ЕУ правни оквир подразумева уједначеније критеријуме, због Директиве Солвентност II, која у члановима од 190 до 196, регулише питање саосигурања у заједници. Поменути чланови Директиве Солвентност II бр. 2009/138/ЕС<sup>27</sup> односе се на следеће врсте осигурања: каско, карго, осигурање имовине од пожара и других опасности, осигурање од одговорности (у саобраћају и општа одговорност). Услови које је неопходно да се испуне да би се примењивао законски оквир дефинисани су чланом 190 Директиве: ризик мора бити велики; ризик мора бити покривен јединственим уговором, са свеукупном премијом и на јединствен временски период од стране два или више саосигуравача од којих је један водећи; ризик се мора налазити у оквиру Заједнице; водећи саосигуравач има третман као осигуравајуће друштво које носи цео ризик; најмање један саосигуравач мора бити из земље чланице различите од водећег; водећи саосигуравач у потпуности преузима улогу „водећег“ а што се, нарочито, односи на одређивање услова осигурања и премије; одредбе Директиве Солвентност II које се односе на слободу пружања услуга односе се само на водећег саосигуравача. Остали послови саосигурања (они на које се не односе наведени услови) су правно могући (нису забрањени), али се на њих односе остали чланови ове Директиве (као и на уобичајене послове осигурања). Уводи се обавеза вођења статистичких података из којих се може пратити и обим послова саосигурања у оквиру ЕУ.

Значи, према Директиви „Солвентност II“, узимају се у обзир сви ризици са којима се суочава осигуравајуће друштво на тржишту,<sup>28</sup> што указује на чињеницу да прописани износ капитала рефлектује како ризик осигурања, тако и кредитни ризик, ризик пословања, тржишни ризик и ризик ликвидности.<sup>29</sup> Дакле, намера је да се формирањем ових граничних вредности и њиховом проценом за много краће периоде, обе-

26 J. Пак, *Хармонизација прописа о осигурању са Директивама Уније, Хармонизација домаће законодавства са правом Европске уније: Осигурање, Слобода кретања робе и калитетала, Право конкуренције*, Институт за упоредно право, Монографија 153, Београд, 2004, стр. 19.

27 Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (OJ L 335/1, 17.12.2009.).

28 J. Buckham, J. Wahl, S. Rose, *Executive's Guide to Solvency II*, Wiley, New Jersey, 2011, стр. 2.

29 J. Комељ, J. Долничар, „Изазови и могућности у осигурању и реосигурању са нагласком на Солвентност II“, презентација, 18. сусрет осигуравача и реосигуравача СОРС 2007, Сарајево, 2007, стр. 11.



збеди већи степен заштите осигураника и других корисника осигурања од неочекиваних губитака.<sup>30</sup>

#### IV Модели саосигурања

Као што смо рекли, регулисање саосигурања мора бити везано за регулисање начина управљања ризицима, обзиром да до саосигурања и долази због повећаног ризика. У вези са тим, веома је битно одредити односе између саосигураваача и улогу водећег међу њима, а то значи да треба дефинисати одговарајуће моделе саосигурања. Кад говоримо о моделима саосигурања, морамо да имамо на уму да је оно и уговорни однос и покриће ризика, односно, одређеног дела ризика. Тако, према облику уговарања, саосигурање делимо на:

- Аутоматско или оквирно саосигурање. Оно представља такав начин прихватања удела у ризику, код којег су се осигураваачи споразумели, на бази реципроцитета, да ће аутоматски партиципирати у одређеним ризицима са одговарајућим уделима. Код овог начина морају закључити уговор о заједничком ношењу и расподели ризика, у коме морају да дефинишу сва битна питања, која се тичу: предмета саосигурања; основа расподеле ризика; износа до ког су спремни аутоматски партиципирати у ризику; и начина обављања послова саосигурања. Наравно, осигураваачи могу дефинисати и друга питања од значаја за функционисање уговора о саосигурању.
- Факултативно саосигурање, код кога се уговарање осигурања и расподела ризика врши по појединачној основи. За сваки такав ризик се закључује посебан уговор о саосигурању. Наравно, за сваки ризик се издаје и посебна полиса осигурања, у којој се може, али и не мора навести удео сваког осигураваача. У том уговору треба решити и све остало што је битно и неопходно за тај уговорни однос између осигураваача који су ризик преузели путем саосигурања. Код факултативног облика саосигурања могу се појавити два начина уговарања: 1) да два или више осигураваача заједнички врше преузимање ризика у осигурање; 2) да осигураваач коме је понуђен ризик у осигурање нуди другим осигураваачима одговарајуће учешће у том ризику.<sup>31</sup>

Са друге стране, основ саосигурања је у деоби ризика на више осигураваача, код које сваки од њих преузима на себе одређени удео. Из овог основа произлазе два основна модела саосигурања:

30 J. Buckham, J. Wahl, S. Rose, *нав. дело*, стр. 2.

31 М. Ђурак, Д. Јаковчевић, *нав. дело*, стр. 287-288.

- саосигурање у коме је именован водећи осигуравач и саосигурање се спроводи преко њега, по овлашћењу или самостално;
- саосигурање које се спроводи посредством свих осигуравача који учествују у том односу; и
- саосигурање у коме један саосигуравач „трансферише“ део ризика другим саосигуравачима, независно од воље осигураника.

Кад је у питању саосигурање које се спроводи преко водећег осигуравача, тада један осигуравач обавља све послове, од преговора до испуњавања уговора. Водећи осигуравач може поступати по овлашћењу, које је добијено унапред, пре започињања преговора у вези закључења уговора, а, исто тако, он ове послове може обављати самостално, када ће другим саосигуравачима понудити одређено покривање дела ризика у уговору о саосигурању. Кад је у питању саосигурање које се спроводи преко свих осигуравача, тада они, заједнички, учествују у свим пословима у вези закључења и спровођења уговора о саосигурању. Изузетно се може одредити да се само испуњење уговора повери једном од саосигуравача.<sup>32</sup> На крају, код саосигурања у коме један саосигуравач, независно од воље осигураника, „трансферише“ део ризика другим саосигуравачима, тада водећи саосигуравач (условно речено) преузима цео ризик на себе, обзиром да само он уговорни однос са осигураником. Он, значи, прикупља премију, обрађује штете и врши друге послове, који се тичу покривања ризика. У случају штете осигураник може тражити накнаду само од тог осигуравача са којим има уговор о осигурању, док се он касније регресира од осталих саосигуравача. Контрола процеса процене и ликвидације штете, као и динамика исплате премије и регреса штета се дефинише уговором међу осигуравачима који заједнички носе ризик.<sup>33</sup>

32 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 156.

33 Иначе, овај модел саосигурања се примењује, иако постоји недоумица у вези његове „дефиниције“, јер је тачније да се назове *пропорционално реосигурање* него саосигурање. Наиме, у Закону о осигурању Републике Словеније (Закон о заваровалништву (пречишћени текст) обј. у *Урадни лист Р. Словеније* бр. 99/2010) се, у члану 14, став 10, одређује да осигуравач може обављати послове индиректног осигурања, под којим се дефинишу послови преузимања индивидуалних ризика или кроз опционо саосигурање или кроз факултативно квотно реосигурање. Наведено је било неопходно, да би се правно дефинисао и легализовао посао који по својој суштини представља реосигурање и да би се на тај начин заобишао реосигуравач. У питању су случајеви када се осигуравају осигураници који ризике имају ван територије Словеније, тј. ван ЕУ, а који се због локалних закона морају осигурати код домаћих осигуравача. Дефиницијом наведене одредбе, словеначки осигуравачи преузимају вишак ризика на себе, без коришћења капацитета реосигурања.

## V Уговор о саосигурању

Неколико речи и о основним карактеристикама уговора о саосигурању. Овај уговор је именовани уговор који је могуће дефинисати као уговор о осигурању код којег се на једној страни појављује више осигуравача који су се споразумели о заједничком сношењу и расподели ризика. Значи, код овог уговора се као посебност истиче плуралитет осигуравача. Уговор о саосигурању се, условно речено, убраја у вишеструка осигурања, што значи да је једна ствар осигурана код више осигуравача од истог ризика, за исто време и за исти интерес, али, тако, да збир свих сума осигурања не прелази вредност те ствари. Због тога се уговор о саосигурању назива вишеструким осигурањем у ужем смислу. Саосигурање и вишеструко осигурање се разликује због међусобних односа саосигуравача, који су код вишеструког осигурања међусобно независни, док код саосигурања то није случај. Са друге стране, саосигурање се разликује од реосигурања, не само због хоризонталне и вертикалне деобе ризика, већ и због тога што код саосигурања постоји сагласност уговарача осигурања о деоби ризика на више осигуравача, док је код реосигурања однос између уговарача осигурања и осигуравача независан од односа између осигуравач и реосигуравача. Саосигурање се разликује и од пула осигурања, обзиром да му недостаје интерес, јер се код пула осигурања удружују због профита. Исто тако, саосигурање се разликује и од двоструког осигурања, јер код саосигурања збир сума не прелази вредност осигуране ствари. Саосигурање морамо разликовати и од интерног осигурања, које се спроводи преко филијала осигуравајућег друштва у другим државама, као и од индиректног осигурања које се спроводи преко сартиве компанија (сопствених осигуравајућих друштава). Код саосигурања разликујемо три врсте односа. То су: 1) однос саосигуравача и уговарача осигурања, 2) однос саосигуравача и водећег осигуравача у том односу; и 3) међусобни однос саосигуравача.<sup>34</sup> Сви наведени односи зависе, на првом месту, од примењеног модела саосигурања. Но, можемо рећи, да је однос саосигуравача и уговарача осигурања независан од међусобних односа саосигуравача, затим да однос водећег осигуравача и саосигуравача зависи од тога да ли водећи осигуравач поступа по овлашћењу или самостално, као и да је међусобни однос саосигуравача одређен у зависности од врсте послова које обављају саосигуравачи.

34 Б. Матијевић, *нав. дело*, стр. 158.

## VI Закључак

Да би једно осигуравајуће друштво успешно или, бар, солидно пословало, потребно је да осигурава ризике које, својим капиталом, односно, бонитетом, може да покрије. Добра процена ризика је основни услов за добро функционисање осигурања. Увек морамо имати на уму да је боље осигурати пуно малих ризика, него мали број великих ризика. Уосталом, зна се да један осигурани случај, ако је великих размера, може довести у питање егзистенцију једног осигуравајућег друштва. У вези са овим, поставља се питање искоришћења саосигурања као инструмента заштите од повећаног ризика код нас. У пракси не срећемо често случајеве саосигурања. Регулисање саосигурања у Србији можемо свести на дефинисање општих питања у овој области. Можда је требало детаљније дефинисати односе осигуравача, односно, саосигуравача у једном таквом уговору, без обзира на постојање и примену општих правила. Осим тога, пул осигурања није предвиђен у законодавству Србије. Питамо се, због чега? Ситуација у свету демантује нашег законодавца. Чак и највећа осигуравајућа друштва не могу сама пословати на тржишту осигурања. Но, пул осигурања претпоставља дефинисање многих питања везаних за односе између чланова пула.

Основни проблем везан за солвентност своди се на одређивање минималног износа капитала које осигуравајуће друштво мора да поседује за сигурно пословање. Прелаз са класичних или стандардних модела управљања ризиком на интерне моделе које ће употребљавати поједини осигуравачи, није ни једноставан, ни безопасан, као ни јефтин. Циљ примене Директиве „Солвентност II“, која ће се примењивати од јануара 2013. године, јесте увођење свеобухватног управљања ризиком у циљу заштите осигураника.<sup>35</sup> Сама „Солвентност II“ даје могућност примене интерних модела, прилагођених сваком осигуравачу, односно, његовој ситуацији.<sup>36</sup> То, практично, значи да ће од процене ризика и величине капитала зависити и облик осигурања. Наравно, поставља се питање где је место наше земље у примени свих ових правила која су донета у оквиру ЕУ. То место свакако постоји, имајући у виду да би Србија, у зависности од свог статуса према ЕУ, могла преузети правила „Солвентност II“. Та правила би могла утицати и преко реосигурања, као и преко осигуравајућих друштава која су у власништву власника из земаља ЕУ. Но, у сваком случају, саосигурање би морало да има значајније место на нашем тржишту осигурања чиме би били више заштићени и осигураници и осигуравачи.

35 Background to the Solvency II Project, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/insurance/solvency/background\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/background_en.htm).

36 Види: [www.osiguranje.hr](http://www.osiguranje.hr).

**Vladimir ČOLOVIĆ, PhD**  
**Senior Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade**

## **COINSURANCE AS PROTECTION AGAINST RISK MULTIPLICATION**

### **Summary**

*Risk is one of the basic elements of insurance. On the other hand, insurance is a protection against the realization of risk. But problems can occur when the risks multiply and increase, ie., when it comes to the multiplication of risks. That this problem exists, says the adopted EU Directive "Solvency II", as well as, several cases of association of insurance companies in the insurance pool. But one way of the protection against the multiplication of risks in the topic of insurance is the coinsurance, when more insurance companies cover the same risk. Coinsurance is the immediate, horizontal distribution of the risk between the coinsurers, that the individual take his share. One coinsurer is not responsible for the liabilities of the other coinsurers. The most important, in this form of insurance, is the selection of appropriate model of the coinsurance. This would clearly define the relationship between several insurance companies and insurers, on the one hand, and the relationship between the insurers themselves, on the other side. In Serbia, coinsurance regulates the Act on Obligations and the Insurance Act, but in a general way. In our country, coinsurance must have a significant place. This would achieve greater protection to the insured and insurer.*

**Key words:** *coinsurance, insurer, insured, reinsurance, pool insurance, "Solvency II".*

др *Предраг* Н. ЦВЕТКОВИЋ  
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др *Тамара* МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ  
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Нишу

## ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО: ПОЛАЗНА РАЗМАТРАЊА<sup>\* \*\*</sup>

### Резиме

*Јавно-приватно партнерство прихваћени је концепти заједничког деловања јавног и приватног сектора у циљу остваривања колективног интереса у тржишним привредама. У правном смислу, јавно-приватно партнерство захтева регулаторни оквир који је у довољној мери флексибилан за мноббројне варијације сарадње јавног и приватног сектора, али и на одговарајући начин финансиран у контексту целокупне тржишне регулативе: наиме, јавно-приватно партнерство, осим значаја који има за ефикасност уружања услуга од јавног интереса, представља квалитативни скок у регулисању економског простора у целини. Функционисање потребног правног оквира захтева постојање јаким институција, идеолошку неутралност (у смислу елиминисања одјума према могућности да се јавни ресурс отвори за приватни капитал), те политичку подршку. Последњи услов је кључан за реалну примену концепта јавно-приватног*

\* Припремљено у оквиру пројекта *Защитиња људских и мањинских права у европском правном простору* (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

\*\* Припремљено у оквиру пројекта *Одрживост идентитета Срба и националних мањина у пограничним оштинама источне и југоисточне Србије* (179013), који се изводи на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

партнерства, и то с разлогом: ППП разара монопол државе оличен у функционисању јавних предузећа. Одржање од таквој монополи мора имати форму изричите, неопозиве и у погледу дејства дефинисане одлуке суверена.

**Кључне речи:** јавно-приватно партнерство, инфраструктура, делатности од општег интереса, јавна управа.

## I Увод

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership*; н. *Öffentlich-Private Partnerschaft* – ÖPP; даље и: ППП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.

Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. Њено превазилажење могуће је кроз поступак постепеног и детаљног усклађивања горе наведених интереса. При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард“ који преузимају буде смањен на најмању могућу меру (ако не и елиминисан). „Морални хазард“ на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса (при чему ће његов приватни интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса). Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за квалификовање правног оквира ППП-а као одговарајућег или нефункционалног.<sup>1</sup>

1 На овом месту вредно је напоменути да се јавно-приватно партнерство користи као појмовни инструмент у анализама хијерархије и модалитета прожимања различитих нивоа регулисања међународних односа, укључујући и економске. Видети више у: Ernst-Urlich Petersmann, „International Economic Law, ‘Public Reason’ and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods“, *Journal of International*

Традиција јавно-приватних партнерства дужа је у САД него у државама ЕУ. Почевши од педесетих година прошлог века, ППП су у Сједињеним Америчким државама била инструмент федералне владе за стимулацију приватних инвестиција у инфраструктуру градова и региона. Локалне самоуправе биле су охрабриване да улазе у заједничке пројекте са приватним инвеститорима. Касније је обим овлашћења локалних самоуправа проширен, а улога федералних власти смањена. Последица наведеног приступа је раст поверења у приватни капитал и преовлађујући став да је држава „лош власник“, а да приватни сектор обезбеђује виши ниво добара и услуга од општег интереса. Одрас описаног схватања је рестрикција обавеза и одговорности државе за јавни сектор и његово препуштање приватној иницијативи. У прилог овом развоју ишла је и чињеница да су локалне самоуправе ојачале своју улогу у односу на федералну владу током последње деценије XX и у првој половини овог века.<sup>2</sup>

Примери ППП концепта, у савременом смислу, у Европи се јављају шездесетих година прошлог века (изградња мреже аутопутева у Шпанији 1968. године). Пуну експанзију ППП концепт доживљава у касним осамдесетим годинама прошлог века.<sup>3</sup> Разлог промоције јавно-

---

*Economic Law*, Oxford University Press, 2011, doi:10.1093/jiel/jgr005, стр. 1–54, на страни 48 *passim*. Теорија препознаје јавно-приватно партнерство у напред наведеном смислу у ситуацијама када непостојање ефикасних међународних правила иницира саморегулаторну активност приватноправних субјеката. Ове приватне режиме санкционишу државе (пример оваквог приступа је тзв. *lex mercatoria moderna*). Видети више у: Tanja A. Börzel, Thomas Risse, „Public-Private Partnerships: Effective and Legitimate Tools of International Governance“, доступно на адреси: [http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/021015\\_ppp\\_risse\\_boerzel.pdf](http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/021015_ppp_risse_boerzel.pdf). Наведена димензија јавно-приватног партнерства није предмет овог рада.

- 2 Разлике у карактеристикама ППП у Европи и САД узроковане су разликама у претпоставкама на којима се јавно-приватно партнерство заснива. Наиме, у Европи је држава креатор и економске и пратећих политика са централизованом бирократијом и јаким утицајем на крупни капитал. У САД, пак, традиционална аутономија приватног сектора је аксиом на коме се заснива равноправност са јавним сектором. При томе, локалне власти имају висок степен самосталности. Мање зависе од финансијске подршке федералне владе, а више од приватног капитала. У складу с тим, локалним самоуправама у САД морала су се признати шира овлашћења у односу на привлачење таквог капитала. У Европи, пак, постоји виши ниво зависности локалних од финансијске подршке централне власти. У САД локалне самоуправе одговорне су за извршавање одређених функција. Узимајући у обзир чињеницу да средства за остваривање тих функција морају прикупити од сопствених пореза (за разлику од локалних самоуправа у Европи, које добијају новац од централних власти), сарадња са приватним сектором је императив.
- 3 Пример изричитог опредељивања државе за примену ППП је Холандија. Наиме, премијер Руд Луберс је 1986. године јасно изјавио: „Темељи јавно-приватног партнерства чврсто су дефинисани у структурама локалне самоуправе, локалне пословне заједнице и, уколико је то неопходно, у оквиру централне власти, с крајњим



приватног партнерства је усвајање приватизације јавног сектора као стуба економске политике развијених држава. Данас је ППП неоспорни инструмент државне политике, укључујући и Европску унију. Тврди се да је ППП средишни стуб развоја конкурентности ЕУ сектора у области транспорта, телекомуникација и енергетске инфраструктуре.<sup>4</sup>

## II Разлози настанка јавно-приватног партнерства

Јавно-приватно партнерство директна је последица потребе државе да, уместо прибављања кредитног капитала намењеног изградњи и развоју инфраструктуре и развоју одрживог система обављања делатности од јавног интереса, успоставе партнерски однос са приватним капиталом. Правна рефлексција оваквог приступа је да бледе границе између јавноправног и приватноправног сектора. При томе, од кључног је значаја да јавни и приватни интерес, мада партнерски постављени, и даље остају у латентној конкуренцији која се реализује у правним оквирима ППП-а. *У граничним ситуацијама, међушим (када није могуће остварити истовремено оба интереса) јавноправни се интерес има приоритетни интересом првог реда.* Условне и начин остваривања ове супермације требало би брижљиво уредити, уз њихово рестриктивно тумачење оправдано чињеницом да се ради о изузетку од начелне равноправности јавног и приватног интереса у ППП конструкцији.

Дакле, циљ настанка јавно-приватног партнерства је у тражењу користи за обе категорије учесника. Јавноправни субјекти имају за циљ остваривање социјалног благостања и квалитета живота кроз побољшање нивоа и квалитета услуга од јавног интереса и изградње инфраструктуре. Циљ приватноправних учесника је економска корист од сопствене активности. *Nota bene: користи јавноправних актера није мерљива као што је то случај са добићком од економске делатности.* На политичком „тржишту“ (што јесте место где се остварује „циљ“ јавноправног актера) не делује егзактно дефинисан закон понуде и потражње. *Стога се остваривање циљева јавног сектора базира на активностима и радњама за које постоји претпоставка да ће обезбедити реалан најредак у обиму и квалитету остваривања јавног интереса.* Ове активности усмерене су ка:

---

циљем раста инвестиција и грађевинске обнове.“ Видети: Miriam, Bult-Spiering, Geert Dewulf, *Strategic Issues in Public-Private Partnerships*, Blackwell Publishing, 2008, стр. 8–9. Ово је типичан пример „стратешке политичке одлуке јасног легитимитета“, као услова за спровођење ППП концепта. Видети више *infra* у тач. III овог рада.

4 Видети више у: Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar Publishing Inc., USA, 2007, стр. 16.

- установљавању одговарајућег правног оквира;
- обезбеђењу од „самовоље“ приватног партнера;
- минимализовању ризика обављања делатности од општег интереса;
- остваривању социјалних циљева;
- транспарентности процеса настанка и реализације ППП концепта, уз контролне механизме државе и „трећег“ (невладиног) сектора.

Са друге стране, приватноправни партнер:

- преузима пословни ризик;
- обезбеђује средства (кроз кредите, коришћење сопствених средстава, различитих фондова *etc.*);
- антиципира тржишна кретања.

Динамика процеса настанка јавно-приватног партнерства подразумева да јавноправни актер по правилу селекује приватноправног (кроз процедуру јавних набавки и слично). Ипак, то не значи да је јавноправни актер у повлашћеном положају. Јавно-приватно партнерство је на првом месту резултат спознаје да приватни и јавни сектор кроз кооперацију могу да креирају нову вредност. За приватног актера, то је економска добит. За јавноправног, социјална (политичка) корист манифестована кроз виши ниво квалитета услуга. Вредност која се ствара јавноприватним партнерством има различите облике попут:

- *Синергетске вредности* – њен настанак резултат је чињенице да су знања, надлежности и искуства јавноправних и приватноправних актера комплементарни. Приватноправне субјекте карактерише ефикасност и брзина одлучивања, финансијска компетентност и тржишна обавештеност. *Vice versa*, расположивост инструмената јавне администрације, политичка подршка спровођењу правних процедура неопходних за формулисање и усвајање релевантних одлука чине део предности јавноправног корпуса, активираних у функцији остваривања јавно-приватног партнерства.
- *Економске вредности* остварене се путем побољшања односа између цене и квалитета. Тако, у случају јавно-приватног партнерства у управљању земљиштем, резултат ППП је да земљиште буде растерећено својинскоправних отворених питања, као и да буде инфраструктурно опремљено. Тиме се истовремено развија тржиште некретнина, уз расположивост квали-

тетног јавног земљишта приватним инвеститорима (чија делатност има позитивне ефекте и на структуру јавних прихода).

- *Транспарентности иairoшкова* обављања делатности од јавног интереса (елиминише се појава да се виши ниво трошкова које генерише јавно предузеће утапа у тешко прегледне буџетске расходе, без одговорности за њихово проузроковање).
- *Екстерне вредности* манифестоване у користима од сарадње, те поделе добити и ризика учесника јавно-приватног партнерства; јавноправни субјекти кроз реализацију ППП пројекта стичу увид у потребе и потенцијале приватног сектора; приватноправни сектор, пак, учествујући у јавноправним процедурама и поступцима, јача разумевање за одговорност и обавезе организација које врше јавне функције, са крајњим циљем ревизије сопствених пословних приступа у будућим пројектима, усмерених ка ефикаснијој сарадњи са јавноправним субјектима. Овоме би требало додати деполитизацију обављања делатности од јавног интереса.<sup>5</sup>

### III Карактеристике јавно-приватног партнерства

*Одлика јавно-приватног партнерства која у значајној мери дефинира и његове правне карактеристике јесте политичка сензитивност.* Ова је одлика нарочито изражена у државама у транзицији. Наиме, располагање јавним ресурсом у корист приватноправног субјекта под паском је политичке јавности. Наведена пажња иманентна је у свим државама, а посебно онима у којима прелаз из државно контролисане у стабилну и регулаторно перфектурану тржишну привреду није до краја окончан. Критике и бојазан могу се отклонити одговарајућим институционалним и правним оквиром контроле остваривања ППП концепта.

У регулаторном смислу, уређивање ППП-а отежава чињеница да је јавно-приватно партнерство генерични појам који има многобројне варијације. Правило „*one-size-fits-all*“, овде није применљиво. Структурирање ППП концепта захтева усаглашавање са околностима конкретног случаја, праћено уважавањем релевантног правног, али и политичког и социјалног оквира у коме се јавно-приватно партнерство реализује.

*Присвојање јавно-приватног партнерству захтева доношење одлуке о доделеној приватној делатности.*<sup>6</sup> *Јавно-приватно*

5 Видети више у: Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, Kluwer Law International, 2009, стр. 11.

6 Видети напомену *supra*.

важно јарџнерство разара у корену концепциј заснован на монопољу јавних предузећа. Описани процес стога мора бити препознат као резултат јасне и неповратне одлуке да се јавни сектор отвори приватном капиталу, на начин који не угрожава остваривање и заштиту јавног интереса. Правни оквир за ППП требало би да обезбеди услове за тржишну утакмицу, која би резултирала вишим нивоом ефикасности и оних предузећа која нису конципирана у форми јавно-приватног партнерства (е. „*race to the top*“ ефекат). Узимајући као премису да демонополизација јавног сектора не може да остане у оквирима националног тржишта, прихватање и спровођење ППП као легитимне форме обављања делатности од јавног интереса и изградње инфраструктуре условљава државе да либерализују сојствени јравни оквир (е. „*race to the bottom*“ ефекат). Привлачење инвеститора у јавноправни сектор постаје део „борбе за капитал“ између држава.

*Изградња јравног оквира ППП концепциј базирана је на следећим јрејосјавкама:*

- учешћу јавноправних и приватноправних актера;
- постојању надлежности у правном и легитимитета у политичком смислу на страни јавноправног учесника,<sup>7</sup> односно слободе одлучивања код приватноправног субјекта;
- континуитету правног односа;
- институционалној форми ППП-а (формирање посебног предузећа или измена власничке структуре постојећег, у смислу отварања простора за приватни капитал);
- унапред дефинисаној сразмери подела трошкова, ризика и користи;
- кооперативности.<sup>8</sup>

*Инџеракција јавног и јриватног сектора, као кључни јредмет јавно-јриватног јарџнерства, има различите форме. Ове форме обухватају:*

- лобирање усмерено од приватноправних институција ка јавноправним актерима, у циљу остваривања одређеног облика партнерског односа;
- институционализовано кооптирање приватноправних актера у јавноправна тела која одлучују о модалитетима реализације јавноправних интереса;

7 Видети излагање *infra*.

8 Више у: Miriam, Bult-Spiering, Geert Dewulf, *Strategic Issues in Public-Private Partnerships*, Blackwell Publishing, 2008, стр. 17.

- делегирање обављања делатности од општег интереса на приватноправне субјекте (уз обавезно *ex ante* утврђивање стандарда за процењивање успешности и квалитета вршења делатности од јавног интереса.

*Конкретни модалитети ППП концепција немају лимитативну еnumerацију. Exempti causa, ови модалитети моћу обухватити:*

- Уговор о руковођењу, одржавању и услугама (е. „*Operation, maintenance and service contract*“); на основу ових уговора јавни се сектор користи услугама приватноправних субјеката за одређени период (или опредељено према тачно дефинисаном задатку). *При томе, јавноправни субјект и даље остаје одговоран за пружање и квалитет услуга.*
- Класичан уговор о концесији, чиме приватноправни субјект постаје одговоран за пружање и квалитет услуга у одређеној области, те за оперативно одржавање, прикупљање надокнада за услуге и управљање у целини. Тежиште улоге јавноправног сектора помера се од функције пружаоца услуге ка регулатору цене и квалитета.
- Формирање новог привредног субјекта или отварање постојећих јавноправних субјеката (јавних предузећа) за инвестирање приватног капитала, уз заједничку одговорност за ризике и право на добит.
- Пасивну јавну инвестицију, оличену у коришћењу државних зајмова за приватне привредне активности; овај вид партнерства функционише кроз зајмове или гаранције јавних институција за приватноправни сектор.<sup>9</sup>

*Јавно-приватно партнерство, између осталог, доприноси и реформи система јавне управе. У овом контексту, оно је иновациони инструмент за измену догматског приступа функционисању јавне администрације. На овом нивоу, однос учесника јавно-приватног партнерства има карактер менторства приватноправних субјеката над јавним секто-*

9 Посебан вид јавно-приватног партнерства које има превасходно социјалну, а не економску функцију је тзв. „самопомоћ локалне заједнице“ (е. „*Community based provision*“); наведени модалитет подразумева недостатак средстава или институционална ограничења државе да обезбеди пружање одређених услуга за поједине категорије становништва. Тада заједница може да се организује у циљу заштите сиромашних резидената, помоћи у преговорима са државним органима и слично. Овак-ва партнерства имају другачију реторику (етичке конотације везане за задовољење одређене социјалне потребе). Карактерише их и изостанак мотивације за стицање профита, чиме се мења динамика таквог партнерства. Видети више у: Aneta Karol, Ewa Sokol, „Public Private Partnership and the Game Theory“, стр. 95, рад доступан на: [http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/58911/2/Kargol\\_Sokol\\_2007\\_19kszc\\_93\\_101.pdf](http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/58911/2/Kargol_Sokol_2007_19kszc_93_101.pdf).

ром: наиме, очекује се да јавна управа усвоји схватања приватноправног сектора, али не и *vice versa* (асиметричност „узајамности“ и преноса управљачког *know-how*-а). Схватање јавно-приватног партнерства као посебног вида управљања (управљање *sui generis*), последица је следећих чињеница:

- кономска криза условила је да државе, уз консолидацију сопствених финансијских и других капацитета, испитују могућности успостављања партнерског односа са приватним сектором;
- настанак феномена названог „Нови систем јавне администрације“ (е. „*New Public Management*“ – даље и: „NPM“); реч је новој „идеологији“ управљања јавним ресурсима, установљеној осамдесетих година прошлог века, којом се мења дотадашња догма о обавезном „субвенцијски оријентисаном“ руковођењу делатностима од општег интереса и коришћењу, одржавању и изградњи инфраструктуре;
- либерализација тржишта делатности од општег интереса и „*race to the bottom*“ регулаторно понашање држава;<sup>10</sup>
- јачање контролне улоге „трећег“ (невладиног) сектора, посебно када се ради о еколошким питањима;
- трансформација улоге државе од „конституционалног суверена“ ка координатору коришћења јавних и приватних ресурса;<sup>11</sup>
- изазови које је и јавноправном и приватноправном сектору поставила изградња глобалне економије и пробој нових технологија.

*Јавно-приватно партнерство је облик рејенерације њословне еџи-ке.* Његов резултат је да држава постаје ближа тржишту, било као регулатор, било као предузетник. Када је влада Велике Британије осамдесетих година прошлог века денационализовала инфраструктурна постројења, акције су продаване испод номиналне вредности: разлог овом приступу није била тежња ка либерализацији јавног сектора (јер је постојећи регулаторни режим остао на снази), већ одлучност да се приватном сек-

10 Видети више *supra* у овој тачки.

11 Доминик Штрос-Кан, извршни директор Међународног монетарног фонда, у свом говору у Вашингону априла 2011, најавио је рад на стварању новог макроекономског оквира који ће бити део квалитативно другачијег процеса глобализације од досадашњег. Ова промена глобализационе парадигме имаће акценат на социјалној кохезији уз јачање улоге државе. Доступно на адреси: <http://newagebd.com/newspaper1/business/14379.html>. Уколико ова премиса постане релевантни политички кредо, јавно-приватно партнерство би добило нови замах: ППП не би више значило само „допуштање“ уплива приватног капитала у јавни сектор, већ и пристанак овог сектора на виши ниво утицаја државе на тржишна кретања.

тору омогући директан улазак у важан део националне економије. Тиме су руководиоци јавних предузећа морали да уђу у „предузетничко оде-ло“ и решавају питања која су генерисали односи са новим власницима акција (приватним предузетницима који су тражили да јавна предузећа буду вођена на начин како би они то, иначе, чинили као учесници на тржишту). Усвајање пословне етике отвореног тржишта, без заштите јавног сектора, јесте резултат ППП концепта.<sup>12</sup>

*Суштинска карактеристика јавно-приватног партнерства је сарадња, а не конкуренција.* Заједнички интерес и подела ризика релевантни су инструменти „дисциплине“ у извршавању узајамних обавеза. Уместо да јавни и приватни сектор раде на (ре)дефинисању граница јавног и приватног сектора (при чему први по правилу дозвољавају „уплив“ приватноправним субјектима), својом заједничком активношћу у оквиру ППП концепта доводе до резултата да та граница „бледи“. Овај процес карактерише међусобно усвајање методологије и начина мишљења јавног и приватног сектора. Јавноправни субјекти требало би да усвоје предузетнички начин мишљења и понашања, а приватноправни сектор да уважава критеријуме јавне одговорности и обавезу чувања јавног интереса. У таквој ситуацији изостаје „биполарна борба за хегемонију“.<sup>13</sup> Уместо тога, тежи се флексибилним управљачким структурама, процесу базираном на мерљивом (економском, политичком или социјалном) резултату и новој „етици“ према кориснику услуге.

Из горе наведеног оправдано је закључити да јавно-приватно партнерство јесте вишезначни, готово генерични појам, који обухвата различите процесе, поступке и модалитете, са крајњим циљем „брисања“ граница између приватног и јавног сектора, уз обострану корист за оба типа актера. Изучавање ППП, стога, мора имати свеукупни (холистички) карактер: организациони, економски, правни, али једнако тако и идеолошки и социјални аспекти међусобно се прожимају, као варијабиле од којих зависи равнотежа између јавног и приватног сектора укључених у јединствени подухват.<sup>14</sup>

12 Видети више у: Paul Starr, „The Meaning of Privatization“, *Yale L. & Pol’y Rev.* 6 (1988), стр. 6–41, на страни 13–14. Чланак је доступан на: <http://heinonline.org>. У наведеном раду наглашава се да је описани пример показао да је могуће приватизовати тржиште без његове претходне либерализације. Могућа је и супротна констелација: либерализација без приватизације (описује се могућност да се доделе ваучери за школовање у државним образовним институцијама, а да сами ученици бирају у коју ће се од њих уписати).

13 Видети више у: Stephen H. Linder, *Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings*, рад доступан на: [http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/artigos/coming\\_to\\_terms.pdf](http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/artigos/coming_to_terms.pdf).

14 Однос јавног и приватног партнерства предмет је анализе и тзв. „теорије игара“, схваћене као оквира изучавања механизма одлучивања у економским односима.

Чини се да се, посматрано у контексту потребе појмовног дефинисања ППП концепта за потребе овог рада, одговарајуће одређење јавно-приватног партнерства може прихватити формулација из „Водича за успешно јавно-приватно партнерство“, који је 2003. године објавила Европска комисија: „Јавно-приватно партнерство је однос између јавног и приватног сектора, установљен у циљу обезбеђења и уручања услуга или остваривања пројеката, при чему, традиционално, наведене услуге обезбеђује а пројекат реализује јавни сектор. ППП је заснован на предности да обе стране имају компаративну предност у погледу извршења одређених задатака који чине елементе ППП. Омогућавање да сваки сектор учествује у ППП конципије тиме што ће извршавати оне задатке које издржава са вишим степеном ефикасности него други сектор, стичу се услови да јавне услуге буду уручене а инфраструктура израђена на економски ефикасан начин. Кључни циљ ППП је стога да се структурира однос између страна, на начин да је ризик за одређене елементе те структуре на оној која је у најбољој ситуацији да контролише услове и последице таквог ризика, уз повећање вредности која се остварује кроз коришћење знања и вештина приватног сектора.“<sup>15</sup>

#### IV Закључна разматрања

Јавно-приватно партнерство је прихваћени је концепт заједничког деловања јавног и приватног сектора у циљу остваривања колективног интереса у тржишним привредама. У правном смислу, јавно-приватно партнерство захтева регулаторни оквир који је у довољној мери флексибилан за многобројне варијације сарадње јавног и приватног сектора у области делатности од општег интереса и изградње инфраструктуре. Истовремено, релевантан правни оквир ППП-а требало би да на

ППП се изучава као концепт који је изузетак од примене правила „нулте суме“ (е. „Non-zero-sum game“) и заснива се на тзв. „Нешовом еквилибријуму“ (називаном према математичару Џону Форбсу Нешу): наведена равнотежа настаје када ни један од учесника у „игри“ не може да има корист од измене само сопствене стратегије и понашања. Примењено на ППП, циљ јавно-приватног партнерства испуњен је када се корист од ППП може остварити искључиво путем кооперације (што је једна од кључних претпоставки за ППП концепт; видети више *supra* у овој тачки). Стога, одлучивање било ког актера које не би било праћено одговарајућим одлукама друге стране не може донети корист оном актеру који доноси одлуку без уважавања интереса партнера. Суштински, „Нешов еквилибријум“ имао би за резултат остваривање колективног, уместо партикуларног (јавног или приватног) интереса. Видети више у: Aneta Karol, Ewa Sokol, „Public Private Partnership and the Game Theory“, стр. 95.

- 15 Видети: „Guidelines for Successful Public Private Partnerships“, European Commission, March 2003, на стр. 16–17. Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/guides/ppp\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf).



одговарајући начин буде финансиран у контексту целокупне тржишне регулативе: наиме, јавно-приватно партнерство, осим значаја који има за ефикасност пружања услуга од јавног интереса, представља квалитативни скок у регулисању економског простора, са утицајем на поштовање права потрошача, антимонополске прописе или уређивање јавних набавки.<sup>16</sup> Функционисање потребног правног оквира захтева постојање јаким институција (без којих ППП остаје само флоскула без садржине), потом идеолошку неутралност (у смислу елиминисања одијума према могућности да се јавни ресурс отвори за приватни капитал), те политичку подршку. Последњи услов је кључан за реалну примену концепта јавно-приватног партнерства: наиме, тамо где постоји ППП, престаје монопол државе, оличен у функционисању јавних предузећа. *Одрицање од таквој монопола мора имати форму изричите, неопозиве и у погледу дејства дефинисане одлуке суверена.* У овом смислу, прихватање ППП концепта као легитимног правног оквира (што се у Републици Србији још увек није догодило) био би сигнал за међународну пословну заједницу да је држава спремна да, уместо политике разграничења јавног и приватног сектора, прихвати и спроводи политику кооперације и тражења заједничког интереса, у крајњем на корист грађана.

---

16 Србија, за разлику од других држава у окружењу (Хрватска, БиХ) нема посебан закон о ППП, или о јавно-приватном партнерству у одређеним областима. Јавно-приватно партнерство помиње се у члану 41. Закона о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи (видети: *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 24/11) и упућује на подзаконске акте који ће уследити. Закон о концесијама Републике Србије не регулише изричито ППП.

**Predrag CVETKOVIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Niš

**Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Economics University of Niš

## PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP: BASIC CONSIDERATIONS\* \*\*

### Summary

*Public-private partnership (PPP) is widely accepted concept of private and public sectors' joint action toward the realization of public interest in free market economies. In legal discourse, PPP demands regulatory framework which has to be flexibly enough, but at the same time suitably placed in the overall market regulation, as the PPP is the sign of the qualitative improvement in the abovementioned regulation (let alone the importance for the efficiency in the providing of service of public interest). The functioning of the relevant legal framework is subject to the establishment of the strong institutional background, ideological neutrality (non-partisan approach, i.e. absence of the negative attitude toward the openness of public sector toward privately owned capital) and political support. The last condition is, with reason, critical for the application of the PPP conception in the realm: PPP devastates the monopoly of the state, as reflected in the state owned enterprises. The sovereign waiver of such monopoly has to be explicit, irrevocable and with defined scope of effect.*

**Key words:** *public-private partnership, infrastructure, public services, public administration.*

---

\* Prepared as a part of the project *The Protection of Human and minority rights in the European legal area*, (179046), conducted at the University of Niš – Faculty of Law, and supported by the Ministry of Science and Technological development of the Republic of Serbia.

\*\* Prepared as a part of the project *Sustainability of the identity of Serbs and national minorities in the border municipalities of Eastern and Southeastern Serbia* (179013), conducted at the University of Niš – Faculty of Mechanical engineering, and supported by the Ministry of Science and Technological development of the Republic of Serbia.

др **Иванка СПАСИЋ**  
професор Правног факултета, Универзитета „Привредна академија“,  
Нови Сад

## **ПРАВНА РЕГУЛАТИВА О ФРАНШИЗИНГУ (РЕШЕЊА МЕЂУНАРОДНИХ УНИФИКАЦИЈСКИХ АКАТА И ПРЕДНАЦРТА ГЗ СРБИЈЕ)**

### **Резиме**

*Франшизини њосао ѡредсѡавља сѡецифичан метод ѡсловне сарадње (кооперације) која се заснива на уѡвору. У савременој ѡсловној ѡракси еѡзисѡира велики број облика франшизини ѡслова као и више уѡворних модалитѡета ѡуѡем којих се ови различити облици франшизини ѡслова реализују.*

*Збоѡ велике сложеносѡи франшизинѡа и ѡеѡве велике разноликосѡи ѡравно нормирање је ѡрилично ѡешко, како на националном ѡако и на међународном ѡлану. Нека од кључних ѡиѡања у контексѡу франшизини ѡсловања добила су одѡварајућу, ѡрвенсѡвено међународну, регулатѡиву; одређена унификацијска решења усвојена су захваљујући великом анѡажману међународних орѡанизација, ѡре свеѡа UNIDROIT, МТК, UNCITRAL иѡд.*

*Учесѡале иницијатѡиве за регулѡсањем франшизини ѡслова у Србији коинцидирале су са ѡриѡремним радовима на доношењу ГЗ. Преднацрт ГЗ Републике Србије садржи ѡредлоѡе решења неких од најѡѡтнијих ѡиѡања франшизини ѡслова.*

*У раду се анализирају норматѡивна решења неких од најважнијих ѡиѡања франшизинѡа у међународним оквирима као и ѡредлози за нормирање овоѡ ѡслова које садржи Предлоѡ ГЗ Републике Србије.*

**Кључне речи:** франшизини уговор, водич за франшизини, Модел закон о „откривању њодаџака“, франшизини у Преднацрџу ГЗ Србије.

## I Франшизинг – појам и врсте

Франшизинг је настао у америчкој пословној пракси, диктиран практичним потребама.

У зависности од тога да ли се опсервира економски или правни аспект феномена франшизинга, о њему се може говорити као о привредном послу или уговору. Економски гледано, франшизинг представља тип пословне сарадње односно метод кооперације,<sup>1</sup> који се заснива на уговору.<sup>2</sup> То је специфичан однос кооперације између самосталних привредних субјеката који се у пракси реализује путем франшизинг уговора. Правни аспект франшизинга представља уговор о франшизингу, са свим својим специфичним карактеристикама. Франшизинг уговором једна уговорна страна – давалац франшизинга, уступа ексклузивно право продаје робе или вршења услуга другој страни – кориснику франшизинга, омогућавајући му да наступа под његовим заштићеним именом (фирмом), уз коришћење лиценци трговачких и робних жигова и других знакова разликовања, уз коришћење техничких и комерцијалних метода пословања, *know-how*-а, маркетинга и оглашавања и уз пружање стручне помоћи и услуга у обучавању кадрова корисника. Давалац франшизинга задржава право непосредне контроле и надзора над пословањем корисника. Корисник франшизинга плаћа накнаду за сва уступљена права и пренета знања, најчешће уступајући даваоцу одговарајући проценат остварене добити од пословања.<sup>3</sup> Закључивањем франшизинг уговора корисник франшизинга се укључује у пословни систем даваоца франшизинга;<sup>4</sup> будући да корисник франшизинга послује у своје име,

1 Детаљну анализу аспеката пословне интеграције в. код V. R. Emerson, „Franchising and the Collective Rights of Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43, стр. 1508; о типовима тзв. „вертикалне пословне интеграције“ в. опширније Д. Мликотин Томић, *Уговор о франшизингу*, Загреб, 1986, стр. 14–15.

2 Постоје и другачији видови кооперације који се заснивају на различитим основама, пре свега својинскоправним; ови облици се веома разликују од уговорне кооперације какву представља франшизинг.

3 В. И. Спасић, *Франшизини њосао*, Београд, 1996, стр. 46.

4 Овакав степен интеграције у пословни систем даваоца специфичан је за савременије облике франшизинга, старији облици франшизинг пословања подразумевали су углавном продају робе или вршење услуга под фирмом даваоца.

за свој рачун и на свој ризик он, у оквиру даваоачевог система, задржава велики проценат самосталности.

Степен интегрисаности (корисника франшизинга) у франшизинг систем (даваоца) растао је са развојем франшизинг пословања. Савремени сложени облик франшизинг посла настао је педесетих година прошлог века у (пословној) пракси САД у околностима наглог економског раста и увећаних потреба за различитим врстама роба и услуга; будући да убрзан економски раст није пратила довољна количина капитала, уз хронични недостатак професионално обученог особља, услови за појаву и настанак франшизинг посла били су идеални.<sup>5</sup>

У свом развоју франшизинг је прошао кроз две развојне фазе; од права ексклузивне продаје производа под фирмом даваоца, франшизинг је постепено еволуирао и усложњавао се до облика код којих постоји знатно већи степеном интегрисаности корисника у „систем“ пословања даваоца франшизинга. Поред већ „класичног“ уступања продаје, нови систем пословања по франшизинг методу укључује и пренос целокупног знања о начину и техници пословања.<sup>6</sup>

Да би се говорило о нормативном уређивању франшизинг послова мора се најпре указати на одређена питања која чине нормирање материје франшизинга веома тешким. Франшизинг послови се појављују у пракси у великом броју варијетета (врста), и сами уговори којима се у правном погледу реализује посао јављају се у неколико модалитета. Велики број пословних облика и одређена варијабилност уговорних форми кроз које се посао реализује ипак није највећи проблем, знатно већи проблем који отежава правно нормирање ове материје је њена велика сложеност. Посматрајући уговорну садржину (права и обавезе странака) одмах се уочава велики број различитих питања која се постављају код франшизинга (уступање права продаје и вршења услуга, коришћење фирме, жигова и знакова разликовања, пренос *know-how*-а, чување пословне тајне, обавезе неконкуренције, плаћање различитих облика накнаде и сл.). Скоро свако од ових питања садржи у себи потенцијални проблем нормирању. Кад се овим питањима додају и проблеми у вези са уговорном одговорношћу, раскидом уговора, сукобом закона проблем постаје још сложенији.

Постоје различите врсте франшизинг послова у зависности од критеријума који се узимају као полазни. У теорији је широко прихваћена подела франшизинг послова према области (делатности) у оквиру које

5 До појаве франшизинга доминантан облик експанзије на тржишту представљало је оснивање филијала, представништава и других облика пословних јединица.

6 В. М. Јовић, „Франшизинг у пракси, истине и заблуде“, зборник радова *Кооперација услов ојсџанка малих љривредника и велике корпорације*, В. Бања, 1990. стр. 4.

се франшизинг посао појављује; посматрано на тај начин разликују се франшизинг робе, франшизинг услуга и производни или индустријски франшизинг.<sup>7</sup> Поред ових већ „класичних“ облика нешто касније се појавио изузетно значајан, сада доминантни, облик франшизинга, то је франшизинг пословног формата („*business format franchising*“).<sup>8</sup> Класификација франшизинга се, према томе, може извршити и у односу на сложеност и еволутивну фазу појаве и развоја франшизинга.

Код „традиционалног“ франшизинга робе предмет посла је промет и дистрибуција једне или више врста роба у сврху продаје крајњим корисницима (потрошачима). Суштина овог посла састоји се, дакле, у уступању права и знања везаних за дистрибуцију одређеног производа. Права се уступају на бази искључивости. Код франшизинга услуга суштину посла представља уступање права коришћења пословног и техничког знања вршења одређених услуга; пословање корисника франшизинга се обавља под пословним именом даваоца франшизинга, уз коришћење његових жигова, знакова разликовања, *know-how*-а и сл. Производни или индустријски франшизинг је најстарији облик франшизинг пословања, данас је ређи и примењује се углавном код производње и дистрибуције безалкохолних пића (*Coca-Cola*, *Fanta*, *Schweps*, и сл.).<sup>9</sup> Предмет ове врсте франшизинг посла представља производња и промет одређене врсте робе; роба се производи по рецептури, на начин и уз коришћење технологије даваоца франшизинга, продаја се врши по даваочевим пословним методама.

Поред ових „главних“ облика постоје и друге (углавном савременије) врсте франшизинг пословања.

Франшизинг пословног формата „*business format*“ се може појавити у свим областима делатности (продаја робе, вршење услуга); у посебну категорију га издваја чињеница преноса целокупног начина пословања даваоца („*business format*“); преноси се читав „пословни пакет“, који се састоји од различитих елемената (формуле пословања, методе пласмана, лиценци, жигова, *know-how*-а специјалног *image*-а који је развио давалац у пословању и који га је учинило успешним). Саставни део „*business format*-а“ представља и вршење контроле и пружање стручне помоћи од

7 Ph. Bessis, *Le contrat de franchisage*, Paris, 1986, стр. 13 –15; исто Д. Мликотин-Томић, *нав. дело*, стр. 34–35.

8 M. Mendelsohn, *The guide to franchising*, 1992, стр. 11.

9 Домаћи произвођач добија искључиво право производње за целу земљу и тзв. сируп, односно базу производа, чију рецептуру зна само оригинални произвођач. Из те базе произвођач, по упутствима даваоца франшизинга, прави готови производ, односно пиће које дистрибуира. Обај облик франшизинга је најчешћи код „кабастих“ производа (готово пиће није погодно за транспорт и дистрибуцију на велике удаљености).

стране даваоца франшизинга. Хронолошки (и развојно) посматрано, овај посао представља најкаснији и најсложенији облик франшизинг посла.

Подела франшизинг послова се може вршити и уз помоћ других критеријума. У зависности од тога када су настали и каква је њихова структура односно степен сложености франшизинг послови се могу поделити на послове „прве генерације“ – превасходно продају и вршење услуга под фирмом даваоца, што би представљало фазу „традиционалног концепта“ и на послове „друге генерације“ или „*business format*“ франшизинг који спада у категорију „интегралног концепта“ франшизинга.

Поред ових уобичајених врста класификованих према предмету или времену настанка односно степену развоја, у теорији се често спомиње и међународни франшизинг посао.<sup>10</sup> Међународни франшизинг посао не представља специјалну врсту франшизинг посла, сваки облик франшизинга (робни, услужни, производни) може бити (и) међународни уколико се закључује у међународним оквирима. Треба, међутим, нагласити да се издвајање међународног франшизинга врши због његовог изузетног пословног значаја и учесталости.

Поред поменутих врста франшизинг послова постоји и неколико типичних модалитета уговора који се користе у франшизинг пословању (рецимо *unit franchising agreement*, *master*, *area representation*, *development*, *corner*, итд.); већина ових модалитета користи се превасходно у међународном франшизинг пословању.<sup>11</sup>

По својој заступљености и сложености (нарочито у међународном пословању) *master* уговори (као најзначајнији облик међународног франшизинга) имају највећи значај.<sup>12</sup> Код *master* споразума давалац франшизинга уступа локалном партнеру ексклузивно право да, на уговореној територији, даје под-франшизинг закључивањем франшизинг уговора са домаћим партнерима. Овај сложени пословни однос подразумева постојање три уговорне стране (мастер давалац франшизинга, локални партнер који је давалац франшизинга у под-франшизинг уговору /или уговорима/ и корисник /или корисници ако их је више/ франшизинга). Што се уговорног аспекта тиче, постоји мастер уговор и под-франшизинг уговор (или уговори). Ови сложени уговори садрже клаузуле о преносу

10 Међународни франшизинг посао може да се реализује као директни франшизинг, оснивањем филијала (*branch* и *subsidiary*), путем *joint-venture*-а, као и путем *master* споразума. Овај последњи облик је најзначајнији и најуобичајенији.

11 Опширније в. И. Спасић, „Нормативно уређење франшизинг послова“, *Сјрани правни живои*, бр. 2/2010, стр. 276-278.

12 Опширније видети у документу UNIDROIT-а, *Stady LXVIII* – Doc. 17.

права која се уступају, ексклузивитету, територији, обавезама уговорних страна, накнади, могућности (давања) под-франшизинга, клаузуле о повредама обавеза и одговорност, о обуци кадрова, надзору, о меродавном праву и форуму за решавање спорова.

## II Нормативно уређење франшизинг посла

Због комплексности предмета, разноврсности и сложености уговорне садржине, нерешеног питања правне природе франшизинга односно његове повезаности са великим бројем других уговора, као и због великог броја и типова франшизинг послова и уговора, није нимало лако правно нормирати овај уговор. Потешкоће су евидентне било да се ради о регламентирању одредбама националног права или пак о унифицирању у међународним оквирима.

Нећемо у овом раду, због недостатка простора, улазити у специфичности нормативног уређивања франшизинга у националним оквирима, треба само нагласити да се, до скоро, франшизинг третирао искључиво као „нови уговор“ који је регулисан искључиво одредбама *lex mercatoria*.<sup>13</sup> Покретањем иницијативе за међународну унификацију, а, нарочито, после усвајања Водича за мастер франшизинг велики број земаља је приступио нормирању материје франшизинга, са већим или мањим успехом. Упоредна анализа показује да су све регламентације углавном усвајале неки од „генералних праваца“ и уређивале одредбе о (пред)уговорном откривању података<sup>14</sup> (*disclosure*); облигационе одредбе (класично уређење права и обавеза странка); и регистрационе одредбе (које се односе на обавезу регистрације франшизинга, при чему држава има већи или мањи утицај на реализацију уговора). Посматрањем ова три „правца“ у нормативном регулисању могло би се слободно рећи да су се „најуспешнијим“ показале одредбе о обавезном „откривању података“, будући да оне представљају одређену меру заштите слабије уговорне стране (корисника франшизинга). Уређивање облигационог аспекта франшизинга представља „мач са две оштрице“ будући да, упркос корисности и правној сигурности коју уноси може и спутати односно закочити могући развој пословног уговора (који се још увек профилише и добија одређене специфичности у пракси). Регистрационе одредбе се углавном нису показале нарочито успешнима, потврђујући

13 Изузетак представљају амерички федерални закони (*FTC Rules, UFOC*), као и француски *Loi Dubin*.

14 Одредбама *disclosure law*-а се уређују само питања која се тичу обавештавања корисника о претходном пословању даваоца, ове одредбе не садрже облигациона питања.



тако чињеницу да видови (ма и мале) интервенције државе приликом закључивања нових врста уговора никако нису пожељни.

Постоје наравно и „комбиноване варијанте“ уређивања предуговорних питања са облигационим или регистрационим.

Што се правних извора који садрже регламентације из области франшизинга тиче, они су такође различити, од посебних закона из ове области до одељака у грађанским или трговачким законима.

Веома значајан допринос на пољу регламентације и уједначавања решења у материји франшизинг пословања дао је, првенствено, Међународни Институт за унификацију приватног права (*UNIDROIT*). Овај Институт је иницирао и спровео доношење Водича за мастер франшизинг као и Модел закона о „откривању података“ (*disclosure*), чиме је, у великој мери, помогао како успешној реализацији франшизинга у пракси тако и испровођењу нормативног регулисања франшизинга у националним законодавствима (нарочито земаља у развоју (али и „дотеривању“ нормативних решења у развијенијим земљама).

Поред великог доприноса регламентацији франшизинга који је дао *UNIDROIT*-а и Међународна трговинска комора (МТК) је дала свој специфичан допринос креирајући типски (међународни) уговор о франшизингу.<sup>15</sup>

### III Водич *UNIDROIT*-а за *master* франшизинг

Водич за франшизинг<sup>16</sup> се појавио 1998. год. као резултат вишегодишњих напора радне групе експерата *UNIDROIT*-а на послу унификације међународног франшизинг посла.

Познато је да водичи не регламентирају материју на коју се односе, не подлежу ратификацији па, самим тим, не постају део националног права, без обзира на то ови облици унификације ипак имају велики значај будући да пружају заинтересованима обиље стручних и поузданих информација и упутстава из области за коју се доносе.<sup>17</sup>

Водич за франшизинг се односи само на мастер франшизинг споразуме и његова основна намена је да детаљно упозна странке са специфичностима овог посла.

15 Текст типског уговора објављен је 2000 год. и односи се на јединичне међународне уговоре пословног формата (*unit business format franchising agreement*).

16 *Guide to International Master Franchise Arrangements*.

17 Разлог зашто је у материји франшизинга донет „само“ Водич а не неки „тврђи“ вид унификације није наравно само сложеност ове материје већ и изузетно јак лоби давалаца франшизинга који се противи тзв. „чвршћим“ облицима унификације у страху да ће то угрозити њихове доминантне позиције на тржишту франшизинга.

У складу са својом основном наменом, Водич стручно анализира и објашњава уговорне релације које настају код мастер и под-франшизинг споразума. Поред исцрпне анализе специфичних односа странака – учесника у мастер и под-франшизинг споразумима, Водич детаљно анализира и њихова специфична права и обавезе, као и последице евентуалног неизвршавања или неуредног извршавања тих обавеза. Када се говори о правима која се уступају уговором мора се имати у виду тип уговора о коме се конкретно ради. Међународни мастер франшизинг је углавном франшизинг пословног формата, код овог типа уговора јавља се низ сложених права и обавеза која се уговором уступају. Уступљена права подразумевају и метод обављања посла на начин како то ради давалац франшизинга. Уз пословни систем обавезно иду и *know-how* и индустријска својина (фирма, жигови, модели, лого). Најчешће се уговором преносе сви аспекти обављања посла, а обавезно они најзначајнији који су неопходни за његово успешно функционисање. Водич је утврдио права која се уговором преносе; ту спадају лиценца (трговачког и пословног) жига, *know-how*, модели, лого, приручници о пословању (*manuals*).

Зависно од природе конкретног посла *know-how* укључује (и) методе маркетинга, рецептуре и продукционе формуле, технику испоруке, процедуру набавке, хигијенске и контролне стандарде, обуку персонала као и многе друге операције које, у зависности од врсте посла, представљају саставни део „пословног пакета“.

Осим одређивања права која се уступају уговором, Водич указује и на то како се уступљена права правилно користе.<sup>18</sup> Уступање пословног система (или његових главних компоненти) може бити територијално ограничено а може се односити и на целу државу, док је временско одређивање обавезно (споразум мора имати одређени рок). Просторна и временска ограничења важења уговора (најчешће) су повезане са ексклузивношћу (уступљених права).

Питање одговорности странака за неизвршење или мањкаво извршење обавеза је од изузетног значаја, па је сходно томе добило и веома значајно место у Водичу. Начини и услови за окончање уговора такође су детаљно анализирани, као и судбина под-франшизинг уговора у случају окончања или раскида мастер уговора.<sup>19</sup>

18 Б. Документ UNIDROIT-а 1998, Study LXVIII-Doc. 17, стр. 22.

19 Потпуно извесна и стриктна правила по питању судбине под-франшизинг споразума не постоје ни после доношења Водича за франшизинг; начелно, под-франшизинг споразум не би остао на снази после окончања *master* споразума; генерално се сматрало да овакав споразум не би био пожељан са комерцијалног аспекта због великог броја потенцијалних компликација.

Посебно поглавље у Водичу посвећено је проблематици интелектуалне својине<sup>20</sup> (жигови,<sup>21</sup> *know-how*,<sup>22</sup> пословна тајна<sup>23</sup>) и начину њеног уговорног уступања (лиценце).<sup>24</sup>

Без обзира што не даје одређене и прецизне одговоре на многа питања постојање Водича има веома великог значаја са становишта конкретног решавања (бројних) проблема скопчаних са франшизинг пословањем, будући да заинтересованим странама предочава нека потенцијална (често алтернативна) решења.

#### IV Модел закон *UNIDROIT*-а о (пред)уговорном откривању података о пословању (*disclosure*)

Обавеза даваоца франшизинга да обавести корисника о свим битним детаљима (свог) франшизинг *business*-а представља питање које се јавља у предуговорној фази посла; ова обавеза је од виталног и кључног значаја за доношење одлуке (корисника) о ступању у „франшизинг систем“,<sup>25</sup> тек кад располаже прецизним и истинитим информацијама о пословању (односно пословном систему) даваоца франшизинга корисник може да донесе одлуку о томе да ли ће закључити уговор или не (односно да ли ће „ући“ у пословни систем даваоца или не).

Увођењем ове обавезе бар донекле је успостављена уговорна равнотежа између странака будући да њено постојање умањује могућност

20 Опширније о питањима интелектуалне својине у франшизинг пословима видети код И. Спасић, *нав. чланак*, стр. 895 и даље.

21 Све развијене земље предвиђају неки од видова регистрације жигова; регистрацијом се конституише правна заштита жига, сама техника регистрације и органи који је спроводе могу седоста разликовати од земље до земље.

22 Под *know-how*-ом се начелно подразумева укупност професионалног знања које се односи на једну специфичну област у некој проблематици. То знање је углавном комбинација општег (са)знања и искуства стеченог кроз праксу. Знања и искуства која сачињавају *know-how* могу бити веома различита по својој природи, могу бити техничка, комерцијална, административна, финансијска и друга; у контексту франшизинг пословања разликују се комерцијални и технички *know-how*; опширније Ph. Bessis, *Le contract de franchisage*, Paris, 1986, стр. 66.

23 Пословна тајна представља тзв. поверљиви (*confidential*) *know-how*, она је знатно ужи појам од *know-how*-а, то је само део *know-how*-а који је изузетно значајан и специфичан, оригиналан и (специјално) заштићен.

24 О лиценци и њеном односу према франшизингу в. И. Спасић, „Специфичности франшизинга у односу на друге сродне уговоре и његова правна природа“, *Сйрани йравни живой*, бр. 1-3/2001, стр. 178.

25 Откривање и саопштавање ових података има најчешће одлучујући утицај на опредељење будућег корисника франшизинга за закључење уговора или одустајање од њега.

даваоца да искористи своју економску надмоћ приликом закључивања уговора.

Већ је истакнуто да су поједини национални системи усмерили своју нормативну активност у области франшизинга управо на регулисање питања (пред)уговорног откривања података (о пословању), најпознатији такав пример су амерички федерални закони (*FTC Rules* и *UFOC* формулари), који су већ доста дуго (од 1979. год.) на снази у САД; ови закони предвиђају одређен број тачно утврђених питања која морају бити саопштена потенцијалном кориснику франшизинга пре закључења уговора. Ова питања (којих има минимум двадесетак, а може их бити и више) имају форму сличну формулару.<sup>26</sup> Ови специфични „формулари“ послужили су као „модел“ приликом креирања појединих националних прописа (проспеката понуде) у Француској, Шведској, Канади, Мексику, Аустралији, Бразилу, а на њих се угледао и модел закон о откривању података који је израдио *UNIDROIT*.

На плану међународног регулисања, материја (пред)уговорног обавештавања је била најпре укључена у Водич *UNIDROIT*-а о франшизингу (усвојен 1998. год.) да би касније експерти *UNIDROIT*-а издвојили овај сегмент из Водича и уредили га као модел закон,<sup>27</sup> 2002. год. Мотивација за овакав поступак лежала је у чињеници да водич, као најлабавији облик унификације, исцрпно анализира неку област или питање указујући на проблеме и могуће варијанте решења, али да модел закон као форма више одговара карактеру уређивања овог конкретног питања. Поуздано је утврђено да предуговорне обавезе треба издвојити из укупног корпуса питања о франшизингу и дати им, на унификацијском плану, већи степен егзактности. Тако су одредбе о (пред)уговорном откривању података добиле форму модел закона.

Модел закон *UNIDROIT*-а је намењен првенствено оним државама које одредбе о франшизингу уносе први пут у своје законодавство.

Модел закон *UNIDROIT*-а по својој номотехници подсећа превасходно на нормативне акте *common law*-а. У техничком погледу Модел закон има 10 чланова а његов најбитнији део представљају одредбе чланова 5 и 6. Члан 5 садржи изузетке од обавезе обавештавања (које су исцрпно наведене), док члан 6 садржи листу података које је давалац франшизинга обавезан да саопшти кориснику, пре закључења уговора (што је заправо сама „срж“ обавезе откривања података). Модел закон

26 Подаци које садрже ови специфични формулари односе се на информације економског, правног и финансијског карактера и груписане су у већи број група.

27 Модел закон иначе представља необавезујући вид правног уређења одређене правне области тзв. „*soft law*“ који служи „за углед“ како уговорним странама тако и државама које предузимају законодавну иницијативу у тој области.

је предвидео и рокове за „откривање података“<sup>28</sup> као и санкције за не поштовање ове обавезе.<sup>29</sup>

## V Нормативно уређење франшизинг уговора у Преднацрту ГЗ Републике Србије

Одредбе о франшизингу унете су у Преднацрт ГЗ Републике Србије. Одмах треба истаћи да су сами предлагачи текста ставили резерву у погледу целисходности законског уређења материје франшизинга. На питање о целисходности регламентирања веома је тешко, можда и немогуће, дати једноставан одговор, можда се не ради о томе шта је боље регулисати ову област или не, него шта је мање „угрожавајуће“ по уговорне стране и развој франшизинг посла у Србији. Нормативно уређивање пружа правну сигурност и то је свакако предност; уређење одређене правне области односно посла који је још у „развоју“ може међутим довести до његовог спутавања и дестимулисања.

Одредбе предложене у српском Преднацрту имају искључиво облигациони карактер а уопште не помињу претходно описане одредбе о (пред)уговорном „откривању података о пословању“.

Пре него што се било шта каже о предложеним одредбама облигационог карактера, треба истаћи најозбиљнију примедбу у вези са потпуном одсуством одредаба „о откривању“ података. Могло би се слободно рећи да су одредбе *disclosure law*-а потребније за франшизинг посао у Србији и за његов развој од облигационих одредаба, будући да франшизинг посао садржи елементе постојећих „класичних“ уговора, који су већ уређени одредбама облигационог права, па стога нису потпуно непознати странкама.

Што се тиче датих облигационих решења за франшизинг посао она се односе најпре на дефинисање самог посла (односно на појам уговора); његову садржину; уговорне стране; искључива права која се уступају; плаћање накнаде; територију за коју се права уступају (искључивост); обавезе уговорних страна и њихову одговорност; форму уговора; трајање и престанак уговора; подфраншизинг и његово конституисање.

Преднацрт ГЗ је предвидео обавезу регистрације франшизинг послова али ова регистрација има само евиденциони карактер па нема бојазни од интерферирања државне власти у послове франшизинга (у смислу давања или ускраћивања дозвола и утицања на карактер посла и стране које у њему могу учествовати).

28 Најмање 14 дана пре потписивања уговора или плаћања франшизинг накнаде.

29 Могућност корисника да тражи поништај већ закљученог уговора о франшизингу.

Што се тиче појма уговора о франшизингу и његове садржине она је „уобичајена“, уговор је дефинисан у његовом најсложенијем облику (будући да сложени облици могу да обухвате и једноставније може се претпоставити да би се законске одредбе примењивале и на „једноставније“ облике уговора (да је којим случајем дефиниција била више примерена мање сложеним облицима франшизинга који предстваљају само продају робе или вршење услуга под фирмом даваоца, сложени облици не би могли бити обухваћени).

Предложене обавезе даваоца и корисника франшизинга и њихова одговорност за случај неизвршења или неуредног извршења тих обавеза је предвиђена и регулисана на „стандардан“ начин и не захтева неки нарочити коментар.

Што се тиче под-франшизинга, осим уобичајене дефиниције, Преднацрт предвиђа да неважност уговора о франшизингу повлачи и неважност под-франшизинг уговора; ако би се ово применило на међународни мастер уговор то би било већ „смелије“ нормирање него што га предвиђа Водич за мастер франшизинг (Водич даје алтернативе и предлоге, што подразумева веома промишљено, прецизно и опрезно доношење одлука).

У складу са Преднацртом ГЗ корисник франшизинга сноси супсидијарну одговорност за штету причињену даваоцу радњама корисника под-франшизинга. Требало би се прилично замислити над овим одредбама и размотрити њихову оправданост (поставља се питање да ли би и „савестан избор“ био довољан).

Форма уговора која је предвиђена је писмена што је свакако опортунуно и примерено.

Одредбе о трајању, продужетку и обнови уговора су коректне у значењу али донекле „пренормиране“ односно преопширне, што може изазвати и забуну код потенцијалних уговорних страна.

Одредбе о престанку уговора могу бити сажете и знатно мање детаљне од предложених.

Може се констатовати да Преднацрт не садржи уопште појам иницијалне накнаде за франшизинг посао (*inicial fee*) која представља заправо „цену уласка у франшизинг систем“. За разлику од уобичајене накнаде (*royalty*), која постоји код свих послова код којих једна страна плаћа накнаду за коришћење неког уступљеног права другој, *inicial fee* постоји само код франшизинга. Стога је било опортунуно да текст Преднацрта предвиди овај облик почетне накнаде.

Највећа примедба на понуђени текст односи се на одредбе насловљене „ограничење права уговорних страна“ (чл. 1265 Преднацрта), овај члан садржи одредбе о искључивости уступљених права, обавези неконкурентције, обавезама у вези са формирањем цена, опремањем ло-

кала, обавезама набавке робе, као и неким другим обавезама које спадају у домен права конкуренције. Због тога што неке поменуте обавезе представљају саму суштину франшизинг посла (рецимо искључивост уступљених права) а неке, односно већина, се тиче правила конкуренције овај члан нема конзистентну садржину, предугачак је и прекомпликован. Сигурно је да би овај члан требало преформулисати (или евентуално и избацити будући да право конкуренције предвиђа облике повреда).

Осим изнетих конкретних примедба на појединачна решења, генерална опаска у вези са франшизинг одредбама (које садржи текст Преднацрта) је да су по облику доста сличне Водичу, наиме, веома опширно и исцрпно објашњавају, што није карактеристично за законске текстове и није баш увек пожељно.

**Ivanka SPASIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law, University „Business Academy“,  
Novi Sad**

## **NORMATIVE REGULATION OF FRANCHISING (CONCEPTS OF INTERNATIONAL UNIFICATION ACTS AND CIVIL CODE DRAFT OF OF SERBIA)**

### *Summary*

*Many problems connected with realisation of franchising transactions appears in business practice, especially when international franchising is concerned. Those problems might be the results of differences in regulation of certain questions or, just a contrary, the lack of regulation of certain important questions. The process of normative regulation both on international or national level is very difficult to perform; in spite of those difficulties UNIDROIT created Guide for Master Franchising and “Disclosure” Model Law. Many countries (especially after The UNIDROIT Guide) made their national regulations.*

*In this article the author is analysing the regulation of crucial problems of franchising offered by Guide for Master Franchising, “Disclosure” Model Law (both created by UNIDROIT) and the legal regulation offered in the Draft of Serbian Civil Code*

**Key words:** *franchising contract, Guide for Franchising, Disclosure Model law, franchising in CC Draft of Serbia.*

**др Предраг ДЕДЕИЋ**  
ванредни професор, Београдска банкарска академија, Београд

**др Звонко БРЊАС**  
ванредни професор, Београдска банкарска академија, Београд

**Иван СТОШИЋ**  
научни сарадник, Институт Економских наука, Београд

## ИНДУСТРИЈСКЕ ЗОНЕ У ФУНКЦИЈИ РЕГИОНАЛНОГ РАЗВОЈА И ПРИВЛАЧЕЊА ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА<sup>\*</sup>

### Резиме

*У овом чланку аутори су описали феномен индустријских зона и анализирали кључне проблеме који се односе на усвојављање такве зоне, управљање њом и њен одрживи развој. Истакнуто је да су индустријске зоне значајан инструмент локалној и регионалној развоја и у светлу тој полазишта преиспитана релевантна законска решења и институционална инфраструктура.*

*Аутори истичу да је сам процес усвојављања зоне под утицајем бројних фактора попут: регионалној развоја, државне помоћи, страних улагања, фискалној режима, власничких односа у вези земљишта, пројектној планирања, институције, животне средине, социјалних конвенци, управљања и др.*

---

<sup>\*</sup> Чланак је написан на основу резултата рада тима Београдске банкарске академије и Института економских наука из Београда на пројекту припреме студије изводљивости Индустријске зоне Смедерево. Пројекат је финансиран од стране Америчке агенције за међународну сарадњу (USAID), а имплементиран од стране програма *Municipal Support Program Activity* (МЕГА).



*Истиакнуто је да успех индустријске зоне зависи од управљања које је независно од политичких интереса и од уклапања зоне у структуру еврорегиона и привлачење средстава из релевантних фондова*

**Кључне речи:** индустријска зона, регионални развој, слободна зона, локална самоуправа, инвестиције.

## I Увод

Оснивање индустријске зоне, ефикасно управљање њом и одрживи развој представља актуелну тему у концепту трагања за адекватном стратегијом развоја неразвијених привреда. За Србију која се налази у бројним процесима који је мењају: стабилизације, транзиције, децентрализације и придруживања Европској унији, проналажење адекватног модела политичког и економског оздрављења директно је повезано са неминовношћу уклапања у постојећу структуру еврорегиона и привлачење средстава предвиђених за те намене у буџету Европске уније. Индустријска зона као центар лаке индустрије око кога би се окупили бројни пројекти и идеје пословне сарадње (посебно директних инвестиција) је комплексан задатак за све нивое власти у једној држави, а посебно за локалну заједницу и регион. Ништа мањи изазов је и на страни сваког потенцијалног инвеститора који се такође суочава са бројним изазовима правног, финансијског и организационог карактера.

Пројекат индустријске зоне подразумева да се одређено земљиште на територији града или општине (локална самоуправа) уреди тако да својом инфраструктуром и другим параметрима буде привлачно за приватне компаније да ту поставе своје производне и друге погоне. Индустријску зону дакле чини земљиште и пратеће непокретности које је организовано (или је обухваћено планом) на такав начин да одговара потребама индустрије (превасходно лаке). Треба имати у виду да многе изграђене индустријске зоне нису заживеле на начин како је то било планирано. Разлога за то има пуно.

Ефикасно управљање индустријском зоном је проблем за себе и захтева управљачки ентитет способан да реши конфликт интереса између приватног и јавног интереса (*public-private partnership*) и између политичких интереса и економског интереса (очување и увећање уложених ресурса).

Поред примарног циља да се на територију локалне самоуправе привуче инвеститор (домаћи или страни) добра страна индустријских зона је што се центар производне и пратеће пословне активности из-

мешта изван урбаног места чиме се постиже позитиван ефекат на становништво и животну средину.

Регионализација као процес вишеслојног јачања и повезивања мањих територијалних целина захватила је читаву Европу. Увиђајући позитивне резултате таквог развоја ЕУ подстиче регионални развој и сарадњу између целина унутар националних држава. Изградња модерне, такозване економије знања<sup>1</sup> зависи од повезивања и синергијског преданог деловања бројних и различитих фактора. То деловање се одвија унутар стратегија локалног, регионалног и глобалног развоја који су покретач и гарант одрживости, интернационализације и конкурентности. Индустријска зона може бити стожер у формирању кластера чији је покретач истраживачки рад као основ модернизације економског раста кроз концентрацију и деловање различитих субјеката: истраживачки центар, пословни субјекти, власт јединица локалне/регионалне заједнице, привредне коморе и асоцијације привредника, невладине организације, пословне банке и разни посредници. Све те нове активности како у традиционалним привредним областима тако и у онима које су нове и имају брз развој (по правилу заснован на новим технологијама) утичу на конкурентност конкретне локалне самоуправе.

Појединачну инвестициону развојну политику требало би да локална заједница усклади са глобалним развојем како на нивоу региона тако и републике па и шире.<sup>2</sup> Република креира економску политику којом жели да помогне развој одређених региона посебно оних које законодавац назива девастираним.<sup>3</sup> Улога Републике је да помаже локалне заједнице и дефинише њихову развијеност са циљем да их финансијски помаже. Ипак овакав однос треба посматрати као посебну опасност за конкуренцију (заштита конкуренције). Сам процес је уређен законом који уређује процес контроле државне помоћи.<sup>4</sup> Рађа се и питање да ли помоћ која стиже са нивоа Републике слаби иницијативу с локалног нивоа и питање хоће ли се капитал који је у савременим привредама веома покретљив кретати у складу са стратегијом развоја републике. У том смислу је веома важна евиденција и праћење (средства која даје држава, донаторски фондови, самостални извори) како се не би пореметила равнотежа.

1 Лисабонска стратегија промовисања економије знања.

2 Регионализација Европске уније.

3 Видети рад Националне агенције за регионални развој (основана Законом о регионалном развоју, а која је наследник Агенције за развој малих и средњих предузећа и предузетништва), Министарство економије и регионалног развоја Одељење за политику регионалног развоја.

4 Закон о контроли државне помоћи (Сл. *ил.*, бр. 51/2009).

## II Организован приступ: студија изводљивости

Оснивање зоне због своје комплексности захтева поред сагледавања бројних правних извора и анализу утицаја разноврсних друштвено-економских и финансијских параметара. Успостављању индустријске зоне требало би да претходи израда студије изводљивости која представља скуп бројних анализа (анализа друштвено-економског и правно-институционалног окружења, анализа техничко-технолошких аспеката и утицаја на животну средину, тржишна анализа, и сл. Треба имати у виду да постоји прилично велика понуда таквих зона а релативно је слаба инвестициона динамика, па успех свакако зависи од способности да се понуди и неки квалитет више осим инфраструктурно уређене локације.

Правни извори релевантни за индустријску зону су бројни и обухватају законе из различитих области (својински односи, режим грађевинског земљишта, планирање и изградња, управа и локална самоуправу, буџетски систем, животна средина...)<sup>5</sup> Ипак законска регулатива би требало да буде конкретизирана (нпр. Закон о индустријским зонама) и само добра основа да се материја разради подзаконским актима и тако понуди пут креирања индустријских зона чиме би се знатно олакшало и локалној заједници и инвеститорима. Чини се да је пре-

5 Закон о планирању и изградњи (Сл. *ил.*, бр. 72/2009, 81/2009); Закон о заштити животне средине (Сл. *ил.*, бр. 135/04); Закон о процени утицаја на животну средину (Сл. *ил.*, бр. 135/04); Закон о управљању отпадом (Сл. *ил.*, бр. 36/09); Закон о заштити од буке у животној средини (Сл.г.л.36/2009); Закону о локалној самоуправи (Сл. *ил.*, бр. 129/2007); Закону о финансирању локалне самоуправе (Сл. *ил.*, бр. 2006); Закон о потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи (Сл. *ил.*, бр. 70/2007); Закон о комуналној делатности (Сл. *ил.*, бр. 16/97, 42/98); Предлог Закона о комуналној делатности; Закон о контроли државне помоћи (Сл. *ил.*, бр. 51/2009); Закон о регионалном развоју (Сл. *ил.*, бр. 51/2009); Предлог закона о изменама и допунама Закона о регионалном развоју; Стратегија регионалног развоја Републике Србије за период од 2007. до 2012. године; Закон о Фонду за развој (Сл. *ил.*, бр. 36/2009); Стратегија развоја интерне финансијске контроле у јавном сектору; Закон о јавном дугу (Сл. *ил.*, бр. 85/2005, 115/2005); Закон о изменама и допунама Закона о јавном дугу (Сл. *ил.*, бр. 107/2009); Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (Сл. *ил.*, бр. 7/2006); Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (Сл. *ил.*, бр. 25/2000, 25/2002, 107/2005 и 108/2005-испр.); Закон о јавним набавкама (Сл. *ил.*, бр. 116/2008); Закон о јавним агенцијама (Сл. *ил.*, бр. 18/2005, 81/2005); Закон о страним улагањима (Сл. *ил.*, бр. 3/02 и 5/03); Стратегија развоја слободних зона Србије 2010–2015; Закон о слободним зонама (Сл. *ил.*, бр. 62/2006); Уредба о ближим критеријумима за оцену економске оправданости одређивања подручја слободне зоне (Сл. *ил.*, бр. 69/2006–12); Национални инвестициони план; Стратегија развоја електронске управе у РС за период од 2009 до 2013; Закон о електронском документу (Сл. *ил.*, бр. 51/09); Закон о електронском потпису (Сл. *ил.*, бр. 135/04); Закон о заштити података о личности (Сл. *ил.*, бр. 96/07).

вагнула политичка воља да се то учини са слободним зонама о чему говори и оснивање посебног органа управе и доношење одговарајуће регулативе.<sup>6</sup>

Када су у питању друштвено економски фактори утицаја они се односе на запошљавање локалног становништва, утицај на животну средину, јачање капацитета локалне привреде, јачање фискалног капацитета локалне самоуправе и др. Са друге стране финансијски циљеви су преваходно оријентисани ка остварењу приноса на уложена средства. Политички фактор такође делује на свој начин, некад конструктивно а некад деструктивно. Пред локалном заједницом је сложен задатак да уравнотежи деловање тих фактора и хетерогених интереса.

Развој индустријске зоне као специфичан инструмент привредног развоја локалне заједнице, простире се на више сегмената друштва и привредног живота и подразумева укључивање више субјеката у инвестициони процес, што неминовно носи са собом опасност од конфликта интереса између органа централне и локалне власти, као и унутар сваке од њих. Посебно значајан проблем може доћи од конфликта функција односно политичке (решавање политичких проблема) и власничке (управљање финансијским ресурсима у складу са правилима економске струке). Из тих разлога успостављање одговарајуће структуре и процеса система којим се уравнотежавају ти интереси је веома значајан сегмент у процесу успостављања и управљања индустријском зоном.

Развој Републике Србије је фондиран и пројектован значајним бројем стратешких докумената како централне тако и локалне власти и указује на очигледан тренд јачања локалне самоуправе и већа заинтересованост за усмеравање сопственог привредног развоја. Истовремено пракса показује да процес изградње индустријских зона напредује али и да њихов број није и потврда ефикасности тог процеса. Тачније чини се да и даље овај модел развоја остаје недовољно искоришћен потенцијал у привлачењу директних инвестиција. Овакво стање доводи нас у недоумицу и као прво се намеће питање да ли је одлучи да се формира индустријска зона претходила одговарајућа аргументација која потврђује сврсисходност оснивања као и да ли се на ефикасан начин управља постављеном зоном.<sup>7</sup> Поред ове констатације и питања остаје и не мање значајно отворено питање (којим се нећемо бавити у овом раду) да ли је добро у конкретном случају успоставити индустријску

6 При Министарству финансија основана је Управа за слободне зоне, поред посебног закона којима се уређују слободне зоне, донета је и Стратегија развоја слободних зона Србије 2010–2015. и др.

7 Већ је поменуто да за привлачење директних инвестиција у новооснованој индустријској зони више није довољно да се понуди само земљиште са уређеном инфраструктуром.

зону на пољопривредном земљишту (промена намене) на штету развоја пољопривреде. Свакако ствари треба сагледати и шире од локалног нивоа и имати у виду значај свеукупне инвестиционе климе.<sup>8</sup>

### III Глобалне инвестиције и локални ниво

Локална самоуправа постаје све значајнији иницијатор сопственог привредног развоја. Основ за то су, релативно скоро, поставили нови законски прописи јасно дефинишући нов правни положај локалних самоуправа.<sup>9</sup> Правни положај локалне самоуправе је дефинисан законом, чиме је разграничена надлежност централне власти и јединице самоуправе (општина односно град) и републике.<sup>10</sup>

Савремено друштво и привреда од локалне самоуправе траже да се значајније укључи у све сфере живота у циљу задовољења интереса локалног становништва, а посебно економској. Процес инвестирања у томе има посебно значајан положај. Обављање делатности које су у интересу локалне заједнице, њених органа и грађана, може се вршити и преко преко правног или физичког лица у складу са законом.<sup>11</sup>

Сведоци смо значајних промена које погађају националне државе у европском простору. Процеси који имају посебну тежину и директно утичу на привредни живот су: процес стабилизације и придруживања, којим се одузима (добровољна предаја) значајан део суверенитета националној држави и преноси на супранационалну творевину (ЕУ), процес децентрализација којим се јачају надлежности локалне самоуправе и региона у односу на централну власт и коначно процес приватизације којим државна имовина прелази у приватно власништво.<sup>12</sup> Све ове промене имају за циљ изградњу ефикасније и јефтиније државе и снажнији привредни развој.

Може се истаћи да је локална самоуправа директно заинтересована за инвестиције на својој територији и по природи ствари лакше може да их решава. Управо кроз процес успостављања индустријске зоне могуће је сагледати пун капацитет и значај локалне власти али и максимум домаћаја њеног деловања јер је она само сегмент ојачан кроз

8 Према извештају Светске банке за 2010. годину (енгл. *Doing Business Report*) Србија је на 88. месту по погодности оквира за инвестирање.

9 Видети Закон о локалној самоуправи (*Сл. ил.*, бр. 129/2007); Закон о финансирању локалне самоуправе (*Сл. ил.*, бр. 2006).

10 Закон о локалној самоуправи (*Сл. ил.*, бр. 9/02).

11 Видети чл. 6 Закон о локалној самоуправи (*Сл. ил.*, бр. 9/02).

12 За Србију је значајан и процес враћања одузете имовине (сведоци смо дугог очекивања доношења закона којим би се уредила та област).

процес децентрализације власти али под директним утицајем ширег процеса регионализације не само Републике Србије<sup>13</sup> већ Европске уније. Свеобухватан приступ захтева да индустријску зону сагледамо као саставни део региона а у светлу третмана осталих региона а посебно суседних унутар исте државе.<sup>14</sup> У том смислу морамо уважити деловање бројних фактора као што су: регионални развој, мере државне помоћи, заинтересованост потенцијалних инвеститора, механизме за елиминисање конфликта интереса, ефикасност административних процедура, могућности за финансијске подстицаје и др.

Сумаран увид у законску регулативу и институционални оквир показује да локална самоуправа има капацитет за успостављање индустријске зоне. Посебно значајна законска регулатива која се односи на разграничење надлежности локалне (општине и градови) и централне власти по питању индустријских зона, правни основ за иницијативу развојних пројеката и њихово финансирање и конкретно одређење субјекта надлежног да оперативно реализује и води инвестициони подухват.

Проблем финансијских могућности локалне заједнице по правилу се јавља у већини општина. Ова област уређена је Законом о финансирању локалне самоуправе.<sup>15</sup> Начин и услове под којима локална заједница може да прикупља новчана средства задуживањем, одређују законски прописи.<sup>16</sup> Додатна средства могу се обезбедити задуживањем које може бити путем узетог кредита или емитовања хартија од вредности.

Преузимајући одговорност за сопствени развој локална самоуправа мора да просторно планирање искористи као ефикасан инструмент у привлачењу инвестиција и повећању стопе запослености локалног становништва. Слободно земљиште у приградској зони је значајан ресурс и потенцијал развоја али је његово коришћење и деформације које је собом носио процес градње драстичан пример за неуспех. Аналитичари то приписују лошој правној регулативи која је претходила садашњем Закону о планирању и изградњи.<sup>17</sup> Стање које је за собом оставио претходни закон (тачније његово непоштовање) стручњаци означавају као еклатантан пример неефикасности и корупције у јавном сектору са веома негативним последицама на привреду и живот становништва.

13 Видети Стратегију регионалног развоја Републике Србије за период од 2007. до 2012. године.

14 Закон о регионалном развоју (Сл. *ил.*, бр. 51/2009).

15 Закон о финансирању локалне самоуправе (Сл. *ил.*, бр. 2006).

16 Закон о јавном дугу (Сл. *ил.*, бр. бр. 61/2005).

17 Закон о планирању и изградњи (Сл. *ил.*, бр. 72/2009, 81/2009).

Нова регулатива представља покушај да се следећи европска документа област просторног и урбанистичког планирања, режима грађевинског земљишта и изградње објеката уреди на квалитетан начин.

Оснивања индустријске зоне свакако подразумева јасан правни статус земљишта на коме се гради. Локална самоуправа није власник земљишта јер према пропису из 1995. године припада Републици Србији. Тако да све трансакције са земљиштем (осим закупа)<sup>18</sup> подлежу режиму одобрења од стране републичког органа (дирекција). Често се у пракси јављају проблеми у вези са земљиштем (враћање земље власницима, дугорочни закупа, нерешени својинско-правни односи и др.). Поред својинских питања јавља се и проблем намене земљишта уколико је се индустријска зона подиже на земљишту које је пољопривредно (поступак превођења пољопривредног у непољопривредно земљиште и сл.). Такође утврђивање терета на њему, закупа и сл. Питање ресурса који чине индустријску зону и правног овлашћења да се њима управља додатно компликује ситуацију.

Средства која су стекле (или стичу) локалне самоуправе су Законом о средствима у својини Републике Србије<sup>19</sup> дате у својину Републици Србији. То конкретно значи да је имовина јединица локалне самоуправе постала имовина Републике Србије а јединице имају право коришћења. Овакво правно стање резултирало је и обавезом да се за све трансакције у вези земљишта (закуп, хипотека...) обавезно тражи сагласност Дирекције за имовину Републике Србије. Идентичан правни статус има и имовина јавних предузећа чији је оснивач јединица локалне самоуправе.

Постојеће стање указује да је неопходно доношење закона о јавној својини. Чињеница да је Законом о планирању и изградњи<sup>20</sup> направљен велики помак напред у смислу да је прописано да јединица локалне самоуправе може да има својину на грађевинском земљишту али је спровођење те одредбе директно везано за доношење закона који би уредио питање јавне својине.

Успех индустријске зоне зависи у великој мери од њених компаративних предности (стратешки положај, комунална опремљеност...). Конкретно говорећи веома је важно мотивисати улагача-инвеститора (цена земљишта, финансијски подстицаји, процедура за добијање дозвола, правна заштита и др.).<sup>21</sup> Подстицајне мере на нивоу републи

18 Закуп земљишта које не спада у јавно од стране приватног лица.

19 Закон о средствима у својини Републике Србије (Сл. ил., бр. 53/95, 3/96, 54/96, 32/97).

20 Закон о планирању и изградњи (Сл. ил., бр. 72/2009, 81/2009).

21 Карактеристике земљишта, расположива површина и намена земљишта (пољопривредно), уситњеност парцела, власништво над парцелама (проблем повраћаја земљишта власницима) итд.

ке,<sup>22</sup> региона и локалне су веома значајне у том процесу привлачења директних инвестиција. Примера ради земљиште се уступа без надокнаде, бесплатне комуналије, ефикасан систем издавања дозвола и сл. Локална самоуправа мора да припреми адекватну комуналну, енергетску, саобраћајну у другу структуру.

Основна обавеза локалне самоуправе је да првенствено делује на добробит локалног становништва, превасходно повећање запослености и стандарда па у том смислу све подстицајне мере морају да носе са собом и обавезе које се намећу инвеститору. Примера ради обавеза да запосли одређени број људи.<sup>23</sup>

Општеприсутан тренд код земаља у транзицији и развоју је успостављање слободних зона у циљу привлачења страног капитала. Слободне зоне представљају специфичан инструмент економске политике и по правилу се везује за земље у развоју и транзицији. Чини нам се потребним да пројекат индустријске зоне укључи и евентуално такву солуцију уколико страним инвеститорима одговара тај облик екстериторијалног пословања. Тенденција формирања слободних зона у Србији<sup>24</sup> указује на потенцијалну трансформацију индустријске зоне у слободну зону и коришћење одређених предности. То собом носи читав низ мера погодности по питању ослобођења од накнада у изградњи и при експлоатацији објеката (уређење грађевинског земљишта, за издавање услова за прикључење на инфраструктурне мреже, таксе и трошкови општинске управе и др.

Локална власт поред законске подлоге за своју инвестициону активност мора да има подршку централне власти на путу привлачења директних инвестиција (стратегије, конкретне мере и сл.).<sup>25</sup>

22 Посебно значајни подстицаји у сфери пореске политике (порез на добит, на зараду, олакшице приликом запошљавања радника, порески кредити и ослобађања пореза на инвестиције у одређеном временском периоду и сл. Од не мањег значаја су и финансијски подстицаји (додела бесповратних финансијских средстава за инвестиције, програми ванредних подршки и сл.).

23 Везивање броја људи који морају бити запослени по хектару добијеног земљишта (нпр. 20 људи по хектару уступљеног земљишта), као и условљавање инвеститора да запослена лица буду са територије локалне самоуправе.

24 У саставу Министарства финансија формирана је Управа за слободне зоне са циљем да пружа стручну помоћ инвеститорима (посебно у пословима везаним за повећање извоза у сарадњи са СИЕПА) и другим заинтересованим лицима и врши одговарајући надзор над управљањем зоном. У вези слободних зона видети Стратегија развоја слободних зона Србије 2010–2015; Закон о слободним зонама (Сл. *ил.*, бр. 62/2006); Уредба о ближим критеријумима за оцену економске оправданости одређивања подручја слободне зоне (Сл. *ил.*, бр. 69/2006–12).

25 Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција (Сл. *ил.*, бр. 34/2010) – на основу ње путем јавног позива додела бесповратних финансијских средстава за инвестиције (јавни позив преко СИЕПА); Програм ванредне подршке грађевинске индустрије у условима светске економске кризе у 2010. и др.



#### IV Закључак

Значај овог рада видимо у све већој свести да индустријске зоне имају кључну улогу у развоју Републике Србије а посебно њених неразвијених регија.

Локална самоуправа у Србији према позитивним прописима може да оснује индустријску зону и искористи је као инструмент сопственог развоја. То је комплексан задатак за локалну заједницу и сваког потенцијалног инвеститора и собом носи бројне изазове правног, финансијског и организационог карактера.

Пројекат те врсте подразумева да се одређено земљиште на територији града или општине (локална самоуправа) уреди тако да својом инфраструктуром и уз друге пратеће садржаје и подстицаје буде привлачно за приватне компаније да ту поставе своје производне и друге погоне. Индустријску зону чини земљиште и пратеће непокретности које је организовано (или је као такво обухваћено планом) на начин да одговара потребама индустрије (превасходно лаке). Поред остварења примарног циља да се инвеститори концентришу на одређеној локацији (домаћи или страни) и тако подстакне производња и запосли локална радна, постиже се и додатни позитиван ефекат јер се индустрија удаљава од урбаног места чиме се позитивно делује на становништво и животну средину.

Правни оквир је потребно дорадити у смислу јасног дефинисања власништва локалних самоуправа. Такође подзаконска акта би требало да детаљније уреде тај процес индустријализације Србије. Привлачење директних страних инвестиција је много комплекснији захват од пуког уређења земљишта. Локална самоуправа мора да буде активна у том процесу јер је у том привлачењу директних инвестиција и сама изложена конкуренцији других локалних самоуправа. Ентитет коме се поверава управљање зоном мора бити састављен од експерата и способан да се одупре политичким интересима функционера локалног, регионалног и централног нивоа власти.

Успех индустријских зона у Србији зависи и од њихове компатибилности са развојном политиком Европске уније, посебно у односу на већ формиране еврорегионе и постојеће сличне зоне и индустријске паркове. Добро позиционирана зона има шансу да привуче директне инвестиције и средства из релевантних фондова.

**Predrag DEDEIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Belgrade Banking Academy, Belgrade

**Zvonko BRNJAS**

Assistant Professor at the Belgrade Banking Academy, Belgrade

**Ivan STOŠIĆ**

Scientific Researcher, Institute of Economic Sciences, Belgrade

## INDUSTRIAL ZONES AND THEIR INFLUENCE ON REGIONAL DEVELOPMENT AND RAISING DIRECT INVESTMENTS

### Summary

*In this article authors describe and analyse the phenomenon of industrial zone which seems to be an important instrument in the municipal and regional development policies. They point out some of the main factors of influence and discuss the legal and institutional frame.*

*The process of setting up a new industrial zone is strongly influenced by many factors such as: regional development, state aid, policy on foreign investments, fiscal regime, land ownership, planning and constructing regulations, restitution of nationalised property, environment, social impact, management etc.*

*The authors point out that it is very important issue how to finance the project and how to manage financial resources of municipality efficiently. To achieve that efficiently, the ownership function must be separated from other state functions and management of industrial zone has to be independent.*

*The whole process has to be created in accordance with EU regional policy to benefit from relevant financial funds.*

**Key words:** *industrial zone, regional development, free zone, municipality, investments.*

др *Сандра* ФИШЕР-ШОБОТ  
асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## РОК ЗА ПРЕГЛЕД РОБЕ У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНЕ ПРОДАЈЕ

### Резиме

*Правила садржана у Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе предвиђају да је купац дужан да прегледа испоручену робу и да о њеним евентуалним недостацима блаовремено и уредно обавести продавца. Дужности прегледа робе код уговора о међународној продаји има велики теоријски и практични значај. Чл. 38 БК изричито регулише да је купац дужан да прегледа робу и време у ком то треба да учини. Посредно се из конвенције може одредити место прегледа, као и на који начин и у ком обиму је потребно прегледају робу. Предмет анализе у овом раду је рок у којем је купац дужан да прегледа робу.*

**Кључне речи:** *саобразности робе, преглед робе, рок за преглед робе, Бечка конвенција.*

### I Увод

Правила садржана у Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе<sup>1</sup> (у даљем тексту: Бечка конвенција, БК) предвиђају да је купац дужан да прегледа испоручену робу и да о њеним евентуалним недостацима блаовремено и уредно обавести продавца.

---

1 Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ* 10/1/84 од 31.12.1984; даље у фуснотама: БК).

Преглед робе није правна обавеза, него *дужности* (*die Obliegenheit*).<sup>2</sup> Дужност значи „обавезу према самом себи“<sup>3</sup>, а не према другој уговорној страни. Дакле, преглед робе за купца представља додатно оптерећење. Неизвршење прегледа не представља повреду уговора и због тога продавац не може од купца захтевати да прегледа робу нити има према њему захтев за накнаду штете.

Основни циљ прегледа је да купац брзо стекне утисак о стању испоручене робе и открије недостатке у квалитету, количини, врсти и паковању.

Дужност купца да прегледа робу је тесно повезана са његовом дужности обавештавања. Преглед робе најчешће претходи обавештењу и припрема га. Међутим, преглед робе није предуслов уредне пријаве недостатака. То значи да ће, уз испуњеност других законских услова, обавештење купца производити дејство и онда кад он робу није довољно или није уопште прегледао. Такође, неизвршење прегледа робе и нестављање приговора због недостатака не штети купцу ако се ради о скривеном недостатку, односно ако несаобразност не би могла да се открије приликом одговарајућег прегледа.<sup>4</sup> Изузетно, неизвршење прегледа неће штетити купцу у случају несавесности продавца, односно кад се недостатак саобразности односи на чињенице које су продавцу биле познате или му нису могле бити непознате, а он их није открио

2 Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, стр. 388; Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005<sup>2</sup>, стр. 448; Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, стр. 523; Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, стр. 2385; Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, стр. 2827.

3 Max Hutter, *Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980*, Allgäu, 1988, стр. 70.

4 „Купцу не може штетити ако је пропустио преглед, кад нормалан преглед не би могао открити недостатак“ – BGH NJW 1982, 2730. Наведено према Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, стр. 175. Видети и Finland, *Helsinki Court of Appeal (Steel plates case)*, 29 January 1998.

Исто тако Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Bern, 2004, стр. 215; Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg 2010, стр. 410; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 448; K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 523; H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2824.

купцу,<sup>5</sup> као и кад је купац имао разумно оправдање за необавештавање продавца.<sup>6</sup>

Основна разлика између дужности прегледа робе и дужности обавештавања продавца о недостацима се огледа у томе што купац не трпи никакве санкције ако не изврши преглед робе. Ипак, он у том случају сноси ризик постојања несаобразности, односно сноси ризик да не успе са приговором. Ако због неизвршеног прегледа недостаци на роби буду откривени прекасно (по протеку рока за обавештавање) купац губи право да се на њих позива. Према томе, у интересу је купца да правовремено и уредно прегледа робу. С друге стране, необавештавање о несаобразности води губитку права.

Поред примарне функције прегледа, која се састоји у откривању недостатака робе и припреми рекламације, значај прегледа робе се огледа и у следећем. Преглед треба да одреди кад је, ако није извршен преглед, купац *морао* открити несаобразност робе и од тог тренутка почиње да тече разуман рок за обавештавање продавца о несаобразности. Поред тога, према чл. 49(2)(б)(и) БК купац губи право да раскине уговор ако то не учини у разумном року пошто је сазнао или *морао* сазнати за повреду.

## II Почетак рока за преглед робе

Купац је дужан прегледати робу или је дати на преглед у што је могуће краћем року, зависно од околности.<sup>7</sup> Потребно је разликовати кад рок за преглед почиње да тече и његово трајање. Ради се о питањима која се примарно одређују уговором, обичајима и праксом успостављеном између страна. Правило садржано у конвенцији има допунски значај.

Рок за преглед почиње да тече најраније са тренутком испоруке.<sup>8</sup> Конвенција допушта одступање од наведеног правила у два случаја. Прво, када уговор о продаји предвиђа превоз робе почетак рока за преглед се одлаже до њеног стижања у место опредељења<sup>9</sup> и друго, уз испуњење одређених претпоставки, почетак рока за преглед се одлаже ако је купац у току превоза робе променио њен правац или је даље отпремио.<sup>10</sup>

5 Видети чл. 40 БК.

6 Видети чл. 44 БК.

7 Чл. 38(1) БК.

8 Burghard Piltz, *UN-Kaufrecht: Gestaltung von Export- und Importverträgen; Wegweiser für die Praxis*, 2. Auflage, Bonn, 1996, стр. 61.

9 Видети чл. 38(2) БК.

10 Видети чл. 38(3) БК.

Питање које у конвенцији није изричито решено и које ће бити анализирано је кад почиње рок за преглед код превремене и задоцнеле испоруке.

## 1. Основно правило

Под условом да не постоји другачији споразум страна и да не постоје услови за примену чл. 38(2) и (3) БК, рок за преглед почиње у тренутку извршења испоруке.<sup>11</sup>

Почетак рока за преглед робе директно зависи од обавезе испоруке и њеног садржаја. Тренутак испоруке је без ограничења меродаван кад је продавац дужан да испоручи робу у купчевом седишту. Тада је обавеза испоруке обавеза доношења (*die Bringschuld*).<sup>12</sup> Ако испорука представља дуг који се дугује (*die Holschuld*) тј. ако продавац своју основну обавезу извршава стављањем робе на располагање купцу на одређеном месту у одређено време, онда рок за преглед робе почиње у тренутку кад је роба купцу стављена на располагање.

Рок за преглед почиње да тече само ако је роба испоручена на правом месту. Место испоруке се одређује према споразуму страна, обичајима и пракси успостављеној између страна, а секундарно према чл. 31 БК. Ако испорука буде извршена на погрешном месту, рок за преглед не почиње да тече.<sup>13</sup> Наиме, купац може да чека да му роба буде на располагању на правом месту.<sup>14</sup> Супротно, кад купац прими робу на погрешном месту са намером да је ту користи, онда почиње да тече рок за преглед.

Рок почиње кад купац фактички дође у посед робе, односно у тренутку кад он има *de facto* могућност да робу прегледа. Некада је поред испоруке продавац дужан да изврши и додатне чинидбе (нпр. да купцу преда упутство за употребу) да би купац могао да започне са прегледом робе. У наведеном случају рок за преглед почиње да тече тек кад продавац изврши те чинидбе.<sup>15</sup>

11 CISG-online 643, Austria, *Oberster Gerichtshof*, 14 January 2002 (рок за преглед робе почиње чим је роба купцу стављена на располагање на месту испоруке); Germany, 10 February 1994, *Oberlandesgericht Düsseldorf* (рок за преглед почиње од испоруке робе) доступно на [www.unilex.info](http://www.unilex.info); CISG-online 493, Italy, *Tribunale Vigevano*, 12 July 2000 (рок за преглед почиње да тече од испоруке робе или непосредно након тога, осим кад се недостаци могу открити тек при преради робе).

12 Видети више код К. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 527.

13 CISG-online 643, Austria, *Oberster Gerichtshof*, 14 January 2002.

14 Видети више код W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2376.

15 Видети више код С. Brunner, *нав. дело*, стр. 219; Achilles, *нав. дело*, стр. 107; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 455; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2376.

Код делимичних испорука је купац дужан да прегледа појединачно сваку испоруку и рок за преглед почиње да тече посебно за сваку испоруку.<sup>16</sup> Изузетно, ако је испоручена роба функционално повезана (нпр. испорука делова код сложених машина) и ако се тек њеним спајањем може утврдити да ли је саобразна, рок за преглед почиње да тече од тренутка кад је преглед фактички могућ тј. кад купац на располагању има цео уређај.

Ако се роба може прегледати тек кад отпочне њено коришћење у производњи, онда од тог тренутка почиње рок за преглед.<sup>17</sup>

## 2. Почетак рока за преглед код превремене и задоцнеле испоруке

Основно је правило да рок за преглед почиње са испоруком. При том ако испорука треба да буде извршена тачно одређеног дана,<sup>18</sup> рок за преглед почиње од тог дана. Ако испорука треба да буде извршена у одређеном року,<sup>19</sup> за почетак рока за преглед је меродаван тренутак извршења испоруке, а не крај рока. Поставља се питање када почиње рок за преглед кад испорука није извршена у право време, односно код превремене и задоцнеле испоруке.

Превремена испорука постоји ако продавац испоручи робу пре уговореног времена, односно пре уговореног дана или пре првог дана рока за испоруку. Поред тога, ако је уговорена испорука „на позив“ купца, превременим се сматра извршење испоруке пре дана који је одредио купац.

Код ране испоруке може бити спорно да ли рок за преглед почиње да тече од момента стварне испоруке или од тренутка кад је испорука требало да буде извршена. У теорији права међународне продаје је доминантно следеће мишљење. Ако је роба испоручена пре времена, рок за преглед почиње да тече тек од уговореног дана испоруке, односно од почетка рока за испоруку.<sup>20</sup> Наведено мишљење има основ у чињеници да превремена испорука представља повреду уговора из чл. 45(1) БК и да сходно принципу савесности купац не сме трпети додатне штетне последице. Некад је за извршење прегледа потребно извршити одређене

16 Тако С. Brunner, *нав. дело*, стр. 219.

17 Belgium, 6.10.1997, *Rechtbank van Koophandel, Kortrijk* (благовременим се сматра преглед у време отпочињања производње) доступно на [www.unilex.info](http://www.unilex.info); CISG-online 493, Italy, *Tribunale Vigevano*, 12 July 2000.

18 Видети чл. 33(а) БК.

19 Видети чл. 33(б) и (ц) БК.

20 Видети више код W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2379, 2380; M. Hutter, *нав. дело*, стр. 73.

припреме и могуће је да их купац није окончачо у време ране испоруке. Наиме, замислимо је да се купац припремио да преглед изврши тачно одређеног дана (нпр. ангажовао је стручњаке за извршење прегледа или је изнајмио одређене машине потребне за преглед). Поред тога, код превремене испоруке је могуће да до доспелости продавац отклони недостатке поправком или испоручи исправну робу.<sup>21</sup> Будући да извршење прегледа претпоставља отварање амбалаже, продавац би имао додатне трошкове и тешкоће у случају да роба треба да се превезе назад због поправке или замене.

Наведено схватање је исправно, али не представља потпуну анализу проблема. Сматрамо да је при давању одговора на ово питање неопходно утврдити да ли је купац сагласан са раном испоруком или не. Другим речима, када ће почети рок за преглед зависи, пре свега, од става купца према превременој испоруци. У случају ране испоруке са којом се купац није сагласио могу се разликовати две ситуације – кад је испорука требало да буде извршена тачно одређеног дана и кад извршење испоруке требало да уследи у одређеном, уговореном<sup>22</sup> или разумном,<sup>23</sup> року. Код испоруке тачно одређеног дана рок за преглед почиње да тече од дана кад је испорука требало да буде извршена. Други случај се односи на испоруку у одређеном року. Код испоруке у одређеном временском периоду продавац, по правилу, бира кад ће испоручити робу. У том случају, ако продавац испоручи робу пре уговором или конвенцијом одређеног времена, рок за преглед почиње да тече од првог дана рока. Ако је купац овлашћен да одреди тачан дан испоруке, онда рок за преглед почиње да тече од тог дана. Међутим, ако купац не одреди време испоруке, продавац мора испоручити робу до последњег дана рока, од ког би почео да тече рок за преглед.

Ако се, међутим, продавац и купац накнадно, изричито или прећутно, сагласе са променом термина испоруке, онда рана испорука не представља више повреду уговора из чл. 45(1) БК и рок за преглед почиње од момента извршења испоруке. У пракси ће то често и бити случај, јер ће купац одлучити да прихвати испоруку робе пре уговореног рока, увек кад је то у складу са његовим потребама и интересима.

У случају задоцнеле испоруке, рок за преглед почиње у тренутку кад је испорука извршена.<sup>24</sup> Доцња са испоруком може да утиче на трајање рока за преглед јер је могуће да купцу искрсну неки други послови или да због одређених околности не може да прегледа робу оно-

21 Видети чл. 37 БК.

22 Видети чл. 33(б) БК.

23 Видети чл. 33(ц) БК.

24 Видети више код W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2380.



лико брзо као да му је роба испоручена благовремено (нпр. одређени стручњаци за извршење прегледа нису на располагању).

### 3. Одлагање почетка рока за преглед

Бечка конвенција допушта у одређеним случајевима одлагање почетка рока за преглед. Да ли ће доћи до одлагања прегледа из чл. 38(2) и (3) БК зависи, пре свега, од воље купца. Он може, и поред испуњености услова за одлагање почетка рока да прегледа робу раније. Рани преглед је не само у интересу продавца, него и у интересу купца, јер он увек мора да докаже да је роба била несаобразна у време преласка ризика. Сходно томе, одлагање прегледа за купца представља додатни терет.

#### *а) Кад према уговору о продаји роба треба да се превезе*

Ако се уговором предвиђа превоз робе, преглед се може одложити до стицања робе у место опредељења.<sup>25</sup> У овом случају, иако продавац обавезу испоруке извршава предајом робе првом превозицу, почетак рока за преглед се одлаже до приспећа робе у место опредељења. Место опредељења је место на које се роба упућује у уговору у превозу. Често је место опредељења седиште купца. *Ratio* ове норме је уважавање интереса купца. Купцу у великом броју случајева неће одговорати или ће му бити немогуће да робу прегледа на месту испоруке. Сходно томе, од њега се не може очекивати и захтевати да изврши преглед при предаји робе првом превозицу.

Чл. 38(2) БК се примењује кад робу превози лице које је независно и самостално у односу на уговорне стране из уговора о продаји. Независни превозилац је привредни субјект који има правни субјективитет и који може закључити са продавцем пуноважан уговор о продаји.<sup>26</sup> Насупрот томе, ако робу превозе лица која су запослена код продавца или лица која поступају по његовом налогу, онда нема места примени чл. 38(2) БК.

Чл. 38(2) БК узима у обзир околност да самостални превозилац при преузимању робе од продавца и при издавању превозне исправе потврђује само њено спољно стање. Превозилац је дужан да утврди спољно стање робе, пре свега, у циљу ослобађања од одговорности за

25 Чл. 38(2) БК. Germany, *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 8.1.1993, доступно на: [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (стране су у уговору изричито искључиле могућност одлагања прегледа робе до њеног приспећа у место опредељења).

26 Сандра Фишер-Шобот, *Одговорности продавца за испоруку робе у међународном и домаћем праву*, докторска дисертација, Нови Сад, 2010, стр. 30.

недостатке које роба има у тренутку пријема на превоз. Притом превозилац не мора поседовати ни стручност ни опрему нужне за извођење прегледа из уговора о продаји. Такође, ако би због извршења прегледа било потребно отварање запаковане робе то би створило значајне трошкове и било би у супротности са обавезом продавца да упакује робу тако да она буде подобна за превоз.<sup>27</sup>

Рок за преглед не почиње да тече кад купац и пре присећа робе у место опредељења, дође у посед „нечисте“ превозне исправе.<sup>28</sup> Разлози су следећи. Прво, преглед превозиоца за купца нема већи практични значај, јер је редовно у месту опредељења потребно извести детаљнији преглед да би обавештење о недостацима робе било довољно одређено.<sup>29</sup> Недостаци које констатује превозилац су по правилу крајње очигледни (нпр. разбијена оригинална стаклена амбалажа, део робе се покварио), па би постојање „нечисте“ превозне исправе могло да утиче на дужину рока за преглед, односно да га скрати. И друго, превозилац је независан привредни субјект који поступа у своје име и за свој рачун, а не у име и за рачун купца.

У теорији је доминантан став да за примену чл. 38(2) БК није важно која уговорна страна закључује уговор о превозу,<sup>30</sup> односно да се чл. 38(2) примењује и кад купац организује превоз робе али га не изводи сам.<sup>31</sup>

### б) *Кад је роба йреусмерена или даље оййремљена*

Ако је купац у току превоза робе променио правац или је даље отпремио, а да при том није постојала разумна могућност да је прегледа, и ако је продавцу у тренутку закључења уговора била позната или му је морала бити позната могућност ове измене правца или даље отпреме, преглед робе може да се одложи до приспећа робе у ново место опредељења.<sup>32</sup> Наведено решење представља новину у односу на УЛИС,

27 Видети више код К. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 527.

28 Исто тако С. Brunner, *нав. дело*, стр. 219; Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 418; W. Krüger, Н. Р. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2377.

29 Према чл. 39(1) БК обавештење о недостацима је довољно одређено ако је у њему наведена природа недостатака.

30 Видети више код R. Herber, B. Czerwenka, *нав. дело*, стр. 178; Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, стр. 299; Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 418; W. Krüger, Н. Р. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2377; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 456.

31 Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, стр. 156.

32 Чл. 38 (3) БК.

јер је према чл. 38(3) УЛИС преглед могао бити одложен само ако је ствар даље отпремљена без претовара. Такво решење је било престрого и није одговарало потребама међународне трговине, јер је веома често нужно да роба у циљу даље отпреме буде претоварена. Поред тога, БК допушта одлагање почетка рока за преглед и кад је роба преусмерена у транзиту.

За одлагање почетка рока за преглед према чл. 38(3) БК неопходно је кумулативно испуњење следећих услова. Прво, потребно је да у току превоза буде промењен правац робе или да буде даље отпремљена. Друго, одлагање почетка рока за преглед робе је могуће само ако купац није имао разумну могућност да робу прегледа. И треће, нужно је да је продавцу у тренутку закључења уговора била позната или морала бити позната могућност измене правца или даље отпреме робе.

О *промени правца (die Umleitung, redirection)* можемо говорити кад роба, која се налази у транспорту буде преусмерена на друго место опредељења пре него што је стигла на првобитно планирано место опредељења. За постојање преусмерења робе није од значаја ко је наредно промену правца робе, односно да ли је до промене правца дошло по налогу купца или крајње муштерије.

Роба је *даље отпремљена (die Weiterversendung, redispach)* ако купац или од стране њега овлашћено друго лице прими робу на месту опредељења и одатле је – непосредно или након претовара – даље отпреми у ново место опредељења. Притом је неважно да ли се роба претовара или не. У пракси ће до даље отпреме робе редовно доћи кад је купац робом препродавац. Такође, могуће је да самом купцу роба треба на другом месту различитом од првобитно планираног места опредељења.<sup>33</sup> За чињенично стање даље отпреме није од значаја ко је узроковао даљу отпрему робе.<sup>34</sup> Даља продаја (препродаја) робе без новог превоза, која је карактеристична за малопродају, није обухваћена чл. 38(3) БК. Такође, према ставу заузетом у судској пракси за примену чл. 38(3) БК није довољна даља отпрема само дела робе.<sup>35</sup>

Промена правца или даља отпрема ће водити одлагању почетка рока за преглед само ако купац није имао разумну могућност да робу прегледа. По правилу, код преусмерења робе која се налази у превозу овај услов је увек испуњен. Ово питање има значај код даље отпре-

33 Тако P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 456; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2378;

34 H. G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2826; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 456.

35 CISG-online 228, Switzerland, Obergericht Kanton Luzern (*Blood infusion devices case*), 8.1.1997. Према ставу суда услови за примену чл. 38(3) БК нису испуњени јер је купац даље отпремио само део, а не сву робу.

ме. Да ли је купац имао разумну могућност да прегледа робу у случају њене даље отпреме одређују конкретне околности. Свакако да је меродавно колико је времена купац имао на располагању пре него што је роба даље отпремљена,<sup>36</sup> природа и врста паковања и трошкови прегледа. Ако је роба сасвим кратко код купца пре даље отпреме од њега се не може очекивати извршење прегледа. У неким случајевима купац нема разумну могућност да робу прегледа чак и ако има на располагању довољно времена. Ако би преглед робе захтевао отварање контејнера или паковања које је потребно ради заштите робе током каснијег превоза или ако би се контејнери морали препакивати што би трајало дуго и стварало значајне трошкове, није разумно захтевати од купца да прегледа робу пре даље отпреме.<sup>37</sup> Исто важи и за случај кад би због прегледа морао да буде уклоњен жиг који потврђује оригиналност робе.<sup>38</sup> Супротно, ако купац на месту међускладиштења због прегледа робе има обавезу плаћања додатних царина, то не значи да он није имао разумну могућност да робу прегледа.<sup>39</sup>

И последње, до одлагања почетка рока за преглед ће доћи само ако је у тренутку закључења уговора продавац знао или морао знати за могућност промене правца или даље отпреме робе. Из наведене формулације произлази да мора постојати позитивно знање продавца или незнање из непажње. Да ли је продавац знао или морао знати за могућност преусмерења или даље отпреме робе процењује се према стандарду просечног продавца.<sup>40</sup> При том није довољно да се ради о апстрактној могућности преусмерења или даље отпреме робе, него морају постојати конкретне околности које на то указују.<sup>41</sup> Знање продавца се претпоставља ако је купац препродавац или трговац.<sup>42</sup> Некад из упутстава која се односе на паковање робе произлази могућности

36 Исто тако P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 457. Видети више код Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 419.

37 P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 457. Исто тако Н. G. Bamberger, Н. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2826; W. Krüger, Н. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2379; Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 419.

38 W. Krüger, Н. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2379; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 457.

39 CISG-online 1014, Germany, 11 April 2005, *Landgericht Frankfurt (Used shoes case)* (купац мора да зна које дажбине је дужан да плати).

40 Видети више код Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 420.

41 Germany, *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 13 January 1993, доступно на [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

42 Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 420; М. Hutter, *нав. дело*, стр. 76; W. Krüger, Н. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2378; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 457; K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 527; Н. G. Bamberger, Н. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2826.

њеног преусмерења или даље отпреме нпр. кад купац захтева да роба која треба да буде превезена друмским путем буде запакована на начин да буде подобна и за превоз морем.<sup>43</sup> Као индиција за промену правца робе или њену даљу отпрему може послужити споразум страна да роба мора испунити законске услове неке треће државе.<sup>44</sup> Насупрот томе, према ставовима судске праксе није довољно да је продавац знао да је седиште купца у другој земљи у односу на место испоруке одређено у уговору.<sup>45</sup> У сваком случају најбоље је да при закључењу уговора купац изричито укаже продавцу на ову могућност. Тренутак закључења уговора се узима као релевантан, јер продавац тада може да процени да ли је спреман да сноси такав ризик. Ако продавац након закључења уговора сазна за могућност преусмерења или даље отпреме робе то није довољно за примену чл. 38(3) БК. Наравно, увек је могуће да се уговорне стране накнадно споразумеју да ће рок за преглед робе бити одложен до њеног приспећа у коначно место опредељења. И на крају, ако је у време закључења уговора продавац знао или морао знати за могућност промене правца робе или њеног преусмерења његово накнадно противљење нема правни значај.

Поставља се питање да ли је могућа примена чл. 38(3) ако је извршено више узастопних промена правца робе, односно даљих отпрема робе. Сматрамо да би била могућа аналогна примена чл. 38(3) БК, односно да уз кумулативно испуњење свих потребних услова може бити одложен почетак рока за преглед робе до њеног приспећа у коначно место опредељења. Од наведених услова, према нашем мишљењу, највише би могао бити споран субјективни услов који се односи на знање продавца. Могућност већег броја преусмерења и даљих отпрема робе значи да ће роба у транспорту провести дужи временски период и да је потребно да продавац зна да рок за преглед почиње да тече знатно касније, као и да се помера и рок за обавештавање о несаобразности.

Конвенција не регулише случај кад купчев купац робу прими на месту испоруке и онда је превози на крајње место опредељења. Поставља се питање да ли је овде могућа примена чл. 38(3) БК. Сличност са чињеничним стањем из чл. 38(3) БК се састоји у томе што ни купчев купац по правилу нема разумну могућност да робу прегледа пре даље отпреме. Према једном мишљењу, ако су испуњени остали услови из чл. 38(3) БК, рок за преглед почиње тек са приспећем робе у коначно место опредељења купчевог купца.<sup>46</sup>

43 Видети више код R. Herber, B. Czerwenka, *нав. дело*, стр. 180. Слично W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2378; H. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 420.

44 W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2378.

45 Видети више код H. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 420.

46 Видети више код W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2378.

Последње питање је да ли је купац и поред испуњености услова из чл. 38(3) БК дужан да робу бар површно прегледа. Према формулацији чл. 38(3) БК купац је у потпуности ослобођен прегледа до приспећа робе у ново место опредељења. Међутим, сматрамо да ипак постоји дужност прегледа спрам околности. Нпр. при претовару робе се редовно утврђује њена количина (мерење), ако већ у том тренутку постане јасно да постоји квантитативни недостатак, купац не би смео да чека са приговором до приспећа робе у ново место опредељења.

## V Трајање рока за преглед робе

Купац је дужан робу прегледати или је дати на преглед у што је могуће краћем року, зависно од околности. Основни принцип на коме почива чл. 38 БК је да купац мора брзо прегледати робу. И УЛИС је садржао слично решење. Наиме, према чл. 38(1) УЛИС купац је дужан прегледати ствар, или је дати на преглед, у кратком року. Према неким ставовима изнетим у теорији, решење у БК и УЛИС је идентично јер ће и кратак рок из УЛИС, иако то није изричито предвиђено, бити одмеравањем према околностима.<sup>47</sup> Наведено се, према нашем мишљењу не може прихватити. Разлика између БК и УЛИС је видљива из енглеског текста. Наиме, док УЛИС предвиђа да преглед треба извршити промтно (*promptly*), БК захтева преглед у што је могуће краћем року према околностима (*within as short period as is practicable in the circumstances*). Дакле, решење предвиђено у чл. 38(1) БК је мање строго за купца, флексибилније и према нашем мишљењу, примереније је околностима под којима се одвија међународна трговина.

Одмеравање рока за преглед мора бити извршено у складу са *принципом разумности*. Дакле, за одређивање трајања рока за преглед робе је меродавно у ком временском року треба пажљив купац у конкретним околностима да преглед изврши на разуман начин.<sup>48</sup> Важно је да купац робу прегледа што је пре разумно могуће.<sup>49</sup>

Трајање рока детерминишу објективне околности, а одређује се *in casu*. Није могуће установити опште правило о трајању рока за преглед због великог броја различитих фактора који утичу на његово трајање.<sup>50</sup>

47 Видети више код М. Hutter, *нав. дело*, стр. 71.

48 С. Brunner, *нав. дело*, стр. 217.

49 Видети више код F. Enderlein, D. Maskow, *нав. дело*, стр. 155.

50 Видети CISG-online 485, Austria, *Oberster Gerichtshof*, 27 August 1999 (на трајање рока утиче величина привредног друштва купца, његове личне и пословне прилике, напори потребни за извршење прегледа, особине и количина робе која треба да се прегледа, правна средства која ће купац користити).

У судској пракси<sup>51</sup> су као релевантне узимане у обзир и следеће околности: стручност купца, знање купца о потреби продавца за брзим приговором, да ли је роба прегледана пре испоруке, да ли у рок за преглед улазе и нерадни дани, сложеност робе, сложеност самог прегледа, саобразност претходних испорука и очигледност недостатака.

Иако не постоји опште правило о трајању рока за преглед робе из постојећих доктринарних ставова и из судске праксе се могу извући одређени закључци. Према ставовима изнетим у судској пракси оквирни рок за преглед је од три радна дана до недељу дана.<sup>52</sup> Према доктрини, код трајне робе и код робе код које не постоје осцилације у цени примереним се сматра рок од једне до две недеље.

Од наведених оквирних вредности су дозвољена одступања када то налажу конкретне прилике. Наиме, околности које се нарочито морају уважити при одмеравању овог рока су врста и сложеност робе, врста недостатака, место налажења робе, као и могућност купца да прегледа робу. Кварљива роба (нпр. свеже воће и поврће, цвеће,<sup>53</sup> живе животиње,<sup>54</sup> сезонска роба<sup>55</sup>) се мора прегледати без одлагања. С друге стране, трајна роба мора бити прегледана брзо, али се не захтева промптно поступање. Рок за преглед може трајати и неколико недеља или чак месеци кад су испоруке нарочито обимне, кад је за извршење прегледа нужно ангажовање стручњака и код сложених машина које захтевају пробни рад.<sup>56</sup> Дужи рок је оправдан и кад је за откривање недостатака нужна прерада робе (нпр. ткање текстила).<sup>57</sup>

51 Видети нпр. 2008 *UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, доступно на: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-38.html#92>.

52 Тако С. Brunner, *нав. дело*, стр. 218; Н. G. Vamberger, Н. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2825.

CISG-online 643, Austria, *Oberster Gerichtshof*, 14 January 2002 (ако околности конкретног случаја не указују другачије, рок за преглед треба да траје 5 радних дана, односно једну недељу); CISG-online 570, Germany, *Oberlandesgericht Koblenz*, 18 November 1999 (рок не дужи од недељу дана, чак и онда кад се ради о недостацима који се визуелно лако могу утврдити); Germany, *Amtsgericht Riedlingen*, 21 October 1994 (3 радна дана) доступно на: [www.unilex.info](http://www.unilex.info); CISG-online 485, Austria, *Oberster Gerichtshof*, 27 August 1999 (јединствени рок за преглед робе и обавештавање продавца о несаобразности је 14 дана).

53 CISG-online 354, Germany, *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 3 June 1998.

54 CISG-online 710, Germany, *Oberlandesgericht Schleswig-Holstein*, 22 August 2002.

55 CISG-online 162, Germany, *Amtsgericht Kehl*, 6 October 1995.

56 Видети више код С. Brunner, *нав. дело*, стр. 218.

CISG-online 179, Germany, *Landgericht Düsseldorf*, 23 June 1994; CISG-online 618, Germany, *Oberlandesgericht Oldenburg*, 5 December 2000 (рок за преглед сложене машине је 2 недеље); CISG-online 773, USA, *U.S. District Court, S.D., Michigan*, 17 December 2001 (суд је одобрио дужи рок за преглед због сложености робе).

57 Belgium, *Rechtbank van Koophandel, Kortrijk*, 27 June 1997 доступно на: [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

Продужење рока за преглед робе је могуће кад купац прими робу испоручену на погрешном месту, на коме нема потребну инфраструктуру за њен преглед. Одређене објективне околности, по правилу, воде продужењу рока нпр. нерадни дани у седишту купца,<sup>58</sup> као и ванредне околности (нпр. генерални штрајк).<sup>59</sup> Насупрот томе, субјективне околности (нпр. болест купца, тешкоће у пословању) не утичу на дужину рока за преглед. И последње, трајање рока може бити продужено и код прегледа робе испоручене са закашњењем.

**Sandra FIŠER-ŠOBOT, PhD**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **TIME PERIOD FOR EXAMINATION OF THE GOODS IN INTERNATIONAL LAW OF SALES**

### **Summary**

*The duty to examine the goods in the international law of sales is governed by Article 38 of the 1980 UN Convention on the Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The Convention explicitly provides that the buyer has the duty to examine the goods and sets out the time frame in which the examination should take place. This paper contains an analysis of the time frame for examination under Article 38 of the CISG.*

*The period for buyer's examination begins to run upon the delivery of the goods. There are two important exceptions to that basic principle. Pursuant to Article 38(2) of the CISG if the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination. Another special rule is contained in Article 38(3) of the CISG. The inspection of the goods can be postponed until after the goods arrive at their new destination if the goods are redirected in transit or redispached by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him. In addition, this rule will be applied only if at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispach.*

*Article 38(1) of the CISG contains general rule that the examination of the goods must be effected "within as short a period as is practicable in the circumstances". Therefore the duration of the period within which the buyer must*

58 H. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 416; C. Brunner, *нав. дело*, стр. 218.

59 C. Brunner, *нав. дело*, стр. 218.



*examine the goods is determined by the relevant circumstances, including trade usages and previous course of dealings. It is generally accepted that the examination should be effected within one week after delivery. However, this period can be shortened or lengthened by particular circumstances.*

**Key words:** *conformity of the goods, examination of the goods, time period for examination of the goods, CISG.*

мр Горан РАКИЋ  
судијски сарадник Привредног суда у Зрењанину

## ИНДИРЕКТНА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА

### Резиме

*Међународно право у начелу не забрањује експропријацију имовине страних инвеститора, али предвиђа строге услове под којима се експропријација може спровести. Ови услови подразумевају постојање јавног интереса за такву меру, постојање по законом прописаној процедури, без дискриминације и обавезну исплату одговарајуће накнаде.*

*У савременом инвестиционом праву се сматра да експропријација постоји и када држава својим мерама онемогући инвеститора да користи своју имовину и стиче добит од ње, иако је инвеститор формално остао носилац права својине. Мере државе домаћина којима се произрукује ефекат какав има и сама експропријација се обично називају индиректним или de facto експропријацијом.*

**Кључне речи:** експропријација, индиректна експропријација, страна улагања.

### I Увод

Право државе да спроведе експропријацију произлази из њеног суверенитета. Услови и поступак за спровођење експропријације се по правилу уређују законом. У нашем праву је ова област регулисана Законом о експропријацији.<sup>1</sup> Поред домаћих прописа прави-

---

<sup>1</sup> Закон о експропријацији (Службени гласник РС, бр. 53/95, Службени лист СРЈ, бр. 16/2001 – одлука СУС и Службени гласник РС, бр. 20/2009).

ла о експропријацији су садржана и у бројним актима међународног права.<sup>2</sup> Разлози за доношење ових аката се огледају у потреби да се прецизно регулише деликатна ситуација која постоји у случајевима експропријације имовине страних држављана. Овај проблем је нарочито изражен у области страних улагања. Нормама међународног права се не оспорава могућност да државе изврше експропријацију имовине страних држављана, али се прецизно установљавају правила по којима оне то могу чинити. Државе, које уређују ова питања својим законодавством, предвиђајући услове и поступак за спровођење експропријације, најчешће уважавају међународне стандарде са циљем да обезбеде задовољавајући степен правне сигурности.<sup>3</sup>

Осим у законима и актима међународног права, одредбе о експропријацији су садржане и у великом броју билатералних уговора о страним улагањима. Србија је до сада закључила преко четрдесет оваквих споразума. Билатерални уговори садрже додатне гаранције инвеститорима, које се састоје у одређивању мера заштите од директне и индиректне експропријације, а обухватају услове за спровођење експропријације, којима се забрањује дискриминација, обавезује утврђивање постојања јавног интереса, исплата правичне накнаде и постојање прописаног поступка експропријације који је подложен судској контроли.<sup>4</sup>

Експропријација се сматра општим интересом, мотивисано принудно одузимање или ограничење права својине власника непокретности уз правичну новчану накнаду (не мању од тржишне вредности ствари) или натуралну реституцију и обештећење, спроведено у управном или судском поступку.<sup>5</sup>

Експропријација је, као један од ризика за страна улагања, предмет проучавања инвестиционог права. Како се ради о ограничењу права страних улагача једностраним актом државе, овом проблему је посвећена нарочита пажња.

Данас је формална експропријација имовине страних улагача ретка појава, не само због тога што се бројним споразумима и нормама

2 В.: Резолуција УН 1803 о сталном суверенитету над природним изворима из 1962. године (*UN General Assembly Resolution 1803 on Permanent Sovereignty over Natural Resources*), чл. I 4, чл. 3; Смернице Светске банке о третману страних директних инвестиција (*World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*), чл. 4; Предлог ОЕЦД-а о мултилатералном споразуму о инвестицијама из 1997. године – МАИ (*OECD Multilateral Agreement on Investment*), чл. 2; Конвенција о оснивању Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција из 1985. године (*Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)*), чл. 11.

3 В.: Драго Дивљак, „Једнострани акти државе и страна улагања“, *Правни животи*, бр. 11/2004, стр. 469–485.

4 В.: Rudolf Dolzer, Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1<sup>st</sup> edition, The Hague, 1995, стр. 49.

5 Лексикон грађанског права, Београд, 1996, стр. 151.

међународног права одређују строги и рестриктивни услови за њену примену, већ и због тога што државе у тежњи да привуку стране улагаче избегавају мере, попут отвореног преузимања стране имовине, којима свакако угрожавају своју репутацију међу инвеститорима.<sup>6</sup>

## II Појам индиректне експропријације

У условима у којима је примена директне експропријације веома ограничена, а државе домаћини избегавају да је спроводе, индиректна експропријација је све чешћа појава.<sup>7</sup> У типичним случајевима индиректне експропријације држава домаћин негира да спорне мере имају експропријаторни карактер и одбија исплату накнаде страном инвеститору.<sup>8</sup>

Индиректна или *de facto* експропријација се разликује од директне или формалне експропријације по томе што се не спроводи доношењем акта о експропријацији у законом предвиђеном поступку, већ на тај начин што држава домаћин предузима друге мере које инвеститора формално не лишавају права својине, али се по последицама које производе могу изједначити са формалном експропријацијом.<sup>9</sup>

Прецизан појам индиректне експропријације је тешко одредити. У теорији се још увек воде расправе, док се у арбитражним одлукама овај појам одређује према околностима конкретног случаја.<sup>10</sup> Опште је прихваћен став да се мере којима се несумњиво угрожава страна имовина сматрају експропријацијом и да обавезују на исплату одговарајуће накнаде, чак и у случају када страни инвеститор формално остаје титулар права својине на предметној имовини.<sup>11</sup>

Билатерални и мултилатерални споразуми о страним улагањима готово без изузетка садрже одредбе о индиректној експропријацији.<sup>12</sup> У

6 Д. Дивљак, „Једнострани акти државе и страна улагања“, стр. 475.

7 В.: Jan Paulsson, Zachary Douglas, „Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations“ у: Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, стр. 145.

8 Rudolf Dolzer, „Indirect Expropriation of Alien Property“, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1986, стр. 41.

9 В.: Anne Hoffmann, „Indirect Expropriation“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, стр. 151–170.

10 В.: Yves Fortier, Stephen Drymer, „Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor“, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2004, стр. 293.

11 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 93.

12 В.: J. Paulsson, Z. Douglas, *нав. чланак*, стр. 145.

њима се индиректна експропријација одређује као мера којом се страни улагачи директно или индиректно лишвају имовине или као мера која има сличне ефекте, односно која производи слично дејство као експропријација.

За страног инвеститора нема суштинске разлике између ситуације у којој држава домаћин злоупотребом својих права преузме контролу над инвестицијом и ситуације у којој држава домаћин изричито изрази намеру да експроприше имовину.<sup>13</sup> Стога, у погледу одговорности државе и њене обавезе да исплати одговарајућу накнаду, међународно право не прави разлику између директне и индиректне експропријације.<sup>14</sup>

Данас се у арбитражној пракси може наћи велики број случајева чији је предмет управо индиректна експропријација. Иако се индиректна експропријација може манифестовати на различите начине, у арбитражној пракси постоји јединствен став да у случају примене мера које имају дејство слично експропријацији, држава домаћин мора инвеститору исплатити накнаду.

Тако је у спору вођеним пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова (*ICSID*), због акта државе домаћина којим се укида статус слободне зоне у којој је пословао страни инвеститор, заузет јасан став да иако у конкретном случају није било формалног одузимања имовине, акт државе домаћина производи исте последице као и експропријација, због чега држава домаћин има обавезу да исплати накнаду.<sup>15</sup> Према арбитражној одлуци укидање статуса слободне зоне принудило је инвеститора да обустави све пословне активности, чиме је он лишен могућности да управља својом инвестицијом и истовремено онемогућен у стицању профита, који би био остварен, да није донет акт о укидању слободне зоне. Стога се овај акт третира као мера која има ефекат попут мере одузимања или ограничења права својине.

У спору који се водио пред *ICSID* између *Middle East Cement Shipping* и Египта, поводом забране увоза у земљу домаћина, такође је утврђено постојање индиректне експропријације.<sup>16</sup> Наиме, држава домаћин је донела акт о забрани увоза цемента на њену територију. Ова забрана је изазвала престанак пословања страног инвеститора, будући да се његова

13 B.: OECD, „Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law“, Working Papers on International Investment, 2004/4, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>.

14 Michael Reisman, Robert Sloane, „Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation“, *British Year Book of International Law*, 2003, стр. 115-121.

15 Goetz v. Burundi, Award, 10 February 1999, 15 *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2000, стр. 457.

16 Middle East Cement Shipping v. Egypt, Award, 12. April 2002, 7 *ICSID Reports*, 2005, стр. 178.

делатност састојала у увозу, ускладиштењу и дистрибуцији цемента у Египту. У арбитражној одлуци је закључено да се мере које спроводи држава, а чији је ефекат онемогућавање инвеститора да употребљава или стиче приходе од своје инвестиције, чак и када формално остаје титулар права својине, сматрају индиректном експропријацијом, те да нужно доводе до обавезе накнаде штете.

## 1. Критеријуми за утврђивање постојања индиректне експропријације

Узимајући у обзир да је индиректна експропријација сложена појава, која се може манифестовати на различите начине, поставља се питање како се у конкретном случају може са сигурношћу утврдити њено постојање.<sup>17</sup> Према ставовима у арбитражној пракси, као и према критеријумима који су установљени у правној теорији, може се закључити да су за препознавање индиректне експропријације од кључног значаја економски ефекат државне мере на инвестицију и постојање фактичке контроле над инвестицијом.<sup>18</sup>

На индиректну експропријацију може указати постојање следећих околности које су изазване мером државе домаћина:<sup>19</sup>

- да је државна мера таква да се може оценити као неправична,
- да су права инвеститора толико ограничена, да је доведен у исти положај као да је извршена експропријација,
- да је инвеститор фактички лишен својинско-правних овлашћења,
- да су права инвеститора постала практично бескорисна,
- да су уведена таква ограничења због којих се имовина може сматрати одузетом,

17 В.: J. Paulsson, Z. Douglas, *нав. чланак*, стр. 145.

18 Goetz v. Burundi, Award, 10 February 1999, 15 *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2000, стр. 457; Middle East Cement Shipping v. Egypt, Award, 12. April 2002, 7 *ICSID Reports*, 2005, стр. 178; Metalclad Corp. v. Mexico, Award, 30 August 2000, 5 *ICSID Reports*, стр. 209; CME v. Czech Republic, Partial Award, 13, Septembar 2001, 9 *ICSID Reports*, стр. 121; TECMED v. Mexico, Award, 29 May 2003, 43 *International Legal Materials*, 2004, str. 133; RFCC v. Morocco, Award, 22 December 2003, 20 *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2005, стр. 391; Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Eng. Of Iran, 6 *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 1984, стр. 219; Biloune v. Ghana, Award on Jurisdiction, 27. October 1989, 95 *International Law Review* 1995, стр. 184; Wena v. Egypt, Award on Merits, 8 December 2000, 41 *International Law Review*, 2002, стр. 896; Santa Elena v. Costa Rica, Award, 17 February 2000, 39 *International Legal Materials*, 2000, стр. 317.

19 Y. Fortier, S. Drymer, *нав. чланак*, стр. 293–305.

- да се у целини или у значајној мери онемогућава стицање реално очекиване економске користи од инвестиције,
- ако се ускрати било који облик искоришћавања инвестиције,
- ако реализација инвестиције више није прихватљива,
- да инвеститор није задржао контролу над инвестицијом,
- да држава домаћин утиче на пословање компаније (одређује цену производа, куповину сировина, именује менаџмент...).

У случају *CMS v. Argentina*<sup>20</sup> арбитри су утврдили да није било индиректне експропријације када је Аргентина једнострано укинула претходно договорену тарифу за транспорт гаса услед економске кризе. Америчка компанија *CMS* је као тужилац, између осталог, тврдила да је укидањем тарифе Аргентина извршила индиректну експропријацију. Ова тврдња није прихваћена, иако је утврђено да је предметна мера имала значајан ефекат на пословање тужиоца. Кључно питање које су разматрали арбитри је да ли је инвеститор онемогућен у управљању инвестицијом. Утврђено је да је инвеститор имао контролу над инвестицијом и да држава домаћин не управља његовим свакодневним пословним активностима. Стога инвеститор има сва стварно-правна овлашћења и пуну контролу над инвестицијом, те у конкретном случају не постоји индиректна експропријација.

У случају *Telenor v. Hungary*<sup>21</sup> вођен је спор јер је уведен нови јавни приход, који се односио на све провајдере телекомуникационих услуга. Инвеститор, као тужилац, сматрао је да је тиме извршена индиректна експропријација. Арбитри су заузели став према којем је за постојање индиректне експропријације неопходно да утицај државне мере има такав интензитет који значајно утиче на вредност целокупне инвестиције. Према овој одлуци, повреда права мора у битној мери лишити инвеститора добити или могућности да управља инвестицијом да би се радило о индиректној експропријацији. Приликом утврђивања да ли се мера државе може сматрати индиректном експропријацијом, одлучујући фактори су интензитет и трајање ефеката такве мере. У конкретном случају, арбитри су сматрали да јавни приход који је додатно уведен нема довољан интензитет да би представљао индиректну експропријацију.<sup>22</sup>

Данас је у арбитражној пракси начелно усвојен став да је пресудан критеријум за утврђивање постојања индиректне експропријације

20 *CMS v. Argentina*, Award, 12 May 2005, 44 *International Legal Materials*, 2005, стр. 1205.

21 *Telenor v. Hungary*, Award, 13. September 2006.

22 В.: J. Paulsson, Z. Douglas, *нав. чланак*, стр. 145.

утицај државне мере на могућност власника имовине да своју имовину користи и њоме располаже. Ефекат који државна мера проузрокује је најзначајнији, а према појединим ауторима и једини критеријум за препознавање индиректне експропријације. Овакав приступ је у теорији инвестиционог права познат као „*sole effect doctrine*“.<sup>23</sup>

## 2. *Creeping expropriation*

Као што се до сада може закључити, за постојање индиректне експропријације потребно је да државна мера има такав интензитет и временско трајање да инвеститора у битној мери лишава добити од инвестиције или могућности да управља својом инвестицијом. Међутим, може се десити да држава донесе низ мера од којих појединачно ниједна по свом дејству нема експропријаторни карактер према поменутиим критеријумима, али које кумулативно имају такав ефекат на имовину страног улагача да се њихова експропријаторност не може оспорити.<sup>24</sup>

Оваква појава се сматра посебном врстом индиректне експропријације и назива се *creeping expropriation*.<sup>25</sup> Битна карактеристика ове врсте експропријације је доношење већег броја државних мера којима се проузрокује штета инвеститору. То практично значи да индиректна експропријација може бити извршена одједном, доношењем једне државне мере или у фазама, доношењем већег броја мера.<sup>26</sup>

У арбитражној пракси су познати бројни случајеви овог облика индиректне експропријације.<sup>27</sup> У арбитражној одлуци у спору *Generation Ukraine v. Ukraine*<sup>28</sup> је наведено да је *creeping* експропријација

23 A. Hoffmann, *нав. чланак*, стр. 156.

24 В.: М. Reisman, R. Sloane, *нав. чланак*, стр. 115–125; Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, стр. 293.

25 Термин *creeping expropriation* („тиха“, „шуњајућа“ експропријација) се понегде у литератури користи и као синоним за експропријацију. В.: R. Dolzer, C. Schreuer, *нав. дело*, стр. 114; С. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *нав. дело*, стр. 292–294; Предраг Цветковић, *Међународнојравна заштитна створаних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш, 2005, стр. 55.

26 На опасност од *creeping* експропријације указао је UNCTAD у: *Series on Issues in International Investment Agreement, Taking of Property*, 2000, доступно на адреси: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteitd15.en.pdf>.

27 Biloune v. Ghana, *International Law Review*, бр. 95/1994, стр. 184; TECMED v. Mexico, Award, 29 May 2003, *International Legal Materials*, бр. 43/2004, стр. 133; Santa Elena v. Costa Rica, Award, 17 February 2000, *International Legal Materials*, бр. 39/2000, стр. 317.

28 Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003, *International Legal Materials*, бр. 44/2005, стр. 404.



облик индиректне експропријације за коју је карактеристично да држава домаћин доноси серију аката у току извесног временског периода, који заједно проузрокују експропријаторни ефекат. Сваким новим актом држава додатно угрожава права инвеститора све до тренутка када су његова права у толикој мери ограничена, да се то сматра кршењем релевантних међународних стандарда заштите од експропријације.

У одлуци којом је окончан спор *Tradex v. Albania*<sup>29</sup> истакнут је значај кумулативног ефекта више државних мера. Изведен је закључак да ниједна појединачна мера државе домаћина на коју је упућивао тужилац, не може бити квалификована као експропријација, али када се узму у обзир све наведене мере и процене њихови ефекти у својој укупности, могло би се закључити да експропријација заиста постоји.

Поступак који је вођен у случају *Siemens v. Argentina*<sup>30</sup> настао је као последица доношења низа државних аката који су довели до одлагања и престанка пословне делатности инвеститора. У одлуци је наведено да се *creeping expropriation* односи на процес, који на крају има ефекат експропријације. Ако процес престане пре него што дође до настанка таквог ефекта, тада нема ни овог облика експропријације. У том случају не мора да значи да нема никаквих негативних ефеката. Иако неки акт може имати негативан ефекат, он сам по себи не мора представљати противправни акт. Међутим, доношење низа аката, од којих сваки у одређеној мери угрожава права инвеститора, представља својеврстан процес, који на крају по својим укупним ефектима свакако представља експропријацију.

На основу свега наведеног може се закључити да индиректна експропријација постоји у случају када држава онемогући инвеститора да управља својом инвестицијом или да стекне добит од ње, без обзира на то да ли такав ефекат настаје доношењем једног или више државних аката. Постојање индиректне експропријације се цени према свим околностима конкретне случаја. Сматра се да свака мера коју спроводи држава, а чији је ефекат онемогућавање инвеститора да употребљава или стиче приходе од своје инвестиције, чак и када он формално остаје титулар права својине, представља индиректну експропријацију.

Повреда права мора бити таква да у битној мери лишава инвеститора добити или могућности да управља инвестицијом. Приликом утврђивања да ли се мера државе може сматрати индиректном експропријацијом, одлучујући фактори су интензитет и трајање ефеката такве мере.

29 *Tradex v. Albania*, Award, 29 April 1999, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, бр. 14/1999, стр. 197.

30 *Siemens v. Argentina*, Award, 6 February 2007, наведено према: R. Dolzer, C. Schreuer, *нав. дело*, стр. 115.

**Mag. Goran RAKIĆ**  
Assistant Judge, Commercial Court, Zrenjanin

## INDIRECT EXPROPRIATION

### Summary

*International law does not preclude host states from expropriating foreign investments provided certain conditions are met. These conditions are as follows: the taking of the investment for a public purpose, as provided by law, in a non-discriminatory manner and with compensation.*

*International law is clear that the seizure of legal title of property constitutes a compensable expropriation. Expropriation or deprivation of property could also occur through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of the benefits even where the property is not seized and the legal title to the property is not affected. The measures taken by the State which have a similar effect to expropriation are generally termed "indirect" or "de facto" expropriation.*

**Key words:** *expropriation, indirect expropriation, foreign investments.*

---

# ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

---

др Слободан МАРКОВИЋ  
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ЈАВНИ ДОМЕН И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ\*

### Резиме

У чланку се указује на тешкоће формулисања прецизне позитивне дефиниције јавног домена, и даје прећед елемената од којих би се та дефиниција могла састојати. Такође, указује се на начине на које право интелектуалне својине индиректно обликује јавни домен, уграђујући у њега многа своја комплексна својства, посебно принцип територијалности. Аутор заузима критички став према пријему јавног домена као периферије права интелектуалне својине, сматрајући да је оправданије да се јавни домен схвати као циљ социјалне, културне и правне политике, а право интелектуалне својине само као један од инструмената за његово остварење.

**Кључне речи:** ауторско право, ауторско дело, рок заштите, искључива права, оригиналност, јавно добро.

### I Увод

Термин „јавни домен“ има више значења. Једно од њих односи се на збир оних интелектуалних (нематеријалних, неопипљивих) до-

\* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

бра која нису предмет ауторског права, патента или било којег другог субјективног права интелектуалне својине. Другим речима, сва интелектуална добра за чије слободно коришћење нема препрека у виду права интелектуалне својине, налазе се у јавном домену.

Употребљен у описаном значењу, термин „јавни домен“ (енгл. *public domain*; фр. *domain public*) датира из 19. века.<sup>1</sup> У новије време он има конкуренцију у енглеским изразима као што су „*commons*“, „*intellectual commons*“, „*creative commons*“, „*open content*“ и сл. Реч је о изразима чије значење обухвата јавни домен, али се протеже и на интелектуална добра за која није истекао рок важења субјективног права интелектуалне својине, а која су, вољом титулара права, стављена на режим условног слободног коришћења. Дакле, избор теми на тему о којој говоримо није само техничко питање, већ повлачи и питање дефиниције појмова. Ми ћемо се држати термина „јавни домен“, с тим да ћемо се позабавити и различитим могућностима дефинисања његовог значења.

Сама чињеница да се у стручној литератури јавни домен дефинише на негативан начин, импликује два могућа закључка. Први је да постоје одређени проблеми његове позитивне дефиниције, а други је да се објект дефинисања посматра са тачке која је у средишту концепта интелектуалне својине. Тако, јавни домен постаје периферија интелектуалне својине, оно што преостане од интелектуалне својине, гробље ауторских дела и проналазака за које је истекао законски период заштите.

Колоквијалне фразе уз које се помиње јавни домен такође иду на руку овој представи. Тако, кад престане заштита за ауторско дело или проналазак, по правилу се каже да они „падају у јавни домен“, као да је реч о неком симболичном амбису или ништавилу.<sup>2</sup>

Намера нам је да отворимо ову тему, стављајући на пробу разлоге за пословично неинтересовање правника у области интелектуалне својине за тај феномен, са циљем да бар наговестимо аргументе у прилог тези да јавни домен није само један од узгредних производа деловања права интелектуалне својине, већ, напротив, да је он дубоко усађен у смисао и друштвену сврху овог права.<sup>3</sup>

Оно што данас подстиче интересовање за изучавање јавног домена јесте извесна криза кредибилитета права интелектуалне својине.

1 Први међународни документ из области права интелектуалне својине, у којем се појављује термин „јавни домен“ била је Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела из 1886. године (чл. 14, који је приликом берлинске ревизије 1908. био преформулисан и пренумерисан у чл. 18).

2 Tyler T. Ochoa, „Origins and Meaning of the Public Domain“, *University Of Dayton Law Review*, Vol. 28, No. 2, 2003, стр. 256.

3 Michael Birnhack, „More or Better? Shaping the Public Domain“, у: Guibault, L. & Hugenholtz (уредник), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, стр. 60. Говорећи о ауторским делима, аутор, штавише, сматра да је јавни домен директан циљ ауторског права.

Успостављање високих стандарда заштите интелектуалне својине на глобалном нивоу уз помоћ Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) и механизма Светске трговинске организације довело је до тога да већина света (државе у развоју, државе у транзицији и неразвијене државе) легитимно поставља питање смисла и сврхе овог права у контексту својих развојних потреба. То је довело до доношења тзв. Агенде за развој у оквиру Светске организације за интелектуалну својину (WIPO) 2007. године, у којој се, поред осталог, признаје значај јавног домена и подржава активност на његовом јачању.<sup>4</sup> Такође, у свету је све већи број иницијатива из владиног и невладиног сектора да се поједини сегменти јавног домена идентификују, кодификују, систематизују и учине доступним јавности на лак и јевтин начин.<sup>5</sup>

## II Од чега се јавни домен састоји?

Питање прецизног утврђења састава јавног домена на категоријалном нивоу је, заправо, питање његове дефиниције. Како та дефиниција не може избећи позивање на право интелектуалне својине, то се сва хетерогеност права интелектуалне својине прелива у њу. Примера ради, подела субјективних права интелектуалне својине на лична и имовинска, искључива и релативна, она која штите интелектуалну творевину (ауторско дело, проналазак дизајн, топографију интегрисаног кола и биљну сорту), ознаку (робну марку и географску ознаку порекла) и инвестицију (базу података, фонограм, видеограм и емисију), не може бити игнорисана приликом дефинисања јавног домена. За ову прилику ми ћемо покушати само да пружимо елементе за једну поједностављену дефиницију, указујући на одговарајућим местима на могуће компликације њеног даљег прецизирања. То поједностављење тиче се, пре свега, стављања у центар пажње *интелектуалних творевина*.

4 WIPO Development Agenda, препорука бр. 20: Унапредити нормирање права интелектуалне својине на начин који ће обезбедити постојан јавни домен у државама чланицама WIPO-а, укључујући и могућност припреме смерница које би могле помоћи заинтересованим државама да идентификују јавни домен на територији њихове јурисдикције. (За више детаља посетити сајт: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>, приступ марта 2011. године).

5 Види нпр. пројекат дигиталне библиотеке EUROPEANA, који финансира Европска унија и који садржи преко 5 милиона књига ([www.europeana.eu](http://www.europeana.eu)), те пројекат Светске дигиталне библиотеке UNESCO-а, која садржи 1250 најбитнијих дела светске културне баштине ([www.wdl.org](http://www.wdl.org)). Затим су ту приватни пројекти Гутенберг ([www.gutenberg.org](http://www.gutenberg.org)), база дела из јавног домена, коју одржава Open Knowledge Foundation ([www.publicdomainworks.net](http://www.publicdomainworks.net)), и база филмова из јавног домена ([www.pdmdb.org](http://www.pdmdb.org)).

Сумарно говорећи, јавни домен се састоји од интелектуалних добара која:

- не могу бити предмет заштите правом интелектуалне својине, јер је њихова заштита инкомпатибилна са циљевима који се желе постићи тим правом;
- не могу бити предмет заштите јер не испуњавају законом прописане услове за то;
- не могу бити предмет заштите из одређених правнополитичких разлога, макар и испуњавали законом прописане услове заштите;
- су била заштићена али је трајање заштите престало.

Погледајмо мало ближе набројане групе интелектуалних добара, према разлогу због којих су оне изван заштите:

*Инкомпатибилност са циљевима који се желе постићи правом интелектуалне својине.* Ова група добара представља тзв. онтолошки јавни домен,<sup>6</sup> тј. по свом бићу не припада свету интелектуалне својине већ припада свету слободног и неограниченог коришћења. То су идеје, принципи, природни закони, чињенице и подаци као такви, општа правила, стил и метод стварања. Иако је то данас експлицитно потврђено прописима који регулишу интелектуалну својину, овај сегмент јавног домена је препознатан постепено, кроз судску праксу, посебно у области ауторског права. Он дугује своје постојање разумевању да интелектуално стваралаштво није *creatio ex nihilo*, већ је плод индивидуалне обраде постојећег фонда информација. Та обрада има карактер филтрирања, повезивања и комбиновања свега што нам је познато, на основу чега долази да сублимације нашег личног искуства и наше индивидуалне духовне особености у одређени креативни израз.

Дакле, овде је реч о ономе што верујемо да представља универзалну грађу за интелектуално стваралаштво. Ако је један од циљева права интелектуалне својине да подстиче стваралаштво, онда је јасно да оно не сме приватизовати ту грађу, јер би у том случају била ослабљена основа стваралаштва.

Овај сегмент јавног домена има огроман значај не само за стваралаштво, већ и за функционисање самог права интелектуалне својине, посебно у области ауторског права. Реч је о томе да субјективно ауторско право настаје без претходне провере испуњености законског услова оригиналности дела, што је последица претпоставке да два независна лица не могу начинити исто дело. Речју, ауторско право нема инстру-

6 Severine Dusollier, „Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain“, *WIPO Publication*, 2010, стр. 21.

мент за дефинисање предмета заштите, као што је то случај нпр. у патентном праву (патентни захтев). У пракси се, међутим, јавља проблем настанка сличних дела, што може, а не мора, представљати повреду ауторског права на старијем делу. Да ли је реч о повреди зависи од тога да ли је аутор новијег дела знао за старије дело и (свесно или несвесно) преузео његове оригиналне елементе, затим који су оригинални елементи старијег дела, као и колико је сопствених оригиналних елемената он уградио у своје дело. Утврђивање и доказивање ових околности је не само тешко, већ и немогуће, јер почива на доминантно субјективним судовима. Судска пракса је сасвим спонтано и постепено нашла излаз из ове замршене ситуације тако што је утврдила неколико комплементарних постулата око којих се плете фино ткање ауторског права: а) услов оригиналности је задовољен чињеницом да је аутор сам створио дело, б) све што није у јавном домену може бити оригинално, те може бити обухваћено ауторскоправном заштитом, и в) оно што је у јавном домену свакако не може бити предмет заштите. На тај начин је јавни домен стекао улогу инструмента за дефинисање обима заштите за старије ауторско дело, чиме је обликован какав-такав принцип за уређивање односа између носилаца ауторског права за изворно и деривативно дело.<sup>7</sup> Захваљујући том принципу, највећи део ауторског стваралаштва функционише релативно слободно од ограничења која произлазе као последица ауторскоправне заштите за старија дела, иако је евидентно да свако дело обухвата значајне количине интелектуалне грађе која је већ садржана у раније насталим делима.

*Неиспуњавање законом прописаних услова за заштитиу.* Да би интелектуална добра која нису обухваћена онтолошким јавним доменом била предмет заштите одређеним правом интелектуалне својине, она морају испуњавати законом прописане услове за то. Ти услови су материјални и формални. Разлози за постојање појединих услова заштите су бројни и комплексни, али им је заједничко то што законодавац њима жели да промовише слободу коришћења интелектуалних добара (дакле, јавни домен) као принцип, а заштиту интелектуалних добара правом интелектуалне својине као изузетак, који у свакој врсти права

7 „Непрекинути респект за концепт оригиналности као правила за заснивање ауторског права не може бити последица његових прагматичних предности у дефинисању граница заштите, већ се мора приписати неком другом његовом својству. Два таква својства нам долазе на ум. Прво је да концепт оригиналности има довољне симболичне снаге да надомести његову магловиту реалност. Ова симболичка снага је укореењена у нашој представи о ауторима и ауторском процесу, у коју волимо да верујемо. Друго својство је да он мора имати некаквог пратиоца, неку другу силу у његовом универзуму, која преузима притисак да се одреде поуздане границе заштите. Тај пратилац је, наравно, јавни домен.“ Jessica Litman, „The Public Domain“, *Emory Law Journal*, Vol. 39, No. 4., 1990, стр. 1007.

интелектуалне својине мора имати свој специјалан и друштвено оправдан разлог. У праву индустријске својине, поред материјалних услова заштите, постоје и формални услови који се тичу вођења управног поступка пред надлежним државним органом.

Имајући све то у виду, можемо рећи да је овај сегмент јавног домена сачињен од интелектуалних добра: а) за која никад није затражена заштита на основу права индустријске својине, б) за која је затражена заштита на основу права индустријске својине али је управни поступак окончан непризнавањем заштите, и в) која не испуњавају материјалне услове за заштиту ауторским или сродним правом.

*Правнополиитички разлози за искључење из заштите.* Без обзира да ли испуњавају материјалне услове за заштиту или не, одређена, законом прописана интелектуална добра не могу бити заштићена правом интелектуалне својине, јер је законодавац проценио да постоје специјални социјално-политички разлози за то. Понекад законодавац жели да обезбеди слободу коришћења, као што је случај код нпр. закона, подзаконских прописа и аката државних органа (који не могу бити предмет заштите ауторским правом) или нпр. поступака лечења, дијагностичких и хируршких поступака (који не могу бити предмет патентне заштите). Понекад, пак, законодавац жели да ускрати подстицај за стварање одређених врста интелектуалних добара, као што је случај код нпр. проналазака чије је објављивање или коришћење супротно јавном поретку (укључујући одређене категорије биотехнолошких проналазака који се односе на коришћење људског ембриона, клонирање и експерименте на живим животињама). Без обзира на то који мотив законодавца стоји иза искључења поједине врсте интелектуалних добара из заштите, ефекат је исти: та добра су у јавном домену.

*Престанак трајања заштите.* Велики број интелектуалних добара улази у јавни домен после престанка њихове заштите одређеним правом интелектуалне својине. Начини престанка могу бити разни, почев од истека законског рока заштите, преко превременог престанка заштите због неплаћања такси за одржавање у важности права индустријске својине или укидања права, до добровољног одрицања од права. Не улазећи сад у појединости овог питања, можемо констатовати да већ сама чињеница временског ограничења права интелектуалне својине (осим жига и права заштите географске ознаке порекла) говори у прилог томе да је оно конципирано као изузетно и привремено ограничење слободе коришћења интелектуалних добара (којима је, иначе, место у јавном домену).

Пре него окончамо излагање о саставу јавног домена, дужни смо да изнесемо још једну напомену. У литератури има схватања по којима



јавном домену припадају и интелектуална добра која се могу слободно користити на основу тзв. ограничења субјективних права интелектуалне својине.<sup>8</sup> Реч је о свим оним бројним изузецима од искључивог дејства права интелектуалне својине према трећим лицима, за одређене облике коришћења предмета заштите. Са становишта слободе коришћења одређеног интелектуалног добра, доиста је свеједно да ли га неко користи зато што на њему нема заштите или зато што је постојећа заштита ограничена (суспендована) законском одредбом. На пример, свако сме слободно умножавати ауторско дело за личне некомерцијалне потребе, без обзира да ли на том делу постоји или не постоји субјективно ауторско право. Уз то, поменута ограничења заштите су увек мотивисана одређеним правно-политичким разлогом, као што је случај и код једног од напред већ описаних сегмената јавног домена.

Урачунавање у јавни домен и интелектуалних добара чије коришћење је слободно на основу ограничења права интелектуалне својине значи заправо поделу јавног домена на његов структурални и функционални део.<sup>9</sup> Наиме, структурални домен обухвата интелектуална добра чије коришћење је апсолутно слободно јер нема заштите, док се функционални домен односи на интелектуална добра чије коришћење је слободно само под одређеним условима (нпр. корисник припада одређеној категорији лица или се коришћење односи само на одређене радње или се коришћење предузима у одређене сврхе). Идући том линијом размишљања, функционални јавни домен обухвата и она заштићена интелектуална добра која су вољом титулара права интелектуалне својине уступљена на коришћење јавности на основу генералне лиценце (*open access* и *creative commons* лиценце). И у том случају је слобода коришћења односних интелектуалних добара условна.<sup>10</sup> Без обзира што има одређеног теоријског утемељења, функционални јавни домен наилази у литератури на разумљиву уздржаност која се може објаснити опрезом од даљег компликовања ионако сложене дефиниције јавног домена.<sup>11</sup>

8 Julie Cohen, „Copyright, Commodification and Culture – Locating the Public Domain“, у: Guibault, L. & Hugenholtz (уредници), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, В., Kluwer Law International, 2006, стр. 121.

9 Severine Dusollier, „Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain“, *WIPO Publication*, 2010, стр. 9.

10 На овом месту можемо само да упутимо читаоца на обимну литературу о овом питању, с тим да као почетни материјал препоручујемо S. Dusollier, „Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain“, стр. 46–56.

11 Ипак, концепт функционалног јавног домена је прихваћен у европском пројекту *Commonia*, у оквиру којег је израђен Манифест јавног домена (види [www.publicdomainmanifesto](http://www.publicdomainmanifesto)). То није необично, будући да Манифест има пре свега политичко-пропагандни, а не научни значај.

### III Иманентна релативизација дефиниције јавног домена

Напред смо већ поменули да право интелектуалне својине, као незаобилазни фактор дефиниције јавног домена, овој нужно испоручује добар део својих комплексних особености. Без намере да се упуштамо у исцрпну анализу овог питања, можемо почети од једноставне констатације да ако за право интелектуалне својине важи принцип територијалности, онда он мора важити и за јавни домен. Другим речима, као што нема светског права интелектуалне својине, нема ни светског јавног домена.

У праву индустријске својине можемо за сваку државу установити која су интелектуална добра под заштитом, а која нису, увидом у службене регистре које воде надлежни управни органи. У ауторском праву и сродним правима је ситуација комплекснија не само зато што нема регистара, већ и зато што не постоје јединствена правила о предмету заштите и роковима заштите. Како се заштита увек равна према закону државе тражења заштите (*lex loci protectionis*), да би се знало да ли је једно ауторско дело заштићено или је у јавном домену, потребно је познавати закон те државе и утврдити: колики је рок трајања заштите,<sup>12</sup> како се рачуна почетак рока,<sup>13</sup> да ли се примењује правило о реципроцитету у односу на трајање рока заштите у земљи порекла дела,<sup>14</sup> да ли дело уопште ужива заштиту уколико земља његовог порекла није чланица Бернске конвенције.<sup>15</sup>

Такође, постоје (додуше, ретке) ситуације кад долази до рестаурације ауторскоправне заштите за дела која су, због истека рока заштите, већ ушла у јавни домен. По правилу, до тога долази због промене (продужења) законског рока трајања заштите, у садејству са одређеном

12 Општи рок заштите данас се креће од 50 година *post mortem auctoris* (TRIPS и WIPO Уговор о ауторском праву), преко 70 година *p.m.a.* (државе чланице ЕУ и државе у процесу европске интеграције) до 80 година *p.m.a.* у појединим државама Латинске Америке. При том, постоје бројни и различито уређени посебни рокови за дела настала у радном односу или по уговору, филмска дела, фотографска дела, коауторска дела и др.

13 Рачунање почетка рока заштите на основу датума смрти аутора је најједноставније. Међутим, код анонимних и псеудонимних дела, филмских дела, дела насталих по уговору и др. постоје у различитим државама различита правила (настанак дела, објављивање дела, издавање дела).

14 Реч је о одредби чл. 7, ст. 8 Бернске конвенције која допушта изузетак од примене начела националног третмана странаца у случају да је рок трајања ауторскоправне заштите за дело краћи у земљи његовог порекла него у земљи тражења заштите.

15 Уколико земља порекла ауторског дела ни по једном од основа предвиђених у чл. 5, ст. 4 Бернске конвенције није чланица Бернске уније, заштита ће се пружити само под условом реципроцитета.

нормом међународног права. Једном је то био случај у САД после приступања Берској конвенцији 1989. године, кад су, силом одредбе чл. 18 Берске конвенције, САД морале да обнове ауторскоправну заштиту за инострана дела за која није истекао рок заштите у земљи порекла, а која су већ „пала“ у јавни домен у САД.<sup>16</sup> Други случај се односи на Европску унију која је Директивом о хармонизацији рока заштите ауторског права и одређених сродних права из 1993. године прописала да минимални општи рок ауторскоправне заштите износи 70 година *p.m.a.* Тад је у појединим земљама, применом чл. 18 Берске конвенције, дошло до обнове заштите за дела која су већ у јавном домену, уколико у некој другој држави ЕУ, која је земља порекла тог дела, заштита још није истекла.<sup>17</sup>

Посебан проблем представља то што у многим земљама, укључујући Србију, личноправна овлашћења из субјективног ауторског права трају неограничено. Не улазећи овом приликом у генералну нелогичност овог правила, можемо само констатовати да оно релативизује слободу коришћења дела у јавном домену, јер истек рока трајања имовинскоправних овлашћења не значи да је дело апсолутно слободно за коришћење. Конкретно, прерада дела које је у јавном домену може бити условљена сагласношћу наследника аутора тог дела, којима је закон дао право да се супротстављају изменама дела уколико те измене угрожавају част и углед преминулог аутора.

Рекли смо већ да заштићено интелектуално добро може ући у јавни домен и превременим престанком трајања заштите, као што је нпр. одрицање титулара права. Опет, у праву индустријске својине је то релативно лако (мада ретко), јер је довољно да се пуноважна изјава о одрицању достави надлежном управном органу који ће спровести одговарајућу промену у регистру права индустријске својине. У ауторском праву, рекли смо, нема регистара и управног органа, па се поставља питање начина на који се ово одрицање може пуноважно учинити и обзнанити. Уз то, поставља се и питање да ли је, у контексту монистич-

16 Куриозитета ради, вреди поменути да САД нису ово учиниле одмах, поштујући Берску конвенцију, већ тек пет година касније кад су се морале повиновати WTO правилима садржаним у TRIPS-у, који је дао реално обавезујућу снагу Берској конвенцији. Види Т. Т. Ochoa, „Origins and Meaning of the Public Domain“, стр. 230, 321.

17 Занимљиву анализу комбинованог деловања различитих рокова заштите, принципа недискриминације држављана ЕУ и чл. 18 Берске конвенције види у Paul Geller, „Zombie and Once Dead Works – Copyright Retroactivity After the EC Term Directive“, *Entertainment And Sports Lawyer*, Vol. 18, No. 2, 2000, стр. 7. За анализу су, као пример, узети опера Тоска, Ђ. Пучинија, ликовно дело Бродвеј буги-вуги, Мондријана и музичка композиција My Way, Ф. Синатре. Занимљиво је да и овај аутор метафорички означава рестаурацију ауторскоправне заштите за дела која су већ у јавном домену као „устајање дела из гроба“.

ке теорије о правној природи субјективног ауторског права (јединство личноправних и имовинскоправних овлашћења), уопште могуће одрећи се ауторског права.

Коначно, скренимо пажњу и на то да јавни домен обезбеђује слободу *коришћења* интелектуалних добара, што није исто што и *пристиуи* интелектуалним добрима. У условима аналогне информационо-комуникационе технологије, приступ појединца ауторском делу које је у јавном домену је лакши, јер је јевтинији у односу на дело које је под ауторскоправном заштитом. У том смислу, природна функција јавног домена је да олакша приступ интелектуалним добрима, јер обара трошак комуникације<sup>18</sup>. Комуницирање интелектуалних добара у дигиталном информационо-комуникационом технолошком окружењу, међутим, доноси нову ситуацију. Понуђачи информационог садржаја на Интернету користе разне техничке могућности да *фактички* заштите своју „робу“, тако што контролишу, онемогућавају или отежавају приступ садржају, условљавајући га плаћањем одређене цене, односно накнаде. При том, сасвим је ирелевантно да ли је реч о садржају који је под правном заштитом или је у јавном домену. Полазећи од тога да Интернет постаје доминантни облик комуницирања, може се оправдано поставити питање шта је сврха јавног домена уколико приступ њему није слободан. То нас води закључку да у дигиталној информационој ери дефинисање јавног домена није само питање разграничења са правом интелектуалне својине, већ и питање односа према тзв. техничким мерама заштите информационог садржаја.

Из горњих разматрања моземо видети да је прецизна дефиниција јавног домена уз помоћ инструмената права интелектуалне својине скоро немогућа, као и да утврђивање да ли је конкретно интелектуално добро у јавном домену или није, зависи од права државе у којој се то добро жели користити. То је велики практични хендикеп, посебно у данашњим условима, кад се прекогранична, односно глобална комуникација подразумева.

#### IV У чему је вредност јавног домена?

У литератури се могу наћи разни конкретни искази о великом значају јавног домена. На пример, јавни домен:

18 Реч је о томе да нпр. за књигу „Аутобиографија“ Бранислава Нушића и данас морамо платити куповну цену у књижари, без обзира то што је за то ауторско дело истекао рок заштите. Истек рока заштите значи да сваки издавач може да изда то дело без тражења дозволе од Нушићевих наследника и без плаћања ауторског хонорара. За публику, међутим, то евентуално значи да ће куповна цена бити нешто нижа него што би била да је издавач морао да плати ауторски хонорар. Онај ко нема новац за куповину нове књиге може је позајмити у библиотеци или од другог.

- служи као грађа за стварање нових интелектуалних творевина и новог знања,
- омогућује секвенцијалне техничке иновације,
- смањује трошак приступа информацијама,
- обезбеђује приступ културном наслеђу,
- унапређује образовање, јавно здравље и сигурност,
- унапређује демократски процес и демократске вредности.<sup>19</sup>

Никако не оспоравајући исправност наведеног, сматрамо да се и овде може запазити имплицитно прихватање слике по којој је свет интелектуалних добара подељен на домен интелектуалне својине и на јавни домен, тако да интелектуална добра која су у домену интелектуалне својине имају једну вредност, а она која су у јавном домену имају другу вредност. Та слика је последица правничке перцепције која не може да појми јавни домен без разграничења у односу на интелектуалну својину, и која је несумњиво нужна за исправну примену права интелектуалне својине. Међутим, расправа о ванправним вредностима је нешто друго. Она нас води на терен правне политике, где право престаје да буде само себи сврха, већ постаје инструмент у служби одређених вредности.

Ми смо склони да прихватимо мишљење да је јавни домен претпостављено стање света интелектуалних добара и да о јавном домену треба размишљати на начин на који се размишља о вредности информација уопште. Посматрајући све врсте добара које човек користи, може се запазити значајна разлика између ствари (*res corporales*) и нематеријалних добара (*res incorporales*). Међу овим другим се посебно издвајају информације. За разлику од ствари, оне, у економском смислу, представљају јавна добра, тј. имају не-ривалски и неискључиви карактер. Другим речима, оне се могу трајно, неограничено и истовремено користити од стране неограниченог броја људи, при чему је немогуће или тешко из круга њихових корисника искључити оне који нису учествовали у њиховом стварању, односно прибављању. Информација чини супстанцу знања, вештине, технологије, културе уопште, те је њен друштвени значај пропорционалан мери њеног коришћења. Коришћење информација генерише нове информације, што је феномен који са економског становишта значи да за ту врсту добара не важи закон опадајућих приноса.<sup>20</sup> У том смислу, информација (под који појам под-

19 Pamela Samuelson, „Challenges in Mapping the Public Domain“, у: Guibault, L. & Hugenholtz (уредник), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, стр. 22.

20 „Телесни свет карактерише закон опадајућих приноса. Опадајући приноси су резултат оскудице телесних добара. Једна од најважнијих разлика између телесних добара и идеја (информација – прим. С. М.) је да нема оскудице идеја и да про-

водимо сва интелектуална добра), представља добро највишег ранга важности.

Економски модел тржишта на којем влада слобода конкуренције каже да се информација најефикасније користи ако је, у виду робе или услуге, доступна потрошачима по цени која је равна маргиналном трошку јединице робе или услуге. Ту је реч о статичкој ефикасности тржишта, која подразумева да су информације већ дате, односно да не постоји трошак њиховог стварања. У стварности, међутим, друштвени развој зависи од динамике и квалитета генерисања нових информација. Пошто тај процес подразумева трошкове, питање је да ли слободно тржиште може да обезбеди механизам којим ће онај који је поднео тај трошак, моћи да га поврати кроз присвајање дела друштвене вредности информације коју је створио. Другим речима, немогућност присвајања те вредности (због не-ривалског и неискључивог карактера информације као јавног добра) одвраћа приватне економске субјекте од инвестирања у стварање нових информација. То је проблем тзв. динамичке ефикасности тржишта. Право интелектуалне својине, у делу који се односи на ауторска дела, проналаске, дизајн, биљне сорте и топографије интегрисаних кола, је мера државне интервенције у слободно тржиште,<sup>21</sup> која има за циљ да конструисањем *искључивих њрава* на интелектуалним добрима, неутралише природно својство информације као јавног добра, односно да га стави под економску контролу субјекта који је у њега инвестирао. Настојећи да унапреди динамичку ефикасност тржишта информација, право интелектуалне својине нужно долази у конфликт са слободом конкуренције, која обезбеђује статичку ефикасност. Та напетост између два циља који се не могу истовремено постићи, детерминише садржину и природу права интелектуалне својине. По својој економској садржини, право интелектуалне својине је једна компромисна правна конструкција која тежи одређеном балансу између статичке и динамичке ефикасности тржишта информација, а по својој

цес стварања идеја не пати од опадајућих приноса.“ Joel Kurtzman, „An Interview with Paul M. Romer“, *Strategy & Business*, Booz, Allen & Hamilton, First Quarter, 1997, стр. 1–11. (наведено према: Joseph Cortright, „New Growth Theory, Technology and Learning – A Practitioner’s Guide“, *Reviews of Economic Development Literature and Practice*, No. 4, U.S. Economic Development Administration, 2001, стр. 4). Поставка да економија информација не подлеже закону опадајућих приноса је централни део теорије ендогеног привредног раста, у складу са којом ће свет моћи да настави економски раст упркос све бројнијој популацији и смањивању количине материјалних сировина на планети.

21 Види Slobodan Marković, „The Patent System – Not More Than An Instrument of Public Policy“, у: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., ed.: *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, MPI Studies on IP, Competition and Tax Law, Munich, 2008, стр. 829.

економској природи, оно је једна системска мера државне интервенције у функционисање тржишта.

Смисао оног дела права интелектуалне својине који се односи на жигове и заштиту географских ознака порекла је да допринесе ефикасности тржишта кроз смањење информационе асиметрије која постоји између понуђача и потражилаца робе, односно услуга на тржишту, чиме се смањују непродуктивни трансакциони трошкови. И овде право интелектуалне својине конструише искључива права на ознакама, али само уколико је то у функцији смањења поменуте информационе асиметрије.

То што је право интелектуалне својине у последњих неколико деценија добило призив својине упоредиве са стварним правом, не сме да нас одврати од гледишта да је оно, ипак, само једна од прагматичних нормативних творевина које су у функцији стварања и управљања информацијама као јавним добром првог реда.<sup>22</sup> При том ваља знати да свако приватно право на информацији далеко више ограничава слободу других људи него што то чини својина на ствари. Зато је право интелектуалне својине изузетак у односу на јавни домен, док је својина на стварима правило у односу на збир материјалних добара овог света.

Из наведених разлога сматрамо да би, са становишта правне политике, било оправданије да преко разумевања суштине и значаја јавног домена допремо до разумевања суштине и значаја права интелектуалне својине, уместо да чинимо то обротно, како се углавном ради.

Тај погрешни, обрнути смер закључивања доводи до тога да преко онога што је изузетак (право интелектуалне својине) дефинишемо правило (јавни домен). Последице су евидентне: током последњих неколико деценија, под утицајем партикуларних интереса моћних носилаца права интелектуалне својине, оно доживљава експанзију на рачун јавног домена који у данашњем светском поретку нема свог представника на местима где се у томе одлучује. Колико је тај демагошки приступ узео маха илуструје изјава председника Филмске асоцијације САД, Џека Валентија: „Дело у јавном домену је сироче. Нико није одговоран за његов живот. Али свако га експлоатише све док не постане упрљано и испијено, лишено својих ранијих врлина. Ко ће онда инвестирати у његову обнову и омогућити његов будући живот, ако га нико не поседује?“<sup>23</sup> Тешко је

22 „Информација је примарно добро. Она је, можда, најважније примарно добро које можемо замислити, кад узмемо у обзир њену улогу у економији, развоју знања и културе и... утицај на моћ у друштву.“ (Peter Drachos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Ashgate, 1996, стр. 171).

23 Изјава са анкетног одбора Представничког дома Конгреса САД из 1995. године (наведено према Т. Т. Очоа, „Origins and Meaning of the Public Domain“, стр. 256).

одолети утиску да су ове речи, заправо, апел тзв. креативне индустрије за вечно трајање ауторског права.

## V Закључак

Данас преовлађује схватање да је јавни домен могуће објаснити једино путем његовог разграничења у односу на право интелектуалне својине, и то само појмовним инструментима овог права. Колико год тај приступ био неопходан за закониту примену права интелектуалне својине, он је правнополитички неисправан и штетан. Ово стога што он деформише реалност и пренебрегава да је јавни домен природно и претпостављено пребивалиште информације, а интелектуална својина изузетна мера државне интервенције у тржиште информација, са уским и ограниченим циљем. Стога, у разумевању права интелектуалне својине ваља поћи од разумевања културолошке и економске природе и важности јавног домена, а не обратно: разумевати јавни домен посредством права интелектуалне својине.

*Slobodan MARKOVIĆ, PhD*

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

## PUBLIC DOMAIN AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

### Summary

*The article points out the difficulties of formulating a precise positive definition of the public domain, and provides an overview of elements such a definition could consist of. It also indicates the ways in which intellectual property law indirectly shapes the public domain, fitting into it a lot of its own complexities, especially the territoriality principle. The author takes a critical stand towards regarding public domain as a kind of periphery of intellectual property law, believing that it is more justified to conceive public domain as an objective of social, cultural and legal policy, and intellectual property law as only one of the instruments for achieving that objective.*

**Key words:** *copyright, copyrighted work, term of protection, exclusive rights, originality, public good.*



др Божин ВЛАШКОВИЋ  
редовни професор Правног факултета у Универзитета у Крагујевцу

## ТРОДИМЕНЗИОНАЛНИ ЖИГОВИ И ЖИГОВИ У БОЈИ

### Резиме

*Тродимензионални жигови се могу рејистировати. За њихову дис-тинктивност се не јостављају никакви строжи услови у јоређењу са жиговима у речи или слици. Међутим, с обзиром на специфичност тродимензионалних жигова, нејходно је да у меродавном делу јромеја буду схваћени и као указивање на јорекло јроизвода, да би јиме исјунили јлавну функцију жија.*

*Боја може бити рејистирована као жиј. Нејходно је да исјуњава јри услова. Први, да је реч о знаку. Друји, да се знак може јрафички јредставити. Трећи, да је знак дисјинкјиван. Нејходно је да јромеј боју, јре свеја на основу јеној коришћења, јрихвати као указивање на јорекло јроизвода или услуја.*

**Кључне речи:** *јродимензионални жигови, боја као жиј, дисјинкјивност, намејање у јромеју.*

### I Уводне напомене

Тродимензионални жигови су посебна категорија жигова која показује низ специфичности у односу на уобичајене, традиционалне жигове, као што су жигови у речи, жигови у слици итд. Временом све већи број земаља у своје правне системе уводе и ове жигове. То, разумљиво, има за последицу анализу већ раније постојећих законских решења, али

и ставова правне науке и судске праксе. Наравно, реч је и о новим импулсима и подстицајима, имајући у виду и суштински измењену регулативу за заштиту индустријског дизајна.

Када је реч о тродимензионалним жиговима, теорија и пракса се концентришу око неколико специфичних питања. Наиме, из заштите су искључени знаци који се искључиво састоје из форме која је условљена самом природом производа, затим, из форме која је неопходна за постизање одређеног техничког ефекта, као и из форме која суштински одређује вредност производа. Поред тога, утврђивање конкретне дистинктивности знака отвара проблем када и под којим условима промет, у овим знацима, с обзиром на њихове посебности, сагледава указивање на порекло производа, што је примарна функција жига.

Жигови у боји, такође, изазивају дилеме и недоумице. Оне се, пре свега односе на услове под којима жигови у боји могу бити схваћени у промету као указивање на порекло производа, тј. да ли могу да остваре примарну функцију жига.

Начелно се може рећи да заштита како тродимензионалних жигова, тако и жигова у боји наилази на одређени степен суздржаности и опрезности. Само мали број ових знакова може бити регистрован, а да претходно није, на одговарајући начин коришћен у промету.

У наредним излагањима представићемо неколико карактеристичних судских одлука у којима су анализирана најбитнија питања везана за заштиту тродимензионалних форми и боје, као жига.

## II Приказ судске праксе о тродимензионалним жиговима

### 1. Судска пресуда „*Pralinenform*“

Чињенично стање ове одлуке *BGH*<sup>1</sup> било је следеће: тужиља је продавала пралине у облику кугле. Пралине су биле посуте комадићима ораха и преливене браон чоколадом. За продају су биле упаковане у златну фолију и стављене у украсом увијену посуду. Почев од 1983. године тужиља је продала преко десет милијарди ових пралина. Истовремено, тужиља је постала титулар тродимензионалног жига за пралине и то у светло и тамно-браон боји, а жиг је регистрован на основу свог наметања у промету.

Тужена је, пак, производила пралине „*S. Diamond*“ и рекламирала их нераспаковане на интернационалном сајму слаткиша у Келну. Тужиља је, у свом захтеву, предочила суду распаковане пралине тужене.

1   Врховни савезни суд Немачке, скраћеница, Пресуда од 25.1.2007. (*Bundesgerichtshof-BGH, Urt. v. 25.1.2007*).

Оне су биле заобљене у горњем делу и имале су равну основу површину. Пралине је тужена продавала у паковању од плексигласа, са више комада, а свака пралина је још била умотана у златну фолију. Међутим, тужена је сматрала да жиг тужиље није подобан за регистрацију. Наиме, заштићена форма је условљена самом врстом производа и неопходна је за остваривање одређеног техничког деловања, а то је намеравани начин за развијање укуса. Поред тога, не постоји опасност замене, јер „S. Diamond“ пралине немају облик кугле.

Врховни земаљски суд у Келну је прихватио наводе тужиље. Суд је сматрао да тужила користи облик пралина у пословном промету, иако их нуди и продаје у непрозирном паковању. Значајан је став овог суда да меродавни прометни кругови сматрају да облик пралина указује на њихово порекло. Њихова форма је регистрована као жиг на основу високе познатости у промету, па је реч о жигу који се наметнуо у промету. Истовремено, суд је закључио да између жига тужиље и спољашњег облика неупакованих пралина тужиље постоји опасност замене. Она се темељи на идентичности производа, и значајне сличности знакова, чак и при просечној моћи означавања жига тужиље. Пралине тужене се само незнатно разликују од пралина тужиље, што није довољно да остану у сећању потрошача, тим пре што на подручју пралина постоји богатство облика на које се потрошач већ навикао.<sup>2</sup>

Међутим, *BGH* није прихватио образложење да тужена користи форму пралина као жиг у својој реклами. Истакао је да се о повреди жига може говорити само онда када се ознака или форма користе као жиг, другим речима када служе разликовању производа једног предузећа од производа другог предузећа. Право титулара жига је ограничено на случајеве у којима коришћење жига од стране трећих лица може да оштети, пре свега, примарну функцију жига, а то је означавање порекла у односу на потрошаче.

Када је реч о тродимензионалним жиговима, заштита се, такође, првенствено усмерава против оштећења функције означавања порекла, а не против преузимања техничких решења, употребних особина или естетског обликовања. Наравно, питање је просуђивања чињеничног стања да ли се форма производа у промету схвата као указивање на порекло, па тиме и коришћење као жиг. Он остварује своју главну функцију, указивања на порекло производа, пре свега, онда када је обе-

2 У прилог овом ставу говори чињеница да Белгијанци по глави становника поједу 12 кг пралина годишње. Између осталог, у Белгији се приликом посета домаћици обавезно поклања кутија пралина. Стога, не чуди и чињеница да постоје бројне мануфактуре за израду пралина. Неке од њих у својој понуди имају најскупле пралине на свету, неке нуде више од 70 различитих врста, а у неким се по угледу на модни свет, сваке сезоне креирају нове слатке колекције пралина.

лежени производ стављен у промет, без обзира на то што у моменту доношења одлуке о куповини форма није видљива. Међутим, знак ту функцију остварује и према онима који производ наменски користе. Зато се, жиг мора штитити против опасности замене и онда када се таква опасност јави и касније, када се примети тек у стадијуму потрошње производа.

Врховни земаљски суд, пак, није узео у обзир да према искуству, облик производа, по правилу, не делује на исти начин, у смислу указивања на порекло, као што је то случај код знакова у речи или слици. Наиме, када је реч о форми у првом плану је функционално и естетско обликовање самог производа. Чак, и када је реч о посебном обликовању производа, ти моменти су у првом плану, а не намера да се на тај начин укаже на само порекло производа.

Овај суд није утврдио да на сектору пралина важе друга правила. Нарочито, није утврдио да се на овом сектору у промету развила позната навика, да се облик производа конципира као указивање на порекло. Констатација да је потрошач пралина баш навикнут на богатство облика, говори супротно, тј. да он није навикнут да у облику види ознаку порекла. Даље, није утврдио ни то да се форма коју користи тужиља у знатној мери, на било који начин, разликује од онога што је уобичајено у дотичној бранши, па да се, на основу тога, може говорити о функцији указивања на порекло. Разлике у изгледу, које је овај суд утврдио, само показују да је реч о једној варијанти уобичајених форми ове врсте производа, па просечни потрошач, који није посебно пажљив, није у могућности да у форми сагледа указивање на порекло производа. Поред тога, морају се узети у обзир и околности под којима потрошач опажа форму пралина. Наиме, тужена нуди своје производе само у упакованој форми за продају. Зато, по правилу, потрошач има могућност да у кратком временском интервалу између отпакивања и конзумирања запази облик пралина као такав. С обзиром на такве околности, тешко је претпоставити да потрошач у облику пралина види означавање порекла. Свакако, тачно је тврђење да снага обележавања, коју поседује тродимензионални жиг, има утицаја на то да ли промет у облику препознаје указивање на порекло.

Када је реч о жиговима, који су регистровани на основу њиховог наметања у промету, по правилу, полазиште је, макар просечни степен њихове снаге обележавања. За претпоставку њихове повишене снаге обележавања није довољно одредити само процентуални степен познатости облика као таквог. Напротив, морају се узети у обзир све релевантне околности, као што су изворне особине самог знака, величина учешћа на тржишту дотичних производа, географско ширење и трајање коришћења. При томе, се мора имати у виду да познатост производа

у форми неког знака не значи нужно и то да се та форма у истој мери прихвата у промету и као ознака порекла. У случају да се неким производом остварује велики промет, а он је у форми, која у изворном облику није дистинктивна, то говори, на почетку, само о раширености производа на тржишту. Повишење снаге обележавања у том случају је могуће само када се облик, заштићен жигом, користи у функцији жига, а то значи на такав начин да меродавни прометни кругови могу да производ идентификују као производ који потиче из одређеног извора. Дакле, између познатости производа, као таквог, и функције указивања на порекло, коју остварује његова форма, мора се правити јасна разлика. Ова чињеница се мора узети у обзир и приликом демоскопских истраживања која се односе на процесе везане за повреду жига.<sup>3</sup>

Анализа ове пресуде указује на неколико значајних момената. Наиме, када је реч о форми у првом плану је функционалност и естетско обликовање самог производа, а не намера да се укаже на порекло производа. Зато је неопходно да се у промету развије навика да се у облику производа види указивање на порекло. Но, познатост производа одређене форме, не значи нужно да је та форма прихваћена у промету у истој мери и као ознака порекла.

## 2. Судска пресуда „Porsche Boxter“

Подносилац пријаве је, у овом случају, захтевао регистрацију тродимензионалног жига за означавање путничких аутомобила и њихових делова. Пријава је одбијена с образложењем да знак није дистинктиван и да постоји потреба за његовим слободним коришћењем. Међутим, *BGH* је претежно усвојио наводе жалбе и предмет вратио на поновно одлучивање.

*BGH* је истакао да је *BPatG*<sup>4</sup> пошао од становишта да облик производа који се штити жигом није по пореклу подобан за заштиту, јер је реч о знаку за који постоји потреба да остане слободан у промету. Наиме, *BPatG* је сматрао да су приликом обликовања путничког возила од значаја многобројни технички фактори, као што су стабилност возила, избор материјала, аеродинамика, оптички услови, као и елементи заштите од судара и удеса. Другим речима, слобода обликовања је ограничена од самог почетка. Но, иако конструкција аутомобила служи техничким циљевима, конкретно обликовање није безусловно технички одређено. Недостатак сваке дистинктивности је сметња за регистрацију

3 *Индустријска својина и ауторско право (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - GRUR)*, бр. 9/2007, стр. 780-784.

4 Одлука Немачког Савезног патентног суда од 13.10.2004. (*Bundespategericht - BPatG, Beschl. v. 13.10.2004 - 28 W [pat] 102/00*).

уколико дотична форма садржи само типична обележја одговарајућег производа и не садржи никакве елементе који превазилазе техничко обликовање производа. Но, просто разликовање у односу на елементе који су уобичајени у бранши још увек нема за последицу дистинктивност. Напротив, функција означавања порекла испуњена је само када је реч о одступањима, која су значајна у односу на постојеће богатство у обликовању. Мора се узети у обзир и околност да ли је промет навикнут на то да у обликовању производа сагледа указивање на порекло. Промет се оријентише на одређене типичне, базне мустре произвођача и у стању је да их препозна и у измењеној форми. Међутим, питање је да ли се форма коју пријавилац захтева може третирати као карактеристична, јер је реч о елементима који не прелазе прототип спортског аутомобила, а и не одскачу значајно од онога што је уобичајено у бранши.

По схватању *BPatG*, питање дистинктивности може остати у другом плану, јер је претежни интерес заједнице да дотична форма остане слободна. Могућност продукционих форми је, у случају путничких аутомобила, релативно ограничена. У том контексту оптика путничког аутомобила има одлучујућу улогу у промету. Одлука о куповини темељи се све чешће на дизајну производа. Када су ограничене могућности да се варира форма производа, тада је неопходно оставити простор конкурентима да неометано користе што веће богатство облика. Нису прихватљиве ни тврдње пријавиоца да се облик наметнуо у промету. Пријава је уследила 1997. године, па није могуће говорити о дуготрајној употреби „као жиг“. Пријављени облик, осим фронталног дела, не располаже маркантним и познатим Поршеовим дизајном, па се јавља као један од многих спортских аутомобила. Околност да је остварена значајна продаја овог модела, још увек не намеће закључак да је промет каросерију аутомобила прихватио као указивање на порекло.

*BGH* је, углавном, заступао супротно гледиште. Овај суд истиче да се на основу искуства може закључити да при обликовању форме спортског аутомобила постоје многе варијанте, упркос строгим техничким стандардима и захтевима. Ове могућности дозвољавају сваком произвођачу да развије аутомобиле који се одликују самосталном и индивидуализирајућом формом.

Када је, пак, реч о оцени дистинктивности, мора се, у начелу, поћи од широког поимања, а то значи да свака, чак и мала дистинктивност, јесте довољна за регистрацију. Ова начела се примењују и када је реч о оцени дистинктивности тродимензионалних жигова, који се састоје у облику производа. Код тродимензионалних жигова се, начелно, не постављају строжи критеријуми, него код уобичајених жигова. Као и у случају сваког жига, и код тродимензионалних жигова се само испитује да ли промет у њима види ознаку порекла за дотичне произ-

воде и услуге. Но, при томе се мора имати у виду да тродимензионални жиг, који представља облик робе, промет не мора нужно да прихвати као уобичајени жиг у речи или слици. Уобичајени жигови се односе на издвојене знаке и независни су од изгледа обележених производа. Потрошачи често не закључују на основу изгледа производа о његовом пореклу.

Сходно реченом, *BGH*, у својој пракси заступа став да тродимензионални жигови, који представљају форму производа, у начелу, нису дистинктивни, упркос широког приступа овом појму. Када је о њима реч, првенствено се испитује да ли облик само инкорпорира описујући садржај који је у првом плану, на пример, ауто, или спортски ауто. Ако форма то превазилази и одликује се посебним изражајним елементима, мора се испитати да ли промет у њој види обичне изражајне момен-те или их разуме као указивање на порекло. Чињеница је, да је промет дуго, када је реч о аутомобилима, навикнут на то да у форми аутомобила види, такође, указивање на порекло. Произвођачи се видно труде да на различитим моделима задрже типична произвођачка обележја облика, која говоре о припадању одређеној фамилији модела и тиме олакшају закључак о сврставању одређеном произвођачу.

*BGH* није прихватио ни став да се знак не може регистровати на основу наметања у промету. Наиме, појава новог модела неког познатог произвођача, који поседује ексклузивност, изазива жив ехо у медијима и тако наилази на значајно интересовање потрошача. Пошто меродавни прометни кругови у спољашњем облику често виде указивање на порекло, блиска је претпоставка да маркантна обележја новог модела недуго после наступања на тржишту, буду доведена у везу с одређеним произвођачем. Сектор аутомобила је чак класичан пример за то, јер су и деца у стању да већ на основу спољашњег изгледа препознају марку аутомобила. На основу животног искуства је познато да је заинтересовани потрошач у позицији да у новој форми одмах распозна указивање на порекло, посебно када форма новог модела поседује карактеристична обележја која су му позната с других модела истог произвођача. Дакле, сасвим је прихватљиво да се само годину дана после појаве на тржишту нова форма наметне у промету као ознака порекла.<sup>5</sup>

Карактеристично за ову одлуку је став да се појам дистинктивности тумачи широко, те да је и мала дистинктивност довољна за регистрацију. Но, када је реч о тродимензионалним жиговима, они, по правилу, нису дистинктивни по пореклу, осим ако се значајно не разликују од постојећих. Дистинктивност могу, пак, да стекну на основу свог наметања у промету.

5 *BGH, Beschl. v. 15.12.2005, GRUR, 8/2006, стр. 679-682.*

Исти став *BGH* понавља и у судској пресуди „*Fronthaube*“.<sup>6</sup> Вредно је пажње становиште *BGH* да форма опредељује суштинску вредност производа само онда када промет у естетском обликовању, као таквом, види стварни трговачки производ. У овој одлуци није расправљано о питању наметања знака у промету. Жиг је био већ регистрован и затражено је његово гашење.

### III Приказ судских пресуда о жигу у боји

#### 1. Судска пресуда „*Farbmarke Rot*“

У овом случају као форма жига била је пријављена боја са класификационом ознаком *Pantone Red 032* а за бојење корица, наиме омота допуњујућих збирки текстуалних издања закона. Немачки патентни уред је одбио пријаву с образложењем да није динстинктивна. Неком апстрактном жигу у боји се може, само под посебним околностима, признати оригинална динстинктивност, а она током поступка није могла бити утврђена. Наиме, у Немачкој, постоји преко 5.000 издавача који се баве, између осталог, и издавањем укоричених законских текстова. Чињеница је да многи од њих користе црвену фарбу за бојење корица, па се не може поћи од тога да меродавна публика сагледава у пријављеној боји указивање на порекло.

Пријавилац је уложио жалбу и истакао да је реч о допуњујућим збиркама законских текстова, које у Немачкој издаје мали број издавача, као и то да су оне усмерене првенствено на стручни правни промет. На основу тога, заштита жигом се захтева за ограничени круг производа у оквиру специфичног тржишног сегмента. Пријавилац је, као помоћни аргумент, навео и то да се жиг наметнуо у промету. Наиме, када је реч о збиркама законских текстова, у питању је уско ограничено подручје производа, на коме се већ од 1935. године користи црвена боја за означавање допуњујуће збирке текстова. Сходно испитивању које је спроведено код водећих стручних књижара, тржишно учешће допуњујућих збирки текстова пријавиоца износи преко 90%. Конкуренти користе друге боје, а да их, при томе, не користе као указивање на порекло. У току поступка пријавилац је регистар производа ограничио на издања допуњујућих текстова закона.

*VPatG* је, након ограничавања на допуњујуће збирке, које је спровео пријавилац, заузео став да се пријављена боја наметнула у промету на основу свог коришћења. Другим речима, по мишљењу суда пријављени жиг у боји, по свом пореклу није способан за заштиту. Истакао је да је динстинктивност иманентно, конкретно својство, или подобност знака да

6 *BGH, Beschl. v. 24.5.2007, GRUR, 1/2008, стр. 71–74.*



у промету буде схваћен као знак разликовања за робу или услугу једног привредног субјекта од робе или услуга другог привредног субјекта. То одговара основној функцији жига да осигура порекло производа или услуга. Другим речима, оцена о дистинктивности оријентише се на једној страни на захтеване производе и услуге, и на другој страни на схватање меродавних прометних кругова. Када је, пак, реч о дистинктивности неког апстрактног знака у боји, додатно се мора имати у виду да ти прометни кругови нису навикнути на то да само на основу боје производа, или његовог паковања, доносе закључак о пореклу производа.

Наиме, апстрактна боја се, у начелу, не користи у промету као средство идентификације. Само под нарочитим околностима, боји се може приписати дистинктивност, на пример, када је број пријављених производа веома ограничен, а реч је о врло специфичном тржишту. Допуњујући текстови закона су појединачни производи који су усмерени на публику која се баве правним питањима, укључујући и студенте правних факултета. Ови текстови се разликују од повезаних и укоричених издања закона, која се усмеравају на широку публику, на основу повишених трошкова и утрошка времена, који су везани са стицањем додатних испорука и њиховим сортирањем. Овај утрошак уобичајено чине стручна лица и студенти, који се баве правним питањима, а за које је од посебног значаја актуелност одговарајуће збирке закона.

Знак по пореклу није дистинктиван онда када се за дотичне производе не може установити навика промета да у употреби апстрактне боје види указивање на порекло. Пошто не постоји навика у промету да у апстрактној боји види указивање на порекло, не постоји ни потреба да се испитује дистинктивност пријављеног знака.

Међутим, пријављени знак је недостатак дистинктивности отклонио на основу наметања у промету. То подразумева да је знак, на основу своје употребе као жиг, у знатном делу промета препознат као знак који указује на порекло производа. Меродавни критеријуми за то јесу, на пример, тржишно учешће, географска распрострањеност, трајање коришћења, трошкови рекламе, део прометних кругова који знак прихватају као ознаку порекла, као и став индустријских или трговачких комора. Према изложеним критеријумима, значајан део промета прихвата наведену боју као указивање на порекло. Дистинктивност, на основу наметања у промету, не захтева самостално коришћење пријављене боје.

Релевантни прометни кругови више не доживљавају боју само као боју производа, него као самостални знак обележавања.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> *BPatG, Beschl. v. 5.12. 2007, GRUR, 5/2008*, стр. 428-430. Види и *Farbmarke Sonnengelb, GRUR, 5/2009*, стр. 167.

У овој одлуци *VpatG* утврђује да промет није навикнут да у апстрактној боји види указивање на порекло. Но, суд сматра да је недостатак дистинктивности отклоњен наметањем знака у промету у смислу указивања на порекло.

## 2. Судска пресуда „*Libertel*“

У овој пресуди Европски суд правде пружио је одговор на питање да ли и под којим условима боја као таква, без просторног ограничења, може бити дистинктивна за одређене производе и услуге.

Суд је, пре испитивања овог питања желео да утврди да ли боја као таква уопште може да буде жиг. Одговорио је потврдно на ово питање и нагласио да морају бити испуњена три услова. Први услов је да боја мора да буде знак. Но, не може се поћи од тога да је боја као таква знак. Она је уобичајено само својство производа. Али, она свакако може да буде знак. То зависи од тога у којем контексту се боја примењује. У сваком случају боја као таква може бити знак у односу према неком производу или услузи. Други услов је да се овај знак мора графички представити, чиме се омогућава тачна идентификација знака помоћу фигура, слова, линија и сл. Графички приказ мора бити јасан, једнозначан, затворен у себе, разумљив, трајан, лако доступан и објективан. Подношење само мустре боје не испуњава захтев за графичким представљањем, јер не одговара постављеним условима. Посебно, мустра боје која је поднета на папиру може се променити временом, другим речима, она није постојана и трајна. Насупрот томе, писани опис боје у речима испуњава наведени услов, али то не мора увек бити случај. Означивање боје сходно међународном коду означавања је графички приказ, јер је код тачан и постојан. Трећи услов је да је боја као таква подесна да разликује производе и услуге једног предузећа од производа и услуга другог. При томе боје су по својој природи једва подесне да пренесу једнозначну информацију. То је утолико ређи случај када се оне у реклами уобичајено користе без једнозначног садржаја. Међутим, не може се искључити да постоје ситуације у којима боја као таква може да буде подесна да укаже на порекло, тј. да може бити жиг.

Када је реч о конкретној дистинктивности одређене боје, суд истиче да се мора узети у обзир интерес заједнице који се састоји у томе да коришћење боје не сме да буде ограничено на неоправдани начин, а за означавање производа и услуга других учесника у промету. При томе се морају узети у обзир и навике које постоје у промету. Наиме, знак који се састоји из неке боје, не схвата се нужно на исти начин као и знак у речи или слици. Оне су независне од изгледа производа. Публика је навикнута да у речи и слици непосредно сагледа знак који указује на

порекло производа. Но, потрошач није навикнут да на основу боје, без графичких елемената, или без речи, закључи о пореклу производа. Дакле, боја као таква, према садашњим навикама у промету начелно се не користи као средство идентификације.<sup>8</sup>

У овој пресуди значајан је став суда да се не може установити јединствена и самостална бранша, када се пријављени производи могу примењивати на многобројним практичним подручјима. Из тог разлога није могуће утврдити да ли публика боју сматра као ознаку порекла.<sup>9</sup>

У вези с изложеном пресудом, истичемо да је у Немачкој судској пракси регистрована као жиг кадмијум – жута боја за поклопце рентгенских цеви које служе за испитивање материјала. Боја је заштићена као изворно подесна за заштиту, а не на основу наметања у промету. Разлог зато је чињеница да је реч о врло специјалном тржишту, које чине искључиво стручни кругови. Поред тога уобичајено је да се наведени производи појављују у боји алуминијума или племенитог челика, а да само три произвођача користе боје својих предузећа. На основу тога, промет сматра да није реч о декоративном бојењу, него у боји види указивање на порекло.<sup>10</sup>

#### IV Закључак

Тродимензионални знаци и боје могу увек бити регистровани као жиг на основу наметања у промету, и то без посебних, додатних услова. Када је реч о тродимензионалним знацима мора се установити да ли у промету постоји навика да у њима види ознаку порекла. Уколико таква навика не постоји, знак се региструје на основу наметања у промету. Међутим, када таква навика постоји знак се може регистровати само ако се значајно разликује од већ уобичајених, прототипских форми. Уколико такве разлике не постоје, знак се региструје на основу наметања у промету.

Када је реч о бојама, а не постоји нека јединствена бранша за дотичне производе, боја се може регистровати ако се наметнула у промету. У случају да таква бранша постоји мора се испитати да ли је у њој створена навика да у боји види ознаку порекла. Ако таква навика не постоји, боја се може регистровати на основу наметања у промету. У случају да таква навика постоји спроводи се испитивање конкретне дистинктив-

8 Пресуда Европског суда правде, од 6.5.2003, објављена у часопису *Индустријска својина и ауторско право*, бр. 7/2003 (*EuGH, Urt. v. 6. 5. 2003, GRUR, 7/2003*), стр. 604–609.

9 Видети и *BPatG, Beschl. v. 18. 6. 2008, GRUR, 5/2009*, стр. 430.

10 *BPatG, Beschl. v. 3. 3. 2008, GRUR, 5/2009*, стр. 431.

ности. При томе се боја која се не сматра као симбол за одређене производе, или као навод о производу, а иначе не постоје уобичајене боје за рекламирање на дотичном подручју, може регистровати као изворно дистинктивна. Када наведени услови нису испуњени, боја се може регистровати на основу наметања у промету.

**Božin VLAŠKOVIĆ, PhD**

**Professor at Faculty of Law University of Kragujevac**

## THREE-DIMENSIONAL AND COLOR TRADEMARKS

### Summary

*Three-dimensional trademarks can be registered. There are no stricter requirements for their distinction, compared to the Word or Picture trademark. However, given the specificity of three-dimensional trademarks, it is necessary that significant part of the market comprehend three-dimensional trademarks as an indication of the origin of products, in order to fulfill this primary function of trademark.*

*The color can be registered as trademark, but it is necessary to meet the three conditions. First, it is a sign. Second, the sign be graphically presented. Third, the sign has distinctive character. It is essential that market recognizes color as indication of origin of goods or services, primarily on the basis of its use.*

**Key words:** *three-dimensional trademarks, color trademarks, distinctiveness, the imposition in the market.*

**Mirjana POLENAK AKIMOVSKA, PhD**  
Professor at the Ss. Cyril and Methodius University, “Justinian I”  
Law Faculty, Skopje, Macedonia

**Goce NAUMOVSKI, PhD**  
Assistant Professor at the Ss. Cyril and Methodius University,  
“Justinian I” Law Faculty, Skopje, Macedonia

## **BASIC FRAMEWORK OF CYBERSQUATTING DISPUTES: TRADEMARKS AND DOMAIN NAMES INTERDEPENDENCE**

### **Summary**

*The phenomenon of cybersquatting remains a challenge for intellectual property legislations. The approach of the media as well as the development of the internet social networks (social media) even more emphasize the importance of the relations between domain names and trademarks. The UDRP remains a strong pillar for future activities in the field of resolving the disputes. On a national level, courts have also dealt with domain name disputes. The Macedonian jurisprudence is also familiar with several cybersquatting cases, such as as the “google.com.mk” case.*

**Key words:** *cybersquatting, trademark, domain name, intellectual property.*

### **I Introduction**

Trademarks, which enable differentiation of the goods and services (especially in terms of the quality and value) by the consumer, may be an

integral part of the domain's name. For example, the well known Coca-Cola® trademark is an integral part of the coca-cola.com domain.

The domain differs from the trademark by several characteristics. First, the domain is present in the virtual space and territoriality does not apply as in the trademark. Second, the domain is unique and there cannot be coexistence, as is the case with the trademarks of different categories of goods and services. The domain or IP address is unique, which means that two business entities may have the same mark, but cannot have the same domain name. Hence, the domain is unique and unrepeatably.

It is obvious why a trademark is very valuable and significant as a domain name. With its registration, the trademark loses the characteristics of territoriality and specialty. The trademark transformed into a domain is present worldwide. The issue is a virtual monopoly right, bearing its own characteristics.

Businesses started to register the domains on the Internet at the beginning of the 1990s, in order to introduce their companies and to place and advertise their products. This, however, was done only by the visionaries who believed in the power of the Internet. Businesses interact through Internet with the consumers without any impediments (political, territorial, religious, moral, temporal, cultural, etc.). This seems much faster and more efficient than the "classical way" in "real-time relationships" among people. The number of domain names is growing by the day. According to information from 2003, there are more than 15 million domain names.<sup>1</sup>

## II Abusive Registration of a Domain Name (Domain Hijacking, Cybersquatting)

Since the registered domains are fulfilled according to the priority principle,<sup>2</sup> i.e. by accepting the application that was submitted first, there were many cases in the beginning when domains were registered that had nothing to do with the real producers or service providers to which the domain name indicated. For example, domains like McDonald's, Hertz, Rolex and others were given to entities that were quite different from the apposite

1 Patrick Gunning, „Trade Marks and Domain Names“, *Cyber Law Res* 1/2000/1.

2 The formula „first come, first served“ is the basis of the registration principle or the awarding of a domain name, and represents a „legal transplant“ of the Roman principle „*qui prior est tempore, potior est jure*“ (this is the theory of legal transplants, supported by Alan Watson, who believes that law is not developed as a result of evolution, but through borrowing or transplanting legal institutions from previous legislations into the contemporary legislation (see more in: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Second Edition, Athens, Georgia, The University of Georgia Press, 1993).

companies.<sup>3</sup> The persons who succeeded in registering these domains, later demanded huge sums of money as compensation for relinquishing the domain to the company that has a trademark apposite to the domain name.

This phenomenon of *malicious, deliberate registration of domains that correspond to trademarks or names of some entities in order to make profit is called “domain hijacking” or “cybersquatting”*. The subject undertaking domain hijacking activities is known as “*cybersquatter*”. This subject acts in *mala fides*, contrary to the principles of consciousness and honesty, “occupying” an attractive domain, with the intention of later offering it to the carrier of the eponymous trademark and make profit.

A scholarly example is the court order in the USA in the cases between Dennis Toeppen and Panavision International and Intermatic. Namely, Toeppen had registered a large number of domains that were the same as or similar to famous marks, among which the marks of Panavision® и Air Canada®, as apposite domains: panavision.com and aircanada.com. Panavision® brought an action and the court applied the US traditional trademark right (under the US Federal Trademark Dilution Act). The court established existence of commercial use, because Toeppen had registered a large number of someone else’s trademarks as domain names.

The court ruled similarly in the Intermatic v Toeppen case, where the court found dilution of the Intermatic trademark and registration of a domain name by a person who does not have the right to the trademark.<sup>4</sup>

Apart from the domain registration of apposite trademarks in their authentic form, it is possible for the registered domain to be a corrupt, diluted, or deformed shape of a trademark or name. As an example, we could use the .nikke.com domain, which is an on-line shopping web page, but with the average consumer it may arise association with the .nike.com domain, which belongs to the NIKE® Company. In the Macedonian practice, we are familiar with the google.com.mk, yahoo.com.mk domain cases.

Domain hijacking is different from the “honest competition use” of a domain. We could use the comparison of the mtv.com and mtv.com.mk domains as an example for this situation, even though both subjects come from the same line of business.

---

3 Ian J. Lloyd, *Information Technology Law*, 4<sup>th</sup> edition, Oxford, 2004, p. 533.

4 For more information, see: Monica Killian, *Cybersquatting and Trademark Infringement*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol. 7, No. 3, 2000, available at: <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n3/kilian73.html>.

## 1. The Position of the Cybersquatter from Aspect of the Right to a Trademark

How can a trademark holder defend himself from the cybersquatter? First of all, the characteristics of the mark should be pointed out, and they are: territoriality and specialty. Typical for the mark is territoriality, simply because it is valid on the territory of one country or one region or a special union of countries. According to the Madrid Arrangement Concerning the International Registration of Marks or The Trade Mark Ordinance of the European Union, a "Community Trade Mark" is established, a trademark of the EU Member States.

The mark has a distinctive function, i.e. it differentiates goods and services of one participant in the commercial trade from another, for identical or similar goods and services. There may be more identical or similar marks for different goods and services at the same time. The exception for the widely known marks has already been mentioned.

On another level, the source of the problems in the constellation between the domain names and the marks, irrespective of whether it is about the actions of the cybersquatter or same marks that strive towards one domain name, is exactly in the previously mentioned registration priority principle. If the holder of a mark wishes to register a domain name, he would face serious difficulties if that had previously been done by the cybersquatter. The purpose of the cybersquatter, acting in bad faith, is to gain profits by registering someone else's mark or „to dilute“ a renown mark as a domain name, and to later offer the domain name to the mark holder. The domain registration, as well as its maintenance, does not require a lot of money compared to the extorted sum for transferring the domain name to the mark holder. In this way, the cybersquatter would groundlessly gain wealth, acting in bad faith (*mala fides*).

### III Procedure for Resolving Domain Disputes

Two parties appear in the disputes dealing with the domains: one of the parties is the person who is most often the trademark holder or a legal or physical person who believes that his/her interest is endangered by the domain (*petitioner, appellant, complainant*), while the other party is the person who registered the domain (*domain holder, respondent*).

Due to the sensitivity of the matter, but also from economical reasons, disputes regarding domains are most commonly subject to alternative dispute resolution.

The parties, however, may initiate a court procedure for the domain, even if a decision had already been made in the alternative dispute resolution procedure.



## 1. An Overview of Resolutions in Comparative Law

In most national legislations, there are several regimes for regulating cases involving domains, especially in terms of cybersquatting. In this regard, the practice of the USA and Australia is indicative. Yi Fen Lim gives the following facts:<sup>5</sup>

In the *United States of America*, the so called Anticybersquatting Protection Act (Truth in Domain Names Act) applies since 1999. This Act forbids behaviour of individuals, who have a bad faith intent to profit from someone else's trademark, by registering or using domain names that are identical, confusingly similar or delusive of a trademark. The most interesting aspect of this piece of legislation is 15 USC s. 1125 (d) 2 C. Pursuant to this Article, the domain names are subject to an *in rem* action, in the judicial district where the domain name was registered. If, however, the cybersquatter is a legal person, then an *in personam* action is filed. Some familiar cases dealing with this issue are: *Kremen vs. Stephen Michael Cohen, Network Solutions et al.*, who disputed over the *sex.com* domain.

In *Australia*, the purpose of the domain registration policy is to prevent cybersquatting. The domain allocation, however, is determined by the *first come first serve* rule. Only trading entities may get the *.com.au* domains. These trading entities may be registered in one of the following forms: companies (including foreign companies in Australia), registered names of companies, incorporated associations, statutory trading bodies, financial institutions, registered funds. The applicants may use the full name or an abbreviation for the domain name. There are three conditions that need to be fulfilled in case of an abbreviation: the abbreviation needs to derive from the full name; signs may be removed from the name, but sequences may not be changes; and new signs may not be introduced.

As per the *European Union* legislation, the cases of suspicious domain registrations and their abuse are settled in a court procedure or in an alternative dispute resolution procedure.

Regulation 874/2004 provides that a registered domain name may be subject to revocation where that name is identical or confusingly similar to a name in respect of which a right is recognised or established by national and/or Community law,<sup>6</sup> and where it:

- (a) has been registered by its holder without rights or legitimate interest in the name; or

---

5 Yi Fen Lim, *Cyberspace Law*, Oxford, 2002, p. 539-542.

6 COMMISSION REGULATION (EC) No 874/2004 of 28 April 2004 laying down public policy rules concerning the implementation and functions of the *.eu* Top Level Domain and the principles governing registration (*Official Journal of the European Union* L 162/43).

(b) has been registered or is being used in bad faith.

A legitimate interest of the holder may be demonstrated where:

- (a) prior to any notice of an alternative dispute resolution (ADR) procedure, the holder of a domain name has used the domain name or a name corresponding to the domain name in connection with the offering of goods or services or has made demonstrable preparation to do so;
- (b) the holder of a domain name, being an undertaking, organisation or natural person, has been commonly known by the domain name, even in the absence of a right recognised or established by national and/or Community law;
- (c) the holder of a domain name is making a legitimate and non-commercial or fair use of the domain name, without intent to mislead consumers or harm the reputation of a name on which a right is recognised or established by national and/or Community law.<sup>7</sup>

## 2. Alternative Dispute Resolution Regarding Domains

The purpose of the Alternative Dispute Resolution (ADR) in information technology law, as in any other legal branch, is to enable dispute resolution in an efficient, time and money saving manner for the parties. This is a rational alternative to the judicial process. In regard to the domains, this is even more evident, bearing in mind the distance of the parties in dispute of the domain.

In 1999, the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) adopted the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP Policy), as well as the UDRP Rules that regulate the administrative procedure for resolving domain disputes.

Under the UDRP rules, the domain name dispute resolution procedure may take place before one of the following ICANN approved service providers:<sup>8</sup> the Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC),<sup>9</sup> with offices in Beijing, Hong Kong, Seoul and Kuala Lumpur; the National Arbitration Forum (NAF);<sup>10</sup> the WIPO Arbitration and Mediation Center<sup>11</sup> and the Czech Arbitration Court (in regard to the .eu domain).

7 *Ibid.*

8 The list of providers is available at: <http://icann.org/udrp/approved-providers/htm>.

9 See: <http://www.adndrc.org/adndrc/index.html>.

10 The procedure before the NAF is: <http://domains.adrforum.com>.

11 See: <http://www.wipo.int/amc/en/>.

The list of providers may be amended, which essentially means that ICANN has the right to assign a new provider or to revoke the approval to some of the existing providers.<sup>12</sup>

Each provider follows the UDRP Rules, as well as its own supplemental rules, in the dispute resolution procedure.

As for who would be “in charge” of some dispute, the selection is made by the submitter of the complaint, or the trademark holder, and is bound to put that in the complaint.

### 3. ICANN’s General UDRP Rules

The UDRP rules have double goals: to remove bad faith domain holder from the virtual space and to enable the complainant (mark holder) to get the domain to which he has a legitimate right. UDRP rules apply to dispute resolution regarding generic top-level domains (gTLD): .com, .net, .org, .biz, .name, .info, .pro, .coop, .aero, .museum, .job and .travel. UDRP is accepted only for some of the national domains (e.g., .nu, .tv, .ws).<sup>13</sup>

The procedure begins by submission of a complaint by the trademark holder, in which he/she states the relevant facts. The entire procedure is shown on the picture below.

Under the UDRP Rules, it is quite probable that the domain holder would lose the right to the domain, in case when the trademark holder submits a complaint, which proves: 1) that the manner in which the domain name(s) is/are identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the Complainant has rights; 2) why the Respondent (domain-name holder) should be considered as having no rights or legitimate interests in respect of the domain name(s) that is/are the subject of the complaint; and 3) why the domain name(s) should be considered as having been registered and being used in bad faith (*mala fides*).

The Respondent (domain-name holder) has to submit a response within twenty (20) days of the date of commencement of the administrative proceeding. In the response, the domain-name holder attempts to prove his/her right and legitimate interest to use the domain. He/she proves that through the existence of one of the following circumstances: 1) before being notified

---

12 In the past, service providers were also the CPR Institute for Dispute Resolution [CPR] and eResolution (eRES). CPR acts only upon disputes initiated by January 2007, while eRes by November 2001 (available at: <http://www.icann.org/udrp/approved-providers.htm>).

13 The maintenance of the national top-level domains (ccTLD) is under the authority of a separate Agency of the International Standardisation Organisation (ISO 3166 Maintenance agency (ISO 3166/MA)), in accordance with the IANA procedures, available at: <http://www.iana.org/domains/root/ctld/>.

of the proceeding, he/she used or was preparing to use the domain in good-faith (*bona fide*) to offer goods and services; 2) the domain-name holder is generally known for the domain, although he/she never acquired the right to a trademark; and 3) the domain-name holder uses the domain in good-faith and for non-commercial goals, without intent to make profit or mislead the average consumer or discredit the trademark at stake.

The dispute is decided by one or a panel of three mediators, selected from an international list of experts kept in one of the three organisations that may conduct the proceeding (ADNDRC, NAF or WIPO).

If found by the Panel to be present, the following is considered to be evidence of the registration and use of a domain name in bad faith:

- 1) circumstances indicating that the domain name has been registered or acquired primarily for the purpose of selling, renting, or otherwise transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of documented out-of-pocket costs directly related to the domain name; or
- 2) the domain name has been registered in order to prevent the owner of the trademark or service mark from reflecting the mark in a corresponding domain name, provided that there was an engagement in a pattern of such conduct; or
- 3) the domain name has primarily been registered for the purpose of disrupting the business of a competitor;
- 4) by using the domain name, there has been an intentional attempt to attract, for commercial gain, Internet users to the domain owner's web site or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with the complainant's mark as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of the web site or location or of a product or service on the web site or location.

Based on the evidence, the Panel may render one of the following decisions: 1) the registration of the domain to be revoked or deleted; 2) the domain to be transferred from the domain owner to the trademark holder; or 3) to leave the domain to the domain owner, i.e. to reject the complaint of the trademark holder.

#### **4. Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC)**

ADNDRC was approved for dispute resolutions under the UDRP Rules in February 2002. ADNDRC is a joint undertaking of several bodies: the Chi-

na International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC);<sup>14</sup> the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC),<sup>15</sup> the Korean Internet Address Dispute Resolution Committee (KIDRC)<sup>16</sup> and the Kuala Lumpur Office operated by the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRC).<sup>17</sup>

The ADNDRC has four: Beijing, Hong Kong, Seoul and Kuala Lumpur. Each of these offices has supplemental rules to the UDRP ones, which mostly regulate technical and costs issues.

## 5. Proceedings before the National Arbitration Forum (NAF)

NAF was approved by ICANN for dispute resolutions under the UDRP Rules in 1999. Its headquarters is in Minneapolis, Minnesota, USA. It is considered one of the most effective organisations dealing with Alternative Dispute Resolution. So far, NAF has resolved over 10.000 domain-name disputes and in 2007 it presided over 1.805 domain-name disputes.<sup>18</sup>

## 6. WIPO Arbitration and Mediation Centre

Globally, the WIPO Centre is the most popular provider organisation for domain-name dispute resolution, among other things because of the First and Second WIPO Internet Domain Name Processes, which result in adoption of final reports focusing on the conflict between domain-names and trademarks. Among the more popular cases administered by this Centre are the ones involving the domains: *bmw.org*, *nike.net*, but also cases connected to celebrity names, like *.madonna.com*, resolved in favour of Madonna Ciccone.

The WIPO press release In 2010, trademark holders filed 2,696 cyber-squatting cases covering 4,370 domain names with the WIPO Arbitration and Mediation Center (WIPO Center) under procedures based on the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP), an increase of 28% over the 2009 level and of 16% over the previous record year, 2008.<sup>19</sup> Most cases are filed by parties based in the United States of America or Europe (including, increasingly, in Eastern European countries).

---

14 Available at: <http://www.cietac.org.cn/>.

15 Available at: [http://www.hkiac.org/HKIAC/HKIAC\\_English/main.html](http://www.hkiac.org/HKIAC/HKIAC_English/main.html).

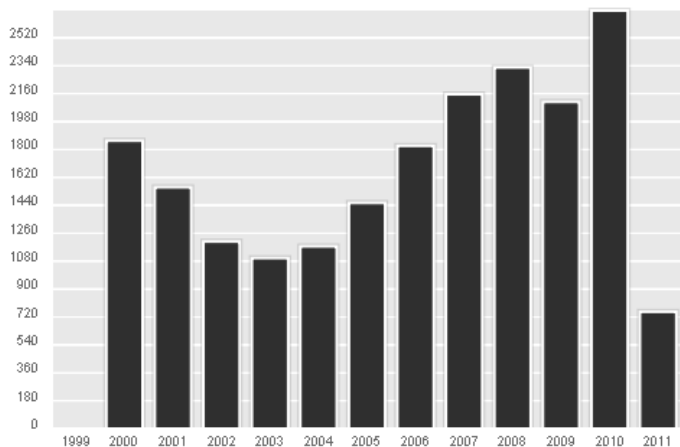
16 Available at: <http://www.idrc.or.kr/>.

17 Available at: <http://www.klrca.org.my/>.

18 Available at: <http://domains.adrforum.com/newsroom.aspx?itemID=1363>.

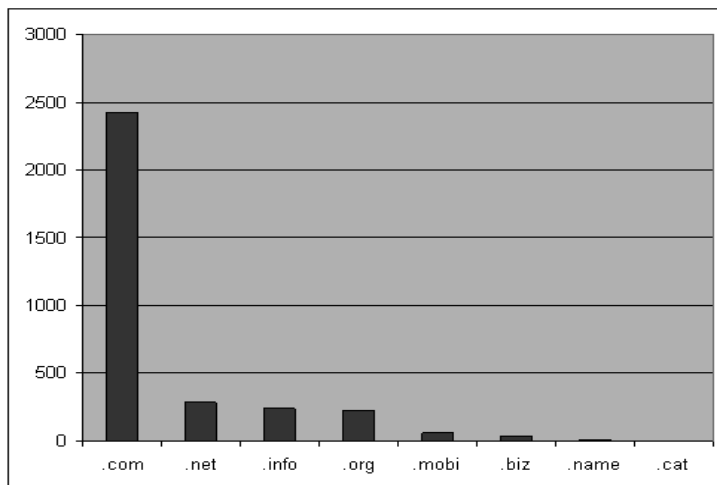
19 Available at: [http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2011/article\\_0010.html](http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2011/article_0010.html).

According to WIPO's data from 10 April, 2011,<sup>20</sup> the number of domain-name disputes is constantly increasing. The graphical chart of the increase of cases is given below.



Number of WIPO Domain Name Cases in the period 1999–2011 (April)  
(Source: WIPO)

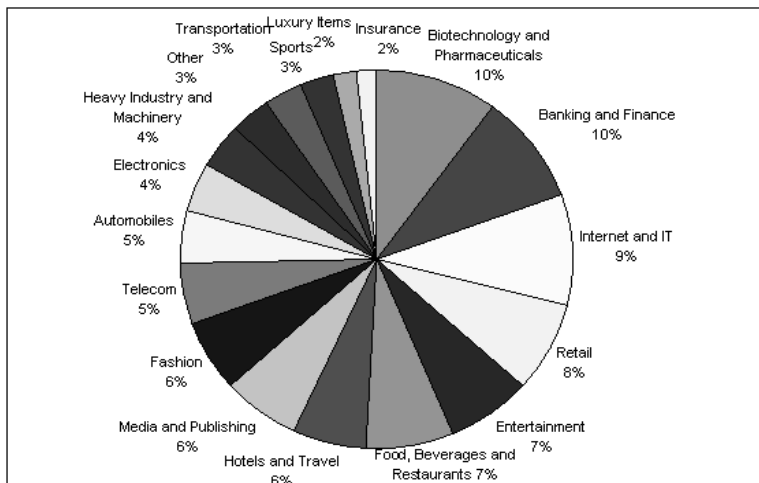
As for the types of domains, .com domains remained the solid leader in terms of the number of domain names included by complainants in cases filed with WIPO, followed by .net, .info, .org, .mobi, .biz, .cat, etc. This tendency is represented in the chart below.



gTLDs in WIPO Domain Name Cases (Source: WIPO)

<sup>20</sup> Available at: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>.

The dominating sectors were Biotechnology and Pharmaceuticals, Banking and Finance, and IT. The graphical representation of disputes as per this criterion is given in the chart below.



Areas of WIPO Domain Name Complainant Activity (Source: WIPO)

## 7. Proceedings before the Czech Arbitration Court

The Czech Arbitration Court was authorised as UDRP service provider in January 2008. This Arbitration Court is based in Prague and is attached to the Economic Chamber of the Czech Republic and Agricultural Chamber of the Czech Republic. The Czech Arbitration Court administers ADR Proceedings according to ADR Rules and in line with the Public Policy Rules for .eu domain of the European Commission (EC Regulation 874/2004), as well as its own Supplemental Rules.<sup>21</sup>

The following may be conditions for initiating a procedure: existence of a suspicious registration of a domain-name or its abuse; or rendering a decision by the Registrar contrary to Regulation 733/2002.<sup>22</sup>

Following the receipt of the Complaint, the Arbitration Court notifies the Registry (EURid), in order to identify the domain name that is subject to the dispute. The Registry postpones all actions regarding the domain name (cancellation, transfer, etc.) until a final decision is rendered.

21 Supplemental ADR Rules of the Arbitration Court attached to the Economic Chamber of the Czech Republic and Agricultural Chamber of the Czech Republic ([www.adr.eu](http://www.adr.eu)).

22 REGULATION (EC) No 733/2002 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 April 2002 on the implementation of the .eu Top Level Domain (*Official Journal of the European Union* L 162/43).

The decision is rendered by a single or 3-member Panel, bearing in mind the effective rules of the Union. The Panel may that the disputed domain name be revoked or in some cases be transferred to another holder, terminated or changed. The decisions are binding for both parties.<sup>23</sup>

#### IV Conclusion

The phenomenon of cybersquatting remains a challenge for intellectual property legislations. The approach of the media as well as the development of the internet social networks (social media) even more emphasize the importance of the relations between domain names and trademarks.

The UDRP remains a strong pillar for future activities in the field of resolving the disputes. On a national level, courts have also dealt with domain name disputes. For instance, the Macedonian jurisprudence is also familiar with several cybersquatting cases, such as as the “google.com.mk” case.

The concepts of trademark law and information technology law are important and consistent theoretical framework for regulation of the domain name disputes. Furthermore, they provide possibilities for additional specific and binding international legal instruments (specifically agreements) in the field of domain name disputes.

**др Мирјана ПОЛЕНАК АКИМОВСКА**  
редовни професор Правног факултета Јустинијан Први  
Универзитета Св. Ђирило и Методије у Скопљу, Македонија

**др Гоце НАУМОВСКИ**  
доцент Правног факултета Јустинијан Први Универзитета Св.  
Ђирило и Методије у Скопљу, Македонија

### ОСНОВНИ ПРАВНИ ОКВИР ЗА „САЈБЕРСКВОТИНГ“ СПОРОВЕ: МЕЃУЗАВИСНОСТ ЖИГА И НАЗИВА ДОМЕНА

#### Резиме

*Феномен сајберсквотинга и даље представља изазов у праву интелектуалне својине. Начин на који медији приступијају шом проблему,*

23 *Ibid.*



као и развој друштвених мрежа на интернету истичу значај односа између жића и назива домена. UDRP правила о решавању спорова између титлулара жића и титлулара назива домена нису временом изјубила на значају. Сајберсквојини спорови решавани су и на националном нивоу, при чему је најпознатији случај „google.com.mk“.

**Кључне речи:** сајберсквојини, жић, назив интернет домена, интелектуална својина.

др Јагранка ДАБОВИЋ-АНАСТАСОВСКА  
редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“  
Универзитета у Скопљу

## УТИЦАЈ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ НА ПРОМЕТ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ УГОВОРМ О ЛИЦЕНЦИ, ПРЕМА РЕГУЛАТИВИ 772/2004 ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ

### Резиме

Разрађивање клаузула из уговора о лиценци је наложено из више разлога које ауторка сматра битним у развоју правних система земаља из региона, најпре за аспекта њиховој приближавања праву Европске уније. Конкурентско право проучава клаузуле из уговора о лиценци са савановишћа њиховој утицаја на њонашање тржишних субјеката. Основи конкурентској права у ЕУ су садржани у члану 101 УФЕУ и Регулациви 772/2004 која специфицира његову примену. Трансакционим дефинисањем система блокових изузећа, разрадом принципа тржишне моћи, разликом између комисионивних и некомисионивних компанија, јасним прецизирањем тврдох клаузула и разликовањем клаузула које доводе до нишавости целој уговора од оних које доводе до нишавости одређене одређе, Регулацива је успоставила систем блокових изузећа који, са једне стране осигурава еластичну примену, док са друге ојачава правну сигурност и конкурентност на тржишту. Имајући у виду да у међународној трговини радно расте проценај размене права интелектуалне својине у односу на трговину стока и услуга, несумњиво је да ће хармонизација законодавства са оним ЕУ придонети ка увећавању трансфера технологије, а с тим и унапређењу техничкој развоја, новим зајослењима и савним директивним инвестицијама које су извор

економске користи за државе у региону. Истовремено, наведени систем је баријера за постојеће неинтелигентне изјаве трансфера заштарених технологија и интелектуалних уговора за стицање лиценце. Ауторка, презентирајући најновија решења Европске комисије о уговору о лиценци и праву конкуренције има за свој циљ да придонесе следећем: уређивању законодавства земаља региона де леге ференда, афирмисању уговора о лиценци и његове улоге и преносу права интелектуалне својине и обезбеђивању веће заштите права интелектуалне својине што је услов за добијање страних директних инвестиција.

**Кључне речи:** право конкуренције, трансфер технологија, клаузуле уговора о лиценци, члан 101 УФЕУ, Регулатива 772/2004, брзина изузећа, (не)интелигентне компаније, ништовност уговора (клаузула), тржишна моћ.

## I Увод

Привредни субјекти у целом свету схватају да је подручје креативности постало центар нових интердисциплинарних истраживања, којима се жели доћи до бољег разумевања ресурса, ефикасности, генерисања и стварања конкурентне креативне производње и потрошње. Креативне индустрије свакодневно постају најприхватљивији облик концептуализације економског аутопута креативности и језгро, које већину друштава уводи у свет економије засноване на знању. Гледајући уназад на економски развој који су током последње деценије достигле неке земље, запажа се да је у њима дошло до промене политика управљања креативним ресурсима и усвајања нових модела и пракси управљања креативним стваралаштвом. За привредне субјекте је битно да развију производе и услуге што се могу конкурентно пласирати на тржишту, које је у свету глобализације и слободне тржишне конкуренције преплављено новим производима и услугама. Добро менаџерско управљање треба да омогући малим и средњим компанијама које доминирају у нашем региону,<sup>1</sup> да се определе дали ће развијати властите ресурсе за истраживање и развој, дали ће користити софистициране лабораторије универзитета и знање с којим универзитетске средине располажу или ће се користити разним формама трансфера технологије преноса знања и искуства путем уговора о лиценци, франшизинга и сл. од привредних субјекта који су већ развили нове иновативне технологије производње и конкурентне конкурентске робе и услуге.

1 За потребе овог рада у земље региона убрајамо Републику Србију, Републику Македонију, Републику Хрватску и Државу Црну Гору.

Менаџери привредних субјеката знају да је један од најефикаснијих инструмента који се користи за трансфер технологије уговор о лиценци. Међутим, битно је да се зна да припреме пре закључења уговора о лиценци траже да се добро познаје правни оквир ових уговора који је и иначе комплексан, посебно кад се зна да ови уговори најчешће имају и међународни елемент. Оно што је такође карактеристично и заједнички именитељ земаља нашег региона је њихова територијална припадност Европи као и њихова опредељеност да постану чланице Европске уније<sup>2</sup> и отуда њихово перманентно настојање за хармонизацију и унификацију властитих правних система с правом Европске уније. У међународној трговини рапидно расте проценат размене права интелектуалне својине у односу на трговину робе и услуга. Зато се хармонизација законодавства на овом плану, са оним у Европске уније, намеће као услов за подстицај трансфера технологије, а с тим и унапређења техничког развоја, који резултира новим запослењима и страним директним инвестицијама које су извор економске користи за државе у региону. Ефикасна конкуренција у значајној мјери доприноси развоју националне економије, а потрошачима доноси бољи избор роба и услуга, уз повољније цене.

Тема овог рада повезана је с уговором о лиценци и Регулативом бр. 772/2004 Европске Комисије која уређује дозвољеност одређених клаузула у уговорима о лиценци. Ограниченост простора и времена намеће нам да се само накратко осврнемо на актуелну ситуацију у Европској унији на делове које чине правни оквир уређења уговора о лиценци и оцени степена хармонизације уговорног права, права интелектуалне својине и конкурентског права у самој Европској унији, као и на укупну ситуацију у Европи насталу данас, две године после Лисабонског споразума<sup>3</sup>. Ценили смо да је повезано с насловом овог рада и корисно да се паралелно да и преглед како се у земљама овог региона које су у различитој фази приступања Европској унији хармонизује право, посебно у односу на Регулативу бр. 772/2004 Европске комисије.<sup>4</sup>

2 Док је Република Хрватска у преговорима за приступање ЕУ, Република Македонија чека датум за преговоре, Држава Црна Гора је добила статус земље кандидата, док Република Србије очекује стицање овог статуса у 2011 години.

3 Лисабонски уговор о изменама и допунама Уговора о ЕУ и Уговора о оснивању ЕЗ, 13. децембар 2007, ступио на снагу 1. децембра 2009 (пречишћени текст, *Сл. л. Ц* 83, 30.3.2010.

4 Српски Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09) не садржи непосредне одредбе о уговорима о трансферу технологије, као што не садрже ни уредбе донесена на основи закона. Република Хрватска спомиње уговоре о трансферу технологије у Закону о заштити тржишног натјечања (*Народне новине*, бр. 79/2009), као што уређује и њихово групно изузеће Уредбом о скупном изузећу споразума о пријеносу технологије (*Народне новине*, бр. 9/2011). Македонски Закон о заштити конкуренције (*Службене новине РМ*, бр. 145/10) уређује групно

Уговор о лиценци је инструмент правног промета права интелектуалне својине који се користи код других комплексних уговора као што су трансфер технологија, франшизинг, дугорочна сарадња, заједничка улагања и сл. Правни оквир уређења уговора о лиценци су норме уговорног права, права интелектуалне својине, конкурентског права и међународног приватног права.

Уговор о лиценци је уговор који се често убраја у неименоване уговоре или уговоре аутономне трговачке праксе, јер нема своје место у законом уређене уговоре. У свим бившим југословенским земљама, које своје уговорно право заснивају на системска решења садржана у Закону о облигационим односима из 1978 године<sup>5</sup> уговор о лиценци је законски уређен уговор или именовани уговор.<sup>6</sup> Уговорно право дефинира уговор о лиценци као и права и обавезе уговорних страна, момент закључења уговора, форму уговора, одговорност уговорних страна, трајање уговора, раскид и престанак уговора. Помоћу аналогне примене општих правила уговорног права на уговор о лиценци може се определити способност субјекта за закључење уговора, правила о месту и времену испуњења уговора, ништавност и рушљивост уговора, правне последице неиспуњења и неправилног испуњења уговора, итд.

Специфичности уговора о лиценци произлазе и из права интелектуалне својине. Овај је уговор инструмент за промет правима интелектуалне својине. У буквалном смислу, уговор о лиценци је дозвола коју титулар права интелектуалне својине даје другом субјекту како би се овај на одређено време и на одређени начин користио правом интелектуалне својине које искључиво припада титулару и за ту дозволу стицалац је дужан платити одређену накнаду. Што се тиче предмета уговора о лиценци, то је право интелектуалне својине које је у промету. Реч је о материјалном „монополском“ праву које поседује титулар патента, индустријског дизајна, жига, ауторског право или тајног знања и искуства (*know-how*) с којим титулар права располаже. Имајући у

изузеће уговора о трансферу технологије, док су детаљу уређени Уредбом о групном изузећу уговора о трансферу технологије, о лиценци и о *know-how* (*Службене новине РМ*, бр. 91/05). Коначно, Држава Црна Гора не упућује на уговоре о трансферу технологије у Закону о заштити конкуренције (*Службени листи РЦГ*, бр. 69/05 и 37/07), као што то не чини ни у подзаконским актима.

5 *Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, чланови 686-711.

6 Види чл. 742-767 македонског Закона о облигационим односима (*Службене новине РМ*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09), чл. 699-724 хрватског Закона о обвезним односима (*Народне новине*, бр. 35/05 и 41/08), чл. 686-711 српског Закона о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени листи СЦГ*, бр. 01/03) и чл. 819-844 црногорског Закона о облигационим односима (*Службени листи РЦГ*, бр. 47/08).

виду да права интелектуалне својине важе територијално, а да је њихов промет интернационални или међународни, познавање националног материјалног права интелектуалне својине се намеће као императив за субјекте који желе закључити уговор о лиценци. Национални прописи о правима интелектуалне својине садрже когентне норме о условима и начину стицања права, трајању, престанку и поништењу права интелектуалне својине, као и норме о преносу, начинима располагања, заштите, и сл. Познавање националних закона, као и међународне регулативе, права интелектуалне својине је неопходно да би се могло одредити ко је титулар права и ко може бити давалац лиценце, да се одреди и дефинира предмет уговора о лиценци, да се одреде врсте уговора о лиценци у зависности од права интелектуалне својине које је непосредни предмет уговора о лиценци као и да се одреде врсте лиценце у зависности садржине: неискључива, искључива и соло лиценца, најдуже трајање уговора о лиценци у смислу да уговор траје док траје заштићено право, правни положај стицаоца лиценце у односу на стечено право, могућност да одржи право уколико се плате таксе, и сл.

Конкурентско право има свој утицај у уређењу уговора о лиценци. Слободан промет робе и услуга не сме бити путем уговора о лиценци. У пракси уговор о лиценци, као што смо већ указали, често је саставни дио сложених уговора као што су уговори о трансферу технологије, уговори о франшизингу, уговори о кооперацији, уговори о заједничком улагању, уговори о продаји сложене опреме, уговори о инжињерингу, уговори о консалтингу, и сл. Уговори о лиценци имају међународни елемент када је трговање с правима интелектуалне својине између субјеката који припадају различитим државама, или се трговачко пословање преноси изван територије земље привредног субјекта.

## **II Правни оквир уговора о лиценци у Европској унији и у земљама региона**

У земљама Европске уније уговор о лиценци је неименовани уговор, односно уговор који најчешће није уређен посебним законским одредбама. Уређење овог уговора препуштено је аутономној трговачкој пракси, моделима уговора различитих етичких кодекса привредних субјеката, и сл. Оно што се мора нагласити је то да се и код уговора о лиценци примењују општа начела уговорног права, као што су аутономија воља, једнакост уговорних страна, забрана злоупотребе права, једнакост узајамних давања, преговори, понуда, прихватање понуде, одговорност за недостатке предмета испуњења, услови за престанак уговора, ништавност и рушљивост уговора, могућност раскида уговора, и сл.

Свакако, морамо да укажемо да је уговорно право, које се примењује на уговор о лиценци испреплетено с нормама које су део права интелектуалне својине и конкурентског права. То свакако не умањује улогу уговорног права у уређењу уговора о лиценци и утицај што на уговорно право имају промене које су у правцу хармонизације приватног права у Европској унији.

Процеси глобализације утичу на приватно право не само на начин да захтевају уједначавање правних правила, већ и тако да у многоме мењају темељне парадигме тог права. То се посебно односи на уговорно право, које је по природи ствари најближе тржишним односима и стога су се промене у економској структури најпре одразиле баш у овој области.<sup>7</sup> Како се истиче у правној теорији европског приватног права, процес интернационализације и глобализације захватио је област уговорног права још и пре него што је започео процес „европеизације“ приватног односно уговорног права у оквиру Европске уније, а онда је само убрзан. Промене које се дешавају значајне су и условљене социоекономским факторима. С једне стране глобализација тржишта захтева либерализацију уговорног права будући да значајно расте број транснационалних уговора на које се не могу увек и без потешкоћа преенити правила националних права, појављује се и појам масовних уговора, итд. С друге стране јавља се потреба за посебним регулирањем различитих врста специфичних уговора као што су, потрошачки уговори те, у складу са светским процесима, и европско право у овим областима уговорног права прихвата друкчије стандарде социјалне правде него што су они карактеристични за класично уговорно право. То значи да се савремено уговорно право развија у сукобу између два супротна захтева, с једне стране захтева либерализације а с друге стране потребе увођења присилних норми које нису карактеристичне за приватноправну област.<sup>8</sup>

Доминација пословања с међудржавним елементом, на политичком нивоу отворила је процес уједначавања уговорног права Европске уније. Донесен је Закључак Председништва Европског савета од 15. и 16. септембра 1999. године у Тампери о нужности израде студије о потреби хармонизације прописа на подручју уговорног права држава чланица. Европска комисија је у објављеном Саопштењу<sup>9</sup> стремила

7 Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (Oxford: Oxford University Press, 2009) *European Review of Contract Law. Volume 7, Issue 1, Pages 95-103, ISSN (Online) 1614-9939, ISSN (Print) 1614-9920, DOI: 10.1515/ERCL.2011.95, /January/2011.*

8 Silviја Petrić, „Uvod u Načela europskog ugovornog prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, в. 29, бр. 1, 2008.

9 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, Official Journal C 255 13/9/2001 P0001-0044.

добивању информација о проблемима који стоје на путу успостављања унутрашњег тржишта лишеног свих препрека. Такође, у Акцијском плану<sup>10</sup> Комисија је усвојила сљедеће мјере које треба подузети: активности за побољшање кохерентности између различитих правних инструмената уговорног права, кроз усвајање нацрта заједничкога оквира грађанског права у Европској унији („*Common Frame of Reference*“); промоција прихватања стандардних одредби и услова („*Standard terms and Conditions – STCs*“) који би били у употреби Европске уније; истраживање је ли би се проблемима у подручју европског уговорног права могло изнаћи решење користећи се „не-секторски специфичним“ рјешењима. Значајно је споменути радионицу из 2004. године за промоцију развоја „STCs“ у Европској унији.

Пројекат стварања Заједничких оквира или начела за тумачење уговорног и приватног права (*Common Frame of Reference*) ће се наставити. Начин њиховог усвајања као и ауторитет учесника у овом пројекту пружају уверавања да ће њихова решења без обзира да ли ће бити усвојена у форми обавезујућих или само референтних правила, омогућити стварање потребног правног окружења и представљати подстицај и модел за наставак процеса европеизације приватног права, независно од судбине Европске уније. Обим утицаја ће свакако зависити од њиховог односа, с једне стране, према природном праву, а са друге стране, од усклађености са оним процесима који се обухваћени појмом глобализације права. У том смислу се може очекивати даља спољна и унутрашња конвергенција правних система, као најширег процеса правне интеграције.<sup>11</sup>

И поред свега овога може се извући закључак да се хармонизација европског уговорног права, што је посебно битно за уговор о лиценци, већ увелике одвија путем развоја слободног тржишне конкуренције те конкурентског права. Хармонизација се већ годинама одвија кроз хармонизовану примену Регулатива о збирном изузећу одређених уговора од примене члана 81 Римског уговора, односно садашњег члана 101 Уговора о функционисању Европске уније (даље УФЕУ). У остваривању циља заједничког тржишта, прописи тржишне конкуренције имају изузетно важну улогу, с обзиром да ограничавајући уговоре између трговца о подјели тржишта и искључивим облицима пословања, те поступке трговца у владајућем положају, па тиме у знатној мери спречавају отежавање слободе трговине међу државама чланицама, као што и спречавају онемогућавање приступа тржишту тржишним субјектима,

10 COM 2003/0068.

11 Радован Д. Вукадиновић, „Тезе за расправу о неким тенденцијама у развоју савременог уговорног права“, *Правни живот*, вол. 58, бр. 5–6, 2009, стр. 21–31.



предузетницима и инвеститорима из других држава чланица. Члан 101 и члан 102 УФЕУ уређују заштиту тржишне конкуренције у Европској унији, којој придносе многобројне одлуке Комисије и богата судска пракса европских судова. Конзистентна тумачења тих одредби у складу с циљем остваривања заједничког тржишта дају тим одредбама обележја правног система који се, једнако као и одредбе које уређују слободно кретање роба, услуга, рада и капитала, може сматрати делом привредног система Европске уније.<sup>12</sup>

Хармонизација прописа тржишне конкуренције везаних уз уједначене прописе и њихову примјену, допуштене односно забрањене уговорне односе, упућује на закључак да, што се тиче вертикалних споразума, хармонизација уговорног права је постигнута.<sup>13</sup> Такођер, хармонизација прописа видљива је и у усклађивању склапања уговора од стране свих трговца у двадесет и седам земаља, те у државама кандидатима као и у оним државама које су потписале Споразум о стабилизацији и придруживању. Видљива је и у олакшавању пословања тржишни субјекта, пружајући им првенствено правну сигурност уједначеним, што од стране Комисије, тако и од стране надлежних тијела држава чланица, уређењем права тржишне конкуренције у Европској унији. С овим се тржишним субјектима олакшава пословање без препрека, као и трговање роба, услуга и права на отвореном заједничком тржишту, што је и циљ стварања заједничког тржишта, као и један од циљева хармонизације уговорног права.

Циљ је члана 101 УФЕУ да у целини заштитити тржишну конкуренцију с намером промицања добробити за потрошаче и продуктивне расподеле средстава. Чланом 101 став (1) УФЕУ забрањују се сви споразуми и усклађена деловања између трговца и одлуке удружења трговца који могу утицати на трговину између држава чланица и који као циљ или посљедицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање тржишне конкуренције. Изузеће од овог правила представља 101 став (3) УФЕУ којим се утврђује да се забрана из члана 101 став (1) УФЕУ не мора примјењивати у случају споразума између трговца који придносе унапређењу производње или дистрибуције производа или промовисању технолошког или привредног развоја, а при том потрошачима пружају размерну корист и не намећу ограничења која нису неопходна за постизање наведених циљева, те не омогућавају тим тржишним субјектима искључивање знатног дела конкуренције с тржишта, у односу на производе који су предмет споразума.

12 Vedran Šoljan, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja europske zajednice*, Загреб, 2004, стр. 7.

13 Commission notice of 10 May 2010: Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411 final].

Прописи који регулирају интелектуалну својину<sup>14</sup> дају искључива права титуларима патената, ауторског права, дизајна, жигова и осталих законско заштићених права. Прописима о интелектуалној својини се дају права титуларима права интелектуалне својине да спречавају неовлаштено коришћење своје интелектуалне својине, али и да предмет права интелектуалне својине користе, интер алиа, уступањем лиценце која се односи на та права трећим странама. Чином стављања производа који садржи неко право интелектуалне својине на тржиште унутар европског привредног простора од стране титулара, или уз његов пристанак, право интелектуалне својине се исцрпљује у смислу да га његов носитељ више не може користити како би надзирао продају тог производа (тзв. начело исцрпљења права унутар уније). У сагласности с прописима о интелектуалној својини, носитељ права нема право спречавати продају коју врше стицалац лиценце или купци производа у којим је уграђена лиценцирана технологија. Начело исцрпљења права унутар уније усклађено је с основним задатком права интелектуалне својине, а то је да носитељу права гарантује право да искључи остале стране од искориштавања његове интелектуалне својине без његовог пристанка.<sup>15</sup>

Чињеница да прописи о интелектуалној својини гарантују искључива права искориштавања права интелектуалне својине не подразумеива да су та права заштићена од примене прописа о тржишној конкуренцији. Сукоб између права интелектуалне својине и правила тржишне конкуренције уније није сам по себи разумљив. Обе гране права деле исти основни циљ промовисања добробити потрошача и продуктивне расподеле средстава. Иновација представља битну и динамичну компоненту привреде које је отворено за тржишну конкуренцију. Права интелектуалне својине промовишу динамично тржишну конкуренцију на начин да потичу тржишне субјекте да инвестирају у развој нових или побољшаних производа и производних процеса. То исто чини и тржишна конкуренција на начин да врши притисак на тржишне субјекте да уводе иновације. Права интелектуалне својине и тржишна конкуренција потребни су како би подстакнули иновацију и осигурали њено искориштавање у духу тржишне конкуренције.<sup>16</sup>

14 Све земље региона, које су предмет анализе, имају своје прописе о правима интелектуалне својине, као и што су чланице Светске организације за интелектуалну својину и Светске трговинске организације и потписнице ТРИПС-а

15 Guy Tritton, *Parallel Imports in the European Community* (1991) IPQ 196; Torremans and Stamatoudi, *'Merck is Back'* (1977) 9 EIPR 545.

16 Види чл. 8 ст. 2 ТРИПС: Одговарајуће мере, под условом да су у складу са одредбама овог Споразума, могу да буду потребне, да би се спречила злоупотреба права интелектуалне својине од стране титулара права или прибегавање пракси која

При оцени уговора о лиценци, како је то предвиђено чланом 101 УФЕУ, мора се имати на уму да стварање права интелектуалне својине са собом доноси значајна улагања и често је ризичан подухват. Да би се одржала динамична тржишна конкуренција и подстакла за иновације, тржишни субјект иноватор не сме се неоправдано ограничавати у искоришћавању права интелектуалне својине која се покажу вреднима. Из тих разлога иноватор треба имати слободу да тражи накладу за успешне пројекте који ће се показати довољним за одржавање и подстицање улагања, узимајући при томе у обзир и пројекте који су пропали. Лиценцирање технологије такође може од стјигатеља лиценце захтевати значајна ненадокнадива, тзв. потопљена, улагања у лиценцирану технологију и средства за производњу потребна за њено искоришћавање. Члан 101 УФЕУ не може се примјењивати без узимања у обзир тих *ex ante* анте улагања која чине стране уговора и с њима повезаних ризика. Ризици у које улазе стране уговора и ненадокнадива улагања која морају извршити могу имати за последицу уговор који у временском трајању које је потребно за повратак улагања, већ према сваком поједином случају, неће бити обухваћен чланом 101 став (1) УФЕУ, односно који ће испуњавати услове из члана 101 став (3) УФЕУ.

При оцени споразума о лиценци, како је то уређено чланом 101 УФЕУ, постојећи аналитички оквир довољно је флексибилан тако да на примерен начин узима у обзир динамичне аспекте лиценцирања технологије. Не постоји претпоставка да права интелектуалне својине и уговори о лиценци, као такви, представљају проблем за тржишну конкуренцију. Већина уговора о лиценци не ограничава тржишну конкуренцију и ствара позитивне последице за тржишну конкуренцију. Лиценцирање је заиста по својој природи прокомпетитивно, будући да доприноси ширењу технологије и потиче иновације. И уговори о лиценци који ограничавају тржишну конкуренцију често могу имати позитивне последице за тржишну конкуренцију, које треба посматрати у сагласности с чланом 101 став (3) УФЕУ и испитати њихову већу корисност над негативним ефектима за тржишну конкуренцију. Члан 101 став (1) УФЕУ забрањује споразуме који за свој циљ или посљедицу имају ограничавање тржишне конкуренције. Члан 101 став (1) УФЕУ примјењује се како на ограничења тржишне конкуренције између стране уговора, тако и на ограничења тржишне конкуренције између било које од тих уговорних страна и трећих страна.<sup>17</sup>

---

неразумно ограничава трговину, или штетно утиче на међународни трансфер технологије.

17 Види чл. 10 српског Закона о заштити конкуренције, чл. 8 хрватског Закона о заштити тржишног натјечања, чл. 7 македонског Закона о заштити конкуренције и чл. 7 црногорског Закона о заштити конкуренције.

### III Клаузуле уговора о лиценци и конкурентско право по Регулативи 772/2004

Уговор о лиценци је инструмент вршења промета права интелектуалне својине – патентних права (патената, *know-how*-а, корисних модела), знакова разликовања (жигова, индустријских дизајна) и неких ауторских и сродних права. Уговором о лиценци, титулар права интелектуалне својине, одступа титулару лиценце (стицаоцу лиценце) право искоришћавања права интелектуалне својине, на опредељеном подручју и на опредељени начин. Као правни инструмент, уговор о лиценци се јавља као ефикасни модел трансфера технологије, бивајући саставни део комплексних уговора међународне сарадње и промета робе, услуга и знања и бивајући истовремено један од најодговарајућих модела за обезбеђивање страних директних инвестиција. Због тога, разрађивање клаузула уговора о лиценци и конкурентског права по Регулативи 772/2004 је подстакнуто из два разлога: придонети ка обезбеђивању вишег степене хармонизације права земаља из региона са правом Европске Уније и путем овога афирмисати уговор о лиценци као механизам повећања удела страних директних инвестиција у домаћој привреди земаља из региона.

Разрађивање клаузула из уговора о лиценци је наложено из више разлога које сматрамо битним у развоју правних система земаља из региона, најпре за аспекта њиховог приближавања праву Европске уније. Наиме, полазећи од решености земаља из региона да у најскорије време постану чланице Европске уније, усаглашавање правних система аспираната за чланство са правом Европске уније, јесте од примарног значаја за почетак и завршавање процеса стабилизације и придруживања.<sup>18</sup> Наша ће се тема задржати на клаузуле из уговора о лиценци са становишта конкурентског права.

Конкурентско право проучава клаузуле из уговора о лиценци са становишта њиховог утицаја на понашање тржишних субјеката. Различите врсте клаузула и начини њиховог формулисања имају изузетно значење за постојање конкуренције, како на домаћем тржишту, тако и у трговини са земљама ЕУ.<sup>19</sup> Све државе-аспиранти су дужне да из-

18 Види, на пример, чл. 68 из Уговора о стабилизацији и придруживању између Републике Македоније и Европских заједница и њихових земаља-чланица.

19 У чл. 69 ст. 1 из Уговора о стабилизацији и придруживању између Републике Македоније и Европских заједница и њихових земаља-чланица стоји: Следећи поступци су некомпатибилни у односу на правилно функционисање Уговора, док исти могу на утичу на трговину између Републике Македоније и Заједница: (i) сви уговори између предузећа, одлуке асоцијација предузећа и усаглашена пракса између предузећа који за свој циљ или последицу имају или представљају

врше хармонизацију домаћег конкурентског законодавства са оним ЕУ, првенствено ради правилне примене Уговора о стабилизацији и придруживању, што ће сигурно на дугом року резултирати са потпуним усаглашавањем домаћег права са правом ЕУ.<sup>20</sup>

Као што смо већ указали, уговор о лиценци има велики значај као у домаћој, тако и у међународној пословној и трговинској сарадњи. Такође, уговор о лиценци, као инструмент правног промета права интелектуалне својине и међународног промета робе и услуга, је посебно битан за унапређење стваралачког и проналазачког рада. Економска улога и значај уговора о лиценци (односно његових клаузула) најбоље можемо сагледати са становишта значаја уговора о лиценци као основног модела трансфера технологија и његовог утицаја на конкурентност тржишта.

Основи конкурентског права у ЕУ су садржани у члановима 101 и 102 УФЕУ. Што се наше теме тиче, од особитог значаја су члан 101 УФЕУ и Регулатива 772/2004 која специфицира његову примену.

Члан 101 став (1) УФЕУ генерално забрањује све уговоре између компанија, одлуке удружења компанија и усаглашену праксу који за свој предмет или резултат имају спречавање, ограничење или нарушавање конкуренције на заједничком тржишту ЕУ. Нарочито су забрањени уговори, одлуке и пракса који: директно или индиректно фиксирају куповне (или продајне) цене, односно друге услове трговања; ограничавају или контролишу производњу, тржишта, технички развој или инвестиције; врше поделу тржишта или извора за снабдевање; примењују различите услове на једнаке трансакције са другим уговорним странама, стављајући последње у подређени конкурентски положај; условљавају

спречавање, ограничење или нарушавање конкуренције; (ii) злоупотреба доминантне позиције на тржишту које врше једно или више предузећа на територије Републике Македоније или Заједнице у целини или у њеном већем делу; (iii) било која јавна помоћ која нарушава или прети нарушавањем конкуренције путем фаворизирања одређених предузећа или одређених производа.

20 Баш из тог разлога чл. 3 ст. 3 македонског Закона о заштити конкуренције гласи: У оцени облика нарушавања конкуренције који могу имати утицај на трговину Републике Македоније и Европских заједница, сагласно чл. 69 Уговора о стабилизацији и придруживању између Републике Македоније и Европских заједница и њихових земаља-чланица, сходно ће се примењивати критеријуми који произлазе из правилне примене правила о конкуренцији у Европској унији. Такође, чл. 74 хрватског Закона о заштити тржишног натјецања гласи: У примјени овога Закона, а особито у случајевима постојања правних празнина или двојби при тумачењу прописа, у складу са чланком 70 Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Хрватске („Народне новине – Међународни уговори“, бр. 14/01), примјењују се на одговарајући начин критерији који произлазе из примјене правила о тржишном натјецању у Европским заједницама.

склапање уговора прихватањем допунских обавеза које по својој природи или наспрам добрих пословних обичаја, нису повезане за предметом уговора. Ставом (2) члана 101 УФЕУ је предвиђена ништавост за такве уговоре.

У ставу (3) члана 101 УФЕУ предвиђени су случајеви где се став (1) наведеног члана неће примењивати. Наиме, члан 101 став (1) УФЕУ се неће примењивати на уговоре (или категорије уговора) између компанија, одлуке (или категорије одлука) између компанија или усаглашену праксу (или категорије усаглашених пракси), који доприносе побољшавању производње или дистрибуције добара (робе и услуга) или промовишу технички и економски прогрес, под условом да сразмерну корист имају и потрошачи, а који: не намећу заинтересованим предузећима ограничења која нису неопходна за постизање тих циљева и не омогућавају предузећима елиминисање конкуренције у значајном обиму за конкретне производе.

У ЕУ је постојала раширена пракса да у конкретним случајевима, уколико одредбе конкретног уговора о лиценци буду у супротности са чланом 101 став (1) УФЕУ, да уговорне могу да на властити ризик приступе извршавању уговора. При томе, било је могуће да одређене одредбе или уговор у целини буду проглашене ништавим, сходно члану 101 став (2) УФЕУ. Оглашавање уговора ништавим имало је за последицу плаћање казне (чији је износ утврђивала Комисија) и давање накнаде штете оним лицима која су је закључивањем и извршавањем ништавог уговора претрпели. Да би се избегао ризик штете од испуњења уговора који садржи спорне одредбе (са гледишта повреде конкуренције) стране би се обратиле Комисији тражећи тумачење одредаба уговора у светлу члана 101 став (1) УФЕУ (систем нотификације). Комисија је могла дати потврду да је конкретни уговор изузет из примене члана 101 став (1) УФЕУ (*declaration of inapplicability*), па је уговор по мишљењу Комисије пуноважан, у сагласности са ставом 3 члана 101 УФЕУ, уколико позитивни ефекти надвлађују над негативним (*comfort letter*).

Број оваквих обраћања Комисији за тумачење конкретних уговора током времена толико је порастао, да је надмашио, у великој мери, техничке могућности Комисије. Због тога је формулисан систем блокових (групних) изузећа (*block exemptions*), који је углавном заменио систем нотификације. Уколико одредбе уговора одређеног типа јесу у сагласности са критеријумима успостављеним за групно изузеће за тај тип уговора, такав ће се уговор сматрати пуноважним и поред тога што такав уговор генерално одступа из општих антимонополистичких принципа садржаних у члану 101 став (1) УФЕУ.

Систем групних изузећа ослободио је Комисију обавезе да одлучује за сваки конкретни спорни уговор. Одредбе уговора које задовољавају критеријуме успостављене за групно изузеће сматрају се пер се пуно-важним. Тим је олакшан положај уговорних страна, зато што не морају да чекају одговор Комисије, од којег зависи судбина спорних одредаба уговора.

Блокова изузећа<sup>21</sup> су успостављена посебним регулативама, односно уредбама (*regulation*) Комисије. Из практичних разлога, и сходно формулацијама члана 101 став (3) УФЕУ, блокова изузећа су успостављена за посебне категорије уговора.

После дугогодишње примене Регулative 240/96,<sup>22</sup> било је одлучено да се приступи ка реформама система блокових изузећа. 20 децембра 2001, Комисија је објавила извештај о примени Регулative 240/96.<sup>23</sup> Након тога је следила јавна дебата о примени Регулative и члана 101 УФЕУ. Имајући у виду резултате дебате, као и извештаје држава-чланица око примене Регулative, било је одлучено да се изврши реформа конкурентског права ЕУ у односу на уговоре о трансферу технологија. Резултат те реформе је Регулative 772/2004. Регулative је ставила изван снаге Регулative 240/96 и почела је да се примењује 1-ог маја 2004. Њена је примена орочена до 30-ог априла 2014. Резултати њене примене ће показати дали ће у овако зацртаном року бити промена.

Регулative 772/2004 представља квалитативни скок у односу на Регулative 240/96. Њено се доношење, у првом реду, базира на Регулative Савета 19/65/ЕЕЦ<sup>24</sup> која даје овлашћење Комисији за примену члана 101 став (3) УФЕУ.<sup>25</sup>

Регулative 772/2004 за своје циљеве поставља осигуравање ефективне утакмице на тржишту и адекватну правну сигурност компанија (*undertakings*).<sup>26</sup> Постизање наведених циљева резултирало је потребом

21 Систем блокових изузећа у ЕУ се не користи само за уговоре о лиценци, него и за уговоре о франшизи, ексклузивној дистрибуцији, итд.

22 Регулative је ступила на снагу 1. априла 1996, а њена је примена требала престати 31. марта 2006. Претходно су на снази биле Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements (OJ No L 219, 16. 8. 1984, p. 15) и Regulation (EEC) No 556/89 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of know-how licensing agreements (OJ No L 61, 4. 3. 1989, p. 1.), које су се односиле на изузећа уговора о лиценци патента и *know-how*-а.

23 COM(2001) 786 final.

24 OJ 36, 6.3.1965, p. 533/65.

25 Исто је било случај и са Регулative 240/96.

26 Регулative 772/2004 користи термин *undertaking*. Ово највише као резултат измењене стилизација члана 101 УФЕУ. Ипак, определили смо се за термин компанија, бивајући да га сматрамо адекватнијим.

за упрошћавање политике ЕУ ка уговорима<sup>27</sup> о трансферу технологије. Због тога, нова Регулатива избегава листање клаузула о изузећу, већ нагласак ставља на дефинисању категорија уговора који су изузети до опредељеног обима тржишне моћи, као и на специфицирању забрањених клаузула (клаузуле које уговор не сме садржати).

Регулатива инсистира на економски-базираном приступу оцењујући (испитујући, процењујући)<sup>28</sup> утицај уговора на релевантном тржишту. Због тога, Регулативе разликује уговоре између конкурентима (међусобно компетитивним – као страна уговора о трансферу технологије) и уговора између неконкурентима.

Уговори о трансферу технологије по својој правној природу су уговори о лиценцирању технологије, односно права интелектуалне својине.<sup>29</sup> Регулатива полази од убеђења да ови уговори побољшавају ефикасност у привреди и подстичу конкуренцију, док са друге стране придоносе ка смањивању дупликације истраживања у развоју и подстичу почетна (нова) истраживања. Ипак, пракса указује на томе да овакви уговори у принципу садрже рестриктивне клаузуле. Зато се и поставља се питање како направити баланс између опасности постојања рестриктивних клаузула, са једне стране, и осигуравања прокомпетитивности уговора, са друге. Наиме, питање је како направити јасно разликовање између рестриктивне клаузуле и клаузуле која, на први поглед рестриктивна (па чак и уистину таква), може да резултира допунским истраживањима која неће значити и повреду лиценциране технологије. У решавању проблема, Регулатива полази од тржишне моћи компанија које су изложене утицајима уговора о лиценци. Због тога, свуда у тексту Регулативе, могу се срести различита правила за уговоре између компетитивних компанија (такмичара) и некомпетитивних компанија (не-такмичара).

Ради веће јасности (и сигурности) Регулатива<sup>30</sup> дефинише појам компетитивних компанија. Наиме, компетитивне су оне компаније које се такмиче на релевантном тржишту технологије и/или релевантном тржишту производа.<sup>31</sup> Даље, компетитивне компаније на релевантном

27 Уговор, у смислу Регулативе, је уговор, одлука удружења компанија или усаглашена пракса. Оваква је терминологија изабрана да се не би чинило излишно цитирања свих трију врста категорија, као што је учињено у члану 101 УФЕУ.

28 Енглески термин је то *assess*.

29 Баш због тога, више пута у тексту, уместо о уговору о трансферу технологија, говори се о уговору о лиценци, а компаније се зову давалаци или стицаоци лиценце, стране уговора, и сл. Наравно, таква суштинска једнакост се види и из самог наслова чланка.

30 У члану 1(1)(j) Регулативе.

31 Производи су, у смислу Регулативе, стоке и услуге, интермедијарне или финалне.



тржишту технологије су компаније које се јављају у својству давалаца лиценце за своје технологије, које су међусобно компетитивне, не повређујући при том права интелектуалне својине другога (стварни такмичари на тржишту технологије), док компетитивне компаније на релевантном тржишту производа су компаније које су, када уговора о лиценци нема, обе активне на тржишту где стављају у промет уговорне производе<sup>32</sup> не повређујући при том права интелектуалне својине другога (стварни такмичари на тржишту производа) или би преузеле потребне инвестиције којим би могле да уђу на наведено тржиште не повређујући при том права интелектуалне својине другога, а све то као одговор малом и трајном порасту релевантних цена (потенцијални такмичари на тржишту производа). Коначно, релевантно тржиште технологије је оно тржиште које укључује технологије које стицалаци лиценце сматрају заменљивим за лиценцирану технологију сходно карактеристикама технологије, лиценцне надокнаде и њихове намераване употребе. Релевантно тржиште производа, пак, укључује производе које потрошачи сматрају заменљивим за уговорне производе, сходно карактеристикама производа, њихове цене и намераване намене.<sup>33</sup>

У члану 1(1)(б) дефинисан је појам уговора о трансферу технологије. Он се дефинише како уговор о лиценци патента,<sup>34</sup> уговор о лиценци на *know-how*-а,<sup>35</sup> уговор о лиценци компјутерског софтвера или мешовити уговор о лиценци патента, *know-how*-а или компјутерског софтвера, као и сваки такав уговор који садржи одредбе које се односе на куповину или продају производа који се тичу лиценцирања или преноса другог права интелектуалне својине,<sup>36</sup> све док такве одредбе не представљају примарни објекат уговора и јесу повезане директно за производњом уговорних производа. Такође, уговором о трансферу технологије сматраће

32 Регулатива дефинише уговорне производе као производе произведене лиценцираном технологијом.

33 Такво аналитичко дефинисање јавља се као нужно због изузетне сложености текста Регулативе. Наиме, претходна Регулатива (Регулатива 240/96) је поједностављена са становишта њене примене (зато многе појединости старе Регулативе нису нашле простор у тексту нове), што је резултирало максималном прецизношћу при дефирању термина.

34 Регулатива под патентом подразумева право патента, патентну пријаву, корисни модел, пријаву за регистрацију корисног модела, топографију интегралних кола, допунски сертификат за заштиту медицинских производа (или друге врсте производа за које се може добити допунски сертификат) и сертификате произвођача нове биљне сорте.

35 Регулатива даје врло опсежну дефиницију знања и искуства. Оно што је битно поменути овде је да Регулатива захтева да знање и искуство мора бити тајно, супстанцијално и бити подобно за идентификацију (опис).

36 Регулатива, за права интелектуалне својине сматра права индустријске својине, знање и искуство и ауторско и сродна права.

се и уговор о преносу патента, *know-how*-а, компјутерског софтвера или комбинација истих, где преносилац задржава део ризика који је повезан са експлоатацијом технологије, а нарочито уговори где се накнада преноса плаћа сходно обиму промета производа произведених користећи пренесену технологију, количине произведених производа или броја операција извршених при имплементацији технологије.

Регулатива се односи само на уговоре о трансферу технологије чији је циљ лицензирање технологије за производњу робе и услуга. Регулатива искључује уговоре о трансферу технологије где је стицалац лиценце уистину субконтрактор давалаца у смеру истраживања и развоја, као што искључује и уговоре чији је циљ стварање пакета (блокова) технологије у циљу лицензирања исте трећим лицима. Ипак, ако се стицаоцу лиценцира технологија за производњу робе и услуга, а постоји и обавеза даљег истраживања и развоја, и ови ће се уговори сматрати уговорима о трансферу технологије, у смислу Регулативе.

Регулатива покрива односе само између давалаца и стицаоца лиценце. Није битно дали су обавезе стицаоца стипулиране тако да покривају више нивоа трговине (на пример, ако стицаоцу стављају за обавезу стварање посебног дистрибутивног система). Сви остали уговори, примера ради – они између стицаоца лиценце и његових купаца, не спадају у досегу Регулативе.

Начелно, Регулативом могу бити изузети само уговори за које се, са великим степеном поузданости, може претпоставити да потпадају под члан 101 став (3) УФЕУ. Ради постизања циљева Регулативе, изузеће се ваља применити и на одредбе које не представљају директни објекат уговора, али су директно повезане са применом лиценциране технологије.

Регулатива не даје изузеће (*the benefit of the block exemption*) уговорима који садрже ограничења која нису потребна за побољшавање продукције или дистрибуције. Када уговор садржи оштра ограничења конкуренције, уговор је ништав.

У циљу подстицања иновација и правилне примене права интелектуалне својине, поједина ограничења такође не спадају у изузећа предвиђена Регулативом. Ово се нарочито односи на клаузуле које стицаоцу налажу обавезу давања искључиве повратне (*grant back*) лиценце одвојивих побољшања предмета лиценце. Као антикомпетитивне и супротне решености да се да подстицај иновацијама, овакве одредбе неће добити изузеће, то јест, биће ништаве.

Генералну одредбу о изузећу уговора налазимо у члану 2 Регулативе. На прилично генерални начин декларише се да, сходно одредби члана 101 став (3) УФЕУ и у духу Регулативе, члан 101 став (1) УФЕУ се неће примењивати на уговоре о трансферу технологије, чије су стране

компаније, а уговором се даје дозвола производње уговорних производа (даје се лиценца). Ова генерална одредба конкретизира се ставом 2 истог члана. Наиме, декларише се да ће се изузеће применити уколико уговори садрже ограничења наведена у члану 101 став (1) УФЕУ. Такође, изузеће се може дати ако се ради о лиценцирању права интелектуалне својине чија заштита није престала, било истеком рока заштите, било поништавањем, или путем било каквог губитка истога. Уколико је предмет уговора *know-how*, изузеће се може дозволити ако је потоњи остао тајан, изузев случајева када је постао познат поступцима стицаоца лиценце, при чему се изузеће дозвољава само за време трајања уговора.

Даље, Регулатива дели правила на она која се односе на компетитивне и она која се односе на некомпетитивне компаније. Члан 3 дефинише праг учешћа на тржишту. Када су стране уговора компетитивне компаније, изузеће из члана 2 има се применити уколико комбиновани део релевантних тржишта (тржишта производа и тржишта технологије) који припада компанијама – странама уговора, не прелази 20%. Када су стране уговора некомпетитивне компаније, изузеће из члана 2 има се применити уколико индивидуални део релевантних тржишта који припада свакој од компанија не прелази 30%.<sup>37</sup> Део стране уговора на релевантном тржишту технологија дефинише се са становишта присутности лиценциране технологије на релевантном тржишту производа. Што се тиче дела којим давалац лиценце учествује на релевантном тржишту технологије, исти ће се рачунати као сабир свих делова тржишта производа уговорних производа, произведених од стране давалаца лиценце и свих стицаоца лиценце.

Дефинисањем процента учешћа на тржишту одређених компанија, регулатива је јасно имплементирала принцип тржишне моћи, један од кључних у конкурентском праву.

Бивајући да се у току извршавања уговора висина овако дефинисаног учешћа на тржишту може променити, у Регулативи је предвиђена судбина оваквих уговора.<sup>38</sup> Уколико, после закључивања уговора, дође до повећања учешћа компанија на тржишту (исто порасте изнад заједничких 20%, односно индивидуалних 30%), изузеће додељено на основу члана 2 ће се примењивати и за наредне две година, рачунајући од године када је настало премашивање прага од 20%, односно прага од 30%.

37 Пратећи аналитичку номотехнику Регулативе и недозвољавајући превише слободна тумачења одредаба Регулативе, односно њене примене, члан 8(1) предвиђа методологију за израчунавање прага учешћа компанија на тржишту. Исти се има израчунати на основу података о продаји оствареној на тржишту. Ако су ови подаци недоступни, удео се има израчунати на основу показатеља базираних на сигурним тржишним информацијама, узимајући у обзир и обим продаје. Релевантни ће бити подаци из претходне године.

38 Члан 8(2) Регулативе.

Члан 4 уређује такозвана тврда ограничења (*hardcore restrictions*). Ради се о клаузулама чије постојање повлачи искључење примене члана 2 (такви уговори неће добити изузеће). Само постојање неке од наведених клаузула чини уговор антикомпетитивним. Због тога, члан 4 стипулира да је небитно дали је таква клаузула формулисана посредно или непосредно и дали је антикомпетитивна сама по себи или у садејству са другим клаузулама или факторима на које стране могу да утичу. И поново, Регулатива прописује различита правила за компетитивне и некомпетитивне компаније.

Уговори између компетитивних компанија неће добити изузеће уколико за свој предмет имају: ограничење стране у одређивању цена када продаје производе трећим лицима; лимитирање *output*-а (осим ако се ради о ограничењу које је стављено стицаоцу лиценце из неречи-прочног уговора<sup>39</sup> или стављено само једном од више стицаоца лиценце у реципрочном уговору);<sup>40</sup> ограничавање способности стицаоца лиценце да користи своју технологију; ограничавање способности било које од страна да врши развојна истраживања и да их имплементира (осим ако је оваква одредба нужна да би се сачувала тајност знања и искуства у односу на трећа лица); подела тржишта или потрошача (на групе).

И поред строге забране поделе тржишта и потрошача, Регулатива садржи неколико одредаба где набраја клаузуле које могу постојати у уговорима, иако резултирају са оваквом поделом. Реч је, у ствари, о изузетку од изузетка (јер су клаузуле из члана 4 изузеци из општег правила из члана 2). Такве се клаузуле неће сматрати за *hardcore restrictions* и уговор који их садржи може (али не мора) добити изузеће. Реч је о следећим клаузулама: обавеза стицаоца лиценце да користи лиценцирану технологију само за производњу у једном или више техничких сектора или за једно или више тржишта; обавеза давалаца лиценце, у реципрочном уговору, да не користи лиценцирану технологију за производњу у једном или више техничких сектора, или једном или више тржишта, или једном или више ексклузивних територија<sup>41</sup> (резервиса-

39 Неречипрочни уговор, у смислу Регулативе, је уговор о трансферу технологије где једна страна даје другој лиценцу или стране једна другој дају лиценцу међусобно некомпетитивне технологије, односно технологије која не може бити коришћена за производњу међусобно конкурентних производа.

40 Реципрочни уговор, у смислу Регулативе, је уговор о трансферу технологије где стране дају једна другој, путем једног или више уговора (уговор како акт), лиценцу компетитивне технологије односно технологије за производњу међусобно компетитивних производа.

41 Ексклузивна територија, у смислу Регулативе, је територија на којој само једна страна (компанија) има право да производи уговорне производе (користећи лиценцирану технологију), без обзира на могућност давања друге лиценце (за производњу уговорних производа) за исту територију, али сада стицаоцу који је овлашћен да

них за другу страну); обавеза давалаца да не даје лиценцу другом стицаоцу за одређену територију; ограничење (једнострано или двострано), у нериципрочном уговору, где једна страна задржава право активне и/или пасивне продаје на ексклузивном тржишту или ексклузивној групи потрошача;<sup>42</sup> ограничење, у нериципрочном уговору, стављено стицаоцу лиценце да не врши активну продају на ексклузивној територији или ексклузивној групи потрошача, на којој/којима је овлашћен да продаје други стицаоц лиценце, под условом да овај потоњи није био компетитивна компанија у односи на давалаца у време закључења уговора о лиценци са њим; обавеза стицаоца лиценце да производи уговорне производе само за сопствене потребе, али је овлашћен да врши активну или пасивну продају истих уколико их продаје као резервне делове уз своје производе; обавеза стицаоца лиценце, у нериципрочном уговору, да производи уговорне производе само за потребе једног потрошача, уколико је лиценца била дата ради креације алтернативног извора за снабдевање споменутог потрошача уговорним производима.

Уговори између некомпетитивних компанија неће добити изузеће уколико за свој предмет имају: ограничавање стране у одређивању цена када продаје уговорне производе трећим лицима, без обзира на могућност одређивања максималне цене или давања препоруке о висини продајне цене уколико се не ради о фиксираним или минималним ценама (која може бити формулисана било под дејством притиска, било као резултат нуђења стимуланаса (*incentives*), од било које од страна); забрана активне или пасивне продаје коначним (финалним) потрошачима стављена стицаоцу лиценце који је члан селективног дистрибутивног система<sup>43</sup> и који оперише као продавац на мало, без обзира на могућност да се стави забрана члану система да руководи из неовлашћеног седишта; ограничавање територије или групе потрошача којима је стицалац овлашћен да врши пасивну продају.

Како је био случај и са поделом тржишта и потрошача између компетитивних компанија, и овде постоје изузеци из правила (односно изузетка). Изузеће ће добити уговори који ограничавају пасивну продају на одређеној територији или одређеној групи потрошача, али њихове су

производи уговорне производе само као алтернативни извор снабдевања тачно (и претходно) дефинисаног потрошача (корисника, муштерије).

42 Ексклузивна група потрошача, у смислу Регулативе, је група потрошача којој само једна страна има дозволу активно да продаје производе произведене лиценцираном технологијом.

43 Селективни дистрибутивни систем, у смислу Регулативе, је такав дистрибутивни систем где се давалац лиценце обавезао да даје лиценцу само оним стицаоцима који су изабрани на основи специфицираних критеријума, а ови други се обвезали да не врше продају неовлашћеним дистрибутерима.

клаузуле такве да предвиђају: забрану пасивне продаје на ексклузивној територији или ексклузивној групи потрошача, резервисаних за давалаца лиценце; забрану пасивне продаје на ексклузивној територији или ексклузивној групи потрошача, када је овлашћење продаје додељено другом стицаоцу лиценце за период од две године, а потоњи ту продају врши; обавезу стицаоца лиценце да производи уговорне производе само за сопствене потребе, али је овлашћен да врши активну или пасивну продају истих уколико их продаје као резервне делове уз своје производе; обавезу стицаоца лиценце да производи уговорне производе само за потребе једног потрошача, уколико је лиценца била дата ради креације алтернативног извора за снабдевање споменутог потрошача са уговорним производима; забрану продаје финалним потрошачима уколико стицаоц ради као продавац на велико; забрану стицаоцу који је члан селективног дистрибутивног система да врши продају неовлашћеним дистрибутерима.

Сва горенаведена правила (из члана 4) претпостављају да током трајања извршења уговора неће доћи до промене тржишних односа између страна, нити њихових права и обавеза из закљученог уговора. Ипак је могућа измена код обеју страна. Измена садржине уговора, без измене тржишног односа између страна, начелно неће утицати на примену члана 4.<sup>44</sup> Уколико су стране, пак, у тренутку закључења уговора биле некомпетитивне компаније, а у току извршавања постану компетитивне, на уговору ће се примењивати правила која важе за некомпетитивне компаније. Ово ће важити само ако није дошло до измене права и обавеза страна каснијим погодбама. Ако је ово последње случај, онда ће се примењивати правила о компетитивним компанијама.<sup>45</sup>

Члан 4 говори о непримењивању изузећа из члана 2 на уговоре, а не на одређене клаузуле. Уколико би један уговор садржао ограничење из члана 4, он не би био изузет и по члану 101 став (2) УФЕУ би био ништав.

Члан 5 (који је насловљен: изузета ограничења (забране)), пак, говори о непримењивању изузећа конкретних обавеза садржаних у уговорима о трансферу технологије. То значи да, уколико постоји уговор који садржи неку од клаузула набројаних у члану 5, исти неће бити ништав, већ ће ништава бити само клаузула (односно обавеза садржана у клаузули). Следеће обавезе не подлеже изузећу предвиђеним ставом 2: свака непосредна или посредна обавеза стицалаца за давање искључиве лиценце давалацу или лицу одређеног од стране давалаца која за пред-

44 Наравно, могуће је каснијим изменама променити циљ уговора и унети рестриктивне клаузуле.

45 Члан 4(3) Регулative.

мет има одвојива побољшања<sup>46</sup> или нове начине примене лиценциране технологије; свака непосредна или посредна обавеза стицаоца за пренос права у целини или делимично) давалацу или лицу одређеног од стране давалаца која за предмет има одвојива побољшања; свака непосредна или посредна обавеза стицаоца да не оспорава право интелектуалне својине, чији је носилац, на заједничком тржишту, давалац лиценце, без обзира на могућност да буде договорено раскидање уговора о лиценци уколико стицалац оспори право интелектуалне својине које је предмет уговора о лиценци.

Наведена правила (изузетци) ће се примењивати без обзира да ли су стране уговора компетитивне или некомпетитивне компаније.

Предвиђено је само једно допунско правило, које важи само за некомпетитивне компаније,<sup>47</sup> које ступулира да се изузеће из члана 2 неће применити на било коју непосредну или посредну обавезу која ограничава стицаоца лиценце да користи своју технологију или ограничава способности било које од страна да врши развојна истраживања и да их имплементира (осим ако је оваква одредба нужна да би се сачувала тајност знања и искуства у односу на трећа лица).

#### IV Закључак

Изнесена правила показују да је приступ Комисије ка уговорима о лиценци, односно ка клаузулама које ови уговори садрже, еволуирао безмало рапидно у односу на претходне регулативе. Потврђен је начелни став члана 101 став (3) УФЕУ да ће уговори који придоносе ка побољшавању производње или дистрибуције добара или промовишу технички и економски прогрес бити пуноважни, без обзира на члан 101 став (1) УФЕУ. Даље, Регулатива 772/2004 такав начелни став развија на нивоу уговора о лиценци чиме потенцира њихов значај за развој нових технологија и за економски прогрес земаља ЕУ, уопште.

Транспарентним дефинирањем система блокових изузећа, разрадом принципа тржишне моћи, разликом између компетитивних и некомпетитивних компанија, јасним прецизирањем тврдых клаузула и разликовањем клаузула које доводе до ништавости целог уговора од оних које доводе до ништавости одређене одредбе, Регулатива је успоставила систем блокових изузећа који, са једне стране осигурава еластичну примену, док са друге ојачава правну сигурност и конкурентност на тржишту.

46 Одвојиво побољшање, у смислу Регулативе, је свако побољшање које може бити коришћено без повреде лиценциране технологије.

47 Члан 5(2) Регулативе.

Изложени систем конкурентског права ЕУ представља здрави основ за формулирање и имплементацију конкурентског права држава-аспираната за чланство у ЕУ. Трансфер технологије, чији је основни инструмент уговор о лиценци, обезбеђује технички и економски прогрес, најпре преко имплементације лиценциране технологије, нових запослења и подстицаја развојних и нових истраживања. Истовремено, наведени систем је баријера за постојеће негативне појаве трансфера застарелих технологија и штетних уговора за стицаоце лиценце.

Домаће компаније из региона, у највећем броју случајева, ће се и даље јављати као стицаоци, а не даваоци лиценце, али ово никако не значи да државе не требају обезбедити ефикасну заштиту лиценцих уговора и конкурентности на тржишту, када имамо у виду глад за страним директним инвестицијама код земаља у региону. Овим су нарочито обавезане земље из региона, имајући у виду стандарде и обавезе које произлазе из ТРИПС уговора и чланства у Светској трговинској организацији.

Презентирање најновијих решења Европске Комисије о уговору о лиценци и конкурентском праву има за свој циљ да придонесе следећем: уређивању законодавства земаља региона *de lege ferenda*, афирмисању уговора о лиценци и његове улоге у преносу права интелектуалне својине и обезбеђивању веће заштите права интелектуалне својине што је услов за добијање страних директних инвестиција.

**Jadranka DABOVIĆ-ANASTASOVSKA, PhD**  
Full Professor, University of Skopje Faculty of Law

## THE INFLUENCE OF COMPETITION LAW ON LICENSING OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS ACCORDING TO THE COMMISSION REGULATION 772/2004

### Summary

*The elaboration of clauses in license agreements is dictated from a few reasons that the author considers relevant in the development of legal systems of the states in the region, primary from the aspect of approximation of domestic laws to the law of the EU. Competition law studies the clauses in license agreements from the facet of their influence on comport of subjects on the market.*



*The basis of the EU Competition Law is set forth in the Article 101 TFEU and the Regulation 772/2004 that specifies its application. By transparently defining the system of block exemptions, the elaboration of the principle of market power, the distinction between competitive and non-competitive undertakings (companies), the clear stipulation of clauses that impose hardcore restrictions and the difference made between clauses that lead to nullity of the whole contract and those that lead to nullity of a particular provision, the Regulation establishes a system of block exemptions that, on one side, ensures flexible implementation and straightens the legal security and competitiveness on the market, on the other. Bearing in mind that, in the international trade, the percent of market exchange of intellectual property rights rapidly grows, comparing with the trade of goods and services, it is inevitable that the harmonization of laws in the countries of the region with the ones of the EU will contribute to the growth of technology transfer, promotion of technical development, new employments and direct foreign investments that are source for economic benefit of the counties in the region. At the same time, the elaborated system is a barrier for the transfer of old technologies and mischievousness agreements for the licensee. The author, while presenting the newest solutions of the European Commission concerning the license agreements and the law of competition, has for an end to contribute to the following: regulation of domestic laws in the countries of the region de lege ferenda, affirmation of license agreement and their part in the transfer of intellectual property rights and ensuring broader protection of intellectual property rights, which is a condition for gaining direct foreign investments.*

**Key words:** competition law, technology transfer, clauses of licence agreements, article 101 TFEU, Regulation 772/2004, block exemptions, (non)competitive undertakings, nullity of a contact (clause), market power.

др Зоран МИЛАДИНОВИЋ  
професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

др Симиша ВАРГА  
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ПРАВО АУТОРА НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕВРШЕЊА УСТУПЉЕНИХ ОВЛАШЋЕЊА

### Резиме

*Пројиси о заштити права интелектуалне својине знатиан гео  
просјора посвећује промету права. С обзиром на бројности одредби које  
се односе на промет права, могао би се извести закључак да по овом  
истињању у пракси нема тешкоћа, односно да нема нејасних решења која  
захтевају посебно тумачење. Међутим, у пракси се често као спорно  
поставља питање (нарочито када уговором што није јасно дефинисано)  
да ли је стипулатац конкретної овлашћења обавезан да врши прибављено  
овлашћење или је што само његово право, па од његове воље зависи да  
ли ће, у којој мери ће или уопште неће вршити стечено овлашћење. У  
овом раду аутори управо разматрају што питање и покушавају да дају  
одговор на питање да ли је вршење стеченої овлашћења само право или  
обавеза стипулатоца овлашћења, како се ово питање решава у случају када  
уговором није јасно дефинисано, које су последице не вршења стеченої  
овлашћења и може ли и под којим условима носилац права интелекту-  
алне својине раскинути уговор збои тога што стипулатац не врши или у  
недовољној мери врши стечено овлашћење, и које последице настају у  
случају раскида уговора збои невршења стеченої овлашћења.*

**Кључне речи:** *интелектуална својина, носилац права, ауторско право, аутор, уступање овлашћења, стицалац овлашћења, уговор, раскид уговора, накнада штете.*

## I Уводне напомене

Промет свих права интелектуалне својине у нашој земљи уређен је двема врстама норми. Одредбама Закона о облигационом односима (ЗОО),<sup>1</sup> уређени су правни односи који настају на основу уговора о лиценци, прецизније речено уређен је уговор о лиценци као посебан именован уговор. Међутим, и сви прописи који уређују поједина права индустријске својине, садрже и одредбе о промету права, тј. преносу и уступању појединих права интелектуалне својине.<sup>2</sup> Одредбе ових прописа су *lex specialis* у односу на решења садржана у ЗОО, које према општим правилима имају првенство у примени у односу на одредбе ЗОО. Иако на први поглед изгледа, или би бар тако требало да буде, да се одредбама *lex specialis* детаљније и веома прецизно уређују поједина питања у односу на решења садржана у ЗОО, закључак је да бар када су у питању решења која уређују промет права индустријске својине то није случај. Нешто боља, али не и сасвим задовољавајућа ситуација је са одредбама Закона о ауторском и сродним правима (ЗАСП)<sup>3</sup> које се односе на промет права. Наиме, ЗАСП, знатан део простора посвећује промету ауторског права, што је и разумљиво имајући у виду да садржину субјективног ауторског права и права интерпретатора, као права сродног ауторском праву чине личноправна и имовинскоправна овлашћења. Из тих разлога ЗАСП, најпре одредбама чл. 58–66, уређује општу проблематику промета ауторског права уређујући режим промета личноправних и имовинскоправних овлашћења, потом са неколико веома опширних одредби (чл. 67–73) прописује општа правила за ауторске уговоре, а затим и посебним одредбама уређује правне односе који настају на основу појединих именованих уговора (издавачки уговор, уговор о представљању и уговор о извођењу дела, уговор о преради дела, уговор о филмском делу и уговор о наруцбини ауторског дела, чл. 73–97). Од свих прописа који уређују поједина права интелектуалне својине, прецизније речено одредбе које се односе на про-

1 Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 57/89; Сл. лист СРЈ, бр. 31/93.

2 Види: чл. 59 Закона о патентима (Службени лист СРЈ, бр. 32/2004); чл. 50–57 Закона о жиговима, чл. 21 Закона о заштити топографија интегрисаних кола; чл. 49–56 Закона о правној заштити индустријског дизајна (Службени гласник РС, бр. 104/2009).

3 Службени гласник РС, бр. 104/209.

мет права (укључујући и одредбе ЗОО које уређују уговор о лиценци) једино ЗАСП, у одредбама о општим правилима о ауторским уговорима дотиче питање обавезе стицаоца имовинскоправних овлашћења да врши прибављена овлашћења, односно последицама не вршења или недовољног вршења прибављеног овлашћења.

Предмет разматрања у овом раду јесте управо питање које се у пракси врло често поставља: да ли је стицалац овлашћења из уговора о уступању појединих овлашћења из садржине субјективних права интелектуалне својине обавезан да врши прибављено овлашћење или је то само његово право, па од његове воље зависи хоће ли уопште и у којем обиму вршити стечено овлашћење, односно може ли и у којим случајевима носилац права раскинути уговор због тога што стицалац не врши прибављено овлашћење и које последице у том случају настају. Ова питања подједнако се постављају и код свих права интелектуалне својине која су подложна промету, пре свега код уговора о лиценци патента, жига, дизајна и топографије интегрисаних кола, а која нису јасно законски уређена.

## **II Вршење стеченог овлашћења-обавеза стицаоца или само његово право**

Једно од битнијих питања када су у питању уговори о уступању искључивих имовинскоправних овлашћења из садржине субјективних права интелектуалне својине (пре свега аутора, носиоца патента, жига дизајна и топографије интегрисаних кола), јесте да ли је стицалац одређеног овлашћења обавезан да врши стечено овлашћење, односно да ли је обавезан да искоришћава предмет заштите или је то само његово право а не и обавеза, па да од његове воље зависи да ли ће и у којем обиму ће исто вршити. Као што је напред истакнуто, правни промет субјективних права интелектуалне својине у нашем праву уређен је бројним одредбама, при чему је и питање обавезе вршења прибављеног овлашћења, па самим тим и право уступиоца на раскид уговора због невршења или недовољног вршења уступљеног овлашћења уређено на различите начине. У том шаренилу, има одредби у којима је на ово питање дат јасан одговор али има и одредби које су недоречене, нејасне или у најмању руку нелогичне. У таквом стању ствари, да би се избегли спорови и одговор тражио тумачењем намере уговорних страна, најбоље је уколико се ово питање уговором јасно дефинише. Али, ако се има у виду чињеница да се данас уговори о уступању појединих овлашћења из садржине права интелектуалне својине закључују по унапред припремљеним обрасцима, јасно је да у пракси веома често настаје

потреба да се тек тумачењем намере уговорних страна дође до одговора на ово питање, па сходно томе и да ли и под којим условима носилац права-уступилац има право на раскид уговора због тога што стицалац не врши или недовољан врши стечено овлашћење, оштећујући на тај начин интересе носиоца права.

Да ово питање може бити законом јасно дефинисано показује одредба члана 696 ЗОО којом је уређен уговор о лиценци. Наиме, у овој одредби стоји: „стицалац лиценце је дужан да искоришћава предмет лиценце на уговорен начин, у уговореном обиму и у уговореним границама“. Дакле, када је реч о обавези стицаоца овлашћења на искоришћавање проналаска, техничког знања и искуства, жига и дизајна ситуација је јасна: стицалац лиценце је обавезан да искоришћава предмет уговора, а уговором о лиценци треба само дефинисати модалитете као што је начин, обим и границе искоришћавања. У пракси се ови модалитети релативно јасно и лако дефинишу и то пре свега због тога што су то параметри на основу којих се уговара плаћање лиценцне накнаде. На пример, врло често се плаћање лиценцне накнаде одређује процентуално од обима производње, нето прихода и сл.<sup>4</sup> Исто тако, због територијалног дејства права интелектуалне својине и границе искоришћавања се уговором лако дефинишу, тако што по правилу стицалац лиценце може искоришћавати предмет лиценце на територији одређене државе.

На овом становишту стоји и правна теорија истичући да без коришћења проналаска, знања и искуства, жига, дизајна уговор о лиценци био би беспредметан.<sup>5</sup>

Када је реч о обавези корисника да врши стечено овлашћење на основу неког од ауторских уговора, ситуација није сасвим јасно законски уређена иако је као што смо напред истакли ЗАСП знатан део простора посветио промету ауторског права. Тако у ЗАСП о овом питању постоји шаренило од тога да је у појединим случајевима дат јасан одговор на ово питање, тј. да је корисник *обавезан* да врши стечено овлашћење, шта више за нека овлашћење као на пример, овлашћење за објављивање, бележење дела на носач звука или слике и емитовање дела, уколико уговором нису изричито уговорена, не може се тумачењем уговора закључити да је то била намера уговорних страна, али има и нејасних, боље речено недоречених или нелогичних одредби, које уколико се *уговором јасно не дефинишу*, мора се тек тумачењем доћи до одговора на питање да ли је корисник обавезан да врши стечено овлашћење или је то само његово право.

4 Синиша Варга, *Право индустријске својине*, 3. измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2010, стр. 400-401.

5 Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, том II, Београд, 1980, стр. 187.

Пример како законом треба јасно дефинисати међусобне обавезе уговорних страна (и не оставити простора за различито тумачење) налазимо у одредбама члана 73, став 2 ЗАСП, који уређује обавезе уговорних страна код издавачког уговора, односно члана 82 када је реч о обавезама уговорних страна из уговора о извођењу или представљању дела.

Наиме, у члану 73, став 1 записано је: „издавачким уговором аутор, односно други носилац ауторског права уступа, односно преноси на издавача право на умножавање ауторског дела штампањем, и на стављање у промет тако умножених примерака дела, а издавач се обавезује да дело умножи и стави примерке у промет, као и да за то плати накнаду, ако је уговорена, аутору, односно другом носиоцу ауторског права.“ Дакле, ова законска одредба је веома јасна и није потребно било какво тумачење у погледу обавезе издавача да врши стечено овлашћење, јер је законом јасно прописано да он закључивањем издавачког уговора преузима бар две основне обавезе: да дело умножи и да умножене примерке дела стави у промет. Штавише, чланом 76, став 2 ЗАСП ове обавезе корисника-издавача су и орочене, у смислу да је издавач обавезан да са пуштањем у промет примерака дела отпочне у року предвиђеним уговором а ако уговором није другачије предвиђено тај рок износи годину дана од дана пријема уредног рукописа или другог оригиналног примерка дела. Остале обавезе за корисника дела-издавача (плаћање накнаде на пример, тираж, број издања, изглед и техничку опрему дела и сл.), уговорне стране могу предвидети али и не морају. Неиспуњење једне од две основне обавезе издавача има за последицу раскид уговора, о чему ће више речи бити на одговарајућем месту.

На исти начин законодавац је поступио и када је реч о обавези корисника из уговора о извођењу или представљању дела. Наиме, чланом 82 ЗАСП, прописано је: „Уговором о представљању, односно уговором о извођењу аутор, односно други носилац ауторског права уступа кориснику право на представљање или право на извођење ауторског дела, а корисник се обавезује да дело представи, односно изведе у одређеном року, на начин и под условима који су одређени уговором.“ Дакле, и када је реч о обавези корисника да дело изведе или представи обавеза корисника је јасно прописана законом и он не може бирати да ли ће или неће вршити извођење односно представљање дела након закључења уговора, то је једноставно његова обавеза. Неиспуњење обавезе од стране корисника има за последицу раскид уговора и накнаду штете.

За разлику од напред наведена два случаја, законодавац није био сасвим јасан приликом дефинисања уговора о филмском делу. Наиме, у члану 88 ЗАСП стоји: „Уговором о филмском делу се једно или више

лица обавезују произвођачу филмског дела да стваралачки сарађују на изради филмског дела и уступе му своја имовинска права на то дело.“ И лаику а не правнику је јасно да је ова законска одредба непотпуна, боље речено и нелогична. Наиме, ако би се уско тумачила ова законска одредба, могло би се закључити да филмски продуцент као корисник дела нема обавезу нити да сними филм, нити да лицима са којима је закључио уговор и која су му уступила своје стваралачке доприносе за то плати накнаду. Прва нелогичност, односно недореченост исправљена је на посредан начин у одредби члана 91, став 3 ЗАСП којом је предвиђена да је произвођач филмског дела „*дужан да филмско дело користи*.“ Много би логичније било да се реченица која је садржана у члану 91, став 3 налази у одредби члана 89, којом је дефинисан уговор о филмском делу. Ипак, и поред напред наведене мањкавости закључак је да је и филмски продуцент као корисник дела обавезан да стечено овлашћење врши и то на уговорен начин у уговорено време. Овакав закључак произилази из одредбе члана 93, став 1 ЗАСП којом је предвиђено да коаутори филмског дела имају право на раскид уговора, као и право да задрже уговорену накнаду ако произвођач филмског дела не заврши филмско дело у року од три године од дана закључења уговора, ако није друкчије уговорено. Ставом 2 истога члана прописано је да коаутори филмског дела поред права на раскид уговора због не извршења уговорне обавезе на снимање дела, имају право на накнаду штете ако произвођач филмског дела не отпочне са искоришћавањем филмског дела у року од једне године од дана завршетка филмског дела, ако уговором није предвиђен други рок.

За разлику напред наведених ситуација, уколико је реч о преради дела, односно наруцбини дела, боље речено када је реч о уговору о преради и уговору о наруцбини дела, ЗАСП не прописује ни на директан ни на индиректан начин обавезу корисника да дело користи, што значи да је остављено на вољу уговорним странама да то уреде. Имајући у виду да је листа искључивих имовинскоправних овлашћења прилично широка и да је за свако легално коришћење ауторског дела (то исто важи и за права сродна ауторском праву) потребна дозвола аутора, односно носиоца ауторског права, уговором којим се стиче конкретно овлашћење мора бити јасно одређено да ли је вршење тог овлашћења обавеза корисника или је то само његово право.

Из напред изложеног може се закључити да је у неким случајевима законом изричито прописана обавеза корисника да врши прибављена овлашћења, тако да у тим случајевима корисник нема избора након закључења уговора већ стечено овлашћење мора вршити на уговорен начин и у уговореном обиму. Не вршењем прибављеног овлашћења чини се повреда уговорне обавезе што има одговарајуће последице.

Међутим, у већини случајева (за већину овлашћења), прописима није изричито прописана обавеза корисника да врше стечено овлашћење, тако да уколико носилац права жели да корисника обавезе да стечено овлашћење врши, уговором то мора изричито предвидети.

Питање је међутим, шта се дешава ако уговором између носиоца права и стицаоца конкретног овлашћења ово питање није јасно дефинисано. У том случају одговор се мора пронаћи тумачењем уговора, односно намере уговорних страна. Правна теорија сматра да у том случају као индиције које се као добра основа могу користити за утврђивање да ли је корисник обавезан да врши стечено овлашћење или не, треба да послуже следеће чињенице.

Прво, треба утврдити да ли је за коришћење предмета заштите уговорено плаћање накнаде и на који је начин плаћања уговорен. Уколико је уговором о уступању одређеног овлашћења било предвиђено плаћање накнаде у сразмери према степену привредног коришћења предмета заштите, логично је закључити да је корисник обавезан да стечено овлашћење врши. На пример, ако је плаћање накнаде уговорено у одређеном проценту од нето добити корисника, логично је да је корисник обавезан да овлашћење врши и не може се истицати да је то само његово право. Ако је међутим, плаћање било уговорено у паушалном износу а при том је стицалац овлашћења платио уговорену накнаду, носиоцу права интелектуалне својине-уступиоцу је све једно да ли ће стицалац искоришћавати предмет заштите или не, па се може закључити да корисник није обавезан да стечено овлашћење врши.

Уколико у уговору нема одредби о плаћању накнаде (што је у пракси могуће) уговор треба тумачити (па на основу тог и закључити да ли постоји обавеза или само право коришћења предмета заштите) тако да се утврди да ли је у интересу носиоца права да се предмет заштите користи и без стицања било какве економске користи.<sup>6</sup> Примера ради, то је могуће када је аутор дела неафирмисан или је мање познат, па жели да његово дело буде објављено или издато и без обавезе корисника (издавача на пример) да му плати било какву накнаду.

У одређеним случајевима и облик уступљеног овлашћења може бити меродаван за утврђивање да ли је стицалац овлашћења обавезан да исто врши или не. Уколико је у питању искључиво уступање са великом сигурношћу треба закључити да је корисник обавезан да врши стечено овлашћење. До таквог закључака долази се на основу чињенице што код искључивог уступања једино стицалац искључивог овлашћења има право да исто врши (за време трајања уговора то не може чинити ни носилац права) па је логично да уколико он то не чини, наноси штету

6 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, стр. 260.



економским интересима носиоца права. Као потврда ове констатације показује чињеница да је управо одредбама ЗАСП предвиђено обавезно вршење стеченог овлашћења код свих оних уговора за које је карактеристично искључиво уступање.<sup>7</sup>

### III Право носиоца права на раскид уговора због не вршења уступљеног овлашћења

Право на раскид уговора због неиспуњења уговорне обавезе детаљно је уређено одредбама ЗОО (чл. 124-132). То су општа правила облигационог права која се примењују уколико посебним прописима то питање није посебно уређено.

Како је промет права интелектуалне својине у великој мери уређен одредбама које имају карактер *lex specialis* у односу на одредбе ЗОО, то је и питање права на раскид уговора и последицама раскида у приличној мери уређено посебним одредбама. Међутим, и ово питање је различито уређено у зависности да ли је реч о прописима који уређују промет права индустријске својине или промет ауторског и сродних права.

Када се посматрају прописи који уређују промет појединих права индустријске својине (патента, жига и дизајна) уочава се да сви садрже идентичну одредбу према којој се на сва питања која нису посебно уређена одредбама посебних закона примењују правила којима су уређени облигациони односи.<sup>8</sup> Изузетак је Закон о заштити топографија интегрисаних кола, који садржи само једну веома сажету одредбу о промету права,<sup>9</sup> не упућујући чак ни на сходну примену правила облигационог права. Међутим, у таквом стању ствари, неспорно је да се применом аналогије морају примењивати правила облигационог права.

Иако не сасвим довољно, питање права на раскид уговора (обе уговорне стране) због не испуњења уговорних обавеза најцеловитије је уређено одредбама ЗАСП.

7 То је случај на пример, код издавачког уговора, уговора о филмском делу и уговора о извођењу или представљању дела. Ова овлашћења (на издавање, снимање и искоришћавање филмског дела и извођење или представљање дела) увек се уступају на *искључив* начин. Ово је и разумљиво јер је мало вероватно да би неки продуцент (због великих улагања) преузео обавезу да сними филмско дело ако би поред њега то овлашћење било уступљено макар још једном продуценту. Иста је ситуација и код издавачког уговора.

8 Видети члан 53, став 7 Закона о жиговима, члан 21 Закона о заштити топографија интегрисаних кола, члан 52, став 6 Закона о правној заштити дизајна, члану Закона о патентима.

9 Видети члан 21 Закона о заштити топографија интегрисаних кола.

Наиме, одредбама ЗАСП ово питање је најпре у форми генералне клаузуле (ауторски уговори – општа правила) уређено одредбом члана 71 (која се односи на све ауторске уговоре), тако што је ставом 1 истога члана прописано да „аутор, односно његов наследник може ускратити дозволу коју је дао, односно повући уступљено имовинско право<sup>10</sup> ако стицалац дозволе, односно права, не остварује право које је прибавио, или га остварује у обиму мањем од уговореног, чиме угрожава интересе аутора, односно његовог наследника“. ЗАСП је даље прописано да аутор, односно његов наследник не може ускратити дозволу коју је дао, односно повући имовинско право ако је неостваривање или недовољно остваривање права од стране стицаоца настало због разлога за које је одговоран аутор, односно његов наследник, што је и разумљиво.

Аутор, односно његов наследник не може се унапред одрећи права на раскид уговора због невршења или недовољног вршења прибављеног овлашћења од стране стицаоца права.

Да не би било злоупотребе од стране аутора, односно његовог наследника,<sup>11</sup> ЗАСП поставља нека ограничења са циљем да се подједнако заштите интереси аутора, односно његовог наследника али и интереси корисника ауторског дела. Као што се из напред цитиране законске одредбе примећује, први и основни услов који мора бити испуњен да би аутор, односно његов наследник могао да ускрати дозволу, односно да повуче уступљено имовинско право (да истакне захтев за раскид уговора), јесте да невршење или недовољно вршење права не сме да буде последица аутора, односно његовог наследника. Поред тога, ЗАСП прописује да аутор, односно његов наследник не може тражити раскид уговора пре истека рока од *две године* од закључења уговора, или предаје примерка дела стицаоцу овлашћења, уколико је та предаја уследила после закључења уговора. Уколико се ради о уговору којим је предвиђено објављивање и издавање ауторског дела као прилога у новинама или часопису, тај рок је скраћен на период од *шест месеци*. Ипак, уколико аутор, односно његов наследник желе да раскину уговор зато што стицалац овлашћења не врши или недовољно врши стечено овлашћење, уговор се може раскинути тек пошто се стицалац овлашћења обавести о тој намери и остави му се примерени рок у коме он треба да отпочне са вршењем овлашћења, односно са побољшаним вршењем овлашћења ако је исто вршено, али у недовољној мери. И ако је овде реч о уговору код кога је испуњење обавезе у одређеном року битан елемент уговора, по протеклу рока за испуњење, уговорна страна (овде аутор), може одржати

10 Појам дозвола, односно уступљено имовинско право у контексту ауторског права тумачи се као уговор.

11 Зоран Миладиновић, *Право интелектуалне својине*, Крагујевац, 2009, стр. 285.

уговор на снази ако обавести стицаоца овлашћења да захтева испуњење његове обавезе.<sup>12</sup>

Као што је напред истакнуто оваквим законским решењем, поред права аутора, односно његовог наследника у доброј мери су заштићени и интереси корисника дела. Наиме, за испуњење скоро сваке уговорне обавезе неопходно је коректно и одговорно понашање обе уговорне стране. Када су у питању ауторски уговори та сарадња је можда и неопходнија него у свим другим ситуацијама. То се најбоље може разумети на примеру издавачког уговора. Да би издавач могао да испуни своју обавезу (умножавање дела и пуштање примерака дела у промет) у уговореном или законом прописаном року, неопходно је да од аутора добије манускрипт такође у уговореном или законом прописаном року. Уколико аутор не испуни ту своју обавезу логично је да ни издавач не може испунити своју обавезу.

Иако је ова законска одредба прилично јасна, једно питање ипак заслужује коментар. Наиме, док је невршење прибављеног овлашћења релативно лако утврдити (корисник уопште не врши прибављено овлашћење), то није увек могуће када је реч о недовољном вршењу прибављеног овлашћења. Ово због тога што у том случају корисник врши прибављено овлашћење али то не чини на довољан и ефикасан начин чиме се угрожавају економски интереси аутора, односно носиоца права. Иако је ово фактичко питање које се мора процењивати у сваком конкретном случају, може се речи да би недовољно вршење прибављеног овлашћења постојало када би издавач на пример умножио ауторско дело у уговореном року и у уговореном броју примерака, али не предузима било какве или веома мале активности ради стављања примерака дела у промет. Има мишљења да недовољно вршење прибављеног овлашћења постоји на пример, у случају када стицалац неког искључивог имовинског права, не покреће судски поступак против лица која неовлашћено искоришћавају ауторско дело на чије искоришћавање искључиво овлашћење има корисник на основу уговора.<sup>13</sup>

#### **IV Последице раскида уговора због невршења уступљеног овлашћења**

Раскид уговора због невршења или недовољног вршења уступљеног овлашћења из садржине субјективног права интелектуалне својине производи одређене правне последице. Као што је то ситуација и са другим питањима и о овом питању у прописима који уређују права интелекту-

12 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. бр. 279/94 од 19.10.1994.

13 С. Марковић, *нав. дело*, стр. 266.

алне својине, тачније у одредбама које уређују уговорне односе постоји шаренило, тј. неједначена решења. Из тих разлога, у оним ситуацијама када ово питање није уређено прописима који уређују права интелектуалне својине, као прописа *lex specialis* у потпуности се примењују одредбе ЗОО које уређују раскид уговора због неиспуњења (чл. 124–132). Генерално посматрано то значи да носилац права –уступилац, у том случају има право на накнаду штете од друге уговорне стране, тј. стицаоца овлашћења, односно корисника. Међутим, с обзиром на одређене специфичности предмета уговора у праву интелектуалне својине, а посебну у случају уступања одређеним искључивих имовинскоправних овлашћења аутора, али и због чињенице да је појединим одредбама ЗАСП (када су у питању неки уговори) ово питање прецизније регулисано чини нам се потребним указати на нека добра решења у ЗАСП, уз напомену да се и у другим случајевима могло поступити на исти начин.

Тако је, на пример, чланом 76, став 2 ЗАСП предвиђено, да у случају да издавач не отпочне са пуштањем примерака дела у промет у уговореном или законом предвиђеном року, аутор има право на раскид уговора и накнаду *штитте због неизвршења уговора*. Добро решење у овом случају је, што је, законом прописано да то право припада и издавачу, уколико аутор у уговореном или законом прописаном року не преда уредан рукопис, тј. не испуни своју уговорну обавезу. Питање на које у овом случају није дат одговор је на који износ штете аутор у овом случају може рачунати.

Исто решење садржи и члан 83 ЗАСП који се односи на уговор о извођењу или представљању дела.

Специфично решење предвиђено је у случају раскида уговора због неиспуњења уговорних обавеза из уговора о филмском делу. Наиме, познато је да у стварању једног филмског дела учествује велики број лица са различитим доприносима. Као једна уговорна стране увек се налази продуцент који обезбеђује финансијска средства и носи читав економски ризик снимања филма. Као друга уговорна стране јавља се велики број лица са различитим стваралачким доприносима што има за последицу и њихов различит положај као друге уговорне стране. То су коаутори,<sup>14</sup> аутори појединих доприноса,<sup>15</sup> интерпретатори,<sup>16</sup> са којима (са сваким

14 Коаутори филмског дела по закону су: писац сценарија, режисер и главни сниматељ. Ако је музика специјално компонована за одређени филм онда статус коаутора има и композитор, а ако је у питању анимирани филм, онда статус коаутора има и аниматор, тј. цртач филма.

15 Статус аутора имају на пример: аутор, маске, аутор костима, кореограф и др. лица.

16 Интерпретатори у филмском делу су глумци и певачи.

од њих) продуцент закључује посебан уговор. Иако коаутори филмског дела имају кључну улогу, без осталих актера, филмско дело ни у ком случају не би могло бити реализовано. Због тога у случају невршења преузетих обавеза сваког учесника у стварању филмског дела, свака од уговорних страна може раскинути уговор. По логици ствари, али и по општим правилима облигационог права, у том случају, страна која није испунила своју уговорну обавезу била би у обавези да страни која је због тога раскинула уговор накнади штету. Међутим, ЗАСП уређујући ово питање (по нашем мишљењу, ставља у неравноправан положај поједине уговорне стране) тако што право на накнаду штете у случају раскида уговора због не вршења уступљених овлашћења признаје само коауторима филмског дела, док остали субјекти (уговорне стране) то право према одредбама ЗАСП немају. Штавише, положај коаутора не да је повољнији, већ се може рећи и неоправдано привилегован, па се са аспекта општих правила о накнади штете поставља питање да ли је такво решење у складу са општим правилима о накнади штете.

Наиме, према члану 93, став 1 ЗАСП уколико произвођач филмског дела не заврши филмско дело у уговореном или законом прописаном року, *коаутори* имају право на раскид уговора и право да *задрже уговорену накнаду*. Ставом 2 истог члана предвиђено је да коаутори, поред права да задрже уговорену накнаду имају право и на *накнаду штете*, ако произвођач филмског дела не отпочне са искоришћавањем филмског дела у уговореном или законом предвиђеном року. Остале актере филмског дела, или боље речено уговорне стране са продуцентом (ауторе појединих доприноса и интерпретаторе) ЗАСП и не помиње, бар када је реч о њиховом праву на раскид уговора и накнаду штете, или права да задрже примљену накнаду.

Дакле, коаутори су на неки начин привилеговани, бар када је реч о праву на раскид уговора и на накнаду штете у односу на остале уговорне стране које уговором о филмском делу уступају продуценту своје стваралачке доприносе.

Овако решење (бар када су коаутори у питању) можда и има смисла ако се зна да према члану 92 ЗАСП, код уговора о филмском делу, уколико се ауторска накнада уговара, иста се мора уговорити за сваки облик и обим искоришћавања филмског дела. Ставом 2 истог члана изричито је прописано да „уговорена накнада за снимање филмског дела не обухвата накнаду за друге облике искоришћавања филмског дела.“ Сагледавањем, целокупне законске одредбе, може се закључити да филмски продуцент закључивањем уговора о филмском делу преузима две независне обавезе: једна је да у уговореном или законом прописаном року сними филмско дело, а друга је да у уговореном или законом прописаном року отпочне са искоришћавањем филмског дела. Према

томе, ако се пође од тога да се уговор раскида због тога што продуцент у уговореном или законом прописаном року није снимио филмско дело, коаутори имају право да задрже само уговорени износ, али не би имали право и на накнаду штете. Ако пак филмски продуцент сними филмско дело, али у уговореном или законом прописаном року не отпочне са привредним искоришћавањем дела, коаутори поред раскида уговора имају право на накнаду штете. Поставља се питање шта се дешава ако је уговорена накнада знатно већа него што је штета коју коаутори трпе због тога што филмско дело није снимљено у уговореном или законом прописаном року? И друго питање, да ли се може у конкретном случају закључити да је реч о кумулирању накнаде због неснимљеног филма и неискоришћавања филмског дела?

Ипак, када се детаљније анализира ова законска одредба закључак је да се по природи обавеза које произилазе из уговора о филмском делу, у пракси тешко може десити да се поставе два захтева: за задржавање уговорене накнаде због не снимања филма и за накнаду штете због привредног неискоришћавања филмског дела. Ово због тога што, уколико филмско дело није снимљено у уговореном или законом прописаном року, коаутори имају право на раскид уговора и право да задрже уговорену накнаду. Уколико дође до раскида уговора због неиспуњења обавезе на снимање филмског дела аутоматски отпада могућност и на раскид уговора (па и на накнаду штете) због привредног неискоришћавања филмског дела, јер ако је уговор раскинут, тиме су престале даље обавезе филмског продуцента, па и не може испуњавати обавезу која је раскидом уговора о снимању филмског дела престала.

Што се тиче осталих субјеката који се јављају као уговорна страна са филмским продуцентом, сматрамо да их је ЗАСП неоправдано изоставио као субјекте који могу раскинути уговор и задржати уговорени износ, односно захтевати накнаду штете због тога што филмски продуцент није у уговореном или законом прописаном року снимио дело или није отпочео са привредним искоришћавањем филмског дела. Сматрамо да нема ниједног разлога да ова лице не буду третирана на равноправан начин као друга уговорна страна. По нашем мишљењу, ова лице могу остварити то право аналогном применом правила која се односе на коауторе, односно применом општих правила о раскиду уговора због неиспуњења уговором преузетих обавеза предвиђених чланом 124–132 ЗОО:

## V Закључак

Сврха уступања имовинскоправних овлашћења из садржине субјективних права интелектуалне својине јесте остваривање економске

користи, односно повраћај уложеног времена и средстава у стварању одређеног интелектуалног добра. Због тога је по природи ствари логично очекивати да уступањем одређеног овлашћења носилац права интелектуалне својине очекује да стицалац исто врши на уговорен начин и у уговореном обиму, тј. на начин на који ће и за себе и за носиоца права – уступиоца постићи најбоље резултате. Како у нашем праву (осим у неким случајевима) питање обавезе вршења прибављеног овлашћења није на задовољавајући начин уређено законским одредбама, неопходно је ову обавезу стицаоца овлашћења уговором увек јасно дефинисати. Критеријуми на основу којих се у недостатку јасних уговорних одредби релативно поуздано може закључити да је стицалац обавезан да врши прибављено овлашћење, су само крајње средство које треба користити приликом тумачења уговора, односно воље уговорних страна. Решења садржана у неким законским одредбама показују колико је добро када у законској одредби нема нејасноће по питању да ли је вршење стеченог овлашћења само његово право или је то и његова уговорна обавеза. Због тога би, у будућим изменама законских одредби или приликом доношења нових, ово питање требало јасно уредити, у смислу јасног дефинисања бар основних обавеза уговорних страна. Колико проблема у пракси може створити нејасно дефинисан уговор показује пример уговора о филмском делу из нашег ЗАСП.

**Zoran MILADINOVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac**

**Siniša VARGA, PhD**

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

## **THE RIGHT OF THE AUTHOR TO TERMINATE THE AGREEMENT DUE TO THE NON-EXECUTING OF THE ASSIGNED RIGHTS**

### **Summary**

*The regulations which protect the intellectual property rights cover to a certain degree the area of legal transactions, that is the delegation of rights. Given a large number of such regulations, we may conclude that this issue is not encountering difficulties in legal practice, that is that there are no ambiguous regulations that require additional interpretation. However, there is a question*

*which is frequently raised in practice, especially in the circumstances when it is not well defined in the agreement – whether the legal entities to whom certain rights are delegated are responsible to execute them or only have the right to execute them, that is whether the executing of the acquired rights and the extent of this executing, solely depend on free will of the subject to whom these rights were assigned. The authors of this work contemplate this question in an attempt to find the answer whether the executing of the assigned rights is only the right, or both the right and the obligation of the subject to whom these rights were delegated and how this issue can be solved when it has not been specifically regulated by the agreement. The authors also explore the issue what could be the legal consequences of failing to execute the acquired rights and whether this could become a ground for the intellectual property rights holder to terminate the agreement, as well as what could be the consequences of such termination based on this ground.*

**Key words:** *intellectual property, author, copyright, copyright holder, delegation of rights, the rights acquirer, agreement, termination of agreement, damage compensation.*



др **Љиљана РУДИЋ-ДИМИЋ**  
главни стручни консултант друштва за правно информатичку и  
издавачку делатност Paragraf Co

## ПОСЕБАН РЕЖИМ АУТОРСКОГ ДЕЛА И ПОСТУПАК ЈАВНИХ НАБАВКИ

### Резиме

*Јавна набавка је посредствено прибављање добара и услуга или уступање извођења радова од стране државног органа, организације, установе или других правних лица који се слажу наручиоцима.*

*Повезујућа комисионина наручиоца у посредству јавних набавки, уговора о јавној набавци, односно понуђача у јавној набавци са једне стране, и аутора дела са друге, јесте у одредбама уговора о наруџбини ауторског дела.*

*Битно слично је да се и понуђач у посредству јавне набавке и аутор у оквиру одредби уговора о наруџбини ауторског дела, обавезују да за наручиоца израде предмет у једном случају јавне набавке у другом ауторског дела и предају наручиоцу примерак исто.*

*Веомо је тешко замислити посредствено јавне набавке који за предмет има закључење ауторског уговора, односно израду новог или пак уступање посредајног ауторског дела, на начин да је јавна набавка и посредствено одлучивање о најповољнијој понуди, вођен критеријумима које предвиђа Закон о јавним набавкама. На тај начин, смисао саме уговорне пресуде, дакле оригиналног решења аутора као главни критеријум квалификације ауторског дела, била би беспредметна.*

**Кључне речи:** *јавне набавке, ауторско дело, наручилац, аутор – понуђач, критеријуми за вредновање понуда.*

## I Посебан режим ауторског дела

### 1. Јавна набавка и ауторско дело – да ли се за закључење уговора о ауторском делу примењује Закон о јавним набавкама?

У пракси се више пута појавило ово питање. Да би на питање одговорили, морамо сагледати „посебан режим“ настанка ауторског дела и промета имовинских права на ауторском делу, са аспекта *Закон о ауторском и сродним правима* односно *Закон о јавним набавкама*.

*Закон о јавним набавкама*<sup>1</sup> уређује услове, начин и поступак набавке добара и услуга и уступања извођења радова у случајевима када је наручилац тих набавки државни орган, организација, установа или друго правно лице које је одређено законом.

*Јавна набавка* је прибављање добара и услуга или уступање извођења радова од стране државног органа, организације, установе или других правних лица који се, у смислу закона, *сматрају наручиоцима*, на начин и под условима прописаним овим законом.

*Уговор о јавној набавци* је уговор закључен у писаној форми између наручиоца и понуђача у складу са спроведеним поступком јавне набавке, који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова, при чему је *понуђач* домаће или страног правно или физичко лице које понуди испоруку добара, пружање услуга или извођење радова.

*Конкурс за нацрте* је поступак који се примењује код закључивања уговора о пружању услуга урбанистичког планирања, нацрта у области архитектуре и грађевинарства, инжењерства, дизајна или информатике, при чему избор нацрта врши унапред образован жири.

*Критеријум* је мерило које се користи за вредновање, упоређивање и оцењивање понуда у поступцима јавних набавки.

*Услов* је захтев наручиоца који у понуди у целини мора бити испуњен на начин како је утврђено законом и конкурсном документацијом.

*Прихваћљива понуда* је благовремена понуда, исправна и одговарајућа, која не ограничава, нити условљава права наручиоца или обавезе понуђача и која не прелази износ процењене вредности конкретне јавне набавке, при чему су *јавна средства* она која су под контролом и на располагању Републике Србије, локалних власти и организација обавезног социјалног осигурања, односно сва средства која прикупљају, примају, чувају, опредељују и троше наручиоци.

1 *Службени гласник РС*, бр. 116/2008.

*Закон о јавним набавкама*, транспарентан је у одређивању референтних појмова, питање је само да ли се и на који начин, могу изједначити:

- аутор дела са понуђачем у поступку јавних набавки;
- ауторско дело са нарученим добрима и услугама у поступку јавних набавки;
- дискрециона оцена оригиналног ауторског решења са прихватљивом понудом у поступку јавних набавки;
- оригиналност дела у одређеној материјалној форми независно од медија изражавања са критеријумима и условима из поступка јавних набавки?

Дакле, наручилац јавне набавке (даље: наручилац), пре свих је државни орган, организација, установа и други директни или индиректни корисник буџетских средстава у смислу закона којим се уређује буџетски систем и буџет, као и организација за обавезно социјално осигурање; јавно предузеће; као и друго правно лице које обавља и делатност од општег интереса, уз алтернативну испуњеност услова које предвиђа *Закон о јавним набавкама*.

Предмет уговора о јавној набавци добара може бити куповина добара; закуп добара односно лизинг добара.

Предмет уговора о јавној набавци услуга чине услуге наведене у анексима IА и IБ (саставни део *Закона о јавним набавкама*), од којих критеријуме да се могу сматрати ауторским делом имају следеће услуге:

1. из Анекса IА: (редни број) 7 рачунарске услуге, 12 архитектонске услуге; инжењерске услуге; услуге урбанистичког планирања и пејзажне архитектуре; услуге техничког тестирања и анализа; 13 рекламне услуге, односно 15 издавачке и штампарске услуге на хонорарној или уговорној основи;
2. из Анекса IБ: (редни број) 26 услуге у областима рекреације, културе и спорта.

#### *а) Набавке на које се Закон о јавним набавкама не примењује*

У делу закона који се односи на набавке на које се овај закон не примењује, од ауторског и сродних права, закон изузима само једну категорију сродног права (члан 7 тачка 8), на експлицитан начин:

„набавке које се односе на куповину, развој, продукцију или копродукцију радио и телевизијског програма или времена за емитовање програма.“

Дакле, изузето је само сродно право – право произвођача емисије, што поставља питање дискутабилног критеријума.

Сматрамо да сва сродна права (изузетак права интерпретатора), са обзиром да су носиоци сродних права најчешће привредна друштва у чијој организацији и чијим средствима је настало сродно право (фонограм, видеограм, база података, емисија, итд), „погодна“ да буду квалификована за поступак јавних набавки, за разлику од ауторских дела.

*б) Конкурси – јавне набавке услуга посебно из домена интелектуалне својине*

Конкурси су форма јавних набавки, која потенцијално има за предмет неки од сегмената ауторског права или пак неког другог права интелектуалне својине (дизајн, модел, жиг).

Наручилац јавне набавке може спроводити и најчешће то и чини, поступак јавне набавке услуга путем конкурса у областима урбанистичког планирања, архитектуре, грађевинарства, инжењерства, дизајна и информатике. Нацрт, план или дизајн бира независни жири.

Ако наручилац захтева од учесника на конкурс у посебне професионалне квалификације или искуство, најмање једна трећина чланова жирија мора имати најмање једнаке квалификације, односно искуство. Жири је самосталан у одлучивању и разматра анонимне нацрте, планове или дизајне.

Конкурс за нацрте, планове или дизајне, са доделом награде и плаћањем учесницима, може се спроводити самостално или као саставни део другог поступка јавне набавке.

**2. Одређивање вредности јавне набавке – може ли бити првенствени критеријум за одређивање оригиналности и квалитета нарученог ауторског дела?**

При израчунавању процењене вредности јавне набавке услуга, наручилац мора у вредност услуге да урачуна и све трошкове везане за услугу које ће имати понуђач.

Код појединих услуга наручилац узима у обзир следеће износе: за архитектонске услуге, индустријски дизајн, просторно планирање и сл. – накнаду или провизију.

Накнада у горњем случају није пак ништа друго, него ауторска накнада за извршење услуге из домена интелектуалне својине, док провизија може бити услуга специјализованих агенција која доводе у везу ауторе као ствараоце односно наручиоце.

*а) Навођење правошћова накнаде за коришћење правошћова у конкурсној документацији*

Наручилац може да наведе у конкурсној документацији да накнаду за коришћење патената, као и одговорност за повреду заштићених права интелектуалне својине трећих лица, сноси понуђач.

То је у праву познати дисклејмер, где понуђач односно аутор гарантује наручиоцу да је једини, изворни (оригинарни) стваралац ауторског дела које је предмет уговорне престације, и да је наручилац у том смислу „релаксиран“ од поштовања права интелектуалне својине као и потенцијалне повреде у случају несавесности самог аутора, у случају јавних набавки, понуђача.

*б) Критеријуми за одабир понуде – није валидан критеријум за квалификовање ауторског дела*

Критеријуми које одређује и разрађује Закон о јавним набавкама су економски најповољнија понуда или најнижа понуђена цена.

Критеријум економски најповољније понуде заснива се на различитим елементима у зависности од предмета јавне набавке, као што су: понуђена цена; услови плаћања; рок испоруке или извршења услуге или радова; текући трошкови; трошкова економичност; квалитет; техничке и технолошке предности; пост-продајно сервисирање и техничка помоћ; гарантни период и врста гаранција; обавезе у погледу резервних делова; пост-гаранцијско одржавање; естетске и функционалне карактеристике и др.

Дакле, једини критеријум валидан са аспекта права интелектуалне својине може бити естетски, дакле дискрециони критеријум, уз евентуално критеријум квалитета (индустријска својина) односно рокова извршења престације, које је делимично могуће изразити објективним параметрима.

Избор између достављених понуда применом критеријума економски најповољније понуде наручилац спроводи тако што их рангира на основу пондера одређених за елементе критеријума.

Избор између достављених понуда применом критеријума најниже понуђене цене заснива се на најнижој цени као једином критеријуму.

Критеријум најниже понуђене цене, не може се ни у једном аспекту применити као валидан критеријум код наруџбине ауторског дела, имајући у виду критеријум оригиналности као услов за ауторскоправну заштиту.

Најнижа понуђена цена може се односити само на наруџбину услуге *out source*, агената и агенција, који се специјализовано баве пласманом и прометом имовинскоправних ауторских овлашћења.

## II „Дискрециона“ вредност ауторског дела

### 1. Ауторска дела и предмети сродних права – критеријуми вредновања

*Закон о ауторском и сродним правима*<sup>2</sup> ауторско дело одређује као *оригиналну духовну творевину аутора*, изражена у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине.

Ауторским делом сматрају се, нарочито: писана дела (књиге, брошуре, чланци, преводи, рачунарски програми у било којем облику њиховог изражавања, укључујући и припремни материјал за њихову израду и др.); говорна дела (предавања, говори, беседе и др.); драмска, драмско-музичка, кореографска и пантомимска дела, као и дела која потичу из фолклора; музичка дела, са речима или без речи; филмска дела (кинематографска и телевизијска дела); дела ликовне уметности (слике, цртежи, скице, графике, скулптуре и др.); дела архитектуре, примењене уметности и индустријског обликовања; картографска дела (географске и топографске карте); планови, скице, макете и фотографије; позоришна режија.

Дакле, овом егземпликативном методом, апострофирају се само неке од најчешћих и најважнијих врста ауторских дела, али се потенцијални списак ауторских дела на тај начин не закључује: статус ауторског дела имају све друге интелектуалне креације које у целини или делимично задовољавају критеријум *оригиналности* и изражавају *одређеној форми*. Статус ауторског дела и сва припадајућа морална и имовинска права аутора, не зависе од естетског, научног, инвентивног, економског вредновања, нити пак временског приоритета, већ исључиво од два наведена критеријума. Једине рестрикције у том правцу, јесу одредбе закона о томе шта је изузето од ауторскоправне заштите, односно, у тачно законом предвиђеним случајевима, „ослабљено“ ограничењима права аутора.

Из ових почетних одредница појма ауторског дела, јасно је да се одредбе *Закона о јавним набавкама*, са својим поступком и критеријумима за одабир најповољније понуде у свом највећем делу не могу од-

2 Службени гласник РС, бр. 104/2009.

носити на наруџбину ауторског дела од једног или више физичких лица, јер би исто представљало правну, логичку и естетску противречност.

Сродна права, осим права интерпретатора, могу имати смисла у светлу потенцијалне примене одредби *Закона о јавним набавкама*, из разлога што ова права која поред појединаца имају и привредна друштва у чијој организацији односно чијим средствима је настало неко сродно право (фонограм, видеограм, база података, емисија, право издавача штампаних издања), дакле, иста подразумевају организовано улагање и значајну инвестицију у настанак предмета сродног права, па су и критеријуми за вредновање понуда ових субјеката мерљиви улагањем и трошковима које су носиоци сродних права имали у поступку настанка предмета сродног права.

У том смислу тендери на којима учествују носиоци сродних права, у највећој мери примењују одредбе *Закона о јавним набавкама*, а претходно смо констатовали да исти закон из поступка јавних набавки, изузима *набавке које се односе на кувовину, развој, њродукуцију или којродукуцију радио и шелевизијској њројрама или времена за емииовање њројрама*, што је супротно природи и инвестицији овог сродног права.

## **2. Уговор о наруџбини ауторског дела – конкурс – јавне набавке**

Повезујући моменат наручиоца у поступку јавних набавки, уговора о јавној набавци, односно понуђача у јавној набавци и аутора дела, јесте у одредбама које регулишу уговор о наруџбини ауторског дела.

Оно што је битно слично јесте да се и понуђач и аутор обавезује да за наручиоца израде предмет у једном случају јавне набавке у другом ауторског дела и преда му примерак истог.

Наручилац има право да објави дело и да стави у промет примерак дела који му је аутор предао, што је исто у оба случаја, али само код уговора о наруџбини ауторског дела аутор задржава остала ауторска права, ако уговором о наруџбини није друкчије одређено. Ако је на основу уговора о наруџбини ауторског дела израђен рачунарски програм, наручилац стиче сва права искоришћавања рачунарског програма, ако уговором није друкчије одређено.

Друга разлика јесте да у поступку јавних набавки наручилац има далеко веће право да усмерава и контролише поступак извршења престације из уговора о јавној набавци, док код уговора о наруџбини ауторског дела, наручилац не сме да суштински ограничава слободу уметничког, стручног или научног изражавања аутора.

И поред ових заједничких места, веома је тешко замислити поступак јавне набавке који за предмет има закључење ауторског уговора, односно израду новог или пак уступање постојећег ауторског дела, на начин да је сама јавна набавка и поступак одлучивања о најповољнијој понуди, вођен критеријумима које предвиђа *Закон о јавним набавкама*. На тај начин, смисао саме уговорне престације, дакле оригиналност решења аутора била би беспредметна.

### III Промет ауторских имовинских овлашћења – порески третман

Када говоримо о јавним набавкама које за предмет имају добра односно услуге из домена интелектуалне својине, посебно ауторског права, понекад се дилеме које се са правом постављају око посебног режима ауторског дела, „превазилазе“ закључивањем уговора о делу, уместо уговора о ауторском делу, што је посебна заблуда, са материјално правног али и пореског аспекта.

#### 1. Приходи грађана који подлежу опорезивању – приходи од ауторских права

Закон о порезу на доходак грађана<sup>3</sup> веома је јасно апострофирао приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, као приходе који подлежу опорезивању – тачније порезу на доходак грађана, у почетним својим одредбама. Ови се приходи опорезују било да су остварени у новцу, у натури, чињењем или на други начин.

##### *а) Порез на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине*

*Предмет опорезивања – приход од ауторских права* сматра се накнада коју обвезник оствари по основу: писаних дела; говорних дела; драмских и драмско-музичких дела; пантомимских и кореографских дела чије је представљање утврђено писмено или на неки други начин; музичких дела са речима или без њих; кинематографских дела и дела створених на начин сличан кинематографији; дела ликовне уметности; картографских дела; идејних пројеката, скица, цртежа и пластичних дела која се односе на архитектуру, географију, топографију или коју

<sup>3</sup> *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009 и 18/2010.



другу област науке или уметности; стрипова, укрштеница и слично; редакцијских дела која с обзиром на избор и распоред грађе, представљају самосталну духовну творевину; превода, лектуре, аранжмана музичке обраде и друге прераде ауторских дела; награда на конкурсима за израду уметничких, научних, стручних и осталих ауторских дела, награда на конкурсима за израду идејних пројеката, као и награда за постигнути успех у науци и уметности, ако овим законом није друкчије одређено; извођења музичких, књижевних и других дела; коришћења изведених музичких материјала; израда прототипа уметничких предмета који се уступају предузећима као модели за умножавање (производњу) таквих предмета; ликовних дела из области примењених уметности; осталих ауторских дела.

*Приходом од сродних њрава*, сматра се накнада коју обвезник оствари по основу: права интерпретатора; права произвођача фонограма; права произвођача видеограма; права произвођача емисије; права произвођача базе података. У овом смислу, недостаје ново сродно право које је уврштено изменама и допунама *Закона о ауторском и сродним њравима* из 2009. године, права издавача штампаних издања на посебну накнаду, односно, право првог издавача слободног дела (новела из 2004), оба у оквиру сродног права издавача штампаних издања.

#### *б) Порески обвезник*

Обвезник пореза на приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине је физичко лице које као аутор, носилац сродних права, односно власник права индустријске својине остварује накнаду по основу ауторског и сродног права, односно права индустријске својине.

Обвезник пореза на приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине је и наследник имовинског ауторског и сродног права и права индустријске својине и свако друго физичко лице које остварује накнаду по тим основама.

#### *в) Пореска основица*

Опорезиви приход од ауторских и сродних права и права индустријске својине чини разлика између бруто прихода и трошкова које је обвезник имао при остваривању и очувању прихода, осим ако законом није друкчије прописано.

*Нормирани њрошкови*: обвезнику – аутору, односно носиоцу сродног права признају се следећи нормирани трошкови:

- 1) за вајарска дела, таписерије, уметничку керамику, керамопластику, мозаик и витраж, за уметничку фотографију, зидно сликарство и сликарство у простору у техникама: фреска, графика, интарзија, емајл, интарзиране и емајлиране предмете, костимографију, модно креаторство и уметничку обраду текста – 50% од бруто прихода;
- 2) за сликарска дела, графичка дела, индустријско обликовање са израдом модела и макета, ситну пластику, радове визуелних комуникација, радове у области унутрашње архитектуре и обраде фасада, обликовање простора, радове на подручју хортикултуре, вршење уметничког надзора над извођењем радова у области унутрашње и фасадне архитектуре, обликовања простора и хортикултуре са израдом модела и макета, уметничка решења за сценографију, научна, стручна, књижевна и публицистичка дела, превођење, односно преводи, музичка и кинематографска дела и рестаураторска и конзерваторска дела у области културе и уметности, за извођење уметничких дела, снимање филмова и идејне скице за таписерију и костимографију кад се не изводе у материјалу – 43% од бруто прихода;
- 3) за интерпретацију, односно извођење естрадних програма забавне и народне музике, производњу фонограма, производњу видеограма, производњу емисије, производњу базе података и за друга ауторска и сродна права која нису наведена у тач. 1) и 2) – 34% од бруто прихода.

Обвезнику – аутору, односно носиоцу сродног права, поред нормираних трошкова признају се и *стварни трошкови* у пуном износу накнада коју плаћају за услуге одговарајућој ауторској агенцији, организацији за заштиту музичког ауторског права и предузећима и другим правним лицима овлашћеним за продају и наплату прихода од ауторских дела.

#### IV Уместо закључка

*Уговор о ауторском делу*, директно са једним физичким лицем – аутором, односно више физичких лица, сарадника на истом делу – коауторима, подразумева дискрециону оцену наручиоца о томе које физичко лице је најпогодније да изврши предмет ауторског уговора, на основу „могућих“ објективних критеријума тако и процене профила извршиоца. То даље значи да се одлука за ангажовање конкретног аутора не доноси на основу опредељене висине ауторске накнаде, већ на основу

процене наручиоца да ће конкретно физичко лице најоптималније извршити предмет уговора. У том смислу за закључење ауторског уговора нема основа да се примењује *Закон о јавним набавкама*.

*Ако се за закључење, посредовање, и out source, користиће услуге специјализованих агенција за заштити ауторских права и интелектуалне својине, онда постоји обавеза да се примене одредбе Закона о јавним набавкама и да се одлучи за најповољнију понуду, дакле агенцију као привредно друштво која конкурише са најприхватљивијом понудом своје провизије за обим и квалитет услуга који пружа.*

*Уговор о делу, битно се разликује од ауторског уговора и његова престаџија – предмет, могу бити крајње техничке, квантитативне патиме и ценом престаџије мерљиве категорије. Уколико би се уговором о делу обавезали на једнократну или учесталу престаџију нпр. техничког прелома текста, услуге штампарије, уношења података у базу података од стране оператера и сл. могло би се поставити питање најповољнијег понуђача (код уговора о делу, нема признатих нормираних трошкова код обрачунавања пореске основице).*

**Ljiljana RUDIĆ-DIMIĆ, PhD**  
**Chief Legal Consultant, Paragraf Co, Belgrade**

## **SPECIAL REGIME OF WORK OF AUTHORSHIP AND PUBLIC SUPPLIES PROCEDURE**

### **Summary**

*Public supplies are acquisitions of goods and services or assignment of the performing operations on behalf of the governmental institutions, organizations, institutions or other legal entities who are to be considered as the commissioning parties.*

*Bounding points for the commissioning party in the light of the public supplies, contract on the public supplies, as well as tenderer party in the procedure of public supplies, on the one hand, and the autor of the work, on the other, are in the stipulations of the Contract of Commissioning a Work of Authorship.*

*Similarity can be found in the fact that tenderer party as well as author of the work, are obliged to perform the object of the public supplies in one case, the subject of the Contract of Commissioning a Work of Authorship, in the other*

*case, for the purposes of delivering that subject to the ordering /commissioning party.*

*It is very difficult to imagine the very procedure of public supplies, having its subject the conclusion of the authors contract (making the new one or rendering the existing copyright work), in the manner that public supply itself and the decisioning procedure upon the best offer, are led with the criteria stipulated in the Law on the Public Supplies. Thus would question feasibility of the meaning of the contracting subject matter, in this case original authors creation.*

**Key words:** *public supplies, copyright work, commissioning party, author – tenderer, criteria for the valuation of offers in the public supplies procedure.*

др *Вугоје* СПАСИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

## ДИГИТАЛНО УПРАВЉАЊЕ ПРАВИМА

### Резиме

*Дигитална технологија доводи до суштинских промена одређених аспеката ауторској и сродних права. Ново, изв. мрежно окружење нужно захтева нове начине заштите интелектуалних стваралаца и њихових права од неовлашћених употреба њихових творевина. Као одговор на новонастале проблеме појављује се различите технике криптирације, као и систем дигиталној управљања правима, енгл. „Digital Rights Management“. Овај систем базира се на коришћењу дигиталне технологије а усмерен је на заштиту ауторскојравној зашћеној садржаја, управо, од саме технологије. Генерално, „Digital Rights Management“ представља ошћи назив за скућ технологија које носиоцима права омоћућавају контролу употребе дигиталној садржаја од стране корисника, односно публике (јавности). За сада најважније технике дигиталној управљања правима представљају digital watermarking и trusted computing.*

**Кључне речи:** *дигитална дела, управљање правима, дигитална заштита.*

### I Увод у систем дигиталног управљања правима

Дигитално окружење мења многе стандарде и узусе у области интелектуалног стваралаштва. Да би ауторско право могло да превлада тешкоће и искушења са којима се сусреће потребне су одговарајуће промене и прилагођавања. У том смислу, поред досадашњих стандардних

мера и активности усмерених на заштиту духовних творевина и интелектуалних права потребне су и нови додатни потези и инструменти усмерени ка том циљу. Један од кључних чинилаца очувања и развоја интелектуалног стваралаштва представља дигитална заштита ауторских права. Ово је један веома комплексан и сложен феномен. Он обухвата све начине за контролу коришћења садржаја заштићених ауторским правима, а који се остварује уз помоћ техничко-технолошких средстава. Поред криптографије, кључну улогу у заштити ауторских дела има систем назван „Дигитално управљање правима“.

У најширем смислу, дигитално управљање правима (енгл. „*Digital Rights Management*“ – *DRM*) представља заједнички назив за скуп технологија које свим носиоцима ауторских права омогућују контролу употребе неког дигиталног записа, односно садржаја ма које врсте. Овај појам има додирних тачака са заштитом од копирања (енгл. *copy protection*), али *DRM* системи се, пре свега, користе за заштиту духовних (интелектуалних) садржаја, као што су музика и филм, док се заштита од копирања најчешће односи на програмску подршку (енгл. *software*). Суштински, дигитална заштита ауторских права укида власнику дигиталног медијума потпуну контролу над њим и преноси је компјутерском програму.

Менаџмент дигиталних права треба да омогући компромис између безбедности садржаја, коју захтева власник, односно носилац права, приватности крајњег корисника (уживаоца), као и цене система који ће бити коришћен између учесника у том ланцу. У дигиталном свету, безбедност и приватност се имплементирају коришћењем разних криптографских алгоритама и протокола. На самом крају ланца, дигитални садржај се приказује у аналогној форми: дигитална слика се трансформише у светло путем дисплеја, док се дигитални звук трансформише у акустичке таласе. Уз то, поновна дигитализација ових аналогних сигнала увек је могућа.<sup>1</sup>

*DRM* системи представљају један је од највећих изазова дигиталног доба. Одмах на почетку треба истаћи да се синтагма „*Digital Rights Management*“ односи на „дигитално управљање правима“ („*digital management of rights*“), а не на „управљање дигиталним правима“ („*management of digital rights*“). То значи да се овај систем бави управљањем *свих* права, а не само оних примењивих на дозволе које се тичу приступања дигиталним садржајима. С друге стране, суштински, права су јединствена и не постоји подела на аналогна и дигитална права, већ такви могу бити само предмети (објекти) заштите, односно заштићени садржаји.

1 Иако је контрола умножавања и коришћења програмске подршке с прекидима у употреби од 70-их година 20-ог века, назив *DRM* односи се пре свега на интелектуалне садржаје, као што су, нпр. уметничка или књижевна дела.

Нема никакве сумње да је неовлашћену употребу „класичног“, или тзв. „аналогног“ садржаја знатно лакше спречити, пре свега захваљујући самој „физичкој“ природи материјала, која представља одређену брану и помаже при заштити ауторских права. Насупрот томе, захваљујући информатичкој технологији данас смо суочени са озбиљним угрожавањем и кршењем ауторских права. Ово је само природан рефлекс чињенице да се дигитални садржај може много лакше умножавати и трансмитовати на разне начине.

Технологије дигиталног управљања правима могуће је, према подручју примене, поделити на технологије коришћене за заштиту видео садржаја, односно филмова, аудио садржаја, односно музике, и технологије за заштиту докумената.

Могућности и начини примене *DRM* технологије су, практично бесконачни. Ево само неколико типичних примера њене примене:

- Компанија подешава своје сервере електронске поште тако да блокирају слање електронских порука које садрже осетљиве, тј. тајне информације.
- *E-book* сервер ограничава приступ, копирање и штампање електронских књига по правилима носиоца ауторских права.
- Филмски студио на својим *DVD*-има поставља софтвер који ограничава број копија које корисник може да сачини.
- Дискографска кућа издаје своје наслове на специјалним *CD*-има који садрже елементе дизајниране за збуњивање програма за екстракцију аудио дискова.

Централни (али не и једини) део савремених *DRM* система представља техника водермаркирања (воденог жига), која подразумева утискивање дигиталних сигнала у виду жигова, како би се остварило праћење и контрола дигиталних копија, чак и приликом трансформације у аналогне сигнале. Сусретање са проблемом специфичних верзија таласних сигнала, укључујући и њихово аналогно представљање, доводи до сложених критеријума. Процес водермаркирања може да се посматра кроз анализу ризика (са аспекта провајдера), као и преко анализе добити крајњег корисника (уживаоца дела). Као најважније намеће се питање који је ризик за провајдера, ако уведе водермаркинг, као и која би корист за крајњег корисника, ако покуша да уклони водени жиг са дигиталног медијума.

Један од главних циљева и задатака *DRM* технологија јесте идентификовање и анализира потенцијалне слабости у безбедности на сваком пункту дистрибуционог ланца, као и предлагање мера и средства које треба предузети у циљу њиховог превазилажења.

Прва генерација *DRM*-а усредсређена је на сигурност и енкрипцију као средства заштите од неовлашћеног копирања. На тај начин чини се покушај да се садржај на неки начин „закључа“ и ограничи његова дистрибуција само на овлашћене кориснике, односно оне који плате за његово коришћење. Ипак, могућности *DRM* а пуно су шире од тога и то користи друга генерација овог система. Друга генерација ових система обухвата опис, идентификацију, размену, заштиту, посматрање и праћење свих начина употребе права било опипљивог, било неопипљивог садржаја.

*E-DRM* (енгл. *Enterprise – DRM*) је заједнички назив за све технологије управљања дигиталним правима коришћеним за заштиту пословних докумената у различитим форматима, као што су *Microsoft Word*, *PDF* (енгл. *Portable Document Format*), *AutoCAD*, електронска писма и веб странице унутар интерне рачунарске мреже неке организације.<sup>2</sup>

Суштински, приликом дизајнирања и имплементације *DRM* система треба обратити пажњу на две кључне архитектуре. Прва је функцијска архитектура (*Functional Architecture*), која покрива *high-level* модуле и компоненте *DRM* система који осигуравају *end-to-end* управљање правима. Друга је информацијска архитектура (*Information Architecture*). Она обухвата моделирање ентитета унутар *DRM* система као и њихове односе. Постоје још и концептуални, модуларни, извршни и кодни слојеви архитектуре (*Conceptual, Module, Execution and Code layers*).

У наставку рада детаљније ћемо обрадити систем и функционисање *DRM* технологија. Уз историјски осврт, даћемо приказ најчешће коришћених технологија за заштиту видео и аудио садржаја, кратак преглед правних аспеката имплементације ових технологија и опис њихових најзначајнијих недостатака.

Генерално, основна намена *DRM* технологија је контрола коришћења дигиталних садржаја путем онемогућавања приступа, умножавања, трансмисије и претварања у друге формате. Кроз историју, аутори, власници (носиоци) ауторских права, као и корисници ауторских дела противили су се технологијама које омогућују копирање садржаја. Примери управљања правима, пре настанка дигиталних технологија, обухватају заштиту перфорисаних трака намењених механичким клавирима с почетка 20. века и заштиту аудио и видео магнетских трака.

Дигитални формати записа садржаја знатно олакшавају умножавање (у форми копирања и сл.) садржаја због чега су умногостручени напори власника ауторских права уложени у њихову заштиту. Оно што

2 Сопствене *DRM* технологије за заштиту докумената поседују фирме: *Microsoft*, *Adobe Systems*, *Liquid Machines*, *Oracle*, *EMC Corporation* и друге.



је веома карактеристично, то је да се узастопним копирањем садржаја с аналогних медијума неизбежно губи квалитет, док се дигитални медијуми, понекад чак и током нормалне употребе, могу копирати неограничен број пута без икаквог губитка квалитета. Ово, стога, што у дигиталној технологији нема никакве разлике између оригиналног и копираног примерка. Популаризација личних рачунара, лакоћа снимања садржаја аудио *CD* медија (енгл. *CD ripping*) и радио емисија, уз популарне сервисе за размену датотека на интернету, учинили су размену неовлашћених копија заштићених садржаја (енгл. *digital piracy*) изузетно лако, брзо и јефтино.

Дигитално управљање ауторским (и сродним) правима над заштићеним садржајима највише се користи у забавној индустрији (нарочито у филмској и музичкој индустрији), али се појављује и у другим сегментима.<sup>3</sup>

## II Архитектура *DRM*

### 1. Функцијска архитектура

Целокупна окосница *DRM*-а намењена стварању система за заштиту права може се поделити у три основна подручја:

- *Intellectual Property (IP) Asset Creation and Capture* (стварање имовине и задржавање интелектуалне својине): односи се на могућност како управљати стварањем одређеног садржаја да би се он могао размењивати. Ово укључује утврђивање и учвршћивање права након што је садржај првобитно креиран (или поново употребљен и проширен од лица које на то има право).
- *IP Asset Management* (управљање имовином и интелектуалном својином): овај део односи се на трговину створеним садржајем, односно на омогућавање и управљање тог трансфера. Ово подручје укључује преузимање садржаја од онога ко га је створио и његово укључивање у систем управљања имовином. Системи трговања требали би управљати описним подацима и подацима о правима.

---

3 Многе фирме које се баве дистрибуцијом и продајом музике на интернету, као што је *iTunes*, и поједини издавачи електронских књига (енгл. *e-books*) развили су различите стратегија управљања дигиталним правима. Током последњих година бројни телевизијски продуценти захтевају имплементацију *DRM* мера како би се контролисао приступ њиховим програмима због раста популарности *DRV* (енгл. *Digital Video Recorder*) уређаја.

- *IP Asset Usage* (употреба имовине обухваћене интелектуалном својином): овај део *DRM*-а посвећен је управљању употребом садржаја, након што је он пуштен у размену (продају). То укључује и подржавање одређених ограничења над размењеним садржајем употребљеним на одређеном систему/програму. Горњи модели обухватају широка подручја потребна за *DRM*. Но, они морају бити допуњени функцијском архитектуром која обезбеђује окосницу за модуле којима се имплементира функционалност *DRM*-а.

Кључни задатак функцијске архитектуре је одређивање улоге и понашање многобројних кооперативних и интероперативних модула унутар три подручја интелектуалне својине (*IP*): *Asset Creation, Management, Usage*.

Модул за стварање и одржавање имовине у оквиру интелектуалне својине (*IP Asset Creation And Capture*) подржава:

- Озакоњивање права (*Rights Validation*) – осигуравање да садржај који је креиран из неког постојећег садржаја укључује права за тај чин.
- Стварање права (*Rights Creation*) – дозвољавање да права буду додељена новом садржају, нпр. специфицирање власника права и дозвола за употребу.
- Ток стварања права (*Rights Workflow*) – дозвољавање да садржај прође кроз низ корака при којима се одобравају како садржај, тако и права.

Модул за управљање имовином под окриљем интелектуалне својине (*IP Asset Management*) подржава:

- Функције за складиштење (*Repository functions*) – омогућавање приступа/побољшавања садржаја у потенцијално дистрибуираним базама података и приступа/побољшавања метаподатака (*metadata*).<sup>4</sup>
- Функције трговања (размене) (*Trading functions*) – омогућавање додељивања лиценци странама које су размениле договоре о правима на садржај. То укључује и плаћање лиценци онима који држе права над садржајем. У неким случајевима садржај мора проћи кроз низ операција да би задовољио уговор о лиценци.<sup>5</sup>

4 Метаподаци обухватају стране (*Parties*), права (*Rights*) и дела (*Works*).

5 Тако, на пример, може бити потребно садржај криптовалити/заштитити за неку одређену врсту употребе.

Модул за употребу имовине под интелектуалном својином (*IP Asset Usage*) подржава:

- Управљање дозволама (*Permission Management*) – обезбеђује да субјекти која употребљавају заштићени садржај поштују права везана уз њега. Тако, на пример, ако корисник има право само гледања документа, штампање му неће бити дозвољено.
- Управљање праћења (*Tracking Management*) – омогућава праћење употребе садржаја тамо где је такво праћење договорено условима постављеним у лиценци (нпр. корисник има дозволу да погледа видео снимак одређени број пута). Овај модул задужен је и за учествовање у систему трговања на начин да прати употребу и новчане трансакције у случају да је сваку употребу садржаја потребно платити.

Сва три модула заједно чине језгро функционирања *DRM* система. Такође, захтева се да модули заједнички делују са другим, постојећим *e-business* модулима (као што су *shopping carts*, *consumer personalization* итд.) и *Digital Asset Management* модулима (као што су *version control*, *updates* итд.). Било би идеално када би ови модули били пројектовани као компонента која би омогућавала системима да буду изграђени модуларно. Међутим, то би захтевало низ уобичајених и стандардних интерфејса и протокола између модула, који још не постоје. Временом, са развојем и сазревањем *DRM* технологија и индустрија ће тежити оваквој стандардизацији.

Функционална архитектура само је један од одговора изазовима *DRM*-а. Управљање правима врло брзо може постати изузетно сложено. Као резултат тога *DRM* системи морају подржавати најфлексибилнији могући информацијски модел да би на тај начин осигурали ове сложене и слојевите везе. Због тога *DRM* системе, осим функцијске чини и информацијска архитектура.

## 2. Информацијска архитектура

Информацијска архитектура односи се на начине моделирања појединих ентитета у свеопшту окосницу *DRM*-а и на њихово повезивање. Основна питања која се тичу структуре и развоја *DRM* информацијског модела инкорпоришу:

- моделирање ентитета;
- идентификацију и опис ентитета;
- изражавање тврдњи о правима.

*а) Моделирање ентитетима*

Оно што је јако битно за *DRM* моделе, као и за њихове везе с другим ентитетима, јесте да буду „чисти“ и да их је могуће проширити. Основно начело модела који се користи разликује три идентитета која чине језгро система: корисници, садржај и права. Постоји више типова корисника, почев од оних који су власници права, па све до крајњих корисника (уживалаца). Садржај представља било који тип материјала у било ком стадијуму агрегације. Права су ентитет који у једном изразу окупља дозволе, забране и обавезе које корисник има према садржају. Главни разлог што се користи овакав модел јесте тај што он обезбеђује велику флексибилност приликом додељивања права било којем споју корисника и садржаја. Овакав модел (*Core Entities Model*) не ограничава коришћење садржаја у неким новим и развијеним пословним моделима (*business models*).

Према овом моделу метаподаци било којег од три ентитета морају садржавати механизам који ће ентитете међусобно спајати. Сам садржај, такође, мора бити моделиран. Главно начело при моделирању садржаја је то да се садржај мора састојати од више „нивоа“ (*levels*) из различитих интелектуалних стадијума, односно мора се видети еволуција његовог развитка. Такав модел омогућује јасније дефинисање информације о правима. Као пример можемо узети неки садржај и поделити га у следеће слојеве: рад (дело; *Work*), приказе дела (*Expression*), начине приказа дела (*Manifestation*), конкретне предмете (*Items*). Сваки од ових слојева може подржавати различита права и власнике права.

Слојеви садржаја дефинисани као дело (засебна интелектуална или уметничка творевина) и приказ дела (интелектуална или уметничка реализација рада) одражавају учен или креативан садржај. С друге стране, остали слојеви садржаја одражавају физички или дигитални облик садржаја.

Оно што је најбитније у оваквом моделу јесте то да у било којем тренутку можемо препознати различите власнике права. Потреба за мало другачијим приступом додељивања права јавља се када је садржај састављен од мноштва делова.<sup>6</sup> Неки од ових делова могу бити повезани са различитим правима и мора постојати могућност да се то разазна када посматрамо садржај као целину.

*б) Идентификација и опис ентитетима*

Основни принцип је да сви ентитети морају бити јасно идентификовани и описани. Идентификација модела постиже се помоћу отво-

6 Ово нарочито долази до изражаја код дигиталних слика.

рених и стандардних механизма, одређених за сваки поједини ентитет. У сваком случају, мора постојати могућност идентификовања како ентитета, тако и метаподатака. Постоје неки стандарди који се користе за овакву идентификацију права (*Uniform Resource Identifiers (URI)*, *Digital Object Identifiers (DOI)*, *ISO International Standard Textual Work Code (ISTC)*).

Садржај би требало да буде описан најприкладнијим стандардом метаподатака за тај жанр. Врло је битно да у овим стандардима нису садржани елементи метаподатака који се односе на информацију о управљању правима, јер би то довело до нејасноћа о томе где су описани изрази о правима.<sup>7</sup>

### в) Изражавање њврђњи о ѡравима

Субјект права дозвољава изразе о дозволама, ограничењима, обавезама и осталим информацијама повезаним с правима, а које се тичу корисника и садржаја. Према томе, субјект права је јако битан, јер представља изражајност језика који се користи да би се информисало о метаподацима везаним уз права.

Ради једноставности, изрази везани уз права, такође, се моделирају. Изрази о правима састоје се из следећих делова:

- дозволе – говоре о томе што се сме учинити;
- ограничења – описују рестрикције везане уз дозволе;
- обавезе – говоре о томе што се мора учинити/осигурати/прихватити;
- власници права – говоре о томе ко су носиоци каквих права поводом чега.

Као пример израза везаног уз права можемо навести следеће: овакви изрази могу говорити о томе да неки снимак сме бити погледан максимално тачно одређени број пута, у сваком семестру, уз прописану цену. Сваки пут кад је снимак погледан носиоци права добијају проценат од наплаћеног износа. Важи принцип да, ако неко право није експлицитно наведено у изразу то значи да онда то право није ни одобрено.

### ј) Пример имплементације DRM система

Један од типичних примера коришћења DRM система јесте *online ebook* трговина *OzAuthors*.<sup>8</sup> Њихов циљ био је обезбедити члановима

7 За опис корисника најчешће се користи *vCard* стандард, као најпознатији стандард за описивање људи и организација.

8 *OzAuthors* услуга је коју пружа *Australian Society of Authors* у сарадњи са *IPR Systems*.

друштва (ауторима и публицистима) да на једноставан начин осигурају да се њихов садржај појави на тржишту уз ниске трошкове и максималну накнаду за власнике садржаја.

Одређене интерфејс услуге омогућавају спецификацију информација о правима. Рубрика „*Usage Rights and Pricing*“ омогућава да особа која нуди садржај да информацију о дозволама за читање и штампање, о ценама и о сигурности. Додатно се може навести и број страница које потенцијални купац може бесплатно видети да би се лакше одлучио на куповину. Други део интерфејса описује ко има права на садржај, која је улога појединог власника права, као и колики удео та особа има при подели зараде. За сваку продату књигу, власници права аутоматски добијају свој удео зараде.<sup>9</sup>

## 2. Поборници и противници *DRM* система

Паралено са појавом *DRM* система јавиле су се многе полемике и дилеме о његовој потреби и употреби. Иако се може рећи да је сама идеја *DRM*-а, у бити, позитивна, чини се да систем ипак није довољно добро развијен. Упркос неким добрим својствима и покушају да се заштите права једних, на тај се начин крше права других.

Коришћење система за дигитално управљање правима, од самих њихових почетака, предстаља извор бројних контроверзи. Несугласице које се јављају око *DRM* система, само су наставак низа конфликта између носиоца права на садржаје и поборника употребе нових технологија за копирање тих садржаја. Појавом дигиталних технологија, у овој борби превагу су почели да остварују ови потоњи.

Копирање, односно умножавање разних садржаја постало је изузетно једноставно, а појавом интернета изгубила се чак и потреба за преношењем садржаја на физичком медију. У појединим земљама су са развојем *DRM* система предложени чак и закони који захтевају да сви рачунари поседују механизме који би контролисали употребу дигиталних медија.

До данас су развијени различити *DRM* системи, али ни један од њих није успео успоставити задовољавајућу равнотежу између заштите права власника садржаја и заштите права оних који купују те садржаје. Ниједан од система до сада није успео спречити организовано, нелиценцирано, комерцијално копирање, за које нису заслужни појединци већ организоване групе „пирата“.

9 Све информације кодиране су у *HML*-у који користи језик права *ODRL*. Овакво кодирање омогућава размену информација с осталим продавцима књига који подржавају исту семантику језика. На тај начин постављени су темељи за потпуну и аутоматску интероперабилност.

### 3. DRM системи и њихове мане

Поборници DRM технологија тврде како су оне власницима ауторских права неопходне за онемогућавање неовлашћеног копирања и-или трансмитовања, а самим тиме и осигуравање константног прилива прихода. С друге стране, неки критичари, као што је, нпр. FSF (енгл. *Free Software Foundation*) непрофитна корпорација, истрајавају на ставу да се не ради о управљању правима већ искључиво о наметању ограничења, па они синтагму DRM пежоративно интерпретирају као: *Digital Restriction Management*. Њихов став је да власници ауторских права помоћу DRM технологија покушавају наметнути ограничења која превазилазе законске и уговорне оквире.

Други велики противник система за управљање дигиталним правима, EFF (енгл. *Electronic Frontier Foundation*) организација, ове технологије сматра начином ограничавања тржишне утакмице онемогућавањем конкуренције. Поједини критичари DRM технологија истичу како, поред спречавања злоупотребе заштићених садржаја, управљање дигиталним правима понекад, наноси неоправдану штету у виду онемогућавања њихове легалне употребе.

Осим раније изнетих позитивних карактеристика DRM-а, постоје и одређени недостаци, који никако нису занемарљиви. У даљем таксту наведени су покушаји имплементације DRM-а и неке мане које карактеришу те системе:

- Физичка заштита – користе се физичке компоненте које се прикључују на рачунар пре употребе садржаја и осигуравају легалну употребу. Проблем који се овде јавља је тај да садржај који се легално плати може бити коришћен само на једном рачунару, што ограничава мобилност, не само рачунара, већ у крајњем случају и самог његовог корисника.
- DIVX – овај назив не односи се на компресију снимака (*DivX*), већ на још један релативно неуспео покушај имплементације DRM-а. Овај систем повезује телефонску линију корисника са његовим DVD уређајем на којем ће легално прибављен садржај бити употребљен. На овај начин онемогућава се кориснику мобилна употреба садржаја. Да би га могао употребљавати на другом месту, изван куће, морао би са собом носити DVD уређај или пак пребацити рачун на другу телефонску линију.
- CSS – онемогућава се кориснику да DVD купљен у једној земљи погледа у другој. На овај начин заштита права власника садржаја је остварена у потпуности на уштрб корисника, који је садржај легално стекао, али га не може у потпуности искористити.

- Активација производа – спречава употребу производа пре него што се посебним идентификацијским кодом региструје код издавача. На овај начин производ се повезује са конфигурацијом хардвера на коме ће купљени програм бити коришћен.
- Дигитални „водени жиг“ – допушта додавање скривених порука за верификацију производа. Овакав начин заштите не ограничава употребу, али омогућује проналажење изворног носиоца права.

Као што је већ истакнуто, *DRM* технологије, ограничавањем начина употребе, власницима ауторских права омогућују контролу над заштићеним садржајима. Самим тим, *DRM* системи предмет су бројних несугласица. Наиме, увођење ограничења над употребом таквих садржаја може представљати нарушавање законских права (енгл. *Fair use rights*) власника легалних копија. *DRM* технологије мета су критика и због тога што отежавају, а у неким случајевима и потпуно онемогућују, ефикасно архивирање садржаја, као и историјска истраживања.

Противници система за управљање дигиталним правима истичу, такође, како ови системи нису ефикасни у спречавању стварања илегалних копија садржаја које би требали штитити, јер ни један *DRM* систем није, нити може бити, у потпуности отпоран на нападе. Након пробијања заштите само једне верзије неког садржаја, или у случају копирања незаштићене верзије, он постаје широко доступан путем интернета или неког другог вида комерцијалног пиратства.

Постоје различити начини заобилажења *DRM* система. На располагању су бројни методи заобилажења *DRM* система за заштиту аудио и видео садржаја:

- посредно копирање помоћу аудио *CD*-диска;
- копирање пресретањем тока података;
- аналогна рупа.

#### **4. *DRM* – заштита права или кршење приватности?**

Противници *DRM*-а посебно наглашавају да би се контролом приступа рачунару и његовим програмима, односно забраном приступа било коме осим кориснику, повећао ризик појаве проблема узрокованих приступом треће особе. Такви проблеми увелико прелазе границе заштите власника права. Тако би се могло догодити да „*bug*“ (баг) који се појави у систему за контролу употребе купљеног програма (а познато је да је вероватноћа за његову појаву врло велика), узрокује да корисник уопште не може приступити своме рачунару, нити једном његовом програму. Ово би било својерсно кршење права корисника.



Према важећој легислативи, интелектуална својина након одређеног периода пада у јавни домен, тј. постаје доступна јавности на слободно коришћење и њен власник губи сва права. Међутим, *DRM* заштитом оваква поставка се доводи у питање. Садржај, односно производ чије је коришћење лимитирано *DRM* системом заувек штити права свога власника и на тај начин улази у сукоб са законом.

Поборници *DRM* система отишли су, чак, тако далеко да су предложили да би носиоцима права требало дати могућност да купљени садржај избришу са корисничког рачунара, уколико уоче било какве неправилности у његовом коришћењу. Јасно је да би то био флагрантан пример нарушавања приватности корисника. Већина програма још увек садржи разне „рупе“ и „багове“ и тешко је поверовати да би програм направљен у ову сврху радио беспрекорно. Увек би постојала могућност да, уместо да учини оно за што је намењен, избрише са корисничког рачунара неки сасвим други програм, који потенцијално може бити неопходан за рад рачунара. Оваква технологија која омогућава да подаци буду прочитани само на одређеном уређају могла би учинити немогућим поново добијање истих у будућности.<sup>10</sup>

### III Дигитални водени жиг

Дигитални водени жигови користе се за различите врсте означавања дигиталних докумената, као нпр. „дигитални потпис“, отисци прстију, аутентификација, контрола копирања (умножавања) или тајна комуникација.

Брзим развојем умрежених рачунара и интернета, друштвено-економске прилике се стално мењају и стварају се нови послови у различитим областима, а нарочити у области електронског пословања и интелектуалног стваралаштва. Документи који су некада били у папирном облику у архивама, сада се налазе у дигиталном облику на рачунарима. Дигитална технологија је постала увелико популарна и проширила се на све врсте аналогних података: аудио, видео, фотографије и сл. Претварањем аналогних података настају дигитални мултимедијски документи, који се све више дистрибуирају на интернету.

Криптовањем (шифровањем) података омогућена је тајност података приликом дистрибуције путем јавног канала, односно онлајн трансфера. Али, поставља се питање како заштитити оригинал који је дешифрован и информације које су лако читљиве? На ово питање одговор даје дигитални водени жиг.

10 Због тога, не каже се без разлога да би, чак и будућим историчарима, *DRM* систем могао представљати баријеру.

Заштита података коришћењем система дигиталног воденог жига, заснива се на идеји скривања података (информације) у оригиналном документу, било да је реч о фотографији или којем другом мултимедијском документу. Начини скривања информације у документу су дигитални потпис (енгл. *digital signature*), право имена (енгл. *copyright label*), дигитални жиг (енгл. *digital watermark*). Смештањем такве информације у оригинал, овај постаје интелектуална својина лица које је унело податак.

Дигитални водени жигови су ново подручје у информатичкој науци, криптографији, дигиталној обради сигнала и комуникацијама. Сврха постојања тог новог подручја је омогућавање заштите мултимедијских докумената у смислу ауторског права, које већ постојеће технологије не решавају на задовољавајући начин.

Поступак дигиталног означавања или *Digital Watermarking* темељи се на уметању податка, воденог жига (енгл. *watermark*), у оригинални документ за сврху поновне детекције. Документ који се означава може бити различитог садржаја. То може бити било која врста информације, мултимедијски документ, видео, слика, звук, текст, и сл. Док жиг може садржавати било коју информацију, идентификацију купца, продавца или нешто друго.

Алгоритам или шема која описује поступак означавања докумената дигиталним жигом састоји се од три дела:

- *водени жиџ*;
- *кодер* – алгоритам коришћен за уметање жига;
- *декодер и комџаратџор* – алгоритам који служи за вађење жига и верификацију.

Сваки корисник има само један жиг који га на јединствен начин идентификује. Жиг се може уметати у било који документ помоћу алгоритма кодирања. С друге стране, алгоритмом декодирања вади се жиг из означеног документа и једнозначно се одређује власник и интегритет документа.

Дигитални водени жиг (енгл. *watermark*) је неупадљиви елемент који је у електронски садржај уграђен током његове производње или дистрибуције. Могуће су различите примене ове технологије, између осталог за:

- означавање власника ауторских права;
- означавање дистрибутера;
- означавање дистрибутивног ланца; и
- идентификовање купца.

Веома је важно истаћи да дигитални жигови нису потпуни *DRM* системи. Они не штите садржаје непосредно, већ се користе као елемент таквих система приликом прикупљања доказа у судским процесима везаним уз дигитално управљање правима.<sup>11</sup>

#### IV *Trusted computing*

*Trusted computing* представља нову технологију коју промовишу велике *IT* компаније, која би требало да повећа безбедност рачунара и њихових корисника. Ова идеја требало би да у великој мери промени концепт функционисања савремених рачунара, јер би произвођачи имали већу контролу над корисницима и хардвером. Корисници на овај начин губе контролу над рачунаром (нпр. проток и складиштење података), као и анонимност на мрежи, јер ће бити могуће лоцирати и установити сваки потез корисника.<sup>12</sup>

Намера *trusted Computing*-а је да реши неке од данашњих проблема сигурности, кроз промене *hardwera* личних рачунара. Остваривање циљева *trusted computing*-а имају и високу цену за сигурност: Они дају сигурност корисницима, али с друге стране дају трећој страни моћ да намеће своју политику корисницима. Крилатица „рачунари против корисника“ – могла би се реално остварити ако препустимо део контроле над *PC*-ом неком другом. То је појава која би се могла злоупотребити, тако да аутори софтвера угуше конкурентски софтвер. Али, то не мора нужно бити тако: промена планова *trusted computing*-а би могла сачувати добре стране сигурности рачунара, а да притом воља *PC* корисника не мора увек подлегати ономе ко је инсталирао софтвер у његов *PC*.

Постоји раширено мишљење, да је *PC* сигурност у јако лошем стању и да се нешто мора учинити да се то поправи. Постоје много обећавајућих приступа да се поправи тренутно стање сигурности, нпр. редизајнирање операцијског система, промена методологија програмирања или промена *PC* хардвера. Најважнији модел ове технике састоји се у редизајнирању *PC* хардвера у корист сигурности.

Добро је познато да ће свеобухватна одбрана, против сигурносних претњи укључивати неколико приступа, а не само један. Несигуран систем не може само тако постати сигуран да се дода само један део технологије.

Промена дизајна *PC* хардвера је само једно корисно оруђе између многих за побољшање сигурности. Док промене хардвера нису преду-

11 На пример, дигиталним воденим жиговима означене су *iTunes* песме чије копирање није онемогућено.

12 *Richard Stallman* је у својој критици оваквог концепта поменуо да адекватно име за ову технологију *Treacherous computing*.

слови за повећање сигурности, оне су без сумње корисне – нпр. начин за сигурно чување приватних кључева (а тиме личних докумената које штите ти кључеви). Једна породица пројеката за повећање сигурности РС-у је путем промене хардвера, позната као *trusted computing*. Тај термин обухвата скуп произвођача хардвера (процесора, састављача рачунала...) и софтвера, уз њих се вежу два већа пројекта.

Први од њих је операцијски систем *Microsoft*-а – званично назван *Paladium*. Сада се референцира као *Microsoft Next-Generation Secure Computing Base* или *NGSCB*. *NGSCB* пројект специфицира промене софтвера које би користиле предности, омогућене планираним новим РС дизајном.

Други пројект су нове спецификације хардвера које промовише конзорцијум прво названа *Trusted Computing Platform Alliance* или *TCPA*. *TCPA* је издао неколико докумената спецификација и тада променио име у *trusted computing group* или *TCG*. Међусобно су та два пројекта створила низ нових збуњујућих терминологија, укључујући обавезну карту нових акронима (скраћеница). У неколико случајева је један пројект измислио много различитих имена за један концепт, иако је већ други пројект имао потпуно другу терминологију за исту ствар. Потпуни речник за та два пројекта би био поприлично велики. Због једноставности овде ћемо рећи да се захтеви *NGSCB*-а претварају у појмове дизајна специфициране од *TCG*-а. *Microsoft* је члан *TCG*-а и изразио је интерес за коришћење *TCG* дизајна у улози хардвер компоненти потребних за *NGSCB*. Неки *OEM*-и (*original computer manufactur*) су почели интегрисати прве *TCG* чипове на своје матичне плоче: у будућности би могло више фирми које састављају рачунаре, укључити у своје конфигурације напредније верзије *trusted computing* чипова. *NGSCB* софтвер би могла бити једна од апликација која би могла извући корист од тих чипова. Засад су још оба пројекта засебна, али се назире да ће постојати јединствена *trusted computing* архитектура.

Подршка великих компанија технологији као што је *trusted computing* не чуди, јер ће боља контрола довести до још већег прихода истих, без обзира на ограничавање слободе корисника. На срећу свих, прва предиздања *GPL* лиценце верзије 3 доносе заштиту слободног софтвера од будућих система контроле и ограничавања слободе.

## V Закључак

Нема никакве сумње да дигитална технологија и њено окружење захтевају креирање и имплементирање нових система контроле употребе и заштите интелектуалних творевина. У том смислу појављују

се системи дигиталног управљања ауторским правима – *DRM* системи. Они омогућују продавцима и власницима производа, односно носиоцима права да на електронски начин контролишу употребу садржаја и ограниче његову употребу само на одређене, односно овлашћене кориснике. У прошлости, док су сви садржаји били тзв. „аналогне“ природе није било потребе за *DRM* технологијом било које врсте. Кориснику је било једноставније (а често и јефтиније) купити нови примерак неког садржаја (била то књига, филм, аудио-касета) него посегнути за копирањем истог. Исто тако, копија оригиналног садржаја често би била незадовољавајућег квалитета.

У данашње време са појавом дигиталних технологија ове препреке су нестале и копирање је постало изузетно једноставно. Јасно је да се појавила потреба за заштитом права власника. Тако су се почеле развијати разне верзије *DRM* система. Иако креиране са добрим намерама и циљевима, чини се да ни једна од њих није наишла на позитивније одобравање, осим од стране власника права. Кључни проблем својеврсног скептицизма па чак и анимозитета према *DRM* система, од стране одређених субјеката, је у томе што не постоји апсолутни начин заштите који на неки начин не би задирао или у приватност корисника, или у његова права. Пракса је показала да заштита права једног лица узрокује задирање у права другог, али и ограничавање коришћења легално купљеног садржаја корисника, који га жели искоришћавати у потпуности. На овоме проблему раде многи стручњаци различитих профила, пре свега они које занима како заштитити своја права, али и правници, информатичари и многи други. Надајмо се да ће једнога дана и овај проблем бити решен, иако вероватноћа да ће се то у потпуности догодити није претерано велика. У сваком случају време ће потврдити или негирати исправност појединих мишљења и концепата.

**Vidoje SPASIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the University of Niš, Faculty of Law**

## DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT

### Summary

*Digital technology leads to essential changes in certain aspects of the copyright and related rights. The new environment, well-known as the network environment necessarily requires new ways of protecting intellectual property*

*creators and their rights that arise from unauthorized use of their creations. In response to new problems, various different cryptographic techniques and digital rights management systems have appear. This system is based on the use of digital technology with a focus on protecting the copyrighted content from the technology itself. Generally, "Digital Rights Management" is a general term for set of technologies that gives rights to holders to control usage of digital content by users, or audience (the public). However, the most important techniques of digital rights management, up to now, are the digital watermark and trusted computing.*

**Key words:** *digital works, rights management, digital protection.*

др Душан ПОПОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ЖИГОМ ЗАШТИЋЕНЕ ОЗНАКЕ, КЉУЧНЕ РЕЧИ И ОГЛАШАВАЊЕ НА ИНТЕРНЕТУ\*

### Резиме

Сајтови за претраживање интернета поред услуге изв. природној претраживања интернета данас нуде и услугу изв. комерцијалној претраживања интернета. Када корисник интернета унесе одређену кључну реч у поље за претраживање, то ће активирајући приказивање интернета ојласа у резултатима комерцијалној претраживања. Реч је заправо о специфичној услузи олашавања на интернету, где се ојлас приказује у виду резултата претраге. Олашивач, међутим, за кључну реч може одабрајући ознаку која је истовремена или слична ознаци коју је жиом заштитио његов конкурент, или ознаку која је истовремена или слична чувеној ознаци трећеј лица. У таквим ситуацијама, тишулари жија покрећали су спорове збој наводне овореде жија, како против пружалаца услуге контекстуалној олашавања, тако и против самих олашивача. Док су амерички судови углавном заузели став да је дошло до неовлашћеној коришћења жиом заштитићене ознаке, Суд правде Европске уније имао је значајно рестриктивнији приступ по коме пружаоци услуге олашавања уз помоћ кључних речи по правилу не чине овореду жија, док корисници услуге моју одговарајући за овореду само из разлога овозаних са садржином ојласа. Поред критичкој осврћу на досадашње пресуде у споровима збој овореде жија, у раду се овај проблем осматра и у контексту правила о сузбијању нелојалне конкуренције.

\* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

**Кључне речи:** жиї, кључне речи, инїернетї, инїелектїуална своїна, нелојална конкуренција, конїекстїуално рекламирање.

## I Уводна разматрања

Развој права интелектуалне својине одувек је био повезан са развојем технологије. Појава различитих техничких уређаја – апарата за фотокопирање, радија, телевизије, сателитског емитовања, најзад и интернета, често је доводила до измена постојећих прописа из области интелектуалне својине како би се уредили новонастали односи. Понекад је било довољно проширити примену постојећих правила на радње произашле из примене нових технологија. Један такав случај биће предмет овог рада: коришћење жигом заштићених ознака као кључних речи на интернет претраживачима које служе за активирање интернет огласа.<sup>1</sup> Данас, наиме, готово свако коришћење интернета подразумева коришћење услуге претраживања интернета. По правилу, корисници интернета не знају тачну адресу сајта који желе посетити, те најпре посете сајт који пружа услугу интернет претраживања. Најпосећенији такав сајт је Гугл (*Google*), који је за многе кориснике „капија интернета“. Када корисник интернета унесе одређену реч у поље за претраживање, Гугл претражи интернет сајтове и објави резултате. Претрагом се анализирају речи које се користе на веб-страницама, као и појмови које су власници сајтова одабрали као оне који најприближније осликавају садржину сајта (енгл. *tag*).<sup>2</sup> Такви резултати најчешће се означавају као тзв. природни резултати претраге, насупрот тзв. комерцијалним резултатима претраге. Наиме, поред „природног“ претраживања интернета, Гугл објављује и линкове за сајтове који су у вези са речју која је покренула претраживање. Услугу комерцијалне претраге Гугл нуди под називом *AdWords*. Назив услуге већ открива понешто о њеној суштини – „огласне речи“ (енгл. *ad* – оглас; *word* – реч).<sup>3</sup> Услуга се заправо састоји у објављивању линка за одређени

1 Појам ознаке ће се у овом раду користити само у вези са текстуалним ознакама, тако да њиме неће бити обухваћени звукови, слике, тродимензионални облици, као и њихове комбинације.

2 Да будемо сасвим прецизни, претраживање на основу кључних речи које су сами власници сајтова одабрали (енгл. *tags*) је данас углавном напуштено, због бројних злоупотреба. Наиме, власници сајтова су намерно бирали „популарне“ кључне речи које нужно нису биле у вези са садржином сајта. На тај начин су добијани нетачни резултати. Данас се пружаоци услуге тзв. природног интернет претраживања ослањају на претраживање свих записа на веб-страницама.

3 Поред Гугла, постоје и други пружаоци ове услуге, нпр. *Yahoo! Search Marketing* или *Microsoft adCenter*.



сајт у резултатима комерцијалне претраге сваки пут када корисник у тзв. природној претрази унесе одређену реч. Гугл, дакле, повезује коришћење одређене речи у природној претрази са појављивањем одређеног линка, тј. огласа у резултатима комерцијалне претраге. На пример, уколико у претраживач унесете реч „ауди“, у резултатима тзв. природне претраге на првом месту или при самом врху требало би да буде приказан линк за званични сајт истоименог произвођача аутомобила. На такав резултат не морате наићи и у резултатима тзв. комерцијалне претраге, који се на екрану приказују десно од резултата природне претраге или изнад њих. Резултат комерцијалне претраге зависиће од тога ко је од оглашивача одабрао истоветну реч, синтагму или реченицу, коју је корисник задао у природној претрази, за активирање његовог огласа. Уколико је поминути произвођач аутомобила одабрао реч „ауди“, линк за званични сајт овог произвођача појавиће се и међу резултатима комерцијалне претраге. Најчешће се, међутим, дешава да управо конкурент одабере ознаку истоветну жигом заштићеној ознаци свога такмаца.<sup>4</sup> То може „скренути“ кориснике интернета ка сајту конкурента, а самим тим и ка његовим производима односно услугама.

Гуглов пословни модел за услугу *AdWords* је заиста иновативан. Заинтересовано лице закључује уговор са Гуглом и плаћа најпре само иницијалне трошкове. Лице бира кључне речи чије коришћење у тзв. природној претрази ће иницирати појављивање линка за његов сајт у резултатима комерцијалне претраге. Број речи које се на овај начин резервишу није ограничен. Гугл чак и нуди помоћ клијентима у одабиру кључних речи и то на два начина. Најпре, Гугл пружа могућност заинтересованом лицу да предложи кључну реч коју жели да повеже са својим огласом, а затим му предлаже низ сличних, релевантних кључних речи. С друге стране, Гугл омогућава заинтересованом лицу могућност да предложи сајт који жели да рекламира у резултатима комерцијалне претраге, чија садржина ће потом посебним рачунарским програмом бити претражена, те кључне речи предложене на основу анализе садржине тог сајта. Пошто се кључне речи одаберу, а иницијални трошкови плате, Гугл започиње са објављивањем огласа. Сваки пут када се нека од одабраних кључних речи зада у тзв. природној претрази, линк за сајт корисника Гуглове услуге појавиће се у резултатима комерцијалне претраге. Сам линк праћен је кратком рекламном поруком. Резултати комерцијалне претраге представљају заправо скуп огласа приказаних у форми резултата ин-

4 Жиг је субјективно право којим се штити ознака која служи за обележавање робе или услуга одређеног произвођача односно пружаоца услуга. Предмет жига је ознака. У свакодневном говору, па чак и од стране неких правника, термин „жиг“ користи се двоструко – и да означи субјективно право и да означи предмет тог права. У овом раду неће бити таквог поистовећивања.

тернет претраживања. Реч је о виду тзв. контекстуалног рекламирања, јер се кориснику приказују огласи који одговарају његовим идентификованим интересовањима. Сваки пут када неко од корисника интернета посети сајт корисника Гуглове услуге, користећи линк објављен у резултатима комерцијалне претраге, власник сајта платиће Гуглу извесну накнаду.<sup>5</sup> Само објављивање огласа односно појављивање линка у резултатима комерцијалне претраге се не наплаћује, већ се то чини само када неки корисник интернета искористи објављени резултат да посети предложени сајт.<sup>6</sup>

Радње оглашивача и пружалаца услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге се могу анализирати како применом правила жиговног права (II), тако и применом правила о сузбијању нелојалне конкуренције (III).

## II Примена правила жиговног права

Коришћење жигом заштићених ознака за активирање огласа (конкурената) наишло је на отпор титулара жига. Покренути су бројни спорови због наводне повреде жига коришћењем заштићене ознаке у комерцијалне сврхе. Судови су, дакле, морали да се одреде између ширег и ужег тумачења радње коришћења жига. Као што ћемо се уверити, судска пракса је, за сада, неуједначена, како између европских и америчких судова, тако и унутар исте државе.

### 1. Повреда жига у праву САД: екстензивни приступ

Жиговно право САД уређено је на федералном нивоу Ланхамовим законом (енгл. *Lanham Act*) у коме је жигом заштићена озна-

5 За одређивање висине накнаде коју оглашивач дугује, Гугл примењује *cost-per-click* модел. Оглашивач најпре одређује износ који је спреман да плати Гуглу сваки пут када неки корисник интернета користи линк ка његовом сајту. Оглашивач такође одређује максимални дневни односно месечни износ новца који може да потроши на плаћање ове услуге. Гугл затим применом неколико критеријума одређује позицију огласа у резултатима комерцијалне претраге. Критеријуми које Гугл примењује су: висина износа који оглашивач плаћа Гуглу за сваку посету сајту; садржина огласа; количник броја посета сајту оглашивача коришћењем линка из огласа и броја приказивања огласа у резултатима комерцијалне претраге (енгл. *clickthrough rate*). Захваљујући трећем критеријуму који примењује при одређивању позиције огласа у резултатима комерцијалне претраге, Гугл пружа релативно уједначен приступ овој услузи свим заинтересованим лицима, не дајући искључиво предност оглашивачима који плаћају највише. Наиме, што је оглас посећенији односно што је више корисника преко објављеног линка посетило сајт оглашивача, то су шансе да оглас буде боље (више) позициониран у резултатима комерцијалне претраге веће.

6 Више о овој услузи: <http://adwords.google.com>.

ка дефинисана као реч, скуп речи или симбол који се користи за обележавање производа одређеног произвођача или продавца и за њихово разликовање од других производа.<sup>7</sup> Како би се утврдила повреда жига, потребно је доказати да је тужени користио жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе, у вези са продајом, нуђењем на продају, дистрибуцијом или оглашавањем робе или услуга. Такође се мора доказати да постоји могућност изазивања забуне.

У време које је претходило појави интернета, амерички судови углавном су уско тумачили појам коришћења жигом заштићене ознаке, везујући га искључиво за такво коришћење жигом заштићене ознаке које код потенцијалног купца ствара забуну у погледу порекла робе односно услуге, у ситуацији када је потенцијални купац суочен са две сличне ознаке које упућују на исто порекло, иако означена роба односно услуга заправо имају различито порекло. Из напред наведеног може се закључити да се појам коришћења повезивао са могућношћу стварања забуне у погледу порекла робе односно услуге, тако да коришћења не би било у случају да се неко лице не служи жигом заштићеном ознаком на начин који би код потенцијалног купца створио забуну у погледу порекла робе односно услуга.<sup>8</sup> Међутим, појавом интернета, амерички судови почели су да екстензивно тумаче појам коришћења жигом заштићене ознаке, како би могли да утврде повреду у ситуацијама које су подразумевале нове облике служења жигом заштићеним ознакама на интернету од стране лица која нису титулари тих жигова. Тако су у споровима који су се водили због сајберсквотинга, тј. регистравања назива интернет домена који је истоветан или битно сличан предмету туђег жига у циљу касније препродаје, судови, по правилу, сматрали да је коришћење жигом заштићене ознаке доказано, иако тужени није користио спорну ознаку за обележавање своје робе односно услуга. За доказивање коришћења жигом заштићене ознаке судовима је била довољна чињеница да је тужени регистрацију назива домена извршио у комерцијалне сврхе, покушавајући да оствари што већу добит од преноса назива домена на титуларе жига чији предмет чини истоветна ознака.<sup>9</sup>

7 15 U.S.C. §§ 1051 *et seq.*

8 Више о појму коришћења жигом заштићене ознаке у америчком праву: Graeme B. Dinwoodie, Mark D. Janis, „Confusion Over Use: Contextualism in Trademark Law“, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, бр. 7-24, 2007; Jennifer E. Rothman, „Initial Interest Confusion: Standing at the Crossroads of Trademark Law“, *Cardozo Law Review*, vol. 27, 2005, стр. 105. Више о споровима у вези са коришћењем кључних речи на интернету у САД: Regina Nelson Eng, „The Purchase and Sale of Trademarks as AdWords“, *Albany Law Journal of Science and Technology*, vol. 18, 2008, стр. 493-541; Lauren Troxclair, „Search Engines and Internet Advertisers: Just One Click Away from Trademark Infringement?“, *Washington and Lee Law Review*, 2005, стр. 1365-1407.

9 Више о сајберсквотингу: Душан Поповић, *Les noms de domaine et le droit de propriété intellectuelle / Имена Инјернетј домена и право инјелекјјуалне својине*, 1. издање, Београд, 2005, стр. 39-47.

Осим у случајевима сајберсквотинга, ширем тумачењу појма коришћења жигом заштићене ознаке прибегавано је и у споровима који су се водили због истоветности појмова које власници сајтова бирају за обележавање својих сајтова (енгл. *tags*) са жигом заштићеним ознакама. Ови појмови немају посебан значај за „обичне“ кориснике интернета, али олакшавају комуникацију међу рачунарима и омогућавају претраживање интернета. Током деведесетих година, пружаоци услуге тзв. природног претраживања интернета у великој мери су се ослањали на ове појмове, одабране од стране власника сајтова, приликом претраживања многобројних веб-страница. Убрзо се, међутим, показало да све већи број власника сајтова намерно бира „популарне“ појмове који не одликавају садржину сајта, што је доводило до нетачних резултата претраживања. Пружаоци услуге интернет претраживања су због тога осмислили друге начине претраживања, ослањајући се све више на анализирање свих записа на веб-страници. Међутим, и поред тога што ови појмови немају значај који су некада имали за тзв. природно претраживање интернета, и данас има спорова које покрећу титулари жига због неовлашћеног коришћења жигом заштићене ознаке од стране власника сајтова. На пример, у предмету *Tdata Inc. v. Aircraft Technical Publishers*<sup>10</sup> суд је закључио да се тужени неовлашћено служио жигом заштићеном ознаком, што сведочи о његовој несавесности. Суд је радње туженог окарактерисао као коришћење жигом заштићене ознаке и поред тога што појмови које власник сајта бира да „представљају“ његов сајт нису видљиви корисницима. Суд је сматрао да „иницијална“ забуна, а самим тим и коришћење, постоји, иако потрошачи накнадно могу схватити да је дошло до забуне.

Најзад, појава контекстуалног рекламирања довела је до спорова покренутих због коришћења жигом заштићених ознака за активирање огласа у резултатима тзв. комерцијалне претраге, у којима су амерички судови у већини случајева прибегавали екстензивном тумачењу појма коришћења жигом заштићене ознаке. Иако је већина тих спорова окончана вансудским поравнањем, они нам ипак могу пружити неке смернице, јер су судови имали прилике да се изјасне о томе да ли је у конкретном случају било коришћења жигом заштићене ознаке. Први у низу спорова пред америчким судовима вођених због коришћења жигом заштићених ознака за активирање огласа на интернету био је спор између једног америчког произвођача тапета и Гугла. У спору *Google v. ABWF*, калифорнијски суд утврдио је да је Гугл непосредно повредио жиг, дозвољавајући да истоветна ознака буде коришћена за активирање огласа у резултатима тзв. комерцијалне претраге на свом сајту за интернет претраживање.<sup>11</sup> Суд се на више места позивао на пресуду у

10 2006 WL 181991 (S.D. Ohio 23.1.2006).

11 No. C 03-05340 JF, 2005 U.S. Dist. LEXIS 6228, 23 (N.D. Cal. 30.3.2005).

предмету *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.* у коме је утврђено да је Нетскејп, некада доминантни програм за коришћење интернета, повредио туђи жиг тако што је пружао услугу која је повезивала коришћење ознака истоветних жигом заштићеним ознакама са активирањем интернет огласа.<sup>12</sup> Међутим, услуга коју је својевремено пружао Нетскејп и услуга коју пружа Гугл нису сасвим једнаке. Услуга коју је пружао Нетскејп је подразумевала активирање огласа у оквиру интернет странице која је садржавала резултате претраге, али је сам оглас најчешће био означен само речима „кликни ме“, те је обичан корисник интернета могао бити доведен у заблуду у погледу порекла огласа, тј. његове везе са резултатима претраживања. Уколико би корисник поступио онако како му је огласом сугерисано, интернет страница са резултатима претраге била би аутоматски замењена страницом оглашивача. Иако је Гугл у своју одбрану истицао чињеницу да су огласи који се појављују у резултатима његове услуге комерцијалног претраживања јасно означени, тј. да је оглашивача могуће одмах идентификовати, па нема могућности стварања забуне, суд је сматрао да су околности случаја у довољној мери сличне онима из предмета *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*, те је закључио да је Гугл неовлашћено користио туђу жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе. Спор је окончан вансудским поравнањем.

У предмету *GEICO v. Google* суд је такође утврдио да је Гугл, пружајући услугу контекстуалног рекламирања, користио жигом заштићену ознаку у комерцијалне сврхе.<sup>13</sup> Суд је извршио поређење са предметима у којима су титулари жига тужили привредно друштво *WhenU* због начина на који је функционисао његов производ – рачунарски програм *SaveNow*.<sup>14</sup> Наиме, овај програм активирао је интернет огласе у посебним „прозорима“ (енгл. *pop-up ads*) на основу речи које је корисник интернета уносио у програм за претраживање интернета. Овај програм такође је користио жигом заштићене ознаке за активирање огласа, али, како је истакао суд, приликом продаје огласног простора оглашивач није могао да бира ознаке које ће активирати његов оглас, већ је то програм касније чинио аутоматски, анализирајући садржину огласа. Ознаке и огласи су били класификовани у одређене категорије, а

12 354 F.3d 1020 (9<sup>th</sup> Cir. 2004).

13 330 F. Supp. 2d 700 (E.D. Va. 2004). Спор је окончан вансудским поравнањем, тако да суд није био у прилици да се изјашњава о евентуалној повреди жигом заштићене ознаке. Ипак, индикативно је да суд јесте утврдио да радње које је Гугл предузео представљају коришћење жигом заштићене ознаке.

14 Реч је о три предмета: *U-Haul Int'l, Inc. v. WhenU.Com, Inc.*, 279 F. Supp. 2d 723, 727 (E.D. Va. 2003); *Wells Fargo & Co. v. WhenU.Com, Inc.*, 293 F. Supp. 2d 734, 762 (E.D. Mich. 2003); *1-800-Contacts, Inc. v. WhenU.Com, Inc.*, 414 F. 3d 400, 404 (2d Cir. 2005).

оглас се аутоматски активирао када дође до поклапања категорије робе односно услуга којој припадају оглас и ознака. Суд је утврдио да је Гуглов пословни модел значајно другачији, јер се заснива на одабиру ознака од стране оглашивача, најчешће на предлог самог Гугла. Због тога су радње Гугла окарактерисане као коришћење жигом заштићене ознаке у комерцијалне сврхе.

Тренд екстензивног тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке од стране америчких судова прекинут је одлуком у предмету *Rescuecom Corp. v. Google*.<sup>15</sup> Спор је покренут због Гуглове услуге објављивања огласа у тзв. комерцијалним резултатима претраге, али је суд, супротно дотадашњој пракси, закључио да „интерна употреба“ жигом заштићене ознаке за активирање интернет огласа не потпада под појам коришћења у смислу жиговног права. Суд је истакао да се постојање радње коришћења жигом заштићене ознаке мора доказивати независно од доказивања могућности наступања забуне, те доказивања да је коришћење жигом заштићене ознаке извршено у комерцијалне сврхе. Посматрајући ова три елемента одвојено (коришћење, комерцијална намена, могућност забуне), суд је закључио да се радње које Гугл предузима пружајући услугу *AdWords* не могу сматрати коришћењем жигом заштићених ознака, пошто није било коришћења спорног знака за обележавање робе или услуга како би се приказало да оне потичу од другог лица. Поврх тога, суд је истакао да објављивање огласа у комерцијалним резултатима претраге ни на који начин не утиче на доступност корисницима резултата тзв. природне претраге, не мења те резултате, нити одвраћа кориснике од претраживања сајтова на које упућују „природни“ резултати. Међутим, другостепени суд<sup>16</sup> је заузео супротан став, притом се позивајући на пресуду у предмету *1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com, Inc.* Другостепени суд је, наиме, окарактерисао радње које је Гугл предузео као коришћење жигом заштићене ознаке у комерцијалне сврхе, притом истичући Гуглову активну улогу у одабиру кључних речи које ће служити за активирање интернет огласа, насупрот већ описаног механизма који је користило привредно друштво *WhenU*. Суд је одбацио аргумент Гугла да укључивање жигом заштићених ознака у интерни директоријум који користи рачунарски програм не представља коришћење жигом заштићене ознаке. У пресуди је истакнуто да би у супротном пружаоци ове услуге могли да користе жигом заштићене ознаке на начин који би доводио потрошаче у заблуду, што није у складу ни са језичким ни са телеолошким тумачењем Ланхамовог закона. Другостепени суд је закључио да Гугл чак и подстиче клијенте на коришћење жигом заштићених ознака сугеришући им

15 No. J:04-CV-1055 (NAM/GHL), 2006 U.S. Dist. LEXIS 70409, 16 (N.D.N.Y. 28.9.2006).

16 562 F.3d 123 (2d Cir. 3.4.2009).

„прикладне“ кључне речи путем програма *Keyword Suggestion Tool*. Овом пресудом другостепени суд приклонио се данас преовлађујућем екстензивном тумачењу појма коришћења жигом заштићене ознаке у америчком праву.

## 2. Повреда жига у праву ЕУ: рестриктивни приступ

У марту 2010. године, највиши суд Европске уније – Суд правде ЕУ донео је дуго очекивану одлуку поводом дозвољености коришћења ознака истоветних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа у комерцијалним резултатима Гуглове интернет претраге.<sup>17</sup> Реч је, заправо, о одлуци донетој у поступку решавања претходног питања које је Суду правде поставио Касациони суд Републике Француске, познатој као предмет *LVMH*.<sup>18</sup> Суд ипак није могао да се изјасни о свим спорним аспектима ове Гуглове услуге, јер је био ограничен питањима које му је поставио француски суд. У овом предмету постојала је тзв. двострука истоветност – кључна реч и жигом заштићена ознака биле су истоветне, као и категорија робе у вези са којима се ознаке користе. Најкраће речено, Суд правде сматра да Гугл, пружајући услугу *AdWords*, не чини повреду туђег жига, као што ни радње корисника ове услуге – оглашивача који бирају кључне речи истоветне предмету туђег жига за активирање својих огласа – не представљају повреду жига *per se*.

Суд правде је најпре закључио да на основу чл. 5, ст. 1, под а) Директиве о хармонизацији жиговног права<sup>19</sup> и чл. 9, ст. 1, под а) Уредбе о комунитарном жигу<sup>20</sup> титулар жига може забранити оглашивачу да користи без његове сагласности ознаку која чини предмет његовог жига као кључну реч у вези са оглашавањем на интернет претраживачима своје робе или својих услуга које су *истиовейне* онима за које је титуларов жиг регистрован, у случају да оглас активиран кључном речју не омогућава просечном кориснику интернета да утврди да ли рекламирана роба односно услуге потичу од титулара жига или од лица које је

17 Суд правде ЕУ, спојени предмети бр. C-236/08, C-237/08 и C-238/08, *Google France SARL v. Louis Vuitton Malletier SA*.

18 Иако оснивачким уговорима ЕУ није прописано каква су дејства прелиминарних одлука Суда правде, опште је прихваћено да су оне обавезујуће за националне судове, посебно када је пресудом, односно мишљењем, Суд правде одлучивао о правној ваљаности националног правног акта. Исто важи када је у питању тумачење, јер је национални суд везан тим тумачењем, тј. интерпретативни став Суда правде делује као правноснажно решење претходног питања. Детаљније код: Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд правде*, 1. издање, Београд, 2006, стр. 62-71.

19 Прва директива Савета бр. 89/104/ЕЕС од 21. децембра 1988. године о хармонизацији жиговног права држава чланица.

20 Уредба Савета бр. 40/94 од 20. децембра 1993. године о комунитарном жигу.

са њим повезано, или то омогућава само у ограниченој мери. Суд је, дакле, утврдио да у случају истоветности роба односно услуга и у случају немогућности утврђивања или отежаног утврђивања правог порекла робе односно услуга, титулар жига може да се супротстави таквом коришћењу ознаке која чини предмет његовог жига. Овакав закључак суда је сасвим очекиван, јер представља заштиту основне функције жигом заштићене ознаке – обележавање порекла робе или услуга.<sup>21</sup> Чињеница да је жигом заштићена ознака употребљена на интернету, а не у „физичком свету“, правно је ирелевантна. Треба, међутим, истаћи да суд овде не заузима став у односу на радње пружаоца услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге, већ у односу на радње самог оглашивача, пошто је оглашивач аутор рекламне поруке. Пошто у описаној ситуацији заправо нема коришћења жигом заштићене ознаке за обележавање робе односно услуга већ се она користи у вези са робом односно услугама,<sup>22</sup> суд повезује радњу коришћења жигом заштићене ознаке као кључне речи са садржином огласа, те закључује да је титулар жига овлашћен да се супротстави таквом коришћењу заштићене ознаке само: (1) када се огласом сугерише да постоји економска веза између оглашивача и титулара жига; (2) када, иако се не сугерише постојање економске везе између оглашивача и титулара жига, садржина огласа је нејасна у мери да просечно пажљиви корисник интернета не може утврдити, на основу линка и рекламне поруке, да оглашивач није повезан са титуларом жига. Према томе, да би се утврдило да ли је дошло до повреде жига коришћењем жигом заштићене ознаке као кључне речи, треба анализирати садржину огласа који се активира уношењем спорне кључне речи у интернет претраживач. Гугл, иначе, одраније омогућава титуларима жига да забране коришћење заштићених ознака у огласима трећих лица.<sup>23</sup> Уколико оглас, на пример, садржи поруку којом се потрошач позива да упореди производе једног произвођача са конкурентским производима, а у самом огласу се при том користи жигом заштићена ознака, титулар жига може тражити од Гугла да оглас блокира.<sup>24</sup>

21 Функција указивања на порекло робе или услуге је једина функција ознаке која је заштићена на основу жиговног права. Уколико једно лице обележава и пушта у промет своју робу обележену знаком која је заштићена туђим жигом, онда оно врши повреду жига. Због тога је ова функција ознаке истовремено и функција жига. Тако: Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, 1. издање, Сарајево, 2007, стр. 145.

22 Занимљиво је да се формулацијом „коришћење ознаке у вези са робом односно услугама“ Суд правде ЕУ приближава америчком жиговном праву које познаје „коришћење ознаке у комерцијалне сврхе“.

23 Гугл је усвојио различита интерна правила у вези са коришћењем жигом заштићених ознака у интернет огласима (енгл. *Google Trademark Policy*) за различите државе. Детаљније на сајту: <http://adwords.google.com>

24 На пример: „Упоредите наше хамбургере са Мекдоналдсовим!“



У предмету *LVMH*, суд је заузео став само у односу на ситуацију у којој постоји истоветност ознака и истоветност роба односно услуга које потичу од титулара жига, с једне стране, и оглашивача, с друге стране, пошто је био везан питањем које је поставио француски суд. Због начина на који је питање формулисано, суд није могао да анализира неке друге честе ситуације до којих долази на интернету. На пример, корисници често чине грешке приликом уношења речи у поља за претрагу. Најчешће се приликом куцања погрешује у једном слову. Оглашивач може везати појављивање свог интернет огласа управо за реч која се од жигом заштићене ознаке разликује у једном слову. Иако се Суд правде ограничио само на истоветне ознаке, ваља подсетити да се заштита уобичајено пружа и битно сличним ознакама, уколико постоји могућност наступања забуне код учесника у промету.<sup>25</sup>

Суд је даље разматрао да ли овакво коришћење жигом заштићене ознаке од стране оглашивача може нарушити рекламну функцију ознаке.<sup>26</sup> Суд, наиме, сматра да рекламна функција ознаке неће бити нарушена због чињенице да конкуренти титулара жига користе истоветну ознаку за активирање својих огласа у резултатима комерцијалне претраге, јер се тиме ни на који начин не утиче на резултате тзв. природне претраге. Тврдња суда је засигурно тачна када је реч о сајтовима титулара жигова чији предмет је чувена ознака, али не нужно и за сајтове титулара жигова чији предмет је ознака просечног степена познатости. Тачно је да се линкови за сајтове морају појавити у резултатима тзв. природне претраге, али тврдити да ће они бити високо позиционирани и из тога закључивати да рекламна функција ознаке није ничим нарушена је, понављамо, пука претпоставка. Можемо чак замислити ситуацију у којој титулар жига није присутан на интернету, нема свој веб-сајт. Тада се он једноставно не може појавити у резултатима тзв. природне претраге. Ипак, закључак Суда се може прихватити у погледу чувених ознака, а управо рекламна функција чувених ознака се *нейосредно* штити жиговним правом.

Суд је, потом, закључио да пружалац услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге, где је активирање огласа повезано са коришћењем жигом заштићених ознака, не користи жигом заштићену

25 И када је реч о АДР поступцима вођеним због сајберсквотинга, арбитражна већа пружала су заштиту титуларима жига када се регистровани назив домена од жигом заштићене ознаке разликовао само у нпр. једном слову (грешке у куцању). Наравно, под условом да су испуњени и остали услови, пре свега несавесност регистранта.

26 Рекламна функција ознаке штити се у жиговном праву само посредно, путем заштите функције означавања порекла робе односно услуге. Рекламна функција изузетно може бити непосредно заштићена када је реч о чувеној ознаци. Таква заштита назива се заштитом од разводњавања.

ознаку у смислу чл. 5, ст. 1 и 2 Директиве о хармонизацији жиговног права и чл. 9, ст. 1 Уредбе о комунитарном жигу. Суд сматра да пружалац услуге контекстуалног оглашавања омогућава својим клијентима да користе ознаке које су истоветне или сличне жигом заштићеним ознакама, притом сам не користећи те ознаке. Стварање техничких услова за коришћење ознаке суд, дакле, не изједначава са самим коришћењем ознаке. За разлику од преовлађујућег става америчких судова, Суд правде Европске уније определио се за рестриктивно тумачење појма коришћења жигом заштићене ознаке, изричито искључујући могућност да радње Гугла буду подведене под појам коришћења ознаке. Подсетимо, амерички судови подводили су Гуглове радње под појам коришћења жигом заштићене ознаке у комерцијалне сврхе.

Суд правде је, најзад, тумачећи чл. 14 Директиве о електронској трговини<sup>27</sup> закључио да пружалац услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге није одговоран за карактер похрањеног садржаја, као ни за радње оглашивача, уколико је његова улога била пасивна. То значи да неће бити одговоран онај пружалац услуге који није учествовао у активностима оглашивача, није имао контролу над похрањеним садржајем, није знао за незаконите радње оглашивача односно одмах је уклонио похрањени садржај и онемогућио активности оглашивача чим је сазнао за њихову природу. Сматрамо да радње које предузима Гугл никако не могу бити окарактерисане као пасивне, јер у већини случајева управо Гугл сугерише потенцијалним оглашивачима прикладне кључне речи за које би требало „везати“ појављивање огласа у резултатима комерцијалне претраге. Посебно проблематичном чини нам се ситуација у којој је Гугл предложио оглашивачу да користи као кључну реч ознаку која чини предмет туђег жига, а сам оглас сугерише повезаност између титулара жига и оглашивача. Због тога ће неизбежна последица ове пресуде Суда правде бити појачана контрола пружалаца услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге над садржином огласа, како би се избегли барем евидентни случајеви повреде. Пружаоци услуге оглашавања ће такође морати хитно да реагују у случају да буду упозорени од стране титулара жига на наводне незаконите радње оглашивача. Примена чл. 14 Директиве о електронској трговини у спору из области жиговног права ипак нам се чини изненађујућом, будући да је поменути члан инспирисан одредбама америчког Миленијумског закона о ауторском праву у дигитално доба (енгл. *Digital Millenium Copyright Act*). Ово правило успостављено је да би се искључила одговорност хостинг сајтова и интернет провајдера у случајевима повреде ауторског права и сродних права на интернету. Суд правде ЕУ, пак, овај

27 Директива Европског парламента и Савета бр. 2000/31/ЕС од 8. јуна 2000. године о одређеним правним аспектима услуга информатичког друштва на унутрашњем тржишту, а нарочито електронске трговине.

члан примењује у спору из области жиговног права подводећи пружаоце услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге интернета под ширу категорију пружалаца услуга на интернету. Гугл ће, дакле, на захтев титулара жига бити дужан да уклони спорни оглас. Уколико таквих захтева буде било у великом броју, приход Гугла од услуге *AdWords* драстично ће опасти, те ова „победа“ пред Судом правде неће имати повољне финансијске ефекте, напротив.

Најзад, шта се може закључити из одлуке Суда правде у предмету *LVMH*? Најпре, да пружаоци услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге не користе жигом заштићену ознаку у смислу жиговног права ЕУ, те да могу бити одговорни само уколико су знали за недозвољену природу огласа и/или нису реаговали када их је на повреду упозорио титулар жига. С друге стране, корисници услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге чине повреду жига само уколико оглас не омогућава просечном кориснику интернета да утврди да ли рекламирана роба односно услуге потичу од титулара жига или од лица које је са њим повезано, или то омогућава само у ограниченој мери. Из претходног можемо закључити да Суд правде много уже дефинише појам коришћења жигом заштићене ознаке него што је то случај у америчком праву.

У предмету *LVMH* Суд правде ЕУ није, међутим, имао прилику да подробније анализира постојање евентуалне повреде тзв. проширене функције жигом заштићене ознаке, односно рекламне функције ознаке, пошто је прелиминарни поступак вођен у погледу тзв. двоструке истоветности (истоветност ознака, истоветност врста робе односно услуга). Подсетимо да се у жиговном праву рекламна функција само изузетно штити непосредно и то једино када је реч о чувеним ознакама. Заштитом рекламне функције чувене ознаке напушта се основни концепт жиговног права по коме се заштита пружа ознаци која служи за обележавање робе односно услуга. Логика заштите рекламне функције чувених ознака је другачија, јер се ознака посматра као вредност по себи, те се штити њена јединственост. Истине ради, иза формулације о заштити јединствености чувене ознаке крије се заправо заштита која се пружа средствима које је титулар уложио у ознаку. Заштита рекламне функције чувене ознаке назива се заштитом од разводњавања (енгл. *dilution*). Разводњавање чувене ознаке може се јавити у три основна облика. Први облик се испољава у виду нарушавања реномеа, репутације ознаке (енгл. *tarnishment*), други облик у виду нарушавања дистинктивног карактера ознаке (енгл. *blurring*), док се трећи облик јавља у виду стицања неправичне предности захваљујући ослањању на репутацију или дистинктивност туђе чувене ознаке (енгл. *unfair advantage, free riding*).<sup>28</sup>

28 Поменути трећи облик разводњавања представља специфичност права ЕУ и националних права појединих држава чланица ЕУ. Прописи САД не познају овај облик

Ускоро се очекује да Суд правде ЕУ донесе одлуку у поступку решавања претходног питања у вези са коришћењем жигом заштићених ознака као кључних речи приликом активирања огласа на интернету, у контексту разводњавања чувене ознаке. Реч је о спору између мултинационалне компаније „Интерфлора“ која пружа услуге испоручивања цвећа на кућну адресу и трговинског ланца „Маркс енд Спенсер“.<sup>29</sup> До спора је дошло пошто је „Маркс енд Спенсер“ користио ознаку „интерфлора“ за активирање огласа за своју нову услугу – испоручивање цвећа на кућну адресу. За разлику од предмета *LVMH*, Суд правде ЕУ ће имати прилику да се изјасни и у вези са применом чл. 5, ст. 2 Директиве о хармонизацији жиговног права и чл. 9, ст. 1, под ц) Уредбе о комуни-тарном жигу на спорни облик коришћења чувене ознаке. Подсетимо, овим члановима утврђује се овлашћење титулара жига да се супротстави коришћењу ознаке која је истоветна или слична жигом заштићеној ознаци у вези са робом или услугама које нису сличне онима за које је жигом заштићена ознака регистрована, када се таквим коришћењем извлачи корист из дистинктивног карактера или реномеа ознаке, односно када се наноси штета дистинктивном карактеру или реномеу ознаке. Општи правозаступник<sup>30</sup> је, у већ објављеном мишљењу,<sup>31</sup> закључио да се одредбе ових чланова могу применити и на случај коришћења ознаке истоветне чувеној жигом заштићеној ознаци у вези са истом врстом робе или услуга, што одговара околностима под којима је коришћена ознака „интерфлора“, под условом: а) да се у огласу помиње спорна ознака; и б) да се ознака користи као генерични појам за читаву врсту роба или услуга, или да оглашивач користи моћ привлачења ознаке, њен реноме или престиж као и резултате маркетиншких активности преду-

разводњавања, иако се он признаје неким, додуше малобројним, пресудама. Више о рекламној функцији чувене ознаке: Hector Macqueen, Charlotte Waelde, Graeme Laurie, Abbe Brown, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy*, 2. издање, Оксфорд, 2011, стр. 679–682.

29 Суд правде ЕУ, предмет бр. С–323/09, *Interflora Inc. and Interflora British Unit v. Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Limited*. За разлику од предмета *LVMH*, Гугл овде није страна у спору.

30 Општи правозаступник (енгл. *advocate general*) је члан Суда правде чија дужност је да непристрасно и независно представи своје виђење предмета и препоручи доношење одређене одлуке. Општи правозаступник је независан и у односу на Суд и у односу на стране у поступку. Он не може учествовати у доношењу пресуда, нити сме присуствовати већању и гласању. У свом мишљењу, општи правозаступник даје детаљан приказ чињеница у предмету, поднесака странака, врши анализу правних питања и даје препоруку о томе како предмет треба решити. Више о овом специфичном институту права ЕУ: А. Чавошки, А. Кнежевић-Бојовић, Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 22–25.

31 Мишљење општег правозаступника Јаскинена од 24. марта 2011. године доступно је на сајту Суда правде ЕУ.

зетих у вези са ознаком. С обзиром на чињеницу да се као први услов поставља коришћење ознаке у самом огласу, нема значајних одступања од става који је Суд правде заузео у предмету *LVMH*. Осим у случају да Суд правде не заузме другачији став у односу на мишљење општег правозаступника, пресуда у предмету *Interflora* требало би да прати досадашњу логику Суда – повреда би била могућа једино у случају да се ознака користи у тексту огласа односно у случају да је оглас нејасан у мери да код корисника интернета ствара забуну у погледу постојања економске везе између оглашивача и титулара жига.<sup>32</sup>

### III Примена правила о сузбијању нелојалне конкуренције

Да би постојала повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције, одређено лице мора користити туђе интелектуално добро на начин који није у складу са добрим пословним обичајима. Радње коришћења туђег интелектуалног добра могу се јавити у виду имитације туђег производа, услуге или рекламе, односно у виду коришћења туђе ознаке. Када је реч о имитацији, треба нагласити да право сузбијања нелојалне конкуренције нема за сврху њено спречавање, већ спречавање радњи које представљају повреду добрих пословних обичаја. Имитација, дакле, сама по себи није забрањена, али то постаје када дође до забуне или опасности од забуне у привредном промету, односно када се паразитски искоришћава туђи рад или углед. Паразитско искоришћавање ће наступити када постоји значајни раскорак између количине времена, рада, новца који је у свој производ или услугу уложио „изворни“ привредни субјект, од оног који је уложио имитатор. Поред тога, радње коришћења туђег интелектуалног добра могу се јавити и у облику коришћења туђе ознаке. Да би дело постојало, довољно је да се ознака користи *de facto*. Да би радња коришћења туђе ознаке представљала радњу нелојалне конкуренције, потребно је да постоји повреда добрих пословних обичаја. Таква повреда би постојала уколико би услед коришћења туђе ознаке дошло до стварања забуне или опасности од за-

32 Не треба сасвим искључити могућност да ће Суд правде закључити да је учињена повреда жига, пре свега због специфичности саме ознаке „интерфлора“ коју користе правна лица организована у међународну мрежу пружалаца услуге испоручивања цвећа на кућну адресу. Због мноштва (овлашћених) корисника ознаке, Суд правде би евентуално могао закључити да корисник интернета може поверовати да и „Маркс енд Спенсер“ спада у овлашћене кориснике. Ипак, овај аргумент нам се не чини сасвим уверљивим, јер се у огласу не користи ознака „интерфлора“. Из текста огласа, корисник интернета би могао да закључи једино да је реч о истој/сличној врсти услуге. Подсетимо, спорни оглас гласи: „[www.marksandspencer.com/flowers](http://www.marksandspencer.com/flowers) Дивно свеже цвеће и биљке. Наручите до пет поподне како би било испоручено сутрадан.“

буне у промету. Забуна може бити двострука: (1) учесници у промету могу погрешно веровати да предмет означавања припада ономе чија је ознака; или (2) учесници у промету могу погрешно веровати да између лица које користи туђу ознаку и лица чија је ознака постоји нека веза, пословна сарадња и сл.<sup>33</sup>

Јасно је да пружаоци услуге интернет оглашавања не користе туђу ознаку за обележавање своје робе или услуга, нити имитирају туђ производ, услугу или рекламу. Исто се може закључити и за већину оглашивача. Наиме, лица чији интернет оглас се активира уношењем ознаке истоветне ознаци коју је друго лице заштитило жигом, по правилу, не користе туђу ознаку за обележавање своје робе. Уколико би то чинили, постојала би не само повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције, већ и повреда жига. Такође, они оглашивачи који не имитирају туђ производ, услугу или рекламу не чине радњу нелојалне конкуренције. Уколико би, међутим, реклама која се активира жигом заштићеном ознаком представљала имитацију рекламе конкурента или би се подражавали производи или услуге конкурента, постојала би повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Ипак, у таквој ситуацији повреда се не би састојала у коришћењу туђе ознаке за активирање интернет огласа, већ у имитирању рекламе и/или производа односно услуга конкурента. Коришћење туђе ознаке као кључне речи био би тада само један од споредних елемената спорног понашања, али не би самостално могло да буде квалификовано као радња нелојалне конкуренције.

Чини се да би повреда правила о сузбијању нелојалне конкуренције могла да се утврди једино у случају да се појам коришћења туђе ознаке тумачи екстензивно, не везујући се нужно за обележавање робе односно услуга. Могућност таквог екстензивног тумачења зависи од формулације прописа о непоштеној тржишној утакмици. Под претпоставком да коришћење туђе ознаке није самом формулацијом одредбе изричито везано за обележавање робе односно услуга, коришћење туђе ознаке за активирање огласа на интернету могло би се подвести под овај тип коришћења туђег интелектуалног добра на начин који није у складу са добрим пословним обичајима. Иако туђа ознака која је употребљена на овај начин није видљива корисницима интернета, она има улогу „скретничара“ приликом коришћења интернета. Једноставно речено, да није било коришћења туђе ознаке, ми не бисмо се нашли пред сајтом конкурента. Уколико бисмо желели да направимо поређење са „физичким“ светом, туђе ознаке које се на овај начин користе на интернету одгова-

33 Више код: Весна Бесаровић, *Интелектуална својина – индустријска својина и ауторско право*, 4. издање, Београд, 2005, стр. 383–384; Слободан Марковић, *нав. дело*, стр. 271–293.

рале би путоказима које потрошачи прате како би дошли до продајног места. Ти путокази садрже туђу ознаку и стварају очекивање код потрошача да ће на продајном месту заиста и наћи производе који потичу од титулара ознаке. Међутим, када потрошачи стигну до продајног места, схватају да очекиваних производа/услуга нема. Као што је већ речено, екстензивно тумачење појма коришћења туђе ознаке у смислу права нелојалне конкуренције могуће је само у случају да релевантна одредба не везује коришћење ознаке за обележавање робе односно услуга. У супротном, коришћења туђе ознаке неће бити, а тиме ни повреде правила о сузбијању нелојалне конкуренције.

#### IV Закључна разматрања

У традицији европског жиговног права јесте да се појам коришћења жигом заштићене ознаке тумачи рестриктивно, тј. да се правна заштита ознаке по правилу ограничава на заштиту функције упућивања на порекло робе односно услуга.<sup>34</sup> Амерички судови, на супрот европским, пружају у извесној мери шири обим заштите ознаци, што је последица различитог законског уређивања повреде жига. Наиме, амерички Ланхамов закон везује повреду жига за коришћење заштићене ознаке у комерцијалне сврхе, што може довести до забуне на тржишту. Коришћење ознаке у комерцијалне сврхе може бити разнолико, што погодује екстензивном тумачењу појма коришћења ознаке. Тиме се може објаснити и различито поступање америчких и европских судова у споровима насталим због коришћења ознака истоветних или сличних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа на интернету. Док су амерички судови по правилу сматрали да су пружаоци услуге контекстуалног оглашавања користили ознаку у смислу жиговног права, највиши суд Европске уније у начелу је искључио одговорност пружалаца услуге оглашавања за повреду жига. Када је реч о радњама корисника услуге контекстуалног оглашавања, Суд правде ЕУ заузео је став по коме ће повреда жига постојати само уколико „извире“ из саме садржине огласа. Коришћење ознака истоветних или сличних жигом заштићеним ознакама за активирање огласа на интернету, не представља, дакле, повреду жига *per se*. Ипак, у овом тренутку још увек није познат став Суда правде у погледу коришћења ознака истоветних или сличних *чувеним* жигом заштићеним ознакама на описани начин. Чини се, међутим, да до повреде жига у виду разводњавања ознаке може доћи само у случају када се чувена ознака користи у самом огласу или је оглас нејасан и

34 Изузетно, непосредна заштита пружа се рекламној функцији чувене ознаке, као што је већ објашњено.

може створити утисак код корисника интернета да постоји одређена веза између оглашивача и титулара чувеног жига. Без тога, чини се неубедљивим став по коме би за наступање разводњавања била довољна сама радња коришћења ознаке истоветне или сличне чувеној ознаци за активирање огласа на интернету, независно од садржине огласа, и то из следећих разлога: 1) резултати комерцијалне претраге не замењују резултате тзв. природне претраге, што за последицу има појављивање линка за сајт титулара чувене ознаке у резултатима природне претраге; 2) појављивање линка/огласа за сајт титулара чувене ознаке у близини других линкова за сајтове или огласа на интернету који би својом садржином наводно ставили чувену ознаку у негативни контекст заправо не може утицати на реноме ознаке, јер се сајт титулара чувене ознаке у сваком случају може појавити у таквом окружењу и у резултатима тзв. природне претраге; 3) дистинктивни карактер чувене ознаке није угрожен све док се чувена ознака неовлашћено не помиње у огласу на интернету у вези са обележавањем друге врсте робе/услуга или у виду генеричног појма; 4) нема извлачења користи из репутације или дистинктивног карактера туђе чувене ознаке уколико сам оглас није споран, јер активирање огласа на интернету путем кључних речи није *per se* забрањено, како је утврдио Суд правде у предмету *LVMH*. Биће свакако занимљиво видети како ће се о овим питањима ускоро изјаснити Суд правде ЕУ у предмету *Interflora*.

Пред српским судовима се до сада није водио ниједан спор због наводне повреде жига путем коришћења жигом заштићене ознаке за активирање огласа на интернету. Закон о жиговима Републике Србије<sup>35</sup> не пружа основ за екстензивно тумачење појма коришћења жигом заштићене ознаке. Тако је чланом 38 Закона прописано да носилац жига има искључиво право да знак заштићен жигом користи за обележавање робе односно услуга на које се тај знак односи. Носилац жига може забранити и коришћење заштићене ознаке на етикетама, у пословној документацији, у реклами. Пошто ни оглашивачи, ни пружаоци услуге оглашавања у резултатима комерцијалне претраге не употребљавају жигом заштићену ознаку за обележавање своје робе односно услуга, нема коришћења ознаке у смислу жиговног права, а тиме ни повреде жига. Супротно важи једино у случају продаје кривотворене робе, која би се приде рекламирала у комерцијалним резултатима претраге на интернету. Међутим, тада би повреда жига постојала независно од интернет оглашавања, јер би за утврђивање повреде било довољно доказати неовлашћено коришћење туђе ознаке за обележавање робе. И у српском праву, заштита титулару чувене ознаке могла би се пружити само у

35 Сл. гласник РС, бр. 104/2009 од 16. децембра 2009. године.



случају да садржина огласа на интернету може водити разводњавању чувене ознаке. Међутим, као што смо већ закључили, тада би разводњавање произишло из садржине огласа а не из радње коришћења ознаке која је истоветна или слична чувеној ознаци за активирање огласа на интернету. Такође, сматрамо да се на спорну ситуацију не могу применити ни правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Чланом 50 Закона о трговини Републике Србије<sup>36</sup> као једна од радњи нелојалне конкуренције (непоштене тржишне утакмице) утврђена је продаја робе са ознакама, подацима или обликом, којима се оправдано ствара забуна код потрошача у погледу извора, квалитета и других својстава те робе. Формулација ове одредбе чини се да не допушта екстензивно тумачење радње коришћења туђе ознаке јер се у Закону говори о „продаји робе са ознакама...“; чиме се, сматрамо, појам коришћења везује за обележавање робе.<sup>37</sup> Уколико би роба која се рекламира у резултатима комерцијалне претраге била обележена ознакама другог трговца, повреда би извирала из радње обележавања робе туђом ознаком, а не из радње коришћења ознаке заштићене туђим жигом за активирање огласа на интернету. Примена правила о сузбијању нелојалне конкуренције била би могућа у случају имитирања рекламе конкурента, али тада би, поново, повреда произишла из садржине огласа на интернету а не из самог коришћења туђе ознаке за активирање огласа.

Најзад, проблем неовлашћеног коришћења жигом заштићених ознака може се посматрати и у контексту заштите људских права, пре свега слободе говора (изражавања). Проширивање обима заштите коју

36 *Сл. гласник РС*, бр. 53/10 од 29. јула 2010. године.

37 Чини се да би по ранијем Закону о трговини (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005 од 6. октобра 2005. године) коришћење кључних речи истоветних туђим ознакама у сврху активирања интернет огласа могло бити сматрано радњом нелојалне конкуренције, пошто коришћење туђих ознака није у Закону било изричито повезано са њиховим истицањем на роби. Наиме, чланом 23, став 7 Закона као радња нелојалне конкуренције означена је свака неовлашћена употреба законом заштићених спољних ознака другог трговца (назив, фирма, робни жиг, услужни жиг, знак квалитета, знак порекла и др.) или употреба ознака које нису законом заштићене, којом се ствара или се може створити заблуда у промету робе на штету другог трговца који те ознаке употребљава у свом пословању. Пошто би услов неовлашћене употребе ознаке био испуњен, било би потребно доказати да спорна употреба ствара или може створити заблуду у промету. Таква заблуда би, међутим, била краткотрајна и лако отклоњива – трајала би онолико колико је кориснику интернета потребно да посети сајт оглашивача. Прегледом сајта, корисник би, по правилу, лако могао утврдити да није реч о траженим производима (под условом да се на сајту не рекламира/продаје кривотворена роба). Поменимо и да су амерички судови, додуше у споровима због повреде жига, заузели став да је довољно и наступање тзв. иницијалне заблуде: корисник интернета би могао на брзину одлучити да посети спорни сајт преко линка из огласа, иако би неколико секунди касније закључио да је није реч о сајту стварног титулара ознаке.

жиговно право пружа ознаци значајно би ограничило слободу говора и довело нас у ситуацију да неке ознаке не смемо јавно да користимо. Дошло би до извесног монопола на речи! Основна функција ознаке у жиговном праву јесте да обележи робу односно услуге које потичу од њеног титулара. Ознака несумњиво има и друге функције, али све оне не морају бити заштићене правом. Тим пре што жигом заштићене ознаке не представљају творевине упоредиве са ауторским делима или проналасцима. Реч је о тзв. псеудотворевинама<sup>38</sup> које не настају као резултат стваралаштва са индивидуалним духовним обележјима човека, већ као функција одређене привредне делатности. Приликом тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке та њена суштинска карактеристика не сме се занемарити. Случајеви коришћења туђег интелектуалног добра на начин супротан добрим пословним обичајима по правилу се могу санкционисати прописима о сузбијању нелојалне конкуренције, што додатно говори у прилог рестриктивног тумачења појма коришћења жигом заштићене ознаке.

**Dušan POPOVIĆ, PhD**

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

## TRADEMARKS AND INTERNET KEYWORD ADVERTISING

### Summary

*A part from providing for “natural” or “organic” search results, Internet search engines started providing for “commercial” search results as well. When an Internet user types a keyword in the search field, that word will activate an Internet ad within the “commercial” search results. Actually, this is an online advertising service where ads are being displayed in the form of “commercial” search results. Nothing, however, prevents the advertiser from opting for a keyword identical or similar to its competitor’s trademark or to third party’s trademark with a reputation to activate its online ad. Trademark owners brought numerous actions for trademark infringement, both against service providers and advertisers. While US courts generally found trademark infringement in such cases, the Court of Justice of the European Union opted for a more nuanced, restrictive approach: in principle, service providers do not infringe a*

38 Термин који користи проф. Слободан Марковић.

*trademark, while service users (advertisers) may infringe a trademark only when the infringement can be found in respect of the Internet ad itself. Further to the analysis of trademark infringement case law, the paper focuses on the possible application of unfair competition rules in this context.*

**Key words:** *trademark, keywords, Internet, intellectual property, unfair competition, contextual advertising.*

др Сања РАДОВАНОВИЋ  
асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

## УЛОГА ПАТЕНТНОГ ПРАВА У ОДРЖИВОМ РАЗВОЈУ\*

### Резиме

*У раду се настоји да се укаже на значај који иајенјина зашћићића има у јројрамима одрживој развоја. Будући да се овај концепћи заснива на економском и шћехнолошком најрећику, уз очување јриродних ресурса, јојмовни елементи јојма одрживој развоја доведени су у везу јушћем јроналазака, као њихове додирне шћачке. С шћим циљем, најјре се јовори о различитјим јрисћујима јојреби јајенјине зашћићиће, који јроизлазе из неуравнојженој рејоналној развоја. Полазећи од емјиријске доказаносћи улоге јајенјине зашћићиће у новом светјском економском јорейћу, исћакнући су јајенјини оквири за јодсћицај иновација у обласћи одрживе шћехнолојје, с јосебним осврћом на домаће законодавсћиво. На крају је указано на мојуће облике јржишној искоришћавања јајенјина у овој обласћи и на мере које државни аушоритетји шћреба да јредузму ради јосћизања бољих резултјата.*

**Кључне речи:** одрживи развој, одржива шћехнолојја, јајенјин, јранс-фер шћехнолојје.

---

\* Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, зашћита животне средине и право“ бр. 179079 који сада финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

## I Увод

### 1. Време прошло

Човек као *homo sapiens*, захваљујући интелигенцији коју поседује, једина је жива јединка која је способна да природу прилагоди својим потребама.

Археолошки подаци указују на то да је човек, у време неолита, почео да припитомљава животиње и узгаја биљке, користећи се ручно прављеним оруђем од камена.<sup>1</sup> Примитивни облици ових помагала су даље усавршавани, чиме је живот нашег претка постао знатно олакшан.

У Старом веку, када настају и прве цивилизације, пољопривредно земљиште обрађивало се плугом, развили су се системи за наводњавање, вадиле се и прерађивале различите руде.<sup>2</sup>

Техничким достигнућима средњовековне Кине отворен је пут све бржој еволуцији човечанства: почела је производња папира и барута, прерада гвожђа; развила се прва штампарија с покретним глиненим словима; уместо дрвета су се користили угаљ и нафта; откривен је компас, механички сат.<sup>3</sup>

Нови век обележен је открићима који ће у многим сегментима променити свет: парна машина; вишефазна струја; трансформатор за пренос електричне енергије на велике удаљености; железница; аутомобил; авион; телефон; телеграф; атомска енергија... Лансиран је први вештачки сателит са људском посадом. Човек је закорачио на Месец.

### 2. Време садашње

Еволуција човечанства је дуг и постепен процес, заснован на коришћењу и усавршавању цивилизацијских тековина. Стога је савременом човеку тешко издвојити које би се откриће, изоловано од других, могло сматрати револуционарним. Употреба мобилног телефона, различитих кућних апарата, рачунарског уређаја и сличних (условно речено, мање значајних) проналазака јесу стандард у времену у којем живимо. Путовање у свемир постало је реалност, истина имућнијим припадницима људске врсте. Али, тиме потребе нису задовољене. Штавише, непрестана трка за новим и бољим последњих година прошлог века добија на интезитету, највише захваљујући чињеници да технологија напушта

1 Едуард Кале, *Повијест цивилизација*, 6. издање, Загреб, 1990, стр. 13.

2 Едуард Кале, *нав. дело*, стр. 44.

3 Едуард Кале, *нав. дело*, стр. 77.

аналогно механичко и електронско окружење и улази у ново, дигитално. Док човек осваја виртуелне светове, његово место у реалном све више заузимају компјутерска технологија и роботика. Ипак, оно што ниједна цивилизацијска револуција не може да промени јесте чињеница да људска врста не може да опстане без природног окружења, за које не постоји замена.

Услед доминације индустријског сектора, градови постају пренасељени. Међународна трговина, миграције и мобилност становништва утичу на све већу фреквенцију саобраћаја, а тиме и на повећање штетних емисија антропогених гасова стаклене баште.<sup>4</sup> Приметна је деградација земљишта и водених система, чиме се нарушава биодиверзитет и утиче на климатске промене (тзв. глобално загревање). Коначне последице би могле бити катастрофалне за будуће генерације.

### 3. Време будуће

Поједина истраживања предвиђају да ће постојећи темпо исцрпљивања природних ресурса и константних штетних емисија већ у наредним деценијама довести до знатног повећања смртности, изазване недостатком воде за пиће, нехигијенским условима, загађењем ваздуха, воде, земљишта, изумирањем или истребљивањем животињских врста, осиромашењем биљног света, глађу.<sup>5</sup> Узрочни фактори се не могу територијално ограничити. Стога је проблем будућности Земље истински глобалан. Следствено, и активности усмерене на спречавање или ублажавање наведених последица морају да буду предузете на глобалном нивоу.

## II Појам одрживог развоја

Степен развоја друштва достигао је ниво на којем се доводи у питање опстанак људске врсте. Човек не само да је прилагодио природу својим потребама, него је створио окружење по својој мери, бар у техничко-технолошком смислу. Ипак, ово достигнуће прети да

4 *Global Environment Outlook – GEO4 – Environment for development*, Valleta, 2007, United Nations Environment Programme, Nairobi, Кенуа, у: Душан Николић (редактор), Снежана Бркић, Михаел Гајстлингер, Душанка Ђурђевић, Родољуб Етински, Рајко Кнез, Драган Милков, Маријана Пајванчић, Невена Петрушић, Ђорђе Попов, Јожеф Салма, Драгиша Дракић, Татјана Лукић, *Основе права животној средине*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2009., стр. 16.

5 *Global Environment Outlook – GEO4 – Environment for development*, у: Душан Николић (редактор), *нав. дело*, стр. 16–20.

будућим генерацијама угрози изворе задовољавања егзистенцијалних потреба: воде, ваздуха, хране. Из тих разлога, изазов данашњице јесте проналажење компромиса између природе и човека. Управо у томе лежи идеја одрживог развоја: даљи техничко-технолошки и економски напредак, уз очување природних вредности.<sup>6</sup>

У оквиру Уједињених нација донесено је низ аката који прокламују принцип одрживог развоја.<sup>7</sup> Ниједан од њих не садржи одредбе обавезујућег карактера, али чињеница јесте да су њима дефинисани приоритети будућег развоја. У смислу наведеног, конкретне мере које је потребно предузимати су прилично комплексне и подразумевају организовану друштвену, државну и научну акцију, на свим нивоима.<sup>8</sup>

У Уговору о Европској заједници утврђује се политика о заштити животне средине, рационалном коришћењу природних ресурса и међународне сарадње у решавању еколошких проблема. У оквиру пренесене надлежности, на нивоу ЕУ донесени су бројни акти којима се ова питања ближе одређују. Ступањем на снагу Лисабонског уговора очекује се појачана активност у обезбеђењу правних оквира одрживог развоја, будући да акт предвиђа обавезу укључивања у политику Уније високог нивоа заштите животне средине и побољшање њеног квалитета.<sup>9</sup>

## II Проналазаштво и одрживи развој

### 1. Економска функција патента

Појмовно одређење одрживог развоја указује на то да је проналазаштво његов саставни елемент. С једне стране, техничко-технолошки напредак је заснован на проналазаштву. Из техничко-технолошког напредка даље произлази економски. С друге стране, из проналазаштва треба да поникну техничко-технолошка решења којима се у највећој мери одржава стабилност природних ресурса.

Ипак, проналазаштво није само себи циљ. Пласирањем новог производа на тржиште или применом новог поступка у производњи,

6 Душан Николић, у: Душан Николић (редактор), *нав. дело*, стр. 50.

7 Међу значајнијима су: Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm, 1972, доступно на адреси: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>, Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro, 1992, доступно на адреси: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>, Declaration on Sustainable Development, Johannesburg, 2002, доступно на адреси: [http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm).

8 Тако, све се чешће говори о одрживом туризму, одрживој потрошњи и производњи, одрживој пољопривреди, прехрани, одрживој архитектури и сл.

9 Рајко Кнез, у: Душан Николић (редактор), *нав. дело*, стр. 289.

проналазач очекује да му се уложене вредности (знање, време и новчана средства) економски валоризују. Значајну улогу у томе има патентно право. Наиме, признањем патента за технички проналазак који је нов, има инвентивни ниво и индустријски је применљив, искључиво титулар стиче право да, у ограниченом временском периоду, искоришћава предмет заштите. Другим речима, он је овлашћен да искоришћава патентирани проналазак, али и да се супротставља свим трећим лицима, која то чине без његове сагласности. Тиме он стиче тржишну предност у односу на своје конкуренте, а следствено и имовинску добит. Управо у овој привилегији искључивости, коју патент обезбеђује, налази се подстицај за даља техничко-технолошка усававања.

## 2. Различити приступи уређењу патентног права

Премда је патент субјективно право, његове привредне импликације превазилазе интересе појединца. Иако, више-мање, постоје општеприхваћени услови патентбилности, разлике су значајне у тумачењу новости, инвентивног нивоа и индустријске применљивости проналазача. Уз то, разлике у нивоу заштите су уочљиве у погледу проналазача који су изузети од патентбилности, независно од тога да ли испуњавају опште услове, услова за издавање принудне лиценце, трајања заштите. Ако се има у виду да је патентна политика национално питање, јасно је да се нормативним уређењем може значајно утицати на развој унутрашњег тржишта, али и привлачење страних инвестиција. Из тих разлога, патентноправна регулатива представља одраз привредне стратегије на националном нивоу.

Најочигледнија потврда ове констатације јесте патентни систем Сједињених Америчких Држава. Наиме, позицију лидера на светском тржишту тамошњи привредни субјекти у највећој мери дугују прилично либералном тумачењу услова патентбилности, који се илустративно своди на признање патента за све „под сунцем што човек направи“.<sup>10</sup>

Другу крајност чине неразвијене земље и земље у развоју, које у патентној заштити препознају препреку привредном развоју и порасту друштвеног стандарда. Наиме, ове земље немају довољно капацитета да сопственим снагама створе тржишно конкурентан производ, посматрано на глобалном нивоу. Њихова привреда заснована је углавном на увозу. Пласирање патентираних проналазача на тржиштима на којима не постоји адекватна заштита представља ризик за титулара. Наиме, заштићени производ или поступак је могуће имитирати, уз

10 Цитирано према: Diamond v. Chakrabarty (1980), 447 U.S. 303, 309, у: Roberto d'Erme, „Sustainable Human Development: Why Patents Are The Paramount“, доступно на адреси: <http://www.atrip.org/Content/Essays/Roberto%20d'Erme.pdf>.



знатно мање трошкова него што је потребно за његово стварање. Стога, титулари желе да региструју патенте и у овим земљама. Понекад је то њихов једини интерес, јер је могуће да производњу заштићеног проналазка или примену заштићеног поступка не лоцирају на територијама неразвијених или земаља у развоју. Предмет патента се из тих разлога, ипак, увози или га на тржишту, односно у производњи уопште ни нема (уколико је реч о скупљим технологијама).<sup>11</sup>

Између ове две удаљене позиције, налазе се патентни системи других развијених земаља, пре свега чланица Европске уније. Тако, општи услови патентбилности у Европској унији се тумаче строже, због чега се у литератури наглашава „квалитет“ патената.

Посматрано на глобалном нивоу, овај диспарат даље продубљује разлике између богатих и сиромашних. У развијеним земљама, улагање у инвентивност представља најсигурнији пут техничко-технолошког развоја. Неразвијене и земље у развоју, немају услова за развој сопствених технологија. Дакле, њихов даљи развој зависи од увоза, односно трансфера технологије из развијених земаља. Из напред наведених разлога, овај трансфер, међутим, изискује бар прихватљив ниво патентне заштите.

Занимљив пример у којој мери адекватна патентна заштита доприноси успону привреде свакако јесте Кина, која очигледно постаје нова економска сила. У протеклој деценији, забележен је драстичан раст тамошње производње засноване на увезеним технологијама, али и на све већем учешћу домаћег истраживачког сектора. Поред производње, водеће светске компаније све више у Кину измештају и истраживачке центре. Значајну улогу у овом процесу без сумње је одиграла чињеница да је заштита интелектуалне својине подигнута на ниво Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту: ТРИПС).<sup>12</sup>

Планетарни карактер одрживог развоја још више намеће релевантним субјектима обавезу да се изнађу решења која би у највећој мери задовољила супротстављене интересе. Поље деловања, разумљиво, задире у интернационализацију патентног система, будући да је проналазаштво, како смо објаснили, значајан фактор досадашњег и будућег, одрживог развоја.

11 Patricia Kameri-Mbote, „Patents and Developments“, International Environmental Law Research Centre, Yash Vyas et al. (eds.) *Law and Development in the Third World*, Nairobi, доступно на адреси: <http://www.ielrc.org/content/a9401.pdf>.

12 Joseph Straus, у: Душан Николић (редактор), *нав. дело*, стр. 31.

### 3. Патентни оквир одрживог развоја

Полазна тачка у одређивању патентног оквира одрживог развоја јесте питање да ли технологија заснована на поштеди природног окружења, односно на коришћењу обновљивих ресурса (*environmental friendly technology, green technology, environmental sound technology (EST)*), у даљем тексту *одржива технологија*<sup>13</sup>) треба да буде подведена под посебан патентни режим. У том смислу, најчешће се истиче да одрживу технологију треба потпуно изузети из патентне заштите или скратити заштитни рок, како би она што пре постала доступна.<sup>14</sup>

УН и невладине организације су уложиле напоре да се релевантне институције, пре свега Светска организација за интелектуалну својину (СОИС) и Светска трговинска организација (СТО), јасно определе за подршку одрживој технологији. Тако је 2007. у оквиру СОИС усвојен акт којим се прихватају препоруке у правцу одрживог развоја.<sup>15</sup> Ипак, одредбе су начелног, па тиме и необавезујућег карактера. Поред тога, чињеница да се на овом нивоу реаговало неколико година након доношења УН Миленијумских развојних циљева и других декларација сличне садржине, јасно указује на то да је реч о осетљивом питању.

С једне стране, питање посебног режима одрживе технологије нема ограничен домет. Напротив, тиме би се неизбежно интервенисало у националне патентне системе. Будући да је одржива технологија постала и захтев тржишта, којем проналазштво свакако тежи да удовољи, посебни режим би могао да се претвори у преовлађујући. Наиме, полазећи од хетерогености ове технологије, могло би се догодити да се на тржишту нуди више незаштићених него заштићених проналазака. Имајући у виду економску функцију патента, такво решење би могло да има негативне тржишне последице.

13 Превод општеприхваћеног термина са енглеској језика на српски је прилично гломазан. Стога смо се смело определили да уведемо нови, који одговара смислу питања којим се бавимо.

14 Keith Maskus, „Differentiated Intellectual Property Regimes for Environmental and Climate Technologies“, OECD Environment Working Paper, No. 17, доступно на адреси: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/fulltext/5kmfwjvc83vk.pdf?expires=1302859851&id=0000&accname=guest&checksum=9E3DB6C471BFB311EAB1C15F31063E80>. Ова расправа подсећа на исту која се водила у вези са патентима у фармацеутској индустрији. Иако сродна питања, у раду се нећемо паралелно освртати на „фармацеутски проблем“, највише из разлога што је одржива технологија прилично хетерогена и уступци у правцу изузимања од патентбилности би довели у питање систем патентне заштите уопште.

15 WIPO Development Agenda, доступно на адреси: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/en/agenda/recommendations.pdf>. Овим актом основан је Одбор за развој и интелектуалну својину, који је надлежан да надзире остваривање усвојених препорука.

С друге стране, у прилог афирмације патентне заштите говори и чињеница да не постоји ни јасан став о утицају рестриктивне патентне политике на привредни раст сиромашних земаља.<sup>16</sup>

Из наведених разлога, посебан режим није успостављен. Међутим, посебан третман јесте. Наиме, у појединим међународним актима, међу којима је свакако најзначајнији ТРИПС, остављен је простор да се одржива технологија издвоји из општег режима патентне заштите.

Надаље ћемо се задржати на појединим конкретним решењима, с нарочитим освртом на приступ домаћег законодавца.

#### *а) Изузеци од патентбилности*

Према чл. 27, ст. 2, ТРИПС предвиђа да чланице могу искључити из патентирања оне проналаске чија комерцијална експлоатација на њиховој територији није прихватљива из разлога заштите јавног реда и морала, укључујући заштиту живота и здравља људи, животиња или биљака, или да би се избегло озбиљно нарушавање животне средине, под условом да се искључење не врши само зато што је експлоатација забрањена националним законом.<sup>17</sup>

Супротно иницијативи представника неразвијених земаља, ТРИПС не изузима одрживу технологију из патентне заштите, већ усваја, условно речено, компромисно решење: патентирати се не могу само они проналасци који *озбиљно* нарушавају животну средину. Полазећи од тржишних импликација патента, које заправо чине срж ТРИПС-а, на посередан начин се средства намењена истраживању и развоју технологије усмеравају управо према одрживој технологији. Сузбијање искоришћавања технологије која озбиљно нарушава природно окружење требало би да уследи спонтано, тржишним законима конкурентне понуде и потражње.

Наш законодавац у овом питању заузима неутралну позицију. Наиме, одредбом о изузецима од патентбилности обухваћени су само проналасци који се противе јавном поретку и моралу друштва и којима се нарушава живот и здравље људи и животиња, односно биљне сорте,<sup>18</sup> али не и проналасци којима би се могло озбиљно нарушити природно окружење.

16 Graham Dutfield, Uma Suthersanen, *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2008, стр. 276.

17 Текст ТРИПС: Владимир Тодоровић, *Интелектуална и група добра*, Међународни уговори, Књига 7, том I, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 166.

18 Закон о патентима (*Сл. лист СЦГ*, бр. 32/2004; даље у фуснотама: ЗоП), чл. 7.

## б) Принудна лиценца

Ради обезбеђења доступности патентираних проналазака, ТРИПС допушта државама чланицама, да под посебним условима и у посебним околностима, пропишу могућност издавања принудних лиценци.<sup>19</sup> Како се у литератури наводи,<sup>20</sup> принудне лиценце у појединим државама,<sup>21</sup> представљају ефективно средство утицаја приликом одређивање цена патентираних проналазака. У другим,<sup>22</sup> пак, оне су санкција за монополско понашање, када доминантни субјект на тржишту одбија да закључи уговор о лиценци за „кључне стандарде“<sup>23</sup> или се патент употребљава на начин којим се нарушава конкуренција на тржишту. У сваком случају, у позадини принудне лиценце стоји потреба за трансфером технологије у најзначајнијим сферама друштвеног живота. Стога можемо рећи да се прописивањем услова и околности изражавају национални приоритети: економски напредак, техничко-технолошки развој, здравље људи.

Наш Закон о патентима предвиђа неколико ситуација у којима се може одобрити принудна лиценца: 1) уколико титулар права не искоришћава самостално патент или не уступи искоришћавање другом лицу;<sup>24</sup> 2) у случају постојања зависних патената, када се каснији патентом заштићени проналазак не може искоришћавати без коришћења раније заштићеног проналазак другог лица;<sup>25</sup> 3) уколико је искоришћавање патента у јавном интересу, ради заштите здравља, исхране становништва, јавног интереса у областима од виталног значаја за друштвено-економски и технолошки развој или ради заштите конкуренције на тржишту;<sup>26</sup> 4) уколико је коришћење патента за биотехнолошки проналазак неопходно за стицање или коришћење права заштите биљне сорте.<sup>27</sup>

Премда није изричито наведено, потреба очувања животне средине представља легитиман разлог за издавање принудне лиценце. Тако, с обзиром на друштвени значај, могуће је да се принудна лиценца за одрживу технологију одобри одмах након добијања или регистравања патента

19 ТРИПС, чл. 31.

20 Maskus, *нав. рад*, стр. 25.

21 Међу њима су најзначајније Канада, Јужноафричка Република, Бразил и Тајланд. Наведено према: Maskus, *нав. рад*, стр. 25.

22 У ову групу земаља углавном спадају Сједињене Америчке Државе и Европска Унија. Наведено према: Maskus, *нав. рад*, стр. 25.

23 Цитирано према: Maskus, *нав. рад*, стр. 25

24 ЗоП, чл. 63, ст. 1, тачка 1.

25 ЗоП, чл. 63, ст. 1, тачка 2.

26 ЗоП, чл. 66, ст. 1.

27 ЗоП, чл. 68, ст. 1.

у Заводу за интелектуалну својину, уз обавезу плаћања одговарајуће накнаде. Такође, уколико носилац патента не користи или недовољно користи заштићени проналазак у области одрживе технологије четири године од дана подношења пријаве, односно три године од дана признања патента,<sup>28</sup> заинтересовано лице може (након што докаже да је покушало да са титуларом закључи уговор о лиценци под разумним економским условима и роковима)<sup>29</sup> да поднесе захтев за издавање принудне лиценце органу надлежном за послове из области у којој проналазак треба да се примени.<sup>30</sup> Наравно, принудна лиценца се неће одобрити уколико заинтересовано лице не располаже технолошким условима и производним капацитетима потребним за искоришћавање патента.<sup>31</sup> Овакво решење је разумљиво, по природи ствари. Смисао принудне лиценце није у ограничењу права, већ у економском искоришћавању патента, на добробит друштва.

Ако доведемо у везу напред наведено о изузецима од патентбилности и услове за добијање принудне лиценце, могла би се наслутити национална стратегија у погледу одрживе технологије. Наиме, ови проналасци су патентбилни, због чега је могуће регистровати патент и за одрживу технологију страног порекла. Тиме се стварају повољни услови за стране инвестиције. У том смислу, издавање принудне лиценце може представљати начин да се напредна одржива технологија искоришћава на домаћем тржишту<sup>32</sup> или да се развија домаће проналазаштво.<sup>33</sup> Међутим, распрострањена пракса одобравања принудних лиценци могла би да има супротан ефекат, односно да дестимулише улагања иностраних привредних субјеката. Тако, да би избегла принудно обавезивање, инострана фирма може да одлучи да не региструје патент у нашој земљи. Разумљиво, у том случају неће ни своје заштићене проналаске пласирати на нашем тржишту.

Поред наведеног, коришћење било које, па и одрживе технологије, може великим делом да буде засновано на *know-how*, које није обухваћено принудном лиценцом, или на људским ресурсима (знање и искуство). Стога се принудне лиценце не могу сматрати гаранцијом да ће одржи-

28 ЗоП, чл. 65, ст. 6.

29 ЗоП, чл. 63, ст. 2.

30 ЗоП, чл. 63, ст. 1.

31 ЗоП, чл. 63, ст. 2.

32 Према мишљењу појединих аутора, принудна лиценца ће се одбити уколико се захтев тржишта за предметним проналаском може задовољити увозом, по разумној цени. Наведено према: David Bainbridge, *Intellectual Property*, Harlow, 2007, стр. 434. у: Синиша Варга, *Право индустријске својине*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2010, стр. 154.

33 ЗоП, чл. 63, ст. 1, тачка 2.

ва технологија заиста постати доступна на домаћем тржишту или у производњи.

#### 4. Перспективе у искоришћавању патената одрживе технологије

Правна основа развоја *ES* технологије на домаћем тржишту, како смо видели из претходних излагања, је задовољавајућа.<sup>34</sup> Резултати, ипак, изостају. У погледу страних инвестиција, могло би се констатovati да се разлози недовољног трансфера технологије оријентисане на очување и заштиту животне средине налазе ван правних оквира патентне заштите. Слично је и са домаћим проналазаштвом. Док би се за стране субјекте могло наћи оправдање, између осталог, у чињеници да наше тржиште још увек није довољно атрактивно, за домаће субјекте подстицај не би требало да изостане.

С једне стране, експлоатација домаћих патената започиње најчешће унутар наше територије. С друге стране, економски раст домаће привреде у великој мери зависи од могућности да се технолошким иновацијама домаћих субјеката конкурише и на светском тржишту. Дакле, фактори одрживог развоја националне привреде налазе се у економском искоришћавању домаћих проналазака у области одрживе технологије. Другим речима, будући развој треба да се заснива на два истовремена процеса: подстицај иновација у области одрживе технологије и стварање услова за њихово економско искоришћавање у пуном обиму.

##### *а) Подстицај иновација у области одрживе технологије*

Када је реч о подстицају иновација у сфери одрживе технологије, постоје охрабрујуће околности. Влада Републике Србије је усвојила Стратегију научног и технолошког развоја Републике Србије за период од 2010. до 2015. године. Водеће место на листи приоритета припада

34 Разлог томе јесте чињеница да је Србија приликом израде Закона о патентима (и других закона којима се уређује правна заштита интелектуалне својине) уважила стандарде садржане у међународним конвенцијама, посебно оних чији је потписник. Ипак, рад на уобличавању патентног система још није завршен. С једне стране, преиспитивање усвојених решења, ради изналагања бољих, наметнуто је резултатима оствареним кроз примену у пракси. С друге стране, Србија је од 1. октобра 2010. године пуноправни члан Конвенције о европском патенту и Европске патентне организације. Из ових разлога, припремљен је нови Закон о патентима, који још увек није у скупштинској процедури. У погледу питања која смо изложили у контексту ЕСТ технологије, предложени Нацрт закона о патентима не доноси ништа ново. Нацрт Закон о патентима, доступно на адреси: [http://www.zis.gov.rs/sr/pdf\\_patenti/patenti\\_zakon\\_nacrt.pdf](http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_patenti/patenti_zakon_nacrt.pdf).

управо истраживањима у области заштите животне средине и климатских промена. У Стратегији се наводи да је „и поред многобројних закона који су усвојени у овој области, Република Србија суочена са великим еколошким проблемима“. Стога је „примена резултата истраживања... од изузетног значаја за будући развој земље“.<sup>35</sup>

Поред тога, Привредна комора Србије је 9. септембра прошле године затворила позив за еко-иновационе пројекте, за које је Европска комисија издвојила 35 милиона евра. Расположена средства далеко премашују буџете пројеката (обухваћених отвореним позивом ПКС) у нашој земљи који се финансирају из истих извора.<sup>36</sup> То је још једна потврда значаја истраживања у области одрживе технологије за привредни развој земље.

Даље се поставља питање који субјекти су позвани да одговоре очекивањима Владе и других органа или организација, из чијих се средстава финансирају оваква истраживања.

Ако се, уз дужно поштовање, изузму индивидуални проналазачи, јасно је да су највећим делом технолошке иновације концентрисане на универзитетима и у научноистраживачким центрима. Наиме, универзитети, као образовно-научне установе, располажу неопходним капацитетом за истраживања и развој одрживе технологије. При том се првенствено мисли на људске ресурсе, који се истраживањима баве већ у оквиру обављања делатности послодавца. Међутим, истраживање, само по себи, па чак и оно чији је резултат патентирани проналазак, представља иницијалну фазу, у привредном смислу речи. Да би се остварио економски развој, потребно је проналазак, као производ, пласирати на тржиште. У овој фази се универзитети суочавају са одређеним проблемима.

Тако, средства намењена истраживању су ограничена, по обиму и намени. У погледу потоњег, у току (по правилу) скупог поступка истраживања, универзитети и научно-истраживачке институције исцрпљују расположива средства. Производња или примена у производњи одрживе технологије, ради тржишне експлоатације, стога захтева нове инвестиције. Уз то, истраживачи не располажу у довољној мери тржишно релевантним информацијама, нити вештини преговарања. Такве, тржишне капацитете имају привредни субјекти. Дакле, у циљу ефикасног економског искоришћавања потребно је повезати истраживачке институције, пре свега универзитете, као истраживачке центре, и привредне субјекте, као учеснике на тржишту.

35 Стратегија научног и технолошког развоја Републике Србије, доступно на адреси: [http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti\\_sekcija.php?id=45678](http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678).

36 Отворени позиви Привредне коморе Србије, доступно на адреси: [www.pks.rs/Default.aspx?tabid=2797](http://www.pks.rs/Default.aspx?tabid=2797).

Овај приступ није непознат у свету. Штавише, у развијеним земљама, универзитетски патенти играју кључну улогу у политици интелектуалног капитала привредних субјеката, нарочито малих и средњих предузећа.<sup>37</sup>

### б) Модели повезивања истраживача и привредника

Ефикасна сарадња између универзитета и привреде може се остварити само уколико се створе услови за вишесмерну комуникацију. У том погледу, према искуству других земаља, значајну улогу преузимају центри за трансфер технологије и пословно-технолошки инкубатори.

Први, и за сада једини,<sup>38</sup> центар за трансфер технологије основан је прошле године у оквиру београдског универзитета. Финансијску и стручну подршку раду Центра у текућој години пружа Завод за интелектуалну својину, на основу Уговора који је потписан у новембру 2010. године. Ова сарадња, заправо, представља део ИПА<sup>39</sup> националног пројекта „Подршка оснивању Едукативно-информационог центра Завода за интелектуалну својину Србије“, који финансира Еропска унија, а спроводи га Европски завод за патенте, под руководством Делегације Европске уније у Србији.<sup>40</sup> Уопштено, делатност Центра усмерена је на пружање информација о расположивим истраживачким капацитетима, стању технике и технологије, економској процени коришћења патента, избору пословних партнера, а у циљу стварања мреже у којој ће се трансфер технологије одвијати брже и рентабилније.

У првим годинама рада, свакако да ће се трансфер одрживе технологије претежним делом заснивати на понуди постојећих истраживачких резултата универзитета и истраживачких центара. Ипак, запажени резултати би могли да се очекују тек у фази када се привредни субјекти јаве у улози „наручиоца“ одрживе технологије и финансијера истраживачких пројеката. Зато је неопходно створити услове и за такву релацију.

37 Иновације и трансфер знања, доступно на адреси: [http://www.bos.rs/cepit/evolocija/html/13/transfer\\_znanja.htm](http://www.bos.rs/cepit/evolocija/html/13/transfer_znanja.htm).

38 Слична иницијатива постоји и на Универзитету у Новом Саду, где је Центар за интелектуалну својину основан у оквиру Факултета техничких наука. Иако је Сенат Универзитета још 2008. године усвојио иницијативу о оснивању овог Центра на нивоу Универзитета, према сазнању аутора, до тога још увек није дошло.

39 ИПА – Instrument for Pre-accession Assistance – Инструмент за предприступну помоћ, су неповратна средства развојне помоћи, намењена спровођењу реформских политика и развојних пројеката који стварају услове за приближавање Србије Европској унији.

40 Центар за трансфер технологије, доступно на адреси: [www.bg.ac.rs/csrt/clanice/centritt.php](http://www.bg.ac.rs/csrt/clanice/centritt.php).



Први корак у том правцу јесте информисање привреде о значају интелектуалне својине. С тим циљем, унутар Завода за интелектуалну својину основан је Едукативно информативни центар, у оквиру којег се од недавно пружа и бесплатна услуга дијагностиковања интелектуалне својине. Тиме предузећа стичу могућност да сагледају сопствене потенцијале и дефинишу потребе, које би се могле задовољити управо сарадњом са универзитетима и истраживачким центрима.

Поред овог модела трансфера технологије, у којем су улоге између истраживача и привредних субјеката јасно подељене, по угледу на друге земље са сличним потенцијалима и потребама, у Србији се развијају посебни пословно технолошки инкубатори. Циљ ових инкубатора јесте да младим истраживачима пруже економску, правну, књиговодствену и сличну помоћ ради директног искоришћавања технолошких иновација оснивањем сопствених предузећа.<sup>41</sup>

### *в) Неке дилеме у њојледу истраживачко-привредне сарадње*

Сарадња између научноистраживачких институција и привреде у пракси може отворити низ питања, која би могла бити препрека њеној ефикасности. Једно од најчешћих јесте да ли уступање искоришћавања треба да буде искључиво или неискључиво.

С једне стране, интерес привредних субјеката јесте да стекну искључиво овлашћење на искоришћавање проналаска. Тржишне позиције које им ексклузивитет обезбеђује биле би адекватна компензација за улагања у процес увођења једног идејног технолошког пројекта у тржишни производ. Стога искључиво уступање може бити посебан подстицај привредним субјектима.

Оправдање неискључивом уступању налази се у чињеници да се овим путем шири тржиште конкурентних производа. Истовремено, доступност производа у ширем обиму пружа услове за њихово даље усавршавање.

Слобода уговарања представља основно начело правног промета, које се може ограничити императивним прописима, јавним поретком и добрим пословним обичајима. Потреба одрживог развоја представља питање од националног значаја. С тим у вези, инсистирањем на апсолутној аутономији воље могли би се преценти приватни интереси, на рачун јавних. Иако се приликом било какве интервенције у тржишне токове захтева велика опрезност, сматрамо да постоји потреба (и оправдање) да се у погледу одрживе технологије то ипак учини. Према

41 Пословно-технолошки инкубатор техничкиг факултета у Београду, доступно на адреси: <http://www.bitf.rs/cms/item/about/sr.html>.

нашем мишљењу, будући да је реч о технологији која заузима приоритетно место у научноистраживачкој делатности и развоју, требало би правно дефинисати располагања одрживом технологијом на неисључив начин или временски ограничити искључива уступања.

### *i) Неојходни подстицаји истраживачко-привредне сарадње*

С обзиром на то да се институционална подршка трансферу технологије у Србији налази у почетној фази, јасно је зашто њени ефекти још увек нису уочљиви. Стога привредни субјекти не користе у довољној мери наведене капацитете. Томе донекле доприноси и потреба за брзим и сигурним стицањем добити. Неизвесност тржишне исплативости резултата истраживања и време потребно да се до резултата дође су чести фактори уздржавања од улагања у технолошке иновације. Будући да фискалне обавезе представљају оптерећење привредних субјеката, значајни подстицај у интензивирању трансфера технологије требало би да потекне од стране државе, управо у виду фискалних олакшица.

Закон о научноистраживачкој делатности прописује да Република пореском политиком и другим мерама подстиче домаћа и страна правна и физичка лица да улажу средства за остваривање програма и пројеката који су овим Законом предвиђени.<sup>42</sup> Законом се, пак, изричито наводи да се општи интерес у научноистраживачкој делатности остварује путем програма за трансфер знања и технологије и подстицаја примене резултата научноистраживачког рада.<sup>43</sup>

Кумулативном применом наведених одредби и Стратегије научно технолошког развоја, произлази очигледан закључак да фискалне олакшице за одрживу технологију не смеју да изостану.

## III Закључак

У новом светском поретку, проналасци представљају снажно средство тржишне конкуренције, а тиме и економског напретка на националном и глобалном нивоу. Будући да је одрживи развој опредељење данашње цивилизације, значајно место припада технологији која узима у обзир потребу очувања природног окружења. Стога, патентна политика треба да буде усмерена на подстицај стварања одрживе технологије и њеног тржишног искоришћавања.

42 Закон о научноистраживачкој делатности, *Службени гласник РС*, бр. 110/2005, 50/2006 и 18/2010 (даље у фуснотама: ЗНИД), чл. 110.

43 ЗНИД, чл. 10, ст. 1, тач. 3.

**Sanja RADOVANOVIĆ, PhD**  
**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **THE ROLE OF PATENT LAW IN SUSTAINABLE DEVELOPMENT**

### **Summary**

*This paper attempts to highlight the importance of patent protection in the programs of sustainable development. Because this concept is based on economic and technological progress of society, while preserving natural resources, the theoretical elements of the idea of sustainable development have been associated through the inventions, as their points of contact. In this regard, the paper first discusses the different approaches to needs of patent protection, derived from unbalanced regional development. Taking into account empirical approved role of patent protection in the new world order, the patent framework to encourage innovation in sustainable technologies is highlighted, with special reference to domestic legislation. At the end, the possible forms of market exploitation of patents in this area and the measures which public authorities should take in order to achieve better results are remarked.*

**Key words:** *sustainable development, sustainable technology, patent, technology transfer.*

мр Соња СПАСОЈЕВИЋ  
асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

## ПРЕСТАНАК ЖИГА ЗБОГ НЕКОРИШЋЕЊА

### Резиме

*Специфичан разлог престанка жиџа је његово некоришћење. Под некоришћењем се подразумева да ни титулар жиџа ни носилац лиценце не користе жиџом заштићену ознаку за обележавање робе или услуга на које се тај жиџ односи на територији државе у којој је жиџ регистрован. Аутор ће у раду анализирати законске претпоставке за престанак жиџа због некоришћења. Посебно ће бити анализирано питање озбиљне употребе жиџа за производе који се бесилајно деле приликом кувовине главне производа, а за које је жиџ такође регистрован. У том смислу аутор ће указати на најновију праксу Европског суда правде.*

**Кључне речи:** жиџ, некоришћење жиџа, озбиљна употреба жиџа, престанак жиџа.

### I Увод

Жиг је право које може трајати неограничено, под условом да титулар жиџа сваких десет година уплаћује таксу за одржавање жиџа у важности. Поред неплаћања таксе, Закон о жиговима прописује и друге разлоге за престанак жиџа: одрицање, смрт, односно престанак титулара жиџа, оглашавање жиџа ништавим, некоришћење жиџа.<sup>1</sup> Из ових разлога жиг престаје и пре истека рока од десет година за који је плаћена прописана такса.

---

1 Закон о жиговима (Службени гласник РС, бр. 104/2009; даље у тексту и фуснотама: ЗОЖ).

Специфичан разлог, који се у смислу ЗОЖ убраја у посебне случајеве престанка жига, је његово некоришћење. Под некоришћењем се подразумева да носилац жига или лице које је он овластио, без оправданог разлога није озбиљно користило на домаћем тржишту жиг за обележавање робе, односно услуга на које се тај жиг односи, у непрекидном временском трајању од пет година, рачунајући од дана регистравања жига, односно од дана када је жиг последњи пут коришћен.<sup>2</sup> Захтев за престанак жига због некоришћења подноси заинтересовано лице, најчешће у циљу своје одбране од тужбе за повреду спорног жига. Са друге стране, титулар жига може спасити свој жиг уколико докаже да га је он или лице које је овластио ипак користио или да га није користио из оправданих разлога.

Носилац жига дужан је, дакле, да жиг користи.<sup>3</sup> Коришћењем жига треба да се оствари главна функција жига, гарантовање производног порекла робе или услуга за које је жиг регистрован, односно њихово разликовање од производа или услуга другог порекла. *Ratio legis* обавезне употребе жига је да се спречи онемогућавање других лица да користе знак идентичан или сличан заштићеном, који титулар жига уопште не користи или не намерава да користи.

## II Коришћење жига од стране његовог титулара или лица које је он овластио

Претпоставка за престанак жига због некоришћења није испуњена ако уместо титулара жиг користи лице које је он овластио. Овлашћење у овом смислу не постоји ако титулар жига не може да забрани коришћење жига од стране трећег лица, већ мора да толерише. Ово важи, на пример, у случају исцрпљења права, када титулар жига не може да забрани његово даље коришћење у вези са робом коју је претходно означио жигом и ставио у промет било где у свету.<sup>4</sup> Са друге стране, употреба од стране трећег овлашћеног лица подразумева постојање воље, односно свести за коришћењем туђег знака, што је случај код употребе на основу уговора о лиценци. При том, није потребно да учесници у промету препознају употребу од стране трећег овлашћеног лица.<sup>5</sup> Полазећи од функције указивања на порекло робе или услуге довољно је да учесници у промету употребљени знак ма како припишу титулару жига. Тачна представа о титулару жига није, дакле, потребна.

2 ЗОЖ, чл. 64, ст. 1.

3 ЗОЖ, чл. 46.

4 Увозник такве робе није овлашћено лице у смислу чл. 64 ЗОЖ.

5 Видети пресуду „Akzenta“ немачког Савезног суда. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-akzenta>.

### III Озбиљност употребе жига

Жиг престаје због некоришћења ако употреба жига од стране његовог титулара или лица које је он овластио није била озбиљна на домаћем тржишту. У смислу праксе Европског суда правде озбиљна употреба жига постоји онда када се жиг, сходно његовој главној функцији гарантовања идентитета робе или услуга за које је регистрован, користи за отварање и осигурање тржишта за односне производе и услуге.<sup>6</sup> Овде свакако не спадају случајеви симболичне употребе жига.<sup>7</sup> Озбиљност употребе жига оцењује се на основу свих чињеница и околности на основу којих се иначе одређује његова привредна вредност. Питање количине употребе жига које је потребно за придобијање или очување тржишта за производе или услуге на које се жиг односи зависи од више фактора и околности појединог случаја. Учесталост или редовност употребе жига, врста робе или услуга, као и карактеристике одређеног тржишта или привредне гране јесу критеријуми који се при том могу узети у обзир. Додуше, није потребна непрекидна употреба жига у оквиру петогодишњег рока. Ипак, жиг мора стварно, постојано и са стабилном појавном сликом бити присутан на тржишту.<sup>8</sup>

Озбиљна употреба жига постоји и онда када је, квантитативно посматрано, без значаја. Примера ради, употреба жига само у оквиру продаје једном купцу, који робу даље извози, је озбиљна употреба. Ово важи под условом да је таква употреба жига уобичајена у односној привредној грани и неопходна за придобијање или очување тржишта за производе или услуге на које се жиг односи.<sup>9</sup>

У квантитативном смислу, не може се, дакле, унапред и апстрактно одредити граница од које се употреба жига сматра озбиљном. У том смислу Европски суд правде је као озбиљну потребу жига оценио испоруку 293 сандука (у сваком по 12 комада концентрата за воћни сок) у вредности од 4.800 евра само једном купцу у оквиру једне календарске године.<sup>10</sup> Са друге стране, овај Суд је одбио да призна постојање озбиљне употребе жига у временском периоду између 14.6.1994. и 14.6.1999. го-

6 Видети пресуду „Ansul“ Европског суда правде, доступно на адреси: <http://lexetius.com/2003,200>, као и пресуду „Lottocard“ немачког Савезног суда, доступно на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh/lottocard>.

7 Alfred Bergmann, „Rechtserhaltende Benutzung von Marken“, *Markenrecht*, бр. 01/2009, стр. 3.

8 Видети пресуду „Bainbridge“ Европског суда правде. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://lexetius.com/2007,2560>.

9 А. Bergmann, *нав. чланак*, стр. 3.

10 Видети пресуду „Sunrider/НАВМ (Vitafruit)“ Европског суда правде, *Markenrecht*, 2006, стр. 265.

дине. У овом петогодишњем периоду жиг је коришћен само у оквиру каталога за јесен-зиму 1994/1995. године, као и у рекламним огласима током 1995. године.<sup>11</sup>

Немачки Савезни суд, такође је имао прилику да тумачи појам озбиљне употребе жига. У том смислу, по мишљењу овог Суда, једина околност да се жиг користи на сасвим незнатном броју производа, намењених специјалним потрошачким круговима, није довољна претпоставка да се ова употреба квалификује као привидна, односно симболична.<sup>12</sup> Такође, бесплатна предаја робе која је обележена жигом, заједно са неком другом плаћеном робом, сматра се његовом озбиљном употребом, ако је таква предаја уобичајена у пословним односима.<sup>13</sup>

#### IV Оправдани разлози за некоришћење жига

Некоришћење жига не доводи до његовог престанка, уколико титулар жига докаже да га није користио из оправданог разлога. Према пракси Европског суда правде, околности које ометају коришћење жига морају бити независне од воље титулара жига, да би се квалификовале као оправдани разлози за његово некоришћење.<sup>14</sup> Другим речима, потребно је да на њих титулар жига није могао утицати.<sup>15</sup> Ипак, не спречава свака сметња за коришћење жига његов престанак, нарочито сметња малог интензитета, самим тим што је независна од воље титулара жига. Са друге стране, сметња не мора бити таква да употребу жига чини немогућом. Довољно је да између сметње и жига постоји таква веза, да се од титулара не може очекивати употреба жига.

Законом прописана забрана рекламе производа или услуга за које је жиг регистрован је, примера ради, оправдани разлог због којег титулар не може да користи свој жиг.<sup>16</sup> Забрана рекламе не спада у сферу ри-

11 Видети пресуду „Bainbridge“ Европског суда правде. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://lexetius.com/2007,2560>).

12 Видети пресуду „Gallup“ немачког Савезног суда. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-gallup>.

13 Видети пресуде немачког Савезног суда: „Lottocard“, доступно на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh/lottocard>, и „Gallup“, доступно на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-gallup>.

14 Видети пресуду „Häupl/Lidl“ Европског суда правде. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://markenmagazin.de/eugh-haupl-lidl-stiftung-co-kg>.

15 Видети пресуду „Cohiba“ немачког Савезног суда. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-cohiba>.

16 Видети пресуду „Cohiba“ немачког Савезног суда, доступно на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-cohiba>.

зика титулара жига. За време док забрана важи не може се од титулара жига очекивати да користи свој жиг. Мишљење страних теоретичара је да сметња за коришћење жига може постојати и онда када забрана рекламе за производе или услуге на које се жиг односи још увек не постоји у домаћој земљи, али се на основу европских прописа свакако мора рачунати на њено скорије увођење.<sup>17</sup>

Приликом квалификације појаве која спречава коришћење жига као оправдани разлог за његово некоришћење узимају се у обзир све околности конкретног случаја. Сметња за коришћење жига, која је пролазног карактера, не може водити заустављању тока петогодишњег рока из чл. 64 ЗОЖ. *Ratio legis* обавезне употребе жига говори против заустављања петогодишњег рока, ако само у кратком, пролазном периоду постоје оправдани разлози за некоришћење жига. Наиме, законски рок од пет година је довољан период за стварање услова за озбиљну употребу жига за производе или услуге за које је регистрован. Заустављање тока петогодишњег рока због постојања оправданих разлога који у кратком периоду спречавају коришћење жига, водило би продужењу рока обавезне употребе жига, што није била интенција законодавца. Дакле, околност која у кратком периоду, на пример четири месеца, спречава коришћење жига није довољна за њену квалификацију као оправдани разлог за некоришћење жига у оквиру петогодишњег рока.

## V Употреба жига за регистровану робу или услуге

Титулар жига је дужан да жиг користи за оне производе или услуге за које је регистрован. Европски суд правде широко одређује област у којој жиг може озбиљно да се користи. Према пракси овог Суда озбиљна употреба жига постоји не само у случају његове употребе за производе за које је регистрован, већ и у случају коришћења жига за обележавање и продају појединих саставних делова већ продатих производа.<sup>18</sup> У том смислу, озбиљна употреба жига, тим пре треба да постоји у случају његове употребе за производе који стоје у непосредној вези са производима за које је жиг регистрован, и који треба да задовоље потребе потрошача за овим производима. Овде, по мишљењу Суда, спадају случајеви коришћења жига приликом продаје прибора или производа који су у вези са услугом одржавања или поправке главног производа.

Према пракси немачког Савезног суда, озбиљна употреба жига начелно не постоји када се знак, који је предмет заштите жига, искључиво

17 А. Bergmann, *нав. чланак*, стр. 3.

18 Видети пресуду „*Ansul*“ Европског суда правде, доступно на адреси: <http://lexetius.com/2003,200>.



користи као знак предузећа, а не као жиг за производе или услуге за које је регистрован.<sup>19</sup> Одлучујуће је при том, да ли учесници у промету на основу објективних околности у употреби знака као фирма виде и употребу чија је намена разликовање робе или услуга, односно указивање на производно порекло робе или услуга.

Разликовање између употребе као жиг и примене као знак предузећа нарочито је проблематично код услужних жигова. Наиме, за разлику од робног жига код којег је могућа физичка веза између жига и робе, код услужног жига то није случај. Услужни жиг се користи његовим стављањем на пословни локал или на предмете који се користе за пружање услуга. Примера ради, употреба услужног жига се врши његовим стављањем на службено одело, пословна писма, проспекте, ценовнике, рачуне, огласе, рекламне, штампане ствари и слично. Претпоставка је при том, да у конкретној примени знака учесници у промету виде указивање на порекло услуга. Другим речима, у употреби знака потрошачи не виде само означавање пословног локала, већ на основу такве употребе имају свест о услузи која из њега потиче. Услужни жиг се у многим случајевима поклапа са фирмом титулара жига. Истовремена употреба истог знака као фирма и као жиг чешћа је, дакле, код услужних него код робних жигова.<sup>20</sup>

Питањем постојања озбиљне употребе услужног жига немачки Савезни суд је имао прилику да се бави у случају „Akzenta“.<sup>21</sup> Стицалац лиценце, посредник у пружању услуге осигурања, користио је услужни знак „Akzenta“ у пословној кореспонденцији, на ковертама, хартијама за писмо, визит картама и рачунима у форми тако да графички и у боји истакнути знак указује на конкретну услугу посредовања у пословима домаћег и међународног осигурања, за које је жиг иначе регистрован. Суд је сматрао да у истовременом коришћењу знака као саставни део фирме и у вези са конкретном услугом учесници у промету не препознају само одређени пословни погон, већ и конкретне услуге које из тог погона потичу. У вези са тим Суд је истакао да је промет већ навикнут на то да се услуге, чешће него производи, обележавају именом предузећа. Име предузећа или део имена који поседује снагу разликовања, а које стоји у вези са конкретно означеном услугом, промет редовно разуме као указивање на услуге које потичу из односног предузећа.

19 Видети пресуде немачког Савезног суда: „Otto“, „Norma“, и „Akzenta“ немачког Савезног суда. Текстови пресуда доступни су на адресама: <http://markenmagazin.de/bgh-otto>; [markenmagazin.de/bgh-norma](http://markenmagazin.de/bgh-norma); [markenmagazin.de/bgh-akzenta](http://markenmagazin.de/bgh-akzenta).

20 А. Bergmann, *нав. чланак*, стр. 5.

21 Видети пресуду „Akzenta“ немачког Савезног суда. Текст пресуде доступан на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-akzenta>.

## VI Пракса Европског суда правде

Питањем озбиљне употребе жига Европски суд правде је имао прилику да се бави у скорије време у случају „Wellness“.<sup>22</sup> У даљем делу рада изнећемо суштину спора и анализирати пресуду Европског суда правде у овом случају.

Аустријско предузеће „Maselli-Strickmode GmbH“ производи и продаје одећу. Ово предузеће је титулар жига „Wellness“, који је у аустријском Патентном уреду регистрован за производе из класе 16 (часописи и књиге), 25 (одећа) и 32 (безалкохолна пића) у смислу Ничеанског аранжмана међународне класификације роба и услуга. Предузеће „Maselli“ је сваком купцу текстилне робе обележене његовим жигом бесплатно делило безалкохолно пиће на чијој етикети је стајао натпис „Wellness Drink“. У међувремену, предузеће „Silberquelle“, које продаје безалкохолна пића, затражило је гашење жига „Wellness“ за производе из класе 32, због некоришћења од стране титулара жига. Крајем 2006. године надлежно одељење аустријског Патентног уреда усвојило је захтев за гашење жига. Против овог захтева титулар жига је поднео приговор вишем Сенату за патенте и жигове. Овај Сенат је, пак, због природе спора, прекинуо поступак који је пред њим покренут и Европском суду правде у Луксембургу поставио претходно питање: да ли се чл. 10, ст. 1 и чл. 12, ст. 1 Директиве бр. 89/104 тумачи тако да озбиљна употреба жига постоји и у случају употребе за производе (овде безалкохолна пића) које титулар жига бесплатно дели купцима његових других производа (овде текстилне робе)? Суд је на ово питање одговорио полазећи од своје раније, устаљене праксе да озбиљна употреба жига постоји само онда када се производима који су обележени жигом отвара и обезбеђује тржиште. Другим речима, озбиљна употреба жига постоји само у случају његове стварне употребе, чиме се остварује његова главна функција гарантовања идентитета, односно разликовања производа или услуга титулара жига од истих или сличних производа другог порекла. Дакле, у том смислу Суд је нашао да употреба жига „Wellness“ за безалкохолна пића која се бесплатно деле при куповини других производа истог титулара није озбиљна. По мишљењу овог Суда, стављање жига на предмете који се деле као поклон не доприноси ни отварању тржишта за ове производе, ни њиховом разликовању од истих или сличних производа који потичу из другог предузећа.

Одлука Европског суда правде посебне последице има на тржиште производа који се у данашњем пословном свету означавају термином

22 Видети пресуду „Wellness“ Европског суда правде. Текст пресуде доступан на адреси: <http://markenmagazin.de/eugh-wellness>.

„мерчендајзинг“.<sup>23</sup> Наиме, у последње време све је већи број услужних предузећа која региструју жигове не само за услуге које намеравају да пружају, него и за производе који, у циљу унапређења пословања, бесплатно треба да се деле приликом пружања услуга. Примера ради, рекламу новог производа или тарифе предузећа које пружа услуге телекомуникација често прате производи као што су мајице, оловке, омот за телефон и слично, који се бесплатно дају уз купљени нови производ или услугу. Купац новог аутомобила често на поклон добија производе који су обележени знаком произвођача (привезак за кључеве, омот за возачку и саобраћајну дозволу, мајицу, качкет и сл.). Међутим, у смислу начела која је Европски суд правде истакао у одлуци „Wellness“, стављање жига на производе који служе унапређењу пословања није озбиљна употреба жига. По мишљењу Суда ови производи се само бесплатно деле приликом куповине главног производа, што не доприноси отварању или обезбеђењу тржишта за ове производе.

Одлука Европског суда правде „Wellness“ је спорна из више разлога. Наиме, у одлуци „Vitafruit“ Европски суд правде је поставио ниске границе за постојање озбиљне употребе жига.<sup>24</sup> У овој одлуци Суд је посебно истакао да не постоји доња граница употребе, већ да озбиљна употреба жига зависи од више фактора. Један од њих је величина тржишта. Са друге стране, симболична употреба жига не може се сматрати његовом озбиљном употребом. Ипак, раније смо већ истакли да је Европски суд правде као озбиљну потребу жига оценио испоруку 293 сандука (у сваком по 12 комада концентрата за воћни сок) у вредности од 4.800 еура само једном купцу у оквиру једне године. И у овој одлуци Суд се руководио критеријумом отварања или обезбеђења тржишта. У том смислу, бесплатна предаја (поклањање) одређених производа приликом куповине главног производа није довољан критеријум да се доведе у питање озбиљна употреба жига којим су ти производи означени.<sup>25</sup> Изузетак постоји, примера ради, када бесплатна предаја робе није повезана са пословном делатношћу предузећа, односно, у случају када је симболичног карактера.<sup>26</sup>

23 Реч „Merchandising“ је енглеског порекла и највише одговара појму комерцијале у нашем језику. У ужем смислу мерчендајзинг обухвата све активности које се предузимају у циљу унапређења продаје робе, као на пример, позиционирање и излагање робе, промоције унутар продајног простора и сл.

24 Видети пресуду „Sunrider/НАВМ (Vitafruit)“ Европског суда правде, *Markenrecht*, 2006, стр. 265.

25 Видети пресуду „Gallup“ немачког Савезног суда. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://markenmagazin.de/bgh-gallup>.

26 У пресуди „Gallup“ немачки Савезни суд је посебно истакао да само стављање жига на незнатан број производа (овде десетогодишњи, односно месечни часопис) није

## VII Закључак

Европски суд правде је у случају „Wellness“, имајући у виду његову ранију праксу, дошао до изненађујућег резултата, да производи који су обележени жигом и који се само бесплатно деле приликом куповине главног производа, не доприносе ни отварању ни осигурању тржишта. Став овог Суда је прихватљив само утолико што производи који се бесплатно деле не доприносе отварању тржишта, али само за те производе. Ипак, Европски суд правде је у случају „Wellness“ изгубио из вида да и производи који се бесплатно деле, а који су обележени жигом, указују на порекло производа. Привезак за кључеве са изразом „Opel“, мајица са натписом „Telekom“ или дигитрон са изразом „Комерцијална банка“ имају, пре свега, посебан значај за учеснике у промету. Иако нису предмет делатности предузећа, односно установе чијим жигом су обележени, ови производи асоцирају потрошаче на произвођача аутомобила „Opel“, установу која пружа услуге телекомуникација „Telekom“, односно тачно одређену банку („Комерцијална банка“). Дакле, пожељно је да Европски суд правде првом приликом исправи последице које у пракси може изазвати одлука „Wellness“. Дакле, и обележавање производа који се бесплатно деле уз главни производ, а за које је жиг такође регистрован, је правнорелевантна (озбиљна) употреба жига. И у овом случају жиг се користи да укаже на порекло робе из погона титулара жига, чиме се остварује његова основна функција, тј. функција гарантовања порекла жигом обележене робе.

**Mag. Sonja SPASOJEVIĆ**

**Assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac**

### TERMINATION OF THE TRADEMARK DUE TO INACTIVITY

#### Summary

*The European Court of Justice acting in the “Silberquelle-Maselli” case came to a surprising resolution, based on what was to be anticipated from its previous practice, that products with trademark that are given to consumers for free while they buy the main product, contribute to neither market entering nor market security. Standpoint of this Court is acceptable providing that*

---

довољно за квалификацију такве употребе као привидне, уколико су производи намењени специјалном кругу потрошача.

*the products being given free of charge do not contribute to market creation, but only applies to these products. However, in the “Silberquelle-Maselli” case, the European Court of Justice overlooked the fact that even the products being given for free have their origin disclosed if they bear trademark. That means, a key-ring with an “Opel” label, or a t-shirt with a “Telekom” sign or a calculator labelled with “Komercijalna banka”, have, above all, a special meaning for market participants. Although not being the subject of activity of the Company nor the Institution whose mark they bear, with the consumers they still raise association to the automobile producer “Opel”, or the company “Telekom” that provides telecommunication services, or a particular bank (“Komercijalna banka”). Therefore, it is desirable that European Court, as soon as possible, eliminates detrimental impacts that may ensue in practice from the “Silberquelle-Maselli” decision. Hence, marking of the products being given for free while accompanying the main product is legally relevant (serious) use of trademark. In this case as well, the trademark is used to show that goods originate from facilities of trademark holder, by which its main function is accomplished, i.e. function of guaranteeing the origin of the goods bearing trademark.*

**Key words:** *trademark, termination of the trademark, serious use of trademark.*

**dr Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ**  
viši asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

## **NAČELA PRAVNOG UREĐENJA SUSTAVA ŽIGA ZAJEDNICE**

### **Rezime**

*U radu se obrađuju načela pravnog uređenja sustava žiga Zajednice, njihovi učinci te međusobni utjecaji. Kao temeljno načelo žiga Zajednice ističe se načelo jedinstvenih učinaka, dok su ostala načela žiga Zajednice: načelo autonomije ili neovisnosti, načelo koegzistencije ili pravnog suživota koje uključuje i načelo ekvivalencije ili jednakosti u odnosu prema nacionalnim žigovima, načelo propusnosti, načelo nediskriminacije ili dostupnosti, načelo međunarodne integracije žiga Zajednice te načelo upisa ili registracije. Pored ovih načela za koja se uobičajeno ističe da oblikuju sustav žiga Zajednice, u radu se posebno obraća pozornost i na načelo neakcesornosti koje do izražaja dolazi u imovinskopравnim raspolaganjima žiga Zajednice. Također, prikazuju se i načela propisana za pristupanje novih država u sustav žiga Zajednice koja proizlaze iz sadržaja općih načela njegova pravnog uređenja.*

**Ključne reči:** žig Zajednice, načela žiga Zajednice.

### **I Uvod**

Sustav žiga Zajednice jedan je od integrativnih čimbenika unutarnjeg tržišta Europske unije. Njegova posebnost u odnosu prema mnoštvu nacionalnih žigovnih sustava u državama članicama Europske unije jest ta što proizvodi jedinstvene učinke na području cijele Europske unije. Pravni instrumentarij sustava žiga Zajednice sadržan je u autonomnom pravu

Europske unije: u Uredbi Vijeća (EZ) 207/2009 od 26. veljače 2009. o žigu Zajednice (dalje u tekstu Uredba o žigu Zajednice) i provedbenim propisima koji su uz nju doneseni.<sup>1</sup> Postupak registracije i sve ostale administrativne postupke i poslove vezane uz stjecanje, održavanje u vrijednosti te prestanak žiga Zajednice provodi Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu, kao tijelo Zajednice. Unutar toga ureda djeluju Žalbena vijeća kao drugostupanjsko tijelo koje odlučuje o žalbama protiv prvostupanjskih odluka Ureda. Protiv odluka Žalbenih vijeća može se podnijeti tužba Sudu prvoga stupnja, dok je drugi sudski stupanj Europski sud pravde.<sup>2</sup>

Žig Zajednice prema svojoj je pravnoj naravi te prostornim (teritorijalnim) i vremenskim učincima isključivo pravo intelektualnog vlasništva kojim se štiti znak koji služi za razlikovanje proizvoda i usluga jednog poduzetnika od proizvoda i usluga drugog poduzetnika na unutarnjem tržištu Europske unije, koje ima apsolutno djelovanje, koje se steče registracijom, kojeg se trajanje može produljivati prema volji njegova nositelja, koje je od trenutka registracije neovisno o sustavima nacionalnih žigova koji postoje u Europskoj uniji, koje proizvodi jedinstvene učinke na području cijele Europske unije te kojim se može slobodno raspolagati.<sup>3</sup> Žig Zajednice postoji jedino kao registrirano pravo. Ne postoji neregistrirani žig Zajednice

1 [2009] *O.J. L* 78, str. 1, 24.3.2009. Ta je uredba pročišćeni tekst Uredbe Vijeća (EZ) 40/94 o žigu Zajednice [1994] *O.J. L* 11, str. 1, 14.1.1994, te njenih izmjena i dopuna: [1994] *O.J. L* 349, str. 83, 31.12.1994, [2003] *O.J. L* 122, str. 60, 16.05.2003, [2003] *O.J.*, L 236, str. 342, 23.09.2003, [2003] *O.J. L* 245, str. 36, 29.09.2003, [2003] *O.J. L* 296, str. 20, 14.11.2003, [2003] *O.J. L* 296, str. 1, 14.11.2003, [2004] *O.J. L* 70, str. 1, 09.03.2004, [2005] *O.J. L* 172, str. 4, 05.07.2005, [2005] *O.J. L* 157, str. 231, 21.6.2005, [2006] *O.J. L* 386, str. 14, 29.12.2006. Uz Uredbu o žigu Zajednice na snazi su i provedbeni akti: Uredba Komisije (EZ) 2868/95 od 13. prosinca 1995. o implementaciji Uredbe Vijeća (EZ) 40/94 o žigu Zajednice [1995] *O.J. L* 303, str. 1, 15.12.1995, izmjene i dopune [2004] *O.J. L* 123, str. 88, 27.04.2004., [2005] *O.J. L* 172, str. 4, 05.07.2005. i [2009] *O.J.*, L 109, str. 3, 30.04.2009. Pročišćeni tekst dostupan je na adresi: <http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/regulations/2868en-codified.pdf> (posljednji posjet 06.04.2011.); Uredba Komisije (EZ) 2869/95 od 13. prosinca 1995. o naknadama koje se plaćaju Uredu za harmonizaciju na europskom tržištu (žigovi i dizajn) [1995] *O.J. L* 303, str. 33, 15.12.1995, izmjene i dopune [2004] *O.J. L* 123, str. 85, 27.04.2004, [2005] *O.J. L* 172, str. 22, 05.07.2005, [2005] *O.J. L* 271, str. 14, 15.10.2005. i [2009] *O.J. L* 109, str. 3, 30.04.2009. Pročišćeni tekst dostupan je na adresi: [http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/regulations/286995\\_cv\\_en.pdf](http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/regulations/286995_cv_en.pdf) (posljednji posjet 06.04.2011.); te Uredba Komisije (EZ) 216/96 od 5. veljače 1996. kojom se uređuju postupovna pravila Žalbenih vijeća Ureda za harmonizaciju na europskom tržištu (žigovi i dizajn) [1996] *O.J. L* 28, str. 11, 06.02.1996, izmjene i dopune [2004] *O.J. L* 360, str. 8, 07.12.2004. Pročišćeni tekst dostupan je na adresi: [http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/regulations/21696\\_cv\\_en.pdf](http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/regulations/21696_cv_en.pdf) (posljednji posjet 06.04.2011.).

2 Vidi o tome na adresi: [www.ohim.eu](http://www.ohim.eu).

3 Slično Reinhard, Ingerl, *Die Gemenischafsmarke*, Stuttgart / München / Hannover / Berlin / Weimar / Dresden, 1996, str. 29.

koji bi se stjecao uporabom ili na drugi način.<sup>4</sup> Uredbom o žigu Zajednice nije propisana pravna zaštita neregistriranih žigova, stoga je žig Zajednice formalno pravo.

Sustav žiga Zajednice slijedom svoje supranacionalne naravi, kao jedan od integrativnih čimbenika na unutarnjem tržištu Europske unije, podvrgnut je karakterističnim načelima. Provedbom tih načela osigurava se postizanje njegovih ciljeva kao i njegov pravni suživot s množinom nacionalnih žigovnih sustava u državama članicama Europske unije.

Kao temeljno načelo žiga Zajednice ističe se načelo jedinstvenih učinaka, kraće načelo jedinstvenosti (engl. *principle of unitary character of Community trade mark*, njem. *Grundsatz der Einheitlichkeit der Gemeinchaftsmarke*). Pored načela jedinstvenosti, ostala načela žiga Zajednice jesu: načelo autonomije ili neovisnosti (njem. *Grundsatz der Autonomie*); načelo koegzistencije ili pravnog suživota (njem. *Grundsatz der Koexistenz*) koje uključuje i načelo ekvivalencije ili jednakosti u odnosu prema nacionalnim žigovima (njem. *Grundsatz der Äquivalenz*) te načelo propusnosti (njem. *Grundsatz der Pereabilität, Grundsatz der Durchlässigkeit*).<sup>5</sup> Dok će neki isticati samo tri temeljna načela od do sada nabrojanih, a to su jedinstvenost, neovisnost i pravni suživot,<sup>6</sup> drugi uz navedena ističu i načelo nediskriminacije ili dostupnosti (engl. *principle of accessibility*), načelo međunarodne integracije žiga Zajednice<sup>7</sup> i načelo upisa ili registracije.<sup>8</sup>

U ovome se radu izloženim načelima žiga Zajednice pribraja još jedno, načelo neakcesornosti žiga Zajednice. Ono se kao takvo u pravilu ne ističe u pravnoj književnosti koja se bavi sustavom žiga Zajednice. Budući da je riječ o načelu koje odlučno utječe na uređenje imovinskopravnih raspolaganja žigom Zajednice te na uređenje prepostavki za stjecanje žiga Zajednice, smatralo se bitnim i ovo načelo uvrstiti među ostala obrađena u ovome radu.

4 Npr. prema njemačkom žigovnom pravu neregistrirani žig može se steći i temeljem činjenice da je žig dobro poznat u smislu članka 6bis Pariške konvencije. (vidi npr. Romana Matanovac Vučković, *Prijenos i licencija žiga u kontekstu pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji (dis.)*, Zagreb, 2010, str. 160–162). S druge strane, prema Uredbi o žigu dobro poznati žig u smislu članka 6bis Pariške konvencije tek je jedan od relativnih razloga za odbijanje registracije žiga Zajednice.

5 Navedena načela ističu: Günter Eisenfür, Detlef Schennen, *Gemeinschaftsmarkenverordnung Kommentar*, Köln / Berlin / Bonn / München, 2003, str. 22.

6 Alexander von Mühlendahl, Dietrich C. Ohlgart, Verena von Bomhard, *Die Gemeinschaftsmarke*, München, 1998, str. 8–10.

7 Vidi Ivana Kunda, Romana Matanovac, „Žig Zajednice i dizajn Zajednice – osnovna obilježja i mjesto u novelama hrvatskih zakona iz 2007. godine“, u: Romana Matanovac (ur.), *Prilogodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, Zagreb, 2007, str. 56, bilj. 15, i literatura na koju se tamo upućuje.

8 Načelo upisa posebno naglašava Slavica Krneta, „Europsko pravo žiga“, *Hrvatski patentni glasnik*, br. 2–3, 1994, str. 238.



## II Načelo jedinstvenosti pravnih učinaka žiga Zajednice

Načelo jedinstvenosti pravnih učinaka žiga Zajednice propisano je u čl. 2/1 Uredbe o žigu Zajednice.<sup>9</sup> Slijedom načela jedinstvenosti podrazumijeva se da je žig Zajednice jedinstven. On ima jedinstveno djelovanje na području cijele Europske unije, čime je podignut na razinu supranacionalnog prava. Nije riječ o skupu nacionalnih prava koja se mogu steći primjenom međunarodne prijave žiga u Madridskom sustavu<sup>10</sup> niti se po svojim pravnim učincima žig Zajednice može usporediti s europskim patentom.<sup>11</sup> Za razliku od opisanih sustava, žig Zajednice može se steći samo za cijelu Europsku uniju, a ne za neku od država članica ili neku regiju<sup>12</sup> ili za druga teritorijalno ograničena područja na njezinu unutarnjem tržištu. Zbog toga se apsolutne i relativne smetnje za stjecanje žiga Zajednice ispituju za svaku državu članicu Europske unije. Ako samo u jednoj od njih postoje apsolutne ili relativne smetnje za registraciju žiga Zajednice, takav se znak neće moći registrirati kao žig Zajednice, i bez obzira na to što možda razlog za odbijanje registracije ne postoji ni u jednoj drugoj državi članici Europske unije. To se načelo naziva i načelom „sve ili ništa“.<sup>13</sup> Jednak je učinak i prestanka žiga Zajednice. On može prestati samo za cijelu Europsku uniju.

Iako se prema čl. 48a Uredbe žig Zajednice može razdvojiti tako da se proizvodi i usluge za koje je registriran razdvoje, te slijedom toga nastanu dvije registracije s istim datumom prvenstva, to ne znači da su se razdvojili jedinstveni učinci žiga Zajednice. Time nije narušeno načelo jedinstvenosti. Dakle, nakon razdvajanja isti znak biva registriran dva puta kao žig Zajednice, ali za različite proizvode ili usluge, s tim da svaki od njih zadržava prioritet prvobitnoga žiga. I nakon razdvajanja, svaki od dvaju novonastalih žigova Zajednice proizvodi jedinstvene pravne učinke za cijelo područje Europske unije, računajući od datuma prvenstva prvobitnog žiga Zajednice. Slijedom toga, moguće je također da se nositelj žiga Zajednice njega odrekne u cijelosti ili u dijelu, tj. samo za neke od proizvoda ili usluga za koje je registriran. Učinci takvog odricanja djeluju jednako na području cijele Europske unije. S ovim se mogu poistovijetiti i pravni učinci djelomičnog poništaja te djelomičnog opoziva žiga Zajednice.

9 Tako G. Eisenfür, D. Schennen, *op.cit.*, str. 22.

10 *Ibid*, str. 25.

11 Isto R. Ingerl, *op. cit.*, str. 28.

12 Unutar Europske unije postoje nacionalni žigovni sustavi svake od država članica, osim u Belgiji, Nizozemskoj i Luxemburgu gdje nije moguće steći nacionalne žigove, već samo regionalni Benelux žig. Svuda dalje u tekstu Benelux žig izjednačen je s nacionalnim žigovima država članica Europske unije

13 Isto G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 26. te R. Ingerl, *op. cit.*, str. 33.

Žig Zajednice može se prenijeti drugome, no i to se događa samo s učinkom za područje cijele Europske unije. Ako bi riječ bila o djelomičnom prijenosu, tada se (kao i u prethodno opisanim slučajevima razdvajanja žiga Zajednice) žig Zajednice tijekom prijenosa razdvaja na dva žiga koji oba zadržavaju prioritet prvobitnog žiga. Novi žigovi Zajednice sa starim prioritetom i dalje proizvode učinke na području cijele Europske unije, ali svaki u odnosu na svoj popis proizvoda i usluga. Dakle, u prijenosu se žig Zajednice može dijeliti po proizvodima i uslugama ali ne po svojim učincima i sadržaju prava koja iz njega proizlaze. Nije moguće podijeliti žig Zajednice tako da se prenese na različite osobe za različite države članice Europske unije.<sup>14</sup> Djelomičan prijenos može se odnositi samo na Europsku uniju kao cjelinu. Dakle, djelomičan prijenos dopušten je samo s obzirom na proizvode ili usluge te time nastali žigovi Zajednice s istim prioritetom proizvode pravne učinke na području cijele Europske unije.<sup>15</sup> Prijenos žiga Zajednice koji bi se odnosio samo na dio Europske unije bio bi ništetan.<sup>16</sup>

Sve navedeno ujedno znači da žig Zajednice ima jednaka, jedinstvena obilježja u čitavoj Europskoj uniji. Sadržaj isključivih prava koja proizlaze iz žiga Zajednice jednaka su u cijeloj Europskoj uniji,<sup>17</sup> kao što i njihova Uredbom propisana ograničenja djeluju na cijelom području Europske unije.<sup>18</sup> Također, zabrana uporabe žiga Zajednice može se odnositi samo na područje cijele Europske unije.<sup>19</sup>

Ipak, od primjene načela jedinstvenosti postoje iznimke. One mogu biti propisane samo u Uredbi o žigu Zajednice. Kao najvažnija među njima ističe se mogućnost podnošenja tužbe za zabranu uporabe žiga Zajednice u nekoj od država članica Europske unije.<sup>20</sup> To je propisano u čl. 110 i 111 Uredbe. Prema čl. 110 Uredbe, moguće je na temelju ranijega nacionalnog prava koje je po čl. 8 Uredbe relativna smetnja za registraciju žiga Zajednice ili koje je po čl. 53/2 Uredbe relativan razlog za poništaj žiga Zajednice, zabraniti uporabu kasnijega žiga Zajednice na način na koji se može zabraniti uporaba kasnijega nacionalnog žiga prema pravu države članice Europske unije u kojoj se ta zabrana traži. Također, prema čl. 111 Uredbe o žigu Zajednice, može

14 Isto G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 26.

15 Isto A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 73. te Julian Gyngell, Allan Poulter, (ed.), *A User's Guide to Trade Marks and Passing Off*, London / Edinburgh, Dublin, 1998, 2. ed., str. VIII.2, 15 i 16.

16 *Ibid*, str. VIII.2.

17 Sadržaj isključivih prava propisan je u čl. 9. Uredbe o žigu Zajednice.

18 Ograničenja isključivih prava koja proizlaze iz žiga Zajednice propisana su u čl. 10, 11 i 12 Uredbe o žigu Zajednice.

19 Vidi čl. 1/2 Uredbe o žigu Zajednice.

20 Tako A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 9, te R. Ingerl, *op. cit.*, str. 33.

se tražiti zabrana uporabe žiga Zajednice na određenom području Europske unije, na temelju ranijeg prava lokalnog značenja koje se priznanje za to određeno područje. Nositelji navedenih ranijih prava ne mogu se koristiti tim pogodnostima ako su u neprekinutom trajanju od pet godina svjesno trpjeli postojanje i/ili uporabu žiga Zajednice, osim ako je on bio registriran u zloj vjeri. Učinak tih zabrana narušava načelo jedinstvenosti žiga Zajednice. Umjesto da proizvodi jedinstvene pravne učinke na području cijele Europske unije, slijedom primjene navedenih odredaba, u nekim državama članicama biva zabranjena uporaba žiga Zajednice.<sup>21</sup> Posredstvom opisane zabrane uporabe žiga Zajednice mogu nastati „rupe“ u nekim državama članicama Europske unije. Zato se opisana iznimka od načela jedinstvenosti još naziva i *swiss ceese exception*.<sup>22</sup> Zbog tog se ograničenja tvrdi da je i u Uredbi o žigu Zajednice priznato načelo da žig Zajednice daje svojem nositelju isključiva prava u odnosu prema trećim osobama ali da ne predstavlja apsolutno pravo iskorištavanja.<sup>23</sup>

Među iznimkama od načela jedinstvenih učinaka žiga Zajednice ističe se i mogućnost davanja prostorno ograničene licencije koja je propisana u čl. 22/1 Uredbe o žigu Zajednice.<sup>24</sup> Licencija žiga Zajednice može se dati za samo jednu ili za nekoliko država članica Europske unije, pa i za neko drugo prostorno ograničeno područje unutar Europske unije. Zato u čl. 22/1 Uredbe stoji da se žig može licencirati za cijelu Europsku uniju ili za njezin dio.

Iznimka od načela jedinstvenih učinaka žiga Zajednice mogu biti i slučajevi pravne zaštite žiga Zajednice od povrede. Naime, i onda kad je neki nacionalni sud nadležan za postupke za zaštitu žiga Zajednice od povrede te kada može donositi presude koje se odnose na cijelo područje Europske unije, mogući su slučajevi da sudska presuda ne proizvodi učinke u svim njenim državama članicama. To se može dogoditi npr. zbog izvršavanja volje tužitelja primjenom načela dispozitivnosti i slobode raspolaganja tužbenim zahtjevom ili zbog činjeničnog supstrata pojedinog slučaja u kojem npr. postoji opasnost od zamjene samo u jednom dijelu Europske unije, a ne na cijelom njenom području, i sl. Tomu je razlog taj što se u čl. 95. do 108. Uredbe o žigu Zajednice ne daju odgovori na sva pitanja vezana uz učinke presuda u parnicama zbog povrede žiga Zajednice.<sup>25</sup>

U odnosu na iznimke od načela jedinstvenosti mogu se u širem smislu promatrati i odredbe iz čl. 112. Uredbe o žigu Zajednice prema kojima je

21 Više G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 28, 29.

22 Tako Just Clemens, *Die Gemeinschaftsmarke im System des internationalen Markenschutzes*, Lang, Frankfurt am Main / Berlin / Bern / Bruxelles / New York / Oxford / Wien, 2001, str. 32.

23 A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 9.

24 R. Ingerl, *op. cit.*, str. 33.

25 Tako A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 8, 9.

moгуће pretvaranje (konverzija) prijave žiga Zajednice u nacionalnu prijavu ako nisu ispunjene pretpostavke za stjecanje žiga Zajednice, ali su istodobno ispunjene pretpostavke za stjecanje nacionalnog žiga u jednoj ili više država članica Europske unije. U tom se slučaju prijava žiga Zajednice pretvara u prijavu za registraciju nacionalnog žiga, s istim prioritetom.<sup>26</sup>

### III Načelo autonomije ili neovisnosti

Načelom autonomije ili neovisnosti žiga Zajednice izražava se svojstvo sustava žiga Zajednice prema kojemu je to samostalan pravni sustav uređen autonomnim pravnim pravilima koja se donose na razini Europske unije i proizvode neposredne pravne učinke na cijelom njezinu području te koja su neovisna o nacionalnim pravnim uređenjima žigovnog prava u državama članicama Europske unije. Pravna pravila kojima se uređuje žig Zajednice propisana su u Uredbi o žigu Zajednice i provedbenim propisima koji su na temelju nje doneseni. Uredba o žigu Zajednice i provedbeni propisi koji se uz nju primjenjuju proizvode neposredne učinke u državama članicama Europske unije, bez potrebe donošenja posebnih nacionalnih propisa za njihovu provedbu ili primjenu.

Ipak, načelo autonomije ili neovisnosti ograničenog je djelovanja, zbog čega se ponekad naziva i načelom relativne autonomije ili neovisnosti.<sup>27</sup> To stoga što se u sustavu žiga Zajednice, osim Uredbe o žigu Zajednice i pripadajućih provedbenih propisa, primjenjuju i drugi akti Zajednice, ali i pojedina pravila iz nacionalnih propisa koji su na snazi u državama članicama Europske unije.

U radu Ureda za harmonizaciju na unutarnjem tržištu, kao tijelu Europske unije, pored Uredbe o žigu Zajednice i pripadajućih provedbenih propisa primjenjuju se i drugi propisi pravne stečevine, sukladno materiji koju uređuju.<sup>28</sup> Oni pred Uredbom o žigu Zajednice nemaju prvenstvo, osim samog Ugovora<sup>29</sup> te osim ako je u njima izričito propisana prednost u primjeni.

Nacionalni propisi država članica primjenjuju se samo ako na njih izričito upućuje Uredba o žigu Zajednice, kao što je to npr. propisano u

26 Tako G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 29.

27 Tako *ibid.*, str. 23. Isto A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 8. te R. Ingerl, *op. cit.*, str. 37.

28 G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 23.

29 Na snazi je konsolidirana verzija Ugovora o Europskoj uniji izmijenjenog i dopunjenog Ugovorom iz Lisabona, objavljena u [2008] *O.J. C* 115, str. 1 te konsolidirana verzija Ugovora o funkcioniranju Europske unije, objavljena u [2008] *O.J. C* 114, str. 47 (dalje u tekstu Ugovor).

njezinu čl. 14. Neki pravni pisci upravo odredbe iz toga članka ističu kao izraz načela autonomije ili neovisnosti.<sup>30</sup> Drugi, međutim, ukazuju da načelo autonomije ili neovisnosti zapravo proizlazi iz same naravi žiga Zajednice kao supranacionalnog prava.<sup>31</sup> U spomenutom čl. 14 Uredbe propisana je primjena nacionalnih propisa u postupcima za zaštitu žiga Zajednice od povrede.<sup>32</sup>

I u nekim drugim odredbama Uredbe o žigu Zajednice propisuje se primjena nacionalnog prava država članica Europske unije. To je osobito slučaj u njenu čl. 16. Na imovinskopravna raspolaganja žigom Zajednice, s učincima za cijelo područje Europske unije primjenjuje se pravo one države članice na koju upućuje čl. 16 Uredbe.<sup>33</sup> Kada se temeljem te odredbe odredi mjerodavno pravo, žig Zajednice kao samostalan objekt imovinskopravnih raspolaganja svrstava se u pravni režim građanskog prava neke od država članica Europske unije. Na taj se konkretni žig Zajednice primjenjuju oni nacionalni propisi u kojima se uređuje raspolaganje nacionalnim žigom u toj državi. Slijedom odredbe iz čl. 16/1 Uredbe o žigu Zajednice, raspolaganje žigom Zajednice, u skladu s pravnim pravilima države članice čije se pravo *in concreto* primjenjuje, ima jedinstvene pravne učinke na području cijele Europske unije.<sup>34</sup> Dakle, bez obzira na to što se u pogledu nekog raspolaganja žigom Zajednice *in concreto* primijenilo nacionalno pravo samo jedne države članice Europske unije, učinci tog raspolaganja isti su u svim državama članicama Europske unije. Takvim se pravnim uređenjem o imovinskopravnim raspolaganjima žigom Zajednice, na štetu načela autonomije ili neovisnosti, udovoljilo zahtjevima koji proizlaze iz načela jedinstvenih učinaka žiga Zajednice.

Također, u čl. 79 Uredbe upućuje se, za slučajeve kada u pravnoj stečevini nisu propisana pravila postupka, na primjenu postupovnih načela općeprihvaćenih u državama članicama Europske unije.<sup>35</sup>

Slijedom svega navedenog može se zaključiti da su pravila o žigu Zajednice propisana u pravnoj stečevini, koju čine Uredba o žigu Zajednice i pripadajući provedbeni propisi, Ugovor, presude Europskog suda pravde te

30 A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 8.

31 J. Clemens, *op. cit.*, str. 31.

32 Više R. Ingerl, *op. cit.*, str. 38, 39.

33 Prilikom odlučivanja o mjerodavnom pravu prema čl. 16 Uredbe o žigu Zajednice primjenjuje se tzv. kaskadni sustav poveznica (njem. *Stufenprüfung*) koje upućuju na primjenu nacionalnog prava neke od država članica Europske unije, uz supsidijarnu primjenu španjolskog prava, ako nositelj žiga nema ni sjedište, ni prebivalište, ni podružnicu (sekundarni poslovni nastan) na području Europske unije. Više G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 266.

34 *Ibidem*.

35 *Ibid*, str. 40, 41. Ima i drugih odredaba Uredbe o žigu Zajednice u kojima se upućuje na primjenu nacionalnih propisa za određene slučajeve – vidi čl. 19, 86, 95, 101, 110, 111.

drugi propisi Europske unije, pravila prvog ranga. Ona se donose autonomno na razini Europske unije, prvenstveno se primjenjuju na žig Zajednice i vrijede bez obzira na nacionalna uređenja žigovnog prava u državama članicama Europske unije. U onome što nije uređeno tim autonomnim pravilima Europske unije, primjenjuje se pravo država članica Europske unije. To su pravila drugog ranga jer se mogu primijeniti onda kad na njihovu primjenu upućuje Uredba o žigu Zajednice. Time je načelo autonomije ograničeno, ono se treba shvatiti relativno jer je korigirano načelom primjene prava država članica Europske unije.<sup>36</sup>

Upravo za imovinskopravna raspolaganja žigom Zajednice Uredba upućuje na primjenu nacionalnih prava država članica Europske unije, u onome što Uredbom nije propisano. Time su pravila o prijenosu i licenciji žiga Zajednice, o njegovu zalaganju i drugim imovinskopravnim raspolaganjima iznimka od načela autonomije. Ona predstavljaju ograničenje djelovanja toga načela.

#### IV Načelo koegzistencije ili pravnog suživota

Načelo koegzistencije ili pravnog suživota proizlazi iz materijalnih odredaba cijele Uredbe o žigu Zajednice te ono sa svoje strane utječe na sadržaj načela jedinstvenosti i samostalnosti.<sup>37</sup> Načelo pravnog suživota ima dva smjera svoga djelovanja. Prema jednome ono uređuje pravni suživot dviju vrsta pravne zaštite koja može neometano postojati za isti znak. Prema drugome, ono uređuje odnose u koliziji između prava koja proizlaze iz žiga Zajednice i prava trećih osoba.<sup>38</sup>

Prema načelu koegzistencije ili pravnog suživota, sustav žiga Zajednice neometano koegzistira, vodi neometani pravni suživot, s množinom nacionalnih žigovnih sustava<sup>39</sup> koji postoje u državama članicama Europske unije, kao i s nacionalnim sustavima zaštite drugih oznaka razlikovanja. Žig Zajednice ne utječe na postojeće nacionalne žigove i druge priznate oznake razlikovanja u državama članicama Europske unije, te ih ostavlja netaknutima, kako u pogledu njihova postojanja, tako i u pogledu njihovih učinaka. Također, žig Zajednice u tome smislu ne utječe ni na sustave drugih prava intelektualnog vlasništva koja postoje u državama članicama Europske unije, kao što su autorsko pravo, zaštita od nepoštenog tržišnog natjecanja i dr.<sup>40</sup>

36 Slično A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 8.

37 *Ibidem*.

38 Tako *ibid*, str. 10.

39 S njima se izjednačuje i Beneluxov žig.

40 Tako G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 30, te A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 10.

Naravno, to se ne odnosi na relativne i apsolutne smetnje u postupku registracije žiga Zajednice kao ni na relativne i apsolutne razloge za poništaj žiga Zajednice te, *vice versa*, na stjecanje opisanih nacionalnih prava. U postupku stjecanja žiga Zajednice postojanje ranijeg nacionalnog žiga ili ranijeg žiga Zajednice kao i drugih ranijih prava intelektualnog vlasništva propisanih u čl. 8. Uredbe o žigu Zajednice i dalje ostaju smetnje za registraciju. Na temelju relativnih i apsolutnih razloga iz čl. 52 i 53 Uredbe o žigu Zajednice može se zahtijevati i poništaj registriranog žiga Zajednice. Ovdje je riječ o pitanjima prioriteta.<sup>41</sup> Ranije stečeni oblik zaštite isključuje kasnije stečeni oblik zaštite na istom predmetu, ako su ta dva oblika zaštite u međusobnoj suprotnosti. No, ako ne bi bili u međusobnoj suprotnosti, oni mogu koegzistirati, imati istodoban pravni život. Zaštita žigom Zajednice ne isključuje zaštitu istog predmeta autorskim pravom, pravom industrijskog dizajna ili zaštitu prema pravilima poštenog tržišnog natjecanja. Ista se osoba može pozivati na sve navedene osnove, ako su ispunjene pretpostavke propisane u nacionalnim pravima za stjecanje takve zaštite u odnosu na isti predmet.

Načelo pravnog suživota ili koegzistencije omogućuje jednoj osobi da izabere, na temelju nekih svojih faktičnih, gospodarskih ili drugih interesa, želi li neki znak štiti kao žig Zajednice ili kao nacionalni žig u jednoj ili više država članica Europske unije, ili želi imati istodobno i žig Zajednice i nacionalni žig za isti znak te za istovjetne proizvode ili usluge. Potonje se naziva i dvostrukom pravnom zaštitom (njem. *Doppelschutz*).<sup>42</sup> Za taj su slučaj u čl. 109. Uredbe o žigu Zajednice propisana pravila o koncentraciji građanskih parnica ako bi se između istih stranaka zahtijevala zaštita od istovrsne povrede nacionalnog žiga i istovjetnog žiga Zajednice u različitim državama članicama Europske unije.<sup>43</sup>

Kada postoji dvostruka pravna zaštita nacionalnim žigom i žigom Zajednice, nositelj takvih žigova mora paziti da njihovim raspolaganjem u ugovoru o prijenosu ili ugovoru o licenci ne stvori okolnosti u kojima bi ti žigovi postali prijeverni te slijedom toga prikladni za opoziv po čl.51/1/c Uredbe o žigu Zajednice. No, u Uredbi nisu propisana nikakva ograničenja ili uvjeti za prijenos i licenciju žiga Zajednice koji je ujedno i nacionalni žig.

41 Prioritet kao temeljno načelo žigovnog prava djeluje i u sustavu žiga Zajednice na jednak način. Stoga se načelo koegzistencije ne može tumačiti kao mogućnost istodobnog postojanja dvaju istovjetnih žigova s različitim prioritetom, u korist dviju različitih osoba, bez obzira na to je li riječ o nacionalnim žigovima ili o žigu Zajednice. R. Ingerl, *op. cit.*, str. 29.

42 Tako G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 29, A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 10. te J. Clemens, *op. cit.*, str. 159.

43 Više Ruth E. Annand, Helen E. Norman, *Guide to Community Trademark*, London, 1998., str. 128.-132. Načelo koegzistencije ili pravnog suživota ograničeno je u odredbama iz čl. 53/4. i 54. Uredbe o žigu Zajednice. Više A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 11.

## V Načelo ekvivalencije ili jednakosti

Načelo ekvivalencije ili načelo jednakosti između žiga Zajednice i nacionalnog žiga proizlazi iz načela koegzistencije ili načela pravnoga suživota. Jedan od učinaka načela pravnoga suživota jest da su nacionalni žigovi i žigovi Zajednice međusobno jednako vrijedni.<sup>44</sup> To znači da se za obje vrste žigova jednako tumače pitanja sadržaja, opsega pravne zaštite a osobito pitanje prioriteta i pitanje obveze uporabe žiga u gospodarskom prometu. Svojstvo međusobne jednakosti, jednake vrijednosti nacionalnih žigova i žiga Zajednice naziva se načelom ekvivalencije ili načelom jednakosti između žiga Zajednice i nacionalnog žiga.<sup>45</sup>

Smisao načela jednakosti dolazi do izražaja u učincima ranijeg žiga Zajednice u postupku za stjecanje nacionalnog žiga pred nadležnim tijelom u nekoj državi članici Europske unije. U takvom postupku raniji žig Zajednice relativna je smetnja za stjecanje kasnijeg nacionalnog žiga, kada kasniji nacionalni žig želi steći osoba različita od nositelja ranijeg žiga Zajednice. Ta je relativna smetnja u postupku registracije nacionalnih žigova u državama članicama Europske unije propisana u čl.4/2/a/ii Direktive 2008/95/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2008. za usklađivanje pravnih propisa država članica koji se odnose na žigove (dalje u tekstu Direktiva o žigu)<sup>46</sup> te je u procesu harmonizacije s tom Direktivom preuzeta u njihove nacionalne žigovne propise. U takvim je postupcima raniji žig Zajednice istovrsna smetnja za registraciju ranijeg nacionalnog žiga kao i raniji istovjetan ili sličan nacionalni žig koji je registriran u korist drugog nositelja.

Kao u prethodno opisanom mehanizmu međusobnih utjecaja i smetnji, isto se događa i u postupku stjecanja žiga Zajednice kojeg provodi Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu. Prema čl. 8/2/a/ii te iii Uredbe o žigu Zajednice, raniji nacionalni istovjetan ili sličan žig relativna je smetnja za registraciju žiga Zajednice. Relativne su smetnje za registraciju žiga Zajednice i raniji neregistrirani žigovi kao i druge neregistrirane oznake razlikovanja kojima se priznaje zaštita u pojedinim državama članicama (čl. 8/4 Uredbe o žigu Zajednice). Raniji nacionalni registrirani i neregistrirani žigovi, kao i druga ranija prava intelektualnog vlasništva iz čl. 53/2 Uredbe o žigu Zajednice predstavljaju i relativne razloge za poništaj žiga Zajednice. Sve se to, naravno, primjenjuje u slučajevima kad su nositelj ranijeg i kasnijeg prava različite osobe.

44 G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 30.

45 Tako *ibidem*.

46 [2008] O.J. L 299, str. 25, 8.11.2008. Direktiva o žigu sadržajno je jednaka Prvoj direktivi Vijeća 89/104/EEC od 21. prosinca 1988. za usklađivanje pravnih propisa država članica koji se odnose na žigove [1989] O.J. L 40, str. 1, 11.2.1989, koja je njome stavljena izvan snage.



Ako nositelj ranijeg žiga svjesno trpi uporabu kasnijeg žiga u neprekinutom razdoblju od pet godina, njegova isključiva prava koja proizlaze iz ranijeg žiga bivaju ograničena na način da ne može podnositi građanskopravne zahtjeve prema nositelju kasnijega žiga kojeg je uporabu svjesno trpio te ne može zahtijevati poništaj kasnijega žiga.<sup>47</sup> To jednako vrijedi u međusobnom odnosu nacionalnog žiga i žiga Zajednice, bez obzira na to koji od njih u konkretnom slučaju ima raniji prioritet. Takav odnos također proizlazi iz načela ekvivalencije ili jednakosti između žiga Zajednice i nacionalnog žiga.

## VI Načelo propusnosti

Posredstvom posebnih odredaba sadržanih u Uredbi o žigu Zajednice, sustav žiga Zajednice tako je povezan sa svakim od nacionalnih žigovnih sustava u državama članicama Europske unije da je omogućena međusobna propusnost tih sustava u oba smjera.<sup>48</sup> Načelo propusnosti izražava se kroz tri instituta: prioritet, konverziju i senioritet.

Pri podnošenju prijave žiga Zajednice, može se vući prioritet iz ranije istovjetne nacionalne prijave žiga ako se prijava žiga Zajednice podnese u razdoblju od šest mjeseci nakon podnošenja nacionalne prijave iz koje se vuče prioritet. Jednako je djelovanje prioriteta i u obrnutom smjeru.<sup>49</sup> Opisano djelovanje prioriteta temelji se na čl. 4. Pariške konvencije.<sup>50</sup>

Konverzija podrazumijeva pretvorbu prijave žiga Zajednice u nacionalnu prijavu žiga, pri čemu nacionalna prijava zadržava prioritet ranije prijave žiga Zajednice.<sup>51</sup>

Učinak senioriteta sastoji se u tome što se za žig Zajednice smatra da iz njega proizlaze ista prava koja su nekoć proizlazila iz istovjetnog nacionalnog žiga za istovjetne proizvode, bez obzira na to što je nacionalni žig prestao vrijediti zato što je registracija istekla ili ga se nositelj odrekao.<sup>52</sup> Svrha je

47 Vidjeti čl. 54 Uredbe o žigu Zajednice i čl. 9 Direktive o žigu.

48 G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 31.

49 Vidjeti čl. 29 do 33 Uredbe o žigu Zajednice.

50 Naime, prilikom prijave za žig Zajednice, prijavitelj može vući prioritet iz bilo koje nacionalne prijave žiga koja je bila prije prijave žiga Zajednice u bilo kojoj zemlji članici Pariške unije ili članici Svjetske trgovinske organizacije, ako prijava žiga Zajednice uslijedi u roku ne duljem od šest mjeseci nakon nacionalne prijave.

51 Vidi čl. 112 Uredbe o žigu Zajednice. Više Spyros Maniatis, *Trade Marks in Europe: a Practical Jurisprudence*, London, 2006, str. 11. Isto Alexander von Mühlendahl, „The Enlargement of the European Union and Community Trade Marks – Harmony or Conflicts?“, u: *ECTA Special Newsletter no. 49*, The Hague, 2003, str. 22.

52 Vidi čl. 34 i 35 Uredbe o žigu Zajednice.

senioriteta omogućiti odricanje od nacionalnog žiga, a ujedno zadržati njegov prioritet.<sup>53</sup>

Opisane odredbe omogućuju međusobnu propusnost između sustava žiga Zajednice i pojedinih nacionalnih žigovnih sustava država članica Europske unije.

## VII Načelo nediskriminacije ili slobodnog pristupa

Prema čl. 5 Uredbe o žigu Zajednice nositelj žiga Zajednice može biti bilo koja naravna ili pravna osoba, uključujući i tijela javnoga prava, bez obzira na državljanstvo odnosno sjedište. Naime, nositelj žiga Zajednice može biti državljanin bilo koje države članice Europske unije te bilo koje države potpisnice Pariške konvencije ili članice Svjetske trgovinske organizacije. Jednake učinke kao i državljanstvo u opisanom smislu imaju i prebivalište, sjedište te stvarni ili učinkoviti nastan. Osobe bez državljanstva smatraju se državljanima zemlje u kojoj imaju stalno boravište.<sup>54</sup> Također, nositelji žiga Zajednice mogu biti i državljani bilo koje druge države, pod uvjetom uzajamnosti.

Slijedom navedenog jasno je da žig Zajednice može steći svatko te da u tom smislu nema diskriminacije u korist državljana Europske unije. Svakome je slobodan pristup za stjecanje žiga Zajednice, što se naziva načelom slobodnog pristupa<sup>55</sup> ili načelom nediskriminacije.

## VIII Načelo međunarodne integracije

Načelo međunarodne integracije označuje da je sustav žiga Zajednice stvoren uz poštovanje međunarodnih ugovora koji postoje u području žigovnog prava a obvezuju Europsku uniju i/ili njezine države članice. To su Pariška konvencija, Madridski protokol, Nicanski sporazum o međunarodnoj klasifikaciji robe i usluga u svrhu registriranja žigova iz 1957. godine,<sup>56</sup> Bečki

53 Kod pristupa novih država članica u Europsku uniju uobičajeno je uređivanje senioriteta u nacionalnom zakonodavstvu, slijedeći načela postavljena u Uredbi o žigu Zajednice. Više S. Maniatis, *op. cit.*, str. 12. te A. von Mühlendahl, *op.cit.*, str. 23. Posebno o tome u Hrvatskoj vidi I. Kunda, R. Matanovac, *op. cit.*, str. 81, 82.

54 Sukladno odredbama Newyorške konvencije o statusu osoba bez državljanstva, iz 1951. godine ili Ženevske konvencije o statusu izbjeglica, iz 1951. godine, osobe bez državljanstva ili izbjeglice smatraju se državljanima one države gdje imaju uobičajeno boravište. Vidjeti čl. 5/2. Uredbe o žigu Zajednice.

55 Isto Barbara Pasa, Gian Antonio Benacchio, *The Harmonisation of Civil and Commercial Law in Europe*, Budapest / New York, 2005, str. 440.

56 Engl. *Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks of June 15, 1957, as revised at Stockholm on July 14, 1967, and at Geneva on May 13, 1977, and amended on September 28, 1979.*

sporazum o uspostavi Međunarodne klasifikacije figurativnih elemenata žigova iz 1973. godine,<sup>57</sup> Ženevski ugovor o pravu žiga iz 1994. godine,<sup>58</sup> Singapurski sporazum o pravu žiga iz 2006. godine<sup>59</sup> te Sporazum TRIPS.

Uredba o žigu Zajednice komplementarna je navedenim međunarodnim aktima te je u tome smislu žig Zajednice u jednakom pravnom položaju prema tim međunarodnim aktima kao što je to i nacionalni žig države potpisnice tih međunarodnih akata.

## IX Načelo upisa ili načelo registracije

Načelo upisa ili registracije prema nekima također je jedno od temeljnih načela na kojima počiva žig Zajednice. Prema tome načelu žig Zajednice stječe se isključivo upisom u registar žigova Zajednice koji vodi Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu.<sup>60</sup> Od toga načela nema iznimaka ni ikakvih odstupanja. Ne postoji neregistrirani žig Zajednice.

## X Načelo neakcesornosti

U pravnoj književnosti koja se bavi sustavom žiga Zajednice ovo se načelo uobičajeno ne ističe uz prethodno opisana. No, budući da je ono odlučno za pitanja imovinskopravnih raspolaganja žigom Zajednice, u nastavku će se obraditi. Prema načelu neakcesornosti žig Zajednice neovisan je o poduzeću (njem. *Unternehmen*, engl. *undertaking*) u kojem se rabi.<sup>61</sup> Ta se tvrdnja temelji na odredbi iz tč.11. uvodnoga dijela Uredbe o žigu Zajednice.<sup>62</sup> Prema toj odredbi žig Zajednice samostalan je dio imovine te može postojati i bez obzira na poduzeće u kojem se njime označavaju proizvodi i usluge. Žigom Zajednice se, slijedom toga, može slobodno raspolagati. No, ta raspolaganja ne smiju dovesti do prijevare javnosti. Zaštita javnosti postavlja se ovdje kao interes više važnosti.

Načelo neakcesornosti žiga u prijenosu propisano je u čl. 17/1 Uredbe o žigu Zajednice. Žig Zajednice može se prenositi s jedne osobe na drugu,

57 Engl. *Vienna Agreement Establishing an International Classification of the Figurative Elements of Marks. Done at Vienna on June 12, 1973 as amended on October 1, 1985.*

58 Engl. *Trademark Law Treaty of October 27, 1994.*

59 Engl. *Singapore Treaty on the Law of Trademarks of March 27, 2006.*

60 Tako S. Krneta, *op. cit.*, str. 238.

61 Žig Zajednice je samostalan, od poduzeća neovisan, dio imovine. R. Ingerl, *op. cit.*, str. 34. Isto P.A.C.E. van der KOOIJ, *The Community Trade Mark Regulation: An Article by Article Guide*, London, 2000, str. 48.

62 Isto npr. Gustavo, Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA, 2006, str. 84.

bez obzira na prijenos poduzeća u kojem se rabi. Time se žigu Zajednice priznaje samostalna vrijednost na tržištu. On je samostalno pravo apsolutnog djelovanja koje je prikladno za prijenos s jedne osobe na drugu i bez obzira na poduzeće u kojem se rabi jer kao samostalno pravo ima svoju samostalnu imovinsku vrijednost. Prijenos žiga, pa tako i žiga Zajednice, bez poduzeća u kojem se rabi također se često naziva i praznim prijenosom (njem. *Leerübertragung*).<sup>63</sup>

Razvoj shvaćanja o funkcijama žiga, prvenstveno kao oznake podrijetla proizvoda i jamstva određene kvalitete, determiniralo je kroz povijest i razvoj shvaćanja o žigu kao samostalnom pravu. Isprva nije bilo tako. Prijenos žiga bez poduzeća smatralo se prijevarnim, nespojivim s funkcijom oznake podrijetla te ujedno i jamstva kvalitete. Danas se shvaća da je smisao funkcije označivanja podrijetla taj da se potrošaču osigura povjerenje u podrijetlo, ali ne neko prošlo ili buduće podrijetlo, već sadašnje podrijetlo proizvoda odnosno usluge. Jednako tako, žig je jamstvo kvalitete, ali ne neke točno određene kvalitete, već one kvalitete o kojoj svijest postoji u trenutačnoj percepciji potrošača. Kvaliteta proizvoda i usluga je promjenjiva, a funkcija jamstva kvalitete predstavlja jamstvo u pogledu trenutačne kvalitete, a ne neke prošle ili buduće kvalitete. Zbog takvog shvaćanja o funkcijama žiga nema zapreke za promjenu poduzeća u kojem se žig rabi, tj. razdvajanje žiga od poduzeća u kojem se prvotno rabio i spajanja s nekim drugim poduzećem. Iz takvih shvaćanja o funkcijama žiga u europskom pravu proizlazi i primjena načela neakcesornosti žiga Zajednice izraženog u čl. 17/1 Uredbe.<sup>64</sup>

Također, nema zapreke ni za prijenos žiga koji se nakon registracije, a prije prijenosa nije rabio ni u kojem poduzeću. Iako će neki ugledni engleski pisci tvrditi da je prešutna pretpostavka za stjecanje žiga registracijom njegova uporaba, to je tek rezultat njihovih tradicionalnih shvaćanja žiga i utjecaj povijesne uloge registrara.<sup>65</sup> Danas u pravnoj književnosti, a temeljeno na recentnim nacionalnim uređenjima kao i na uređenju žiga Zajednice, prevladava stajalište da se žig Zajednice može steći bez obzira na uporabu te da se uopće ne mora rabiti u neprekinutom razdoblju kraćem od pet godina nakon registracije. To proizlazi iz čl. 15 Uredbe o žigu Zajednice kao i čl. 10 Direktive o žigu. S druge strane, ako bi se željelo udovoljiti navedenim engleskim promišljanjima, moglo bi se reći da se u tom razdoblju neoborivo predmnijeva da se registrirani žig Zajednice rabi. Nadalje, i nakon isteka toga razdoblja predmnijeva se da se žig Zajednice rabi, ali sada ta predmnijeva

63 Vidi npr. A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 72. te J. Clemens, *op. cit.*, str. 159.

64 Slično G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 272, 273.

65 Vidi npr. David Kitchin, David Llewelyn, James Mellor, Richard Meade, Thomas Moody-Stuart, David Keeling, *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, London, 2005, 14. ed., str. 12.

postaje oboriva. Onaj tko tvrdi suprotno, može svoje tvrdnje dokazivati u postupku opoziva propisanom u čl. 51/1/a Uredbe o žigu Zajednice kao i čl. 12/2/b Direktive o žigu. O tome bi se moglo polemizirati budući da se iz izričaja čl. 15 Uredbe odnosno čl. 10 Direktive ne vidi da su zamišljene kao predmnjeve. Dakako da je cilj stjecanja žiga njegova uporaba u gospodarskom prometu. Neuporaba bi bila suprotna biti monopolnog prava koje se njime stječe. Naime, ne smije se nekome dodijeliti monopol na znaku kojeg neće rabiti u gospodarskom prometu jer se time narušava tržišno natjecanje. Kada bi se to dopustilo, netko bi registracijom sebi bez ograničenja rezervirao neki znak i spriječio svoje konkurente u tržišnom natjecanju da ga rabe, a da pri tome odnosan znak niti sam ne bi rabio. Nema smisla pružati pravnu zaštitu žiga u takvim situacijama. Zato je načelo obvezatne uporabe žiga Zajednice i drugih žigova proklamirano i u tč. 10 uvodnog dijela Uredbe. Međutim, iz činjenice da postoji spomenuto petogodišnje tzv. gratis razdoblje neuporabe, prihvatilo se da nakon registracije nositelj žiga može uzeti propisano razdoblje za pripreme za stavljanje žiga u njegovu stvarnu svrhu, za uporabu. Dijelom je gratis razdoblje i rezultat načela prvi u vremenu – prvi u pravu (engl. *first-to-file* ili lat. *prior tempore potior iure*). To se načelo primjenjuje u žigovnom pravu i favorizira onoga tko je prvi podnio prijavu za registraciju žiga. Slijedom toga načela, onaj tko želi započeti pripreme za uporabu znaka kao žiga, a nije ga prije toga registrirao, izlaže se opasnosti da netko treći to učini u svoje ime prije njega te time spriječi njegovu registraciju. Zato se registracija dopušta i bez obzira na to što se žig ne rabi i što možda uopće još uvijek nema ni poduzeća u kojem će se rabiti.

Nadalje, žig Zajednice može samostalno, bez poduzeća, biti založen ili biti predmetom druge vrste stvarnopravnog osiguranja. Dakle, nositelj žiga ne mora istodobno sa žigom Zajednice založiti i poduzeće.

Dakako, dopuštena je i licencija žiga Zajednice. Iako u odnosu na licencije neakcesornost žiga nije izričito propisana, ona proizlazi iz čl. 22 i čl. 17 Uredbe o žigu Zajednice kao i iz njena čl. 17 te ostalih odredaba Uredbe te napose citiranog načela iz tč. 11 uvodnog dijela Uredbe.

Ipak, s obzirom na ovako postavljeno načelo neakcesornosti, u Uredbi su izrijekom propisana tri ograničenja u njegovoj primjeni, određena s ciljem zaštite javnosti od prijevarnih žigova Zajednice koji bi mogli nastati zbog prijenosa žiga Zajednice bez poduzeća ili zbog drugih imovinskopravnih raspolaganja. U slučaju prijenosa cijeloga poduzeća, oborivo se predmnijeva da se s poduzećem prenosi i žig Zajednice. Nadalje, Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu može odbiti registraciju prijenosa koji su prikladni za dovođenje javnosti u zabludu. I naposljetku, prijevarni žig Zajednice prikladan je za opoziv.

Slično kao što to obrazlažu u odnosu na svoje nacionalno žigovno pravo, njemački pravni pisci izlažu tezu da je načelo neakcesornosti žiga Zajednice

iz čl. 17/1 Uredbe o žigu Zajednice korigirano načelom pravnog pripadanja žiga Zajednice poduzeću u kojem se rabi, ali u ograničenom opsegu.<sup>66</sup> Ograničavajući čimbenik načela akcesornosti u sklapanju pravnog posla kojim se otuđuje poduzeće jest volja stranaka.<sup>67</sup> Ona može biti izražena izričito u samom ugovoru o prijenosu poduzeća ili se o postojanju te volje može jasno zaključiti iz okolnosti sklapanja ugovora o prijenosu cijelog poduzeća.

Prema čl. 17/2 Uredbe o žigu Zajednice, kod prijenosa cijelog poduzeća podrazumijeva se i prijenos žiga Zajednice koji mu pripada, osim ako je u skladu s pravom koje se primjenjuje na ugovor o prijenosu poduzeća ugovoreno suprotno. Dakle, propisuje se predmnjeva o prijenosu žiga Zajednice zajedno s poduzećem u kojem se rabi, u slučajevima kad je ugovoren prijenos cijelog poduzeća, a stranke prigodom sklapanja ugovora nisu iz toga prijenosa isključile žig Zajednice koji se u poduzeću rabi.<sup>68</sup> Žig Zajednice bit će izuzet i onda kad u ugovoru nije izričito ugovoreno isključenje prijenosa žiga Zajednice iz pravnog raspolaganja cijelim poduzećem, ali to jasno proizlazi iz okolnosti prigodom sklapanja ugovora o prijenosu poduzeća. Propisana je, dakle, oboriva predmnjeva u korist stjecatelja poduzeća. Time teret dokazivanja pada na otuđivatelja poduzeća koji, u nedostatku izričitih odredaba u ugovoru o prijenosu poduzeća, može dokazivati da s cijelim poduzećem nije ujedno prenesen i žig Zajednice koji se u njemu do prijenosa rabio. Smatra se da je zajedno s cijelim poduzećem stečen i žig Zajednice ako otuđivatelj drukčije ne dokaže.<sup>69</sup>

Ovdje je riječ o prijenosu poduzeća kao ukupnosti gospodarskih aktivnosti, pri čemu je stjecatelj poduzeća druga osoba. Nije riječ tek o promjeni identiteta nositelja poduzeća, tj. poduzetnika. Riječ je o obveznopravnom raspolaganju slijedom kojeg se otuđivatelj obvezuje na prijenos cijelog poduzeća drugoj osobi. To će npr. biti slučaj kod prodaje poduzeća u postupku stečaja ili prijenosa poduzeća zajedno s tvrtkom.<sup>70</sup> Slučajevi promjene pravnog oblika neke pravne osobe ili spajanja (fuzije) dviju ili više pravnih osoba<sup>71</sup>

66 Slično R. Ingerl, *op. cit.*, str. 109.

67 G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 275.

68 Smatra se da jednak pristup treba zauzeti i u slučajevima kad se prenosi samo neovisna podružnica nekog poduzeća. Stoga se preporučuje u praksi uvijek izričito urediti pitanje prenosi li se žig Zajednice zajedno s poduzećem ili dijelom poduzeća, radi izbjegavanja nesporazuma. David Tatham, William Richards, *ECTA Guide to E.U. Trade Mark Legislation*, London, 1998, str. 798.

69 Isto G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 274; A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 72.

70 U tom se slučaju olakšava da žig Zajednice i tvrtka ostanu kod iste osobe. G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 275.

71 Neki autori smatraju da nije dostatno precizno uređeno što se događa kod različitih načina spajanja odnosno pripajanja trgovačkih društava. J. Gyngell, A. Poulter, *op. cit.*, str. VIII.16, 17. Ti autori problematiziraju spajanje (engl. *mergers*) i pripajanje (engl. *con-*

nisu obuhvaćeni odredbom iz čl. 17/2 Uredbe o žigu Zajednice.<sup>72</sup> U tim se slučajevima ne događa prijenos u smislu raspolaganja pravnim poslom kojim se jedna strana obvezuje drugoj strani na nju prenijeti svoje poduzeće kao ukupnost gospodarskih aktivnosti.

Predmnjeva iz odredbe iz čl. 17/2 Uredbe o žigu Zajednice odnosi se samo na prijenos cijelog poduzeća, a ne i na prijenos dijela poduzeća kojem žig Zajednice pripada. Kad se prenosi samo dio poduzeća, neće se smatrati da je time prenesen i žig Zajednice koji se u njemu rabi. Isti je slučaj i kod prijenosa udjela u poduzeću.<sup>73</sup>

Kod ograničenja načela neakcesornosti žiga Zajednice u prijenosu valja uočiti i čl. 17/4 Uredbe o žigu Zajednice prema kojem Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu može odbiti registraciju prijenosa žiga Zajednice ako iz priloženih dokumenata o tome prijenosu jasno proizlazi da će nakon prijenosa žig Zajednice biti prikladan da dovede javnost u zabludu osobito u pogledu vrste, kakvoće ili zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga za koje je registriran. Na prijedlog Ureda stjecatelj žiga Zajednice može se suglasiti o izuzimanju pojedinih proizvoda i usluga iz prijenosa, čime bi mogao udovoljiti procjenama Ureda.

Takvo uređenje položaja Ureda u prijenosu žiga Zajednice podsjeća na institut registriranoga korisnika koji je napušten u engleskome pravu stupanjem na snagu Zakona o žigu iz 1994. godine (*Trade Mark Act*).<sup>74</sup> Iz navedene odredbe proizlazi da Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu zapravo ima diskrecijsko pravo ocijeniti može li neki prijenos žiga bez poduzeća dovesti do zablude u javnosti, i to u budućnosti. Takvo zakonodavno rješenje nije uputno stoga i ne čudi činjenica da nije poznat slučaj da bi se Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu koristio svojom ovlašću iz čl. 17/4 Uredbe o žigu Zajednice.

Treće je ograničenje načela akcesornosti žiga Zajednice propisano u čl. 51/1/c, kroz institut opoziva. Žig koji je slijedom uporabe od svoga nositelja

*solidation*) trgovačkih društava te njihov učinak na prijenos žiga Zajednice prijenosom poduzeća. Međutim, ne daju argumente u prilog tezi da bi u tim slučajevima trebalo primjenjivati pravila o odnosu žiga Zajednice prema poduzeću u prijenosu različita od onih propisanih u čl. 17/2 Uredbe o žigu Zajednice.

72 Ovdje, iako se mijenja pravni status nositelja žiga Zajednice i imatelja poduzeća, zapravo ne dolazi do promjene njegova identiteta. Za potrebe shvaćanja o prijenosu poduzeća, to je i dalje ista osoba, samo u drugom pravnom obliku. Tako G. Eisenfür, D. Schennen, *op. cit.*, str. 274.

73 Isto *ibid*, str. 275, te A. von Mühlendahl, D. C. Ohlgart, V. von Bomhard, *op. cit.*, str. 72. Tako se prijenos svih dionica ili udjela u trgovačkom društvu s jedne osobe na drugu ili više njih ne smatra prijenosom poduzeća u smislu čl. 17/2 Uredbe o žigu Zajednice. Vidi J. Gyngell, A. Poulter, *op. cit.*, str. VIII.6.

74 Više R. Matanovac Vučković, Prijenos i licencija žiga u kontekstu pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji, *op. cit.*, str. 109-114.

ili osobe koju je on ovlastio na uporabu postao prikladan da u pogledu proizvoda i usluga za koje je registriran dovede do zablude u javnosti, osobito u pogledu vrste, kvalitete ili zemljopisnog podrijetla tih proizvoda i usluga, prikladan je za opoziv. Opozivom se mogu ispraviti negativne posljedice imovinskopravnih raspolaganja žigom Zajednice uslijed kojih je došlo do ozbiljnih odstupanja u pogledu kvalitete proizvoda i usluga za koje je žig registriran zbog čega je javnost dovedena u zabludu.

## **XI Načela za pristupanje novih država članica u sustav žiga Zajednice**

U nastavku će se prikazati i načela žiga Zajednice koja dolaze do izražaja u jednom posebnom trenutku – trenutku pristupanja novih država članica u Europsku uniju. Izvan tog konteksta ona uglavnom gube svoj značaj. Sadržaj ovih načela u cijelosti proizlazi iz općih načela sustava žiga Zajednice koja su prethodno opisana. Njima se omogućuje premošćivanje krizne situacije u kojoj se područje učinaka žiga Zajednice širi na novu državu u kojoj postoji neovisni nacionalni sustav intelektualnog vlasništva, a u okviru njega i neovisni nacionalni žigovni sustav, ili više takvih država.

Kao što je prethodno rečeno, može se tvrditi da se načelo jedinstvenosti smatra temeljnim načelom sustava žiga Zajednice. Kao takvo, ono osobito dolazi u kušnju u trenutku pristupanja nove države članice u Europsku uniju. Naime, državi koja želi pristupiti u Europsku uniju stavlja se u zadatak prihvaćanje pravne stečevine koja je na snazi u trenutku njezinog pristupanja. Slijedom toga, danom pristupanja Europskoj uniji, u novoj državi članici mora stupiti na snagu i Uredba o žigu sa svim pratećim propisima. Istim danom bi u novoj državi članici trebali početi proizvoditi učinke i svi to tada stečeni žigovi Zajednice. To bi trebao biti rezultat primjene načela jedinstvenosti prema kojem žig Zajednice proizvodi učinke na cijelom području Europske unije. Nije teško zaključiti da to sa sobom nosi brojne probleme koji, između ostalog, zahtijevaju i izmjene nacionalnih žigovnih propisa.

Kod pristupanja novih država u Europsku uniju uzrok problema koji nastaju u odnosu prema žigu Zajednice leži u činjenici da se u vrijeme priznavanja pojedinačnih žigova Zajednice nisu uzele u obzir okolnosti koje postoje u državi pristupnici, budući da ona u tome trenutku još uvijek nije država članica. Moguće je da neki žigovi Zajednice ne bi bili priznati da je država pristupnica bila članica u vrijeme kada je Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu provodio postupak registracije. Također je moguće da bi nakon pristupanja neki priznati žigovi Zajednice mogli biti proglašena ništavima jer su pristupanjem nove države nastali razlozi koji uzrokuju njihovu ništavost, a koji ne postoje u odnosu prema drugim državama



članicama. Postavlja se i pitanje kako postupati s prijavama za registraciju koje su podnesene prije dana pristupanja nove članice, ali ne i riješene do toga dana. S druge strane, moguće je da u državi pristupnici neki nacionalni žigovi ne bi bili registrirani da je ona bila država članica u vrijeme kada je nacionalni nadležni ured provodio postupak za registraciju tih nacionalnih prava.

Pitanje proširenja učinaka žiga Zajednice na nove države članice Europske unije postavilo se po prvi puta u svezi s pretposljednijim valom proširenja 1. svibnja 2004. godine,<sup>75</sup> budući da prigodom prijašnjih pristupanja sustav žiga Zajednice još nije bio na snazi. Tijekom pregovora između odnosnih država i Europske unije utvrđena su načela za rješavanje ovih problema koja su, temeljem Ugovora o pristupanju tih država u članstvo Europske unije, pretočena u članak 159.a Uredbe o žigu Zajednice.<sup>76</sup> Ista su načela bila temelj i za izmjene nacionalnih propisa s ciljem da se stvore uvjeti za nastavak postojanja nacionalnih sustava u novim državama članicama te paralelno s njima i sustava žiga Zajednice, na načelu suživota.<sup>77</sup> Načela za pristupanje nove države u sustav žiga Zajednice, sadržana u članku 159.a Uredbe o žigu jesu sljedeća:

- učinci svih postojećih registriranih žigova Zajednice kao i ranije podnesenih prijave za registraciju žigova Zajednice danom pristupanja automatski se proširuju i na sve nove države članice, bez potrebe za provođenjem bilo kakvih dodatnih postupaka;
- prijave za registraciju žiga Zajednice koje su na dan pristupanja u postupku ne ispituju se u odnosu na apsolutne razloge koji postoje samo u novim državama članicama;
- prijave za registraciju žiga Zajednice koje su na dan pristupanja u postupku ne mogu biti predmetom prigovora na temelju ranijih prava koja postoje samo u novim državama članicama osim ako su podnesene 6 mjeseci prije datuma pristupanja;

75 Države vala proširenja iz 2004. godine su: Cipar, Češka, Estonija, Latvija, Litva, Mađarska, Malta Poljska, Slovačka i Slovenija. Zakoni kojima se uređuje materija prava žiga u tim državama dostupni su na stranici: <http://oami.europa.eu/en/mark/aspects/natlaw/default.htm> (posljednji posjet 4.6.2011).

76 Vidi Act concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded – Annex II: List referred to in Article 20 of the Act of Accession – 4. Company law – C. Industrial property rights – I. Community trade mark; III. Community designs [2003] O.J. L 236, str. 342 i 344, dostupno na stranici: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2003/l\\_236/l\\_23620030923en03380344.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2003/l_236/l_23620030923en03380344.pdf) (posljednji posjet 6.4.2011).

77 A. von Mühlendahl, *op.cit.*, str. 8, 9.

- postojeći žigovi Zajednice ne mogu biti poništeni na temelju apsolutnih ili relativnih razloga koji postoje u novim državama članicama; te
- na temelju ranijih prava koja postoje u novim državama članicama može se zahtijevati zabrana korištenja žiga Zajednice na području odnosne države članice.<sup>78</sup>

Prilikom posljednjeg vala proširenja 1. siječnja 2007. godine<sup>79</sup> također je dogovoreno poštivanje svih navedenih načela u nepromijenjenom sadržaju.<sup>80</sup> Slijedom izloženog za očekivati da će se na isti način postupiti i u idućim procesima pristupanja novih država u članstvo u Europskoj uniji.

## XII Zaključak

Načela žiga Zajednice temelj su pravnog uređenja sustava žiga Zajednice. Ona dolaze do izražaja u svakom trenutku pravnog života žiga Zajednice, od dana podnošenja prijave za njegovu registraciju Uredu za harmonizaciju unutarnjeg tržišta, do dana njegova prestanka. Iako je načelo jedinstvenih učinaka temeljno načelo djelovanja sustava žiga Zajednice, ništa manje bitna nisu ni preostala načela pravnog uređenja sustava žiga Zajednice: načelo autonomije ili neovisnosti, načelo koegzistencije ili pravnog suživota koje uključuje i načelo ekvivalencije ili jednakosti u odnosu prema nacionalnim žigovima, načelo propusnosti, načelo nediskriminacije ili dostupnosti, načelo međunarodne integracije žiga Zajednice te načelo upisa ili registracije. Pored navedenih, iako manje spominjano, valja istaknuti i načelo neakcesornosti koje do izražaja dolazi u imovinskopравnim raspolaganjima žiga Zajednice.

Vezano uz osiguravanje učinaka opisanih načela osobito je osjetljiv trenutak pristupanja nove države u članstvo u Europskoj uniji. Zbog toga se pristupilo propisivanju posebnih načela za pristupanje novih država u sustav žiga Zajednice. Ona služe tome da države pristupnice u svojim zakonodavstvima omoguće izravnu primjenu sustava žiga Zajednice od dana svojeg pristupanja u Europsku uniju. Stoga tijela Europske unije budno prate zakonodavne izmjene izvršene u državi pristupnici s tim ciljem. No, tom

78 Detaljno o zakonodavnom uređenju proširenja sustava žiga Zajednice na Republiku Hrvatsku u trenutku njena pristupanja u Europsku uniju vidi I. Kunda, R. Matanovac, *op. cit.*, str. 76–87. te Romana Matanovac Vučković, Zbirka propisa u području prava intelektualnog vlasništva, uvodna studija, Zagreb, 2008, str. 54–58.

79 Države vala proširenja iz 2007. godine su Bugarska i Rumunjska.

80 Vidi Protocol concerning the conditions and arrangements for admission of the Republic of Bulgaria and Romania to the European Union, Annex III. List referred to in Article 16 of the Protocol: adaptations to acts adopted by the institutions, I. Company Law, Industrial Property Rights, I. Community Trade Mark; III. Community Designs [2005] *O.J.*, L 157, str. 56 i 58.

pravnom zadatku valja pribrojati i jedan važan gospodarski. Naime, država koja pristupa u članstvo Europske unije treba svoje gospodarstvo pripremiti na množinu novih prava žiga koja će se u samo jednom danu pojaviti na njenu tržištu. Takva priprema prvenstveno je u njenu interesu.

**Romana MATANOVAC VUČKOVIĆ, PhD**  
**Senior Assistant Faculty of Law, University of Zagreb**

## **THE PRINCIPLES OF THE LEGAL REGULATION OF THE COMMUNITY TRADE MARK SYSTEM**

### **Summary**

*This paper deals with the principles of the legal regulation of the Community trade mark system, and the effects thereof, as well as their mutual impacts. The principle of the unitary effects stands out as the basic principle of the Community trade mark, whereas other principles of the Community trade mark are as follows: the principle of autonomy or independence, the principle of coexistence or legal coexistence, which includes the principle of equivalence or equality in relation to national trade marks, the principle of permeability, the principle of non-discrimination or accessibility, the principle of international integration of the Community trade mark, and the principle of entry in the register or registration. In addition to these principles that are usually said to form the Community trade mark system, the paper pays a special attention to the principle of non-accessoriness, as demonstrated in the property rights dispositions of the Community trade mark. The paper also deals with the principles as provided for the accession of new states to the Community trade mark system, and resulting from the content of the general principles of the legal regulation thereof.*

**Key words:** Community trade mark, principles of the Community trade mark.

мр Свјетлана ИВАНОВИЋ  
виши асистент Правног факултета Универзитета у  
Источном Сарајеву

## ПРОШИРЕНО КОЛЕКТИВНО ОСТВАРИВАЊЕ АУТОРСКОГ ПРАВА

### Резиме

Аутори моју своја овлашћења из субјективної ауторскої права остваривају индивидуално или колективно, преко организација за колективно остваривање ауторскої права. Колективно остваривање права је данас, захваљујући развоју технологија масовне комуникације, у неким ситуацијама једини моћни, али и обавезни начин остваривања појединих овлашћења. Ако није предвиђено обавезно колективно остваривање права, онда аутори закључују уговор са организацијом којим јој уступају поједина овлашћења. Аутори који оступају изван система колективної остваривања права називају се ауторсајдери. У циљу обезбјеђења правне сигурности корисника који не знају који аутори нису закључили уговор са организацијом, уводи се законска претпоставка да је организација, у оквиру своје специјализације, овлашћена да дјелује за рачун свих аутора. На овај начин се систем колективної остваривања права проширује и на оне ауторе који нису закључили уговор са организацијом, под условом да они нису обавијестили организацију да ће своја права индивидуално остваривају.

**Кључне речи:** индивидуално остваривање ауторскої права, колективно остваривање ауторскої права, ауторсајдери, проширена колективна лиценца.

## I Увод

Субјективно ауторско право је право којим се штите лични и имовински интереси аутора у вези са његовим дјелом. Садржину субјективног ауторског права чине личноправна и имовинскоправна овлашћења. На основу имовинскоправне компоненте ауторског права, аутор је овлашћен да економски искоришћава своје дјело, било да то чини сам или да другоме дозвољава коришћење дјела. По правилу, аутор није истовремено и корисник свог дјела. Да би аутор могао економски да искоришћава дјело и на тај начин добије одговарајућу накнаду као награду за своје стваралаштво, потребно је да поједина овлашћења уговором уступи корисницима дјела. Аутори и други носиоци права закључују ауторске уговоре са корисницима, којима их овлашћују на поједине облике искоришћавања дјела и за то добијају одговарајућу накнаду. У том случају постоји појединачно, односно, индивидуално остваривање ауторског права. Основна предност оваквог начина остваривања права је у томе што аутор има контролу над коришћењем дјела, с обзиром да одлучује да ли ће уопште закључити ауторски уговор, као и коме ће и под којим условима уступити поједина овлашћења. Могло би се рећи да овдје до изражаја долази слобода избора аутора, односно начело аутономије воље, истина, кориговано фактичким околностима које су резултат постојања такозваног културног тржишта.<sup>1</sup> Међутим, индивидуално остваривање ауторског права није увијек једноставно, па чак понекад није уопште ни могуће.

Могућност да се аутор сам стара о остваривању својих права зависи од врсте дјела, броја потенцијалних корисника, учесталости коришћења тог дјела, као и начина на који се дјело користи. Најбољи примјер за то су музичка дјела, која се свакодневно и истовремено користе на различите начине од стране множине корисника. На примјер, музичка дјела се емитују путем радио и ТВ станица, изводе се или се користе забиљежена на носачу звука у ресторанима, дискотекама, чекаоницама и другим јавним мјестима. Захваљујући развоју савремених технологија масовне комуникације, прије свега Интернета, милиони слушалаца могу истовремено путем својих рачунара уживати у омиљеној музици. Јасно је да аутор не може имати ни приближну евиденцију о томе ко, када и на који начин користи његово дјело, те стога не може појединачно са сваким корисником закључивати уговор о уступању овлашћења на поједине облике искоришћавања дјела. Управо због немогућности да остваре контролу над коришћењем дјела, аутори се удружују и тако

1 Прије свега, мисли се на фактичку неједнакост аутора и корисника због повољније преговарачке позиције корисника.

настају прве организације за колективно остваривање ауторског права, чиме се уједно успоставља систем колективног остваривања ауторског права.<sup>2</sup>

## II Појам колективног остваривања ауторског права

Колективно остваривање ауторског права, према законској дефиницији, представља остваривање ауторског права за више ауторских дјела већег броја аутора заједно, посредством правних лица специјализованих само за ту дјелатност, која испуњавају услове према одредбама закона и која имају дозволу надлежног органа за обављање те дјелатности.<sup>3</sup> Дакле, аутори који не могу да остварују своја права индивидуално, удружују се и оснивају организацију као правно лице специјализовано искључиво за послове колективног остваривања права. Дјелатност организације мора да буде прецизно одређена у погледу врсте носилаца права, врсте предмета заштите и врсте имовинско-правних овлашћења која остварује. Послове колективног остваривања права у оквиру специјализације, односно за исту врсту овлашћења на истој врсти дјела, тј. предмета заштите, може обављати само једна организација на територији цијеле државе.<sup>4</sup> С обзиром да је смисао оснивања организације олакшање положаја аутора и других носилаца права, као и положаја корисника, постојање више организација исте специјализације би обесмислило сам систем и сврху постојања колективног остваривања права.

Аутори уговором уступају организацији овлашћења на поједине облике искоришћавања дјела, како би организација та овлашћења уступала даље заинтересованим корисницима. Организација постаје носилац уступљених имовинскоправних овлашћења у оквиру своје специјализације. Сви предмети заштите који припадају свим носиоцима права који своја овлашћења остварују преко организације, чине репертоар организације. Корисници који желе легално да користе ауторска

2 Прва организација за колективно остваривање ауторских права на музичким дјелима основана је 1851. године у Француској под називом SACEM (*Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*), тј. Друштво аутора, композитора и издавача музике. Видјети: Слободан Марковић, „Организације за колективно остваривање ауторског и суседних права“, *Правни животи*, бр. 11/1995, стр. 720.

3 Закон о колективном остваривању ауторског и сродних права (*Службени гласник БиХ*, бр. 63/2010; даље у фуснотама: ЗКОАСП), чл. 2 ст. 1.

4 Организације за колективно остваривање ауторског права имају *de facto* или *de iure* монополски положај. Конкретно, у Босни и Херцеговини и Србији, монополски положај организација за колективно остваривање ауторског права је прописан законом.

дјела закључују са организацијом уговор којим стичу право коришћења свих дјела са репертоара организације. Они за коришћење дјела плаћају накнаду коју организација расподељује носиоцима ауторског права на основу унапријед утврђених правила. Дакле, улога организације састоји се у посредовању између аутора и других носилаца права, са једне стране, и множине корисника ауторских дјела, са друге стране. Посредством организације носиоци права колективно ступају у правну везу са корисницима, ради уређења односа поводом коришћења ауторских дјела.<sup>5</sup>

Систем колективног остваривања ауторског права пружа предности како ауторима, тако и корисницима ауторских дјела. Као прво, ауторима се омогућава остваривање права која би тешко могли вршити појединачно. Умјесто аутора организација ступа у контакт са потенцијалним корисницима, преговара са њима о условима коришћења, закључује уговоре, наплаћује накнаду и води рачуна о извршавању закључених уговора. Са друге стране, корисници не морају преговарати и закључивати уговоре појединачно са сваким аутором чија дјела желе да користе. Умјесто тога, закључивањем уговора са организацијом, корисник добија дозволу, односно, стиче право на коришћење свих дјела са репертоара организације. Један од услова који се цијени приликом добијања дозволе за рад, тиче се броја аутора који су овластили организацију за остваривање њихових права као и укупног број њихових дјела која ће чинити репертоар организације. Будући да организација у оквиру специјализације има законом гарантовани монополски положај, у интересу корисника је да што већи број аутора овласти организацију на остваривање њихових права, односно, да репертоар организације чини што већи број дјела. Закључивање једног уговора са организацијом, умјесто са сваким аутором појединачно, знатно смањује трошкове корисника. Са становишта корисника, на основу уговора који се закључује са организацијом, стиче се тзв. генерална лиценца.<sup>6</sup>

Корисник који закључи уговор и стекне генералну лиценцу стиче право коришћења свих дјела са репертоара организације. Пошто би организација требало да остварује права за већину аутора и дјела у оквиру своје специјализације, онда би стицањем овлашћења посредством генералне лиценце, корисници могли легално да користе скоро сва дјела. Организација има монополски положај, који не смије злоупотријебити па је дужна са свима, под једнаким условима, закључити уговор. Корисник нема могућност избора организације са којом ће закључити уго-

5 Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999., стр. 342.

6 Ruth Towse, Christian Handke, *Regulating Copyright Collecting Societies: Current Policy in Europe*, Society for Economic Research on Copyright Issues (SERCI), Annual Congress, 2007, стр. 7 и 8.

вор, тако да се од организације са разлогом очекује да обезбједи право коришћења свих дјела. Међутим, увијек постоје аутори који остају изван система колективног остваривања права. У ауторском праву, аутори који своја права остварују индивидуално називају се аутсајдери. Ови аутори су изузети из система генералне лиценце, што значи да корисник ипак не може бити сигуран да стиче право на коришћење свих дјела. Проблем је у томе што корисник не може тачно да зна која дјела су на репертоару организације, тако да ако користи дјела аутсајдера, а при томе није са њим закључио уговор и прибавио његову сагласност, он чини повреду његових права.

Постојање аутсајдера у извијесној мјери нарушава концепт колективног остваривања ауторског права. У том смислу, питање правног положаја аутсајдера и рјешавање овог проблема је веома значајно, како за кориснике, тако и за саме ауторе. У упоредном праву постоје два начина рјешавања наведених проблема. Први начин рјешавања положаја аутсајдера је тзв. систем заснован на гаранцији. Према овом систему постоји законом прописана правна претпоставка да је организација овлашћена за остваривање права на дјелима у оквиру специјализације организације, која не припадају њеном репертоару. Уз то, организација гарантује да носиоци права неће тражити ништа од корисника због коришћења њихових дјела, а ако буду тражили било какву накнаду, организација се обавезује да ће умјесто корисника платити накнаду аутсајдерима. Дакле, организација гарантује кориснику да ће умјесто њега платити накнаду аутору за коришћење дјела, односно одштету због коришћења дјела без прибављене дозволе.<sup>7</sup> Други систем је систем тзв. проширеног колективног остваривања права или проширене колективне лиценце.<sup>8</sup> У овом систему, који је прихваћен и у нашем праву, полази се од законом предвиђене правне претпоставке да је организација, у оквиру врсте права и врсте дјела за које је специјализована, овлашћена да дјелује за рачун свих аутора.<sup>9</sup> Дакле, аутсајдери имају исти правни положај као и комитенти организације. Са становишта корисника, генерална лиценца коју добија од организације је проширена и на оне ауторе који са организацијом нису закључили уговор, односно, на њихова дјела. Аутор који жели да своја права остварује индивидуално, да би био изузет из система проширеног колективног остваривања права,

7 Daniel J. Gervais, „Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective“, *Canadian Journal of Law and Technology*, Vol. 1, No. 2, July 2002, стр. 29.

8 Систем проширене колективне лиценце је настао седамдесетих година двадесетог вијека у скандинавским земљама, у којима је и данас нарочито развијен. У питању су Норвешка, Шведска, Финска, Исланд и Данска.

9 ЗКОАСП, чл. 18 ст. 1.



мора обавијестити о томе организацију, а организација је дужна да о томе обавијести кориснике.

Да бисмо разумјели суштину проширене колективне лиценце, потребно је најприје навести која овлашћења се остварују посредством организације. Такође, значајно је и на који начин, односно, по ком основу организација може бити овлашћена да обавља своју дјелатност.

### III Правни основ колективног остваривања права

С обзиром да организација мора бити специјализована за остваривање одређене врсте имовинскоправних овлашћења, поставља се питање која овлашћења и на који начин се могу остваривати посредством организације. Наиме, имовинскоправну компоненту субјективног ауторског права чине овлашћења искључиве (апсолутне) и неискључиве (релативне) природе. Садржину искључивих овлашћења, која имају дејство *erga omnes*, чине право аутора да дозволи или забрани поједине облике коришћења дјела и право на накнаду за сваки облик искоришћавања дјела. Неискључива или тзв. друга права имовинске природе своде се на право аутора да у законом предвиђеним случајевима од одређених лица тражи накнаду за поједине облике искоришћавања дјела.<sup>10</sup> С обзиром да се тзв. друга права углавном тичу односа аутора и власника примјерка дјела, у теорији и законодавству се ова права називају и права аутора према власнику примјерка дјела.<sup>11</sup> Дакле, у овим случајевима, аутор нема контролу над коришћењем дјела, односно, има само право на накнаду без права да другоме дозволи или забрани коришћење дјела на одређени начин.

Поред искључивих и неискључивих овлашћења која чине садржину субјективног ауторског права, аутори имају право на накнаду

10 Према одредбама новог Закона о ауторском и сродним правима у Босни и Херцеговини, друга или остала права аутора имовинског карактера су право аутора на накнаду за давање на послугу, право слијеђења и право на накнаду за приватну и другу сопствену употребу. Закон о ауторском и сродним правима (*Службени гласник БиХ*, бр 63/10; даље у фуснотама: ЗАСП), чл. 34–38.

11 То је случај у Закону о ауторском и сродним правима Србије (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009). Могло би се поставити питање да ли назив у потпуности одговара природи ових права, бар када су у питању права имовинске природе. Наиме, обвезник плаћања накнаде, у већини случајева, јесте власник примјерка дјела. Међутим, у случају права аутора на посебну накнаду, која се плаћа за дјела за која се с обзиром на њихову природу може очекивати да ће бити умножавана за личне некомерцијалне потребе, лица која су дужна да плаћају накнаду су произвођачи и увозници уређаја за тонско и визуелно снимање, уређаја за фотокопирање и празних носача звука, слике и текста. Износ накнаде коју плаћају ова лица се условно речено „уграђује“ у продајну цијену наведених уређаја, тако да индиректно погађа и купце ових уређаја, односно, власнике умножених примјерака дјела.

од коришћења ауторских дјела по основу законске лиценце, као облика ограничења субјективног ауторског права. Законска лиценца, као облик ограничења ауторског права, представља дозволу коју даје законодавац за одређене облике коришћења дјела у општем интересу, уз обавезу корисника да плаћа накнаду.<sup>12</sup> Дакле, искључива овлашћења аутора су ограничена у погледу давања дозволе, али аутор има право на накнаду за коришћење дјела на наведени начин.<sup>13</sup>

Посредством организације за колективно остваривање ауторског права могу се остваривати искључива имовинскоправна овлашћења, неискључива овлашћења и право на накнаду по основу законске лиценце. У зависности од врсте овлашћења одређује се правни основ остваривања права, као и ближа садржина уговора које закључује организација са ауторима и корисницима.

Према општим правилима и дефиницији колективног остваривања ауторског права, колективна организација остварује ауторска права на основу уговора са аутором. Аутори овлашћују организацију да у своје име а за њихов рачун остварује права, односно, уступи права корисницима и прикупи накнаду за коришћење дјела. Да би организација могла извршити своје обавезе, аутори је морају путем уговора овластити да то учини. Садржина уговора зависи од врсте овлашћења које организација остварује. Ако су предмет уговора искључива имовинскоправна овлашћења, онда уговор садржи одредбу о искључивом уступању тих овлашћења колективној организацији, са налогом да иста уступа корисницима на неискључив начин. Организација постаје једини носилац тих

12 У праву Босне и Херцеговине, законска лиценца је предвиђена за репродуковање, тј. умножавање и јавно саопштавање дјела у наставним материјалима, периодичној штампи и прегледима такве штампе (тзв. клипинг). ЗАСП, чл. 41.

13 С обзиром да се законска лиценца и поједина релативна овлашћења своде на право на накнаду, може се поставити питање да ли између њих уопште постоји разлика. Са становишта корисника, односно, обвезника плаћања накнаде, разлике нема. Најбољи примјер за то је право аутора на посебну накнаду за приватну и другу сопствену употребу. Ово релативно овлашћење представља новину у ауторском праву Босне и Херцеговине. Настало је из потребе да се заштите интереси аутора, угрожени слободним умножавањем дјела за личне потребе, као традиционалног облика ограничења ауторског права. Развојем савремених дигиталних технологија умножавања, постало је врло једноставно на законит начин, али ипак на штету аутора, доћи до примјерка дјела. Да би се отклониле негативне посљедице наведеног облика ограничења искључивог овлашћења аутора на репродуковање дјела, уведено је право на накнаду за приватну употребу. Практични учинак је да се за репродуковање дјела за приватну употребу, као облика слободне употребе дјела, ипак индиректно плаћа накнада. Дакле, искључиво овлашћење аутора је ограничено и сведено на накнаду као релативно овлашћење, а дозвола за коришћење је дата законом. Иако је у питању неискључиво овлашћење аутора, има исти учинак као и законска лиценца. Видјети: С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, стр. 169 и 219.

овлашћења и она се могу остваривати једино посредством организације. Када организација закључује уговоре са корисницима о уступању наведених овлашћења, то уступање увијек мора бити на неискључив начин, јер увијек постоји више корисника заинтересованих за једно дјело. Уколико се организацији уступају релативна овлашћења, која су, заправо, права на накнаду, у том случају аутори дају налог организацији да за њихов рачун прикупи поменути накнаду.

Колективна организација, по правилу, обавља своју дјелатност на основу уговора са аутором, што значи на основу воље аутора.<sup>14</sup> Међутим, независно од воље аутора, у извијесним случајевима законом је прописано обавезно колективно остваривање права. У овим случајевима аутор нема могућност избора начина остваривања својих права. Основни разлог прописивања обавезе колективног остваривања права је немогућност остваривања права индивидуалним путем. Остваривање ауторског права на колективан начин је обавезно у случају права слијеђења, убирања накнаде за приватну и другу сопствену употребу дјела, кабловског реемитовања ауторских дјела, осим ако се ради о сопственим емисијама радио-дифузних организација, и права репродуковања актуелних новинских и сличних чланака о текућим питањима у прегледима такве штампе (клипинг).<sup>15</sup>

Интересантно је да је у Нацрту Закона о колективном остваривању ауторског и сродних права било предвиђено обавезно колективно остваривање тзв. малих права, односно саопштавања јавности не-сценских музичких дјела и писаних дјела са подручја књижевности. У питању су масовни облици коришћења дјела, због којих је првобитно и настао систем колективног остваривања права и ова права, или тачније, овлашћења, се у пракси најчешће остварују на колективан начин. Међутим, прописивање обавезног колективног остваривања ових права би било у супротности са међународним нормама ауторског права. Наиме, наметање начина остваривања права увођењем обавезног колективног остваривања права, ма колико било заступљено у упоредном праву, неминовно значи најприје ограничење слободе избора аутора, али и ограничење субјективног ауторског права. С обзиром да није потребно закључивати уговор са организацијом, јер организација остварује права на основу закона, јасно је да аутор нема могућност да одлучује ко ће и под којим условима користити његово дјело. Аутор не

14 Полазећи од разлога и потребе увођења колективног остваривања ауторског права, може се дискутовати о томе да ли је у питању слободна воља аутора. Ако аутор може да бира између могућности да своја права остварује тешко или их уопште не може остваривати, или да их остварује колективним путем, онда је његов избор нужност.

15 ЗКОАСП, чл. 4 ст. 2.

може другоме да дозволи или забрани коришћење дјела, па се искључива имовинскоправна овлашћења ограничавају у знатној мјери и своде се на право на потраживање накнаде за коришћење дјела. Тиме се ова овлашћења изједначавају са законском лиценцом и релативним правима. Прописивање обавезног начина остваривања права представља прикривено ограничавање права. Дакле, ако обавезно колективно остваривање права посматрамо као својеврстан облик ограничења искључивих права, онда је прописивање наведеног начина вршења права могуће само када је то нормама међународних конвенција допуштено.<sup>16</sup>

Поред добровољног остваривања права, заснованог на уговору, и обавезног, заснованог на закону, појављује се и трећи облик, односно, проширено колективно остваривање права. У теорији се овај облик остваривања права посматра као својеврсна комбинација уговорног и обавезног колективног остваривања права, којом се успоставља резервна законска лиценца.<sup>17</sup> Пошто аутор не жели своја права да остварује преко организације, он не закључује уговор са организацијом, али има исти положај као аутори који су закључили уговор. Законом се уводи фикција да је уговор закључен и да је аутор комитент организације. Дакле, проширење је омогућено на основу закона, што га приближава обавезном колективном остваривању права. Када је у питању обавезно остваривање права, аутори немају избора да ли ће своја вршити индивидуално или колективно, јер су законом принуђени да то чине колективно. У систему проширеног остваривања права, незакључивањем уговора са организацијом, аутор се опредјељује за индивидуално остваривање. Међутим, он, према слову закона, ужива исти положај као остали аутори.

Проширено колективно остваривање права, као начин рјешавања проблема правног положаја аутсајдера, предвиђено је и у оквиру правног система Европске уније. Директивом о координацији одређених ауторскоправних и сродноправних прописа који се односе на сателитско емитовање и кабловску реемисију, предвиђено је да у случају колективног остваривања искључивог права на емитовање, односно, саопштавање јавности ауторског дјела преко сателита, постоји могућност

16 Mihaly Ficsor, „Extended collective licensing arrangements and their practicality for dealing with orphan works“, Dresden, 2009, доступно на адреси: [http://www.cepic.org/sites/cepic/assets/Extended\\_Collective\\_Licensing\\_Arrangements\\_0.pdf](http://www.cepic.org/sites/cepic/assets/Extended_Collective_Licensing_Arrangements_0.pdf), 10.1.2011, стр. 3.

17 „Једна од најинтересантнијих техника састоји се у комбиновању уговорне лиценце, која обезбјеђује легитимитет организације за колективно остваривање права, са законским проширењем репертоара дјелима аутора које организација не представља. Другим ријечима, овај систем се састоји у успостављању резервне законске лиценце, која поједностављује и убрзава процес стицања права и познат је као проширена колективна лиценца.“ Daniel J. Gervais, „Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective“, стр. 29.

проширења уговора закљученог између колективне организације и радиодифузне организације, као корисника, и на носиоце права из исте категорије, које не представља организација. Да би могло доћи до проширења, неопходно је да саопштавање дјела јавности путем сателита прати истовремено земаљско емитовање од стране истог емитера, као и да незаступљени носилац права мора имати могућност да, у сваком тренутку, искључи проширивање колективног уговора на своја дјела и да права остварује индивидуално или колективно. Дакле, државе могу предвидјети проширење колективног уговора, односно, лиценце у случају остваривања искључивог права на сателитско емитовање дјела. Изузетно, могућност проширеног колективног остваривања овлашћења на емитовање дјела путем сателита неће се примјењивати на кинематографска дјела, као и на дјела створена у процесу аналогном кинематографији.<sup>18</sup> Проширено колективно остваривање права спомиње се још и у Директиви о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву. У уводној одредби се наводи да директива не доводи у питање поступке у државама чланицама у вези са управљањем правима, као што је проширена колективна лиценца.<sup>19</sup>

#### IV Услови за проширење колективног остваривања права

Проширено колективно остваривање права се назива још и проширена колективна лиценца. За корисника, који закључивањем уговора са организацијом стиче дозволу, тј. лиценцу за коришћење, дејство лиценце је проширено и на ауторе који нису комитенти организације. Смисао проширене колективне лиценце је олакшање положаја корисника, али и аутора који није комитент организације, односно, аутсајдера. Проширењем колективне лиценце се рјешава правни положај аутсајдера. Да би се ово рјешење примјенило, потребно је да буду испуњени одговарајући услови.

Као прво, систем проширене колективне лиценце почива на законном прописаној правној претпоставци да је колективна организација, у

18 Директива о координацији одређених ауторскоправних и сродноправних прописа који се односе на сателитско емитовање и кабловску реемисију, 1993 (Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission), чл. 2 и 3.

19 Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву, 2001 (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society).

оквиру врсте права и врсте дјела за које је специјализована, овлашћена да дјелује за рачун свих аутора. Дакле, проширено колективно остваривање права мора бити предвиђено законом. Новим Законом о колективном остваривању ауторског и сродних права у Босни и Херцеговини уведена је претпоставка колективног остваривања права, што представља новину и помак у односу на претходни закон. Наиме, у Закону о ауторском праву и сродним правима из 2002. године, постојало је свега неколико одредаба које су се односиле на колективно остваривање права. Једном од тих одредаба било је предвиђено да права јавног извођења несценских музичких и књижевних дјела или тзв. мала права, организација може остваривати и без пуномоћи аутора. Дакле, овом одредбом је било предвиђено да основ остваривања малих права није уговор, него закон, па се ова одредба може тумачити као облик проширења.<sup>20</sup>

Један од услова на којима се темељи систем проширене колективне лиценце је и репрезентативност организације. Да би лиценца коју даје организација била проширена и на оне ауторе који нису њени чланови, потребно је да заступа знатан број аутора, односно већину аутора у оквиру специјализације. Поставља се питање како одредити знатан број аутора. Не треба занемарити да је у интересу корисника да обезбједи репертоар у коме ће бити заступљени сви релевантни аутори и сва релевантна дјела. Организација представља знатан број аутора, али је он увијек мањи од идеалног, односно, свјетског репертоара коме теже корисници.<sup>21</sup> Управо постојање ове разлике између постојећег и репертоара коме се тежи, отвара могућност проширења репертоара, односно примјену проширене колективне лиценце. Полазећи од монополског положаја организација у нашем праву, аутори који желе да своја права остварују колективним путем немају избора. За исту врсту права на истој врсти дјела може постојати само једна колективна организација, тако да аутори могу остваривати своја права преко те организације или самостално, тј. индивидуално. Логично је да ће дозволу за обављање дјелатности, приликом оснивања организације, добити она организација која заступа више аутора. Ако је циљ проширења омогућавање корисницима да добију тзв. генералну лиценцу, онда је предуслов за то монополски положај организације. Сматра се да једна од главних предности проширене колективне лиценце произлази из чињенице да корисници могу да добију дозволу од једног извора, тј. једне организације. Уколико

20 С обзиром на то да је било прописано да организација може, а не мора остваривати права без пуномоћи аутора, нема мјеста тумачењу да је законодавац имао на уму обавезно колективно остваривање ових права.

21 Daniel Gervais, „Application of an extended collective licensing regime in Canada: Principles and issues related to implementation“, Ottawa, 2003, доступно на адреси: [http://works.bepress.com/daniel\\_gervais/29](http://works.bepress.com/daniel_gervais/29), 4.1.2011, стр. 34.

постоје бар двије организације, тј. ако нема монопола, онда та предност нестаје.<sup>22</sup>

У погледу врсте овлашћења која се остварују посредством организација, систем проширења се може примјенити само на она овлашћења која се остварују на добровољној основи, тј. путем уговора. Ако се ради о обавезном колективном остваривању права, онда аутор та права не може остваривати индивидуално, па нема мјеста примјени проширеног колективног остваривања права. Наиме, једна од најзначајнијих карактеристика проширења је могућност аутора да се опредјели за индивидуално остваривање својих права. Законска претпоставка да организација дјелује за рачун свих аутора, па чак и оних који са њом нису закључили уговор, је оборива. Аутор који не жели да своја права остварује на колективан начин дужан је да о томе, у писаној форми, обавијести одговарајућу колективну организацију.<sup>23</sup> Дакле, аутор који одлучи да се сам стара о својим правима има обавезу да о томе обавијести организацију, како би се елиминисала било каква неизвјесност у погледу његовог правног положаја. Обавјештавањем организације о намјери индивидуалног остваривања права, аутори остају изван система колективног остваривања права. Заправо, аутори који не закључе уговор са организацијом и нису дио система, већ су на основу закона изједначени са онима који то јесу. Ако аутори не обавијесте организацију да ће своја права остваривати на индивидуалан начин, а при томе нису закључили уговор са организацијом, колективна организација је дужна да их третира равноправно са ауторима који су са њом закључили уговор.

Организација је дужна да без одгањања обавијести сваког корисника који користи дјела са њеног репертоара о изузимању аутора.<sup>24</sup> Уколико су корисници обавијештени о ауторима аутсајдерима, а желе да користе њихова дјела, имају могућност да са њима закључе уговор. У противном, ако корисници знају да дјела не припадају репертоару организације са којом су закључили уговор, а нису добили дозволу за

22 На примјер, у Шведској постоје двије организације специјализоване за остваривање права слијеђења. О примјени система проширеног колективног менаџмента у случају постојања више организација исте специјализације и могућим рјешењима за превазилежење проблема видјети: Daniel Gervais, „Application of an extended collective licensing regime in Canada: Principles and issues related to implementation“, стр. 35-39.

23 ЗКОАСП, чл. 18 ст. 2. Интересантно је да је у Закону о ауторском и сродним правима у Србији предвиђено да аутор може, а не мора да обавијести организацију да ће своја права остваривати индивидуално. Дакле, то је могућност, али не и обавеза аутора. Сматрамо да је у питању пропуст законодавца, који може да проузрокује велике проблеме у пракси.

24 У Србији постоји 17 аутора који су обавијестили СОКОЈ да ће своја права остваривати индивидуално, а не посредством организације.

коришћење од аутора, они врше повреду њихових права. Могућност аутора да изостане из система проширеног колективног остваривања права и да се одлучи за индивидуално остваривање права представља најзначајнију, суштинску карактеристику овог система. Ако аутор не би имао могућност да изабере индивидуално остваривање права, у условима постојања законом претпостављеног дјеловања организације за рачун свих аутора, то би практично значило обавезно колективно остваривање права. У том случају не би постојале разлике између проширеног и колективног остваривања права.

### **V Правна дјјства проширеног колективног остваривања права**

Увођење система проширеног колективног остваривања права доприноси правној сигурности, како корисника, тако и самих аутора. Са становишта корисника, домаћај проширене лиценце огледа се у отклањању ризика да се изврши повреда права неовлашћеним коришћења дјела која нису на репертоару организације. На тај начин, поједностављује се систем колективног остваривања права, олакшава се положај корисника и смањују се трошкови који би настали евентуалним судским споровима због повреде права. Наравно, преостаје обавеза корисника да закључе уговор са ауторима који се сами старају о остваривању својих права.

Најзначајнија посљедица која се постиже проширењем колективне лиценце је равноправан положај комитената организације и оних који то нису. Уколико аутор не обавијести организацију да ће индивидуално остваривати своја права, организација је дужна да те ауторе третира равноправно с ауторима који су са њом закључили уговор. Равноправан положај аутора тиче се, прије свега, накнаде коју корисници плаћају за коришћење дјела, а коју је организација дужна расподијелити ауторима. Када организација прикупи од корисника накнаду за коришћење дјела оних аутора који нису њени чланови, а при томе је нису обавијестили да ће индивидуално остваривати своја права, њена обавеза је да пронађе те ауторе и да им плати накнаду. У пракси, то није увијек баш једноставно, нарочито ако се узме у обзир коришћење дјела страних аутора, као и дјела са домаћег репертоара у иностранству.<sup>25</sup> Може се поставити питање

25 Питање коришћења иностраног репертоара у домаћој држави и националног репертоара у иностранству рјешава се путем реципрочних уговора о сарадњи, које закључују организације из различитих земаља. Постоје два типа ових уговора. На основу типа А уговора о реципрочној сарадњи, организација у домаћој држави остварује на колективан начин ауторска права за репертоар иностране организације и прикупљену накнаду јој шаље ради расподјеле. Према тзв. типу Б



када се сматра, и да ли се уопште може сматрати да је организација извршила своју обавезу, ако не може да пронађе те ауторе.<sup>26</sup>

Ако су аутори који закључе уговор са организацијом и они који то не учине у равноправном положају, питање је која је разлика између њих и да ли је уопште има. Основна разлика, више пута наведена, тиче се правног основа по коме организација остварује овлашћења за комитенте и аутсајдере. Организација остварује права својих комитената на основу закљученог уговора, а права аутсајдера, тачније, право на накнаду, на основу законске претпоставке, тј. закона. Аутори који нису закључили уговор са организацијом, потпадају под режим проширеног колективног остваривања права, па организација остварује права за њих, мимо њихове, бар изричито изјављене, воље. Ту би се могло говорити о прећутној сагласности, наравно, под условом да су аутори информисани о начину остваривања својих права. Уколико не желе да организација остварује њихова права, имају не само право, него и обавезу да о томе обавијесте организацију. Дакле, аутсајдери могу да изабежу да сами остварују своја права, или да то препусте организацији.

На основу чињенице да организација у систему проширене колективне лиценце, остварује права на основу закона, дакле, без уговора, може се извести закључак о сличности са обавезним колективним остваривањем права. Међутим, право избора, које имају аутори у систему проширеног колективног остваривања права, да своја права остварују или не остварују колективним путем, не постоји у систему обавезног колективног остваривања права. У случајевима обавезног колективног остваривања права, нема разлике између комитената организације и аутсајдера, јер морају законом одређена овлашћења остваривати посредством организације. Дакле, не само да немају могућност избора вршења својих права, него и нема разлике између њих, будући да организација та овлашћења остварује без уговора са аутором, на основу закона.

Систем проширене лиценце пружа значајне предности у погледу колективног остваривања права. За носиоце права, проширење треба

---

уговора, свака организација задржава накнаду коју је у својој земљи прикупила на основу коришћења иностраног репертоара и дијели је само носиоцима права на својој територији. Слободан Марковић, „Колективно остваривање ауторског права у светлу слободе конкуренције на тржишту Европске уније“, у: Миодраг Мићовић, *Либерализам и заштитна конкуренције*, Крагујевац, 2010, стр. 314.

- 26 Организација за колективно остваривање права, која прикупи накнаду по основу проширене колективне лиценце за домаће или стране ауторе који нису чланови, али нису ни изузети, би требало да уложи разумне напоре да пронађе такве ауторе и да им плате прикупљену накнаду. Шта се може сматрати разумним напорима, у неким правним системима процјењује Комисија за ауторско право. Daniel Gervais, „Application of an extended collective licensing regime in Canada: Principles and issues related to implementation“, стр. 30.

да убрза процес остваривања права, нарочито у погледу могућности искоришћавања дјела посредством савремених технологија. Са друге стране, кориснику се гарантује да плаћајући накнаду добија комплетан репертоар.<sup>27</sup> Међутим, будући да организација остварује права за ауторе који нису њени комитенти без закљученог уговора, то нужно значи ограничење њихових искључивих права. Наиме, аутори имају право на накнаду, али они нису организацији уступили овлашћење на одређени облик коришћења дјела. Проширена колективна лиценца се може у извијесном смислу посматрати као облик законске лиценце, пошто се искључива права своде на право на накнаду.

## VI Закључак

Колективно остваривање ауторског права настало је због немогућности индивидуалног остваривања појединих, веома раширених, облика коришћења ауторских дјела. Осим у изузетним, законом предвиђеним случајевима, аутори сами одлучују да ли ће своја права остваривати индивидуално или путем организације за колективно остваривање права. Аутори који сами остварују своја права су у ауторском праву аутсајдери. Корисници закључују уговор са организацијом како би прибавили право на коришћење свих дјела из репертоара организације. У циљу отлањања неизвјесности у погледу дјела и аутора који припадају репертоару организације, уведена је законска претпоставка да је организација, у оквиру врсте права и дјела за које је специјализована, овлашћена да дјелује за рачун свих аутора, без обзира да ли су комитенти организације или не. Уколико аутор жели да индивидуално остварује своја права, дужан је да о томе обавијести организацију.

За кориснике, проширено колективно остваривање права отклања могућност повреде ауторских права оних аутора који нису закључили уговор са организацијом, нити остварују своја права индивидуално. Са друге стране, организација на основу система проширења остварује права за све ауторе, осим за оне који своја права остварују индивидуално. Поред предности које пружа систем проширења, неминовна посљедица је и ограничење искључивих права. Пошто аутори нису закључили уговор са организацијом, она прикупља накнаду за коришћење дјела, а дозвола за коришћење је дата законом. Међутим, проширено колективно остваривање права није исто што и обавезно, управо због могућности аутора да одлучи да своја права индивидуално остварује. Можемо констатовати да систем проширеног колективног остваривања права огра-

27 Daniel J. Gervais, „Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective“, стр. 43.

ничава искључива права аутора и *de facto* их своди на облик законом дате дозволе за искоришћавање дјела, тј. законске лиценце. Дакле, да би се права могла остваривати, понекад су неопходни уступци који могу водити чак и ограничавању права. Са друге стране, не треба занемарити да се проширењем колективне лиценце, у правни систем уводи извијестан ред и избјегава се хаотично и несигурно стање које би водило неовлашћеном искоришћавању ауторских дјела која нису на репертоару колективних организација.

**Mag. Svjetlana IVANOVIĆ**  
Senior Assistant, Faculty of Law, University of East Sarajevo,  
Bosnia and Herzegovina

## EXTENDED COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT

### Summary

*Authors can exercise their rights individually or collectively, through collective management organizations. Collective management of copyright, thanks to the development technologies of mass communication, in some situations is only possible, but also required way to exercise some rights. If collective management isn't mandatory, then the authors conclude a contract with the organization which they ceded some rights to it. Authors who stay out the system of collective management of rights are called the outsiders. In order to ensure legal security of the users who do not know which authors have not concluded a contract with the organization, a legal presumption that the organization, as part of its specialization, is authorized to act on behalf of all authors is introduced. On this way the system of collective management of rights is extended to those authors who did not conclude contract with the organization, provided that they did not inform the organization that they will exercise their rights individually.*

**Key words:** *individual management of copyright, collective management of copyright, outsiders, extended collective license.*

*Иза Разија МЕШЕВИЋ*

асистент Правног факултета Универзитета у Сарајеву

## КОНКУРЕНЦИЈА ИЛИ МОНОПОЛ? СТАТУС ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА КОЛЕКТИВНО ОСТВАРИВАЊЕ АУТОРСКОГ ПРАВА И СРОДНИХ ПРАВА

### Резиме

*Ауторица се у свом ирילוу бави ироблематиком монополскои ситашуса орианизација за колективнo осиваривање ирава за одређене категорије ирава или дјела. Ради се о једном контрoверзном иишању, које је задњих иодина било и у фокусу Евроиске комисиие, ие чије се законодавнo уређење на националном нивоу разликује од државе до државе. Ауторица се осврће на критички ситав Евроиске комисиие на ову итему, ирезентиира национална рјешења земаља Евроисе и свијетиа, ие ситавља иосебан фокус на уређење монополскои или конкуренсикои ситашуса орианизација за колективнo осиваривање ирава у земљама реије Јуиоисточна Евроиа (Словенија, Хрваиска, Босна и Херцеиовина, Србија, Црна Гора, Македонија, Албанија и Буиарска). Закључно, ауторица се критички осврће на иостојећа законодавна рјешења и итенденције у овој области.*

**Кључне речи:** *ауторска и сродна ирава, колективнo осиваривање ауторских и сродних ирава, орианизације за колективнo осиваривање ирава, монополска иозиција орианизација.*

## I Увод

Док је област ауторског и сродних права у широком обиму захваћена хармонизацијским настојањима ЕУ, која се рефлектују не само на њене државе чланице, већ и на државе регије Југоисточна Европа, које стреме ка укључивању у европске интеграције. Међутим, област колективног остваривања ауторских и сродних права је у навећој мјери остала нетакнута овим харминизацијским подухватом, што државама оставља могућност да самостално и у складу са својом културном традицијом уреде предметну тематику. Но, у задњих пар година један сегмент ове области, монополски статус организација за колективно остваривање, је ушао у фокус, посебно, Европске комисије и отворио жустру дискусију на тему правне природе организација за колективно остваривање права, оправданости њихове монополске позиције, те нужности подстицања конкурентског односа између њих. Стога ћемо се у прилогу који слиједи нешто ближе позабавити овом проблематиком.

## II Монополски положај организација за колективно остваривање права

У зависности од националне регулативе поједине државе, сусрећемо на једној страни организације чија је дјелатност колективно остваривање различитих права за различите категорије дјела, док у другим државама егзистира више организација за колективно остваривање права, које су специјализиране за поједина ауторска дјела и поједине видове њиховог искориштавања.<sup>1</sup> Међутим, основно правило<sup>2</sup> које се развило у пракси колективног остваривања права,<sup>3</sup> а у поједина законодавства је и изричито уведено, јесте, да у ситуацијама када у оквиру одређене државе коегзистира више организација за колективно остваривање права, оне не би требале бити у конкурентском односу у погледу остваривања исте категорије права на истим категоријама ауторских дјела или предмета сродних права. Другим ријечима, коегзистетне организације на територији једне државе требају бити специјализиране на остваривање различитих права на појединим категоријама дјела, односно на остваривање различитих сродних права (специјализација) и свака организација треба да посједује монопол остваривања права

1 Lipszyc, *Copyright and Neighbouring Rights*, 1999, стр. 431 *et seq.*

2 Изузетке представљају друштва за колективно остваривање права у САД (ASCAP, BMI и SESAC), Канади (CAPAC и PROCAN) и Бразилу (UBC, SICAM, SBACEM и SADEMBRA). Наведено према Lipszyc, 1999, стр. 434.

3 Тзв. фактички монопол.

у оквиру своје специјализације (правна/законска или фактичка монополска позиција). Монополска позиција организација за колективно остваривања права погодује ефикасности обављања свих функција, које једна таква организација врши,<sup>4</sup> будући да иде у корист како ауторима, који на тај начин не постају жртве „тарифног рата“ између организација, који резултира у манипулисању организација од стране корисника, избегавању плаћања ауторских тантијема и редуцирању њиховог износа, тако и самим корисницима, који на тај начин избегавају плаћање двоструких накнада и несигурност у погледу законитости свог пословање, јер могу бити сигурни да закључењем уговора са једном организацијом стичу права неопходна за обављање своје дјелатности.<sup>5</sup> Другим ријечима, овакво стање на тржишту ауторских дјела у великој мјери поједностављује односе између носиоца права, саме организације и корисника, смањује административне трошкове, олакшава контролу над кориштењем дјела и позитивно се одражава на баланс моћи за преговарачким столом код закључивања уговора и утврђивања тарифа.

Међутим, без обзира на многобројне погодности овог система и чињенице да исти готово да представља правило у пракси колективног остваривања Европи, али и у свијету, постоје и противници става да фактички или правни монопол друштава, или монопол домаћих друштава на домаћој територији, чини рецепт за добро функционисање система колективног остваривања права.

### III Монополска позиција организација за колективно остваривање права и став ЕУ

У оквиру категорије противника монополске позиције организација за колективно остваривање је засигурно најгласнији и најутицајнији Европска комисија, која је својом Препоруком о прекограничном колективном остваривању ауторских и сродних права за легалне *online* музичке сервисе<sup>6</sup> отворила врата слободној конкуренцији између друштава за колективно остваривање ауторских права у *online* подручју.<sup>7</sup> Након тога

4 Augenstein, *Rechtliche Grundlagen des Verteilungsplans urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften*, 2004, стр. 30.

5 Lipszyc, стр. 433, као и Ulmer, *Urheber-und Verlagsrecht*, 3. издање, 1980, стр. 414.

6 Препорука је објављена у *Службеном гласнику ЕЗ* бр. L 276/54 од 21.10.2005. године и доступна на: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2005/l\\_276/l\\_27620051021de00540057.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2005/l_276/l_27620051021de00540057.pdf).

7 Тачка 3 наведене препоруке гласи: „Носиоци права требају имати право да остваривање свих *online* права, неопходних за дјеловање/функционисање легалних *online* музичких сервиса, у територијалном обиму по свом избору, повјере једном друштву за колективно остваривање права по свом избору; држава сједишта или

је Комисија својом Одлуком<sup>8</sup> окончала, годинама функционирајући, систем монопола друштава за колективно остваривање права на територији матичне државе и остваривања права на страном (свјетском) репертоару на темељу искључивих узајамних уговора са сестринским друштвима из других држава.<sup>9</sup> Да овај негативни став Европске комисије према монополској позицији организација за колективно остваривање права очигледно неће тако брзо бити измијењен, показују даље и поступци покренути крајем 2008. године против Чешке и Мађарске због законодавних рјешења ове двије државе у погледу монополске позиције националних организација за колективно остваривање.<sup>10</sup> Наиме, Европска комисија је одлучила да их ослови са тзв. обазложеним стајалиштем због увођења препрека вршењу двије основне слободе у ЕУ, наиме слободу оснивања и слободу пружања услуга. Према мишљењу Комисије, предметна законска рјешења Чешке и Мађарске спречавају организације за колективно остваривање права основане у другим државама чланицама да обављају било какве активности у ове двије државе.<sup>11</sup> Овај став је такођер у складу са интерпретацијом чл. 17 (11) Директиве о услугама,<sup>12</sup> која иде у правцу, да се изузетак од њене примјене на

државна припадност друштва за колективно остваривање, односно носиоца права не играју у овом случају улогу.“

8 Доступно на: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1165&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

9 Доступно на <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/511&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>. Од значаја је нагласити да се не ради о потпуно новом ставу по овом питању и да је Европска комисија са овом одлуком само потврдила и реализирала став Европског суда из случајева *Ministere public – Tournier*, пресуда 2521 из 1989. године и *Lucaszau – SACEM*, пресуда 2811 из 1989. године.

10 Чл. 86, ст. 2 Закона о ауторском праву Републике Мађарске (Закон бр. LXXVI из 1999. године у консолидованој верзији од 1. јануара 2007. године; доступан на: [http://portal.unesco.org/culture/en/files/39703/12519733393hu\\_copyright1999\\_Conso2007\\_en.pdf/hu\\_copyright1999\\_Conso2007\\_en.pdf](http://portal.unesco.org/culture/en/files/39703/12519733393hu_copyright1999_Conso2007_en.pdf/hu_copyright1999_Conso2007_en.pdf)) предвиђа да само једна организација може бити регистрована у држави за колективно остваривање ауторских и сродних права у погледу у Закону наведених категорија дјела или предмета заштите; чл. 97, ст. 2 и чл. 98, ст. 6, лит. с Закона о ауторском и сродним правима Републике Чешке (Закон бр. 121/2000 од 7. априла 2000. године о ауторском праву, сродним правима и о измјенама одређених закона, измијењен Законом бр. 81 од 21. јануара 2005. године; доступан на: [http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL\\_ID=15324&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=15324&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)) прописују да организација за колективно остваривање права може бити само правна особа са сједиштем у Републици Чешкој, којој ће бити издата дозвола за обављење дјелатности колективног остваривања, ако други субјект већ није стекао дозволу за исту категорије права, односно дјела..

11 Доступно на: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1786&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

12 Директива 2006/123/ЕС Европског праламента и Савјета од 12. децембра 2006. године о услугама на унутрашњем тржишту, *Службени гласник ЕЗ* L 376, 27.12.2006,

поједине категорије субјеката/услуга који предвиђа, не односи на услуге колективног остваривања права, које пружају предметне организације.

Узрок оваквом ставу Европске комисије можемо наћи у једној од области дјеловања, тада, Европске заједнице (чл. 3, ст. 1, лит. g Уговора о оснивању Европске заједнице), која представља [успостављање] „систем[а] који осигурава да тржишна утакмица на заједничком тржишту није нарушена“,<sup>13</sup> а која се конкретизира кроз садржај чл. 102 и 103 Уговора о функционисању Европске уније<sup>14</sup> (конкуренијска правила). Међутим, о оправданости безусловне примјене ових правила и на организације за колективно остваривање права, које у правилу представљају непрофитна друштва у служби носилаца права, те о подстицању конкурентског односа међу њима, могло би се дуго и бурно дискутовати. Посљедице овакве политике Европске комисије у односу на дјеловања друштава за колективно остваривање права у ЕУ још се не могу у пуној мјери сагледати, али су опасност за егзистенцију малих друштава за колективно остваривање права и њихове улоге као чувара културне традиције, одлив аутора из националних у велика европска друштва за колективно остваривање права<sup>15</sup> и тарифна борба за кориснике на штету носилаца права сигурно неке од њих. Но, коначни став Европске комисије, али и других тијела ЕУ (Европски парламант) по питању монопоског статуса организација за колективно остваривање очигледно још увијек није у потпуности формиран, будући да из њиховог правца још увијек није потакао било какав обавезујући документ за државе чланице (директива или уредба), који би уређивао статус и дјелатност организација за колективно остваривање, па уједно и питање њиховог конкурентског односа или монополске позиције.

#### IV Монопол да или не? Став у државама Европе и свијета

Уколико разматрамо питање монополске позиције организација у Европи и свијету, нећемо моћи дати потпуно јединствен одговор, будући да се ради о тематици која је различито третирана од стране

стр. 36–68. Такође видјети: Приручник о имплементацији Директиве о услугама, стр. 42, доступан на: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_en.pdf).

13 Лисабонски уговор (доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/index.htm>) је предметну одредбу уклонио из циљева новог права Европске уније и позиционирао га у оквиру Протокола (бр. 27) о заједничком тржишту и конкуренцији, *Службени гласник* С 115, 2008, стр. 309. Међутим, овакво поступање није имало утицаја на „конкуренијску оријентацију“ Уније.

14 *Службени гласник* С 83 од 30. марта 2010. године (консолидована верзија).

15 Примјера ради њемачка *GEMA* или француски *SACEM*.



законодаваца различитих држава. Док САД традиционално заговара конкуренцију између организација за колективно остваривање,<sup>16</sup> друге државе, посебно државе Европе, или оне, које се наслањају на европско-континенталну правну традицију ауторског права, се одређују за законски, фактички или барем струковни монопол ових организација<sup>17</sup> у комбинацији са снажном контролом ових субјеката од стране компетентних државних тијела у складу са правилима конкуренцијског права или специјалних прописа у области ауторског права.

Споменута ситуација у пракси колективног остваривања у САД (организације *ASCAP*, *SESAC* и *BMI*), која ипак представља више изузетак, него правило, је резултат принципијелног става према организацијама за колективно остваривање, да исте представљају „нужно зло“,<sup>18</sup> а који потиче од неповјерења у то, да организација која концентрише и прикупља велики број искључивих права на јавно извођење, уопште може дјеловати у складу са правилима о слободној конкуренцији.<sup>19</sup> Међутим, и поред тога што се конкуренција између три организације за колективно остваривање извођачких права у САД представља као „*win-win*“ ситуација, која је од користи како за носиоце ауторских права, тако и за кориснике,<sup>20</sup> наведене три организације су заиста искључиво у конкурентском односу у погледу привлачења потенцијалних лукратив-

- 16 Паралелна егзистенција три „конкурирајуће“ организације у области колективног остваривања права јавног извођења музичких дјела представља једну од карактеристика, која разликује систем колективног остваривања ауторских права у САД и највећем броју држава Европе, гдје владајуће правило ипак представља успостављање правног или фактичког монопола једне организације за специфичну категорију дјела или права.
- 17 За законски монопол видјети нпр.: Народна Република Кина: Одјељак II, чл. 7, ст. 2 Уредбе о колективном управљању ауторским правом од 22. децембра 2004. године, проглашене декретом бр. 429 од 28. децембра 2005. године; Република Аустрија: § 3 (2) Закона о организацијама за колективно остваривање од 13. јануара 2006. године (*BGBI. I 9/2006*).
- 18 Lunney, „Copyright Collectives and Collecting Societies: The United States Experience“, у: Gervais (ур.), 2006, стр. 312.
- 19 За разлику од европско-континенталног концепта признања и заштите права аутора на резултатима њиховог креативног рада, систем ауторско-правне заштите у САД се заснива на другим постулатима. Наиме, држава штити ауторска права у сврху промоције културе и креирање културних добара, као дјелатности од јавног интереса. Сам процес креирања је инкорпорисан у окружење тржишне економије и конкурентских односа. Такав став правног поретка САД-а према ауторском праву се неминовно рефлектује и на став према организацијама за колективно остваривање права.
- 20 Public Performance Rights Organizations Hearing before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 11. мај 2005. године, тачка 2. Доступно на: <http://www.access.gpo.gov/congress/house/house10ch109.html>.

них носилаца права, док у погледу „вањског односа“, онога са корисницима, конкуренција заиста не постоји.<sup>21</sup> Будући да носиоци права<sup>22</sup> могу бити чланови или се прикључити само једној организацији,<sup>23</sup> корисници немају могућност да бирају најповољнијег даваоца дозволе за кориштење музичких дјела, тј. „најповољнију организацију“, већ морају да закључе уговоре са све три организације, како би могли законито да користе цјелокупни музички реперотар, који се тренутно нуди на америчком музичком тржишту.

Са друге стране, нпр. закони у области ауторског права и колективног остваривања тих права Аустрије и Италије представљају неке од значајних примјера националних законодавстава која на изричит начин инкорпоришу одредбе о монополској позицији организација за колективно остваривање у оквиру њихове специјализације. Аустријски Закон о организацијама за колективно остваривање права заиста представља модел рјешења регулативе једног недвојбеног правног монопола, чији § 3 (2) гласи: „За остваривање једног одређеног права допуштено је издати дозволу за обављање дјелатности само једном друштву за остваривање.“<sup>24</sup>

Како би избјегли паралелизам организација у оквиру једне специјализације, поред могућности увођења законског монопола једне организације по врсти дјела или категорији права на том дјелу, такођер је присутна опција успостављања једне генералне организације за колективно остваривање, као у случају италијанске *SIAE* и белгијског *SABAM*, које остварују различите категорије права на различитим категоријама дјела. Међутим, италијанска судска пракса и теорија негирају постојање фактичке или правне монополске позиције *SIAE*, без обзира на веома јасну законску формулацију.<sup>25</sup> Овај став се, између осталог, заснива на ар-

21 Но, ова чињеница није била предметом критике у САД; Видјети код Goldmann, „Die Regulierung der Urheberverwertungsgesellschaften in den USA– Kollektive Wahrnehmung im Konflikt mit dem Wettbewerbsrecht“, *GRUR Int.* (2001), 420, 422 *et seq.*

22 У суштини само композитори (*songwriters*), будући да издавачи (*publishers*) могу бити прикључни чланови све три организације у исто вријеме, јер често заступају композиторе, који су управо чланови различитих организација. Још једна могућност за издаваче да се укључе у више од једне организације, јесте да оснују самосталне пословне субјекте. Видјети: Compendium of ASCAP Rules and Regulations (на снази од децембра 2009. године), тачка 1.3.2.

23 Доступно на: [http://www.sesac.com/writerpublisher/faq\\_becomeaffiliate.aspx](http://www.sesac.com/writerpublisher/faq_becomeaffiliate.aspx).

24 Детаљније код Riesenhuber, „Das oesterreichische Verwertungsgesetz“, 2006, стр. 21 *et seq.*, као и Handig, „Das neue oesterreichische Verwertungsgesellschaftengesetz (VerwGesG 2006)“, *GRUR Int.* (2006), 365, 365 *et seq.*

25 Чл. 180 Закона о заштити ауторских права и сродних права Републике Италије (Закон бр. 633 од 22. априла 1941, задња измјена Законодавним декретом бр. 68 од 9. априла 2003. године).

гументу, да се *SIAE* налази у конкурентском односу са носиоцима права, који су такођер у могућности да остварују своја права индивидуално.<sup>26</sup>

Међутим, неке су државе, као нпр. Швицарска, одабрале „средњи пут“, на начин да њихово национално законодавство предвиђа генерално правило монопола за одређену категорију дјела или сродних права, но не искључује у потпуности могућност одступања од тог принципа, на начин да се дозвола за обављање дјелатности колективног остваривања права може повјерити и више од једној организацији у оквиру исте специјализације.<sup>27</sup>

Ипак, и у државама гдје је принципијелно дозвољена конкуренција између организација за колективно остваривање, као што је то случај у Њемачкој, кроз дугогодишњу праксу су се развили фактички монополи тих организација у оквирима њихове специјализације (нпр. *GEMA*) и као такви бивају толерисани од стране органа надлежних за надзор над тим организацијама.

Са друге стране, у појединим државама, као што је нпр. Јапан, недостатак одредби о успостављању законског монопола у претходном закону<sup>28</sup> није резултирао у слободној конкуренцији између организација за колективно остваривање, или етаблирању фактичких монопола у пракси. Напротив, орган надлежан за издавање дозволе за обављање дјелатности колективног остваривања<sup>29</sup> је вршио улогу „креатора монопола“ на начин да је увео генерално правило, да се дозвола издаје само једној организацији за одређену категорију ауторског дјела.<sup>30</sup>

## V Став држава регије Југоисточна Европа

У државама регије (Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Србија, Црна Гора, Македонија, Албанија и Бугарска) одговор на питање

26 Kuhn, *Recht und Praxis der Urheberwertungsgesellschaften in Italien im Vergleich zu Deutschland*, 1998, стр. 53 *et seq.*

27 Чл. 42, ст. 2, Федералног Закона о ауторском праву и сродним правима Швицарске од 9. октобра 1992. (верзија од 1. јула 2008).

28 Закон о посредничкој дјелатности у области ауторског права (Закон бр. 67 из 1939. године, задњи пут измијењен Законом бр. 78/1983). Сада на снази: Закон о дјелатности управљања ауторским и сродним правима (Закон бр. 131, од 9. новембра 2000. године).

29 Комесар Агенције за културне дјелатности.

30 Међутим, Закон о дјелатности управљања ауторским и сродним правима из 2000. године (чл. 5 и 6) је сузео дискрециону власт надлежног тијела и на тај начин подстакло повећање броја регистрованих организација за колективно остваривање; Okomura, „Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Japan“, у: Gervais (ур.), 2006, стр. 349 *et seq.*

„Монополска позиција организација за колективно остваривање – да или не?“ је претежно уједначен. Наиме, већина националих прописа у области ауторског и сродних права, односно колективног остваривања тих права (ЗАСП Републике Словеније,<sup>31</sup> ЗАСП Републике Хрватске,<sup>32</sup> ЗКОП Босне и Херцеговине,<sup>33</sup> ЗАСП Републике Србије,<sup>34</sup> ЗАСП Републике Македоније<sup>35</sup> и ЗАСП Републике Абаније<sup>36</sup>), садржава изричите одредбе о законском монополу организација за колективно остваривање права. Ипак, поједини закони, као ЗАСП Србије и Црне Горе,<sup>37</sup> који је још увијек на снази у Црној Гори, и ЗАСП Републике Бугарске<sup>38</sup> избегавају изричито третирати ово питање, што представља неписани основ за потенцијални конкурентски однос између организација за колективно остваривање у тим државама. Међутим, у датим државама постоји такођер могућност стварања фактичких монопола, као што се то десило у Њемачкој.

## 1. Конкурентски потенцијал

Као је већ истакнуто, ЗАСП Србије и Црне Горе изричито не предвиђа монополску позицију организација за колективно остваривање права. Међутим, у литератури је, у недостатку законске одредбе овог типа, заузет став да критериј, да оснивачи организације морају представљати већину носилаца права у њеном подручју дјеловања (чл. 155, бр. 3) заједно са захтјевом искључивости преноса права са њиховог носиоца

31 *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah, Uradni list Republike Slovenije (U. l.)* бр. 21/1995, од 14. априла 1995.; Измјене и допуне: *U. l.* бр. 9/2001, бр. 43/2004, бр. 17/2006, бр. 139/2006 и бр. 68/2008.

32 *Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, Narodne novine (N. n.)* Republike Hrvatske, бр. 167 од 22. октобра 2003. године; Измјена и допуна: *N. n.* бр. 79/2007.

33 *Закон о колективном остваривању ауторског и сродних права, Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 63 од 3. августа 2010. године.

34 *Закон о ауторском и сродним правима, Службени гласник Републике Србије*, бр. 104 од 16. децембра 2009. године.

35 *Закон за авторско право и сродните права, Службен весник (Сл. в.) на Република Македонија*, бр. 115 од 31. августа 2010. године; Исправка: *Сл. в.* бр. 140/2010.

36 *Ligj Nr. 9380, për të drejtën e autorit dhe të drejtat e tjera të lidhura me të*, од 28. априла 2005; Измјена: *Ligj Nr. 9934* од 26. јуна 2008. године.

37 *Закон о ауторском и сродним правима, Службени листи Србије и Црне Горе*, бр. 61 од 24. децембра 2004. године.

38 *Законът за авторското право и сродните му права, Државен весник (Д. в.)* бр. 56 од 29. јуна 1993. године. Измјене и допуне: *Д. в.* бр. 63/1994, бр. 10/1998, бр. 20/1999, бр. 28/2000, бр. 107/2000, бр. 77/2002, бр. 28/2005, бр. 43/2005, бр. 74/2005, бр. 99/2005, бр. 105/2005, бр. 29/2006, бр. 30/2006, бр. 73/2006, бр. 59/2007, бр. 12/2009 и бр. 32/2009.

на организацију (чл. 150, ст. 2) сматрају аргументима за признање монополског положаја организације у оквиру њене специјализације.<sup>39</sup>

Иако законске одребе ЗАСП-а Републике Бугарске не дотичу питање монополске позиције организација за колективно остваривање права,<sup>40</sup> чак штовише, омогућавају стварање великог броја организација, па и у оквиру исте специјализације,<sup>41</sup> у овој држави су се у пракси колективног остваривања појавили фактички монополи, чију егзистенцију је прихватила и судска пракса.<sup>42</sup> Па тако, примјера ради, у области колективног остваривања права на јавно извођење музичких дјела, организација за колективно остваривање Мусицаутор има фактички монополски положај на територији Бугарске (90– 95% репертоара).<sup>43</sup>

## 2. Законски монопол организација за колективно остваривање права

Док је увођење изричитог законског монопола организација за колективно остваривање права изостало у ЗАСП Србије и Црне Горе, текст ЗАСП Републике Србије је надокнадио овај пропуст и увео монополску позицију ових организација у оквиру њихове специјализације за исту категорију права на истој категорији дјела (чл. 157, ст. 2). Оправданост овог рјешење у ЗАСП се брани аргументом, да је монополска позиција организација за колективно остваривање, с обзиром на природу њихове дјелатности, као и повећану ефикасност и рационализацију, нужна, те да истовремено олакшава позицију корисника.<sup>44</sup> Поред тога, ово рјешење се оправдава и ставом да организације за колективно остваривање права не представљају субјекте усмјерене ка остваривању профита, те стога није присутан економски мотив за подстицање слободне конкуренције у оквиру њихове дјелатности.<sup>45</sup>

39 Марковић, *Ауторско право и сродна права*, 1999, стр. 343 *et seq.*

40 Саракинов, *Ауторско право и сроднише му права в Република Бџлария*, 2007, стр. 55.

41 Тренутно се у регистру Министарства културе Републике Бугарске налази 35 регистрованих организација за колективно остваривање права. Доступно на: [http://mc.government.bg/files/469\\_Spisyk-avtorsko%20pravo%20chl.40.pdf](http://mc.government.bg/files/469_Spisyk-avtorsko%20pravo%20chl.40.pdf).

42 Саракинов, 2007, стр. 178, фн. 1; такођер ближе код *id.* „Дейността на организациите за колективно управление на авторски и сродни тях права в контекста на Закона за защита на конкуренцията“, *Собствениост и право*, бр. 8 (2004), 55, 55 *et seq.*

43 Саракинов, „Правни въпроси, свързани с функционирането на организациите за колективно управление на авторски права“, *Собствениост и право*, бр. 12 (2003), 47, 49.

44 Образложење приједлога закона (раније доступно на: [http://www.parlament.sr.gov.yu/content/lat/akta/akta\\_detalji.asp?Id=1010&t=P#](http://www.parlament.sr.gov.yu/content/lat/akta/akta_detalji.asp?Id=1010&t=P#)), стр. 68 (даље: Образложење ЗАСП Републике Србије).

45 Образложење ЗАСП Републике Србије, стр. 68.

У категорију законодавстава која се одређују за законски, тј. правни монопол организација за колективно остваривање спада и ЗАСП Републике Хрватске<sup>46</sup> (чл. 159, ст. 1). Основаност оваквог рјешења хрватски законодавац је препознао у величини хрватске државне територије и већ постојећим фактичким монополимa организација у хрватској пракси колективног остваривања права, прије доношења ЗАСП-а.<sup>47</sup> Према датом законском рјешењу, организација (удруга) може остваривати једно или више категорија права, која у правилу припадају једној категорији носилаца права (аутори или носиоци сродних права) (чл. 158, ст. 1). У образложењу приједлога садашњег ЗАСП Републике Хрватске оправданост овог рјешења је такођер аргументирана са остваривањем најбољег нивоа специјализације организација за колективно остваривање.<sup>48</sup>

Наредна држава која предвиђа правни монополски положај организација представља Албанија. Одређујући да се организације за колективно остваривање права оснивају према умјетничким браншама, али не више од једна организација у једној бранши, албански законодавац се у ЗАСП Републике Албаније јасно определио за пут специјализације и монополизације (чл. 108 ст. 4).

Такођер БиХ законодавац је аргументирајући да би паралелна егзистенција више организација за колективно остваривање за исту категорију дјела, прије свега у мањим државама, била не само нерационална, него и у супротности са суштином концепта колективног остваривања, који се, између осталог, састоји у концентрацији права као средству за остваривање ефикасности,<sup>49</sup> у ЗКОП Босне и Херцеговине предвидио монопол једне организације за исту категорију права на истој категорији дјела (чл. 6, ст. 3). Међутим овај законски монопол организација односи се искључиво на ексклузивност у погледу издавања дозволе само једној организацији у оквиру дате специјализације, али не ускраћује или ограничава могућност нових или млађих организација, које испуњавају неопходне критерије, да поднесу захтјев за издавање дозволе за обављање дјелатности колективног остваривања управо у оквиру те специјализације. Стога, правни монопол организације није апсолутна категорија, већ може, како то предвиђа ЗКОП Босне и Херцеговине, бити замијењен монополом друге организације у тој области, која може доказати да располаже са ширим репертоаром, него организација која већ држи дозволу и да може остварити већи степен ефикасности

46 Dietz, „Bedeutende Entwicklung des Urheberrechts im südosteuropäischen Raum – am Beispiel der Reformgesetze Sloweniens, Kroatiens und Serbiens (2. Teil)“, *GRUR Int.* (2006), 906, 914.

47 Gliha, *Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima*, 2004, стр. 168.

48 Gliha, 2004, стр. 168.

49 Образложење нацрта Закона о колективном остваривању ауторских и сродних права у Босни и Херцеговини, стр. 6; статус: 19. јануар 2009. године.

колективног остваривања права. У том случају, издавање дозволе новој организацији ставља ван снаге дозволу издату ранијој организацији у оквиру исте специјализације (чл. 11, ст. 1, лит. д и ст. 4).

Готово је идентично законско рјешење ЗАСП Републике Словеније, које је донекле служило и као узор БиХ регулативи, а које се такођер сврстава у категорију „монополских законодавстава“. Основна разлика у односу на ЗКОП Босне и Херцеговине представља уврштавање овог критерија у словенској регулативи у разлоге за одбијање издавања дозволе (негативни критериј). Наиме, према ЗАСП Републике Словеније, дозвола за обављање дјелатности колективног остваривања права неће бити издата, уколико је за исту категорију дјела и права већ издата другој организацији, осим, ако не постоје горе, у контексту ЗКОП Босне и Херцеговине, већ наведени услови (чл. 149, ст. 1, бр. 3). Но, интересантно је споменути да је законско уређење монополске позиције организација за колективно остваривање у оквиру словенског ЗАСП-а имало је свој развојни пут. Наиме, основни текст ЗАСП-а из 1995. године је у чл. 151, ст. 2 предвиђао изричит законски монопол,<sup>50</sup> на начин да је стипулирао да се, у правилу, за исту категорију дјела може издати дозвола само једној организацији за колективно остваривање права од стране *Urada Republike Slovenije za intelektualno lastnino*. Резултат бројних измјена регулативе колективног остваривања предузетих новелом ЗАСП Републике Словеније из 2004. године био је, између осталог, и изостављање ове одредбе из законског текста. Овакво рјешење је пружало барем теоретску могућност да се појави организација за колективно остваривање права која би се могла позвати на правни основ, тј. правну празнину, и поднијети захтјев за издавање дозволе у области, у којој већ постоји једна лиценцирана организација. Овај период „теоретског конкуренцијског потенцијала“ је трајао до друге новеле ЗАСП Републике Словеније из 2006. године, када је у оквиру разлога за одбијање издавања дозволе за колективно остваривање уведен трећи, горе наведени разлог „монополске позиције“ (чл. 149 ст. 1, бр. 3). На тај начин је, иако се мишљења у теорији по том питању разилазе, у оквиру ЗАСП Републике Словеније поново уведен правни монопол организација за колективно остваривање у оквиру њихове специјализације. Наиме, поједини теоретичари<sup>51</sup> постојеће рјешење словенског ЗАСП-а гледају као недостатак правног монопола организација за колективно остваривање, који је за разлику од ранијег законског рјешења замијењен фактичким монополем организација у овој области, док други<sup>52</sup> наглашавају да је пред-

50 Trampuž, Oman, Zupančič, *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*, 1997, стр. 357.

51 Dietz, *GRUR Int.* (2006), 906, 912 et seq.

52 Trampuž, *Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic*, 2007, стр. 48.

метном новелом из 2006. године заиста предвиђен законски монопол организација, чему се и ми приклањамо. Готово идентично рјешење је наиме садржано и у ЗКОП Босне и Херцеговине, у оквиру кога је несумњиво предвиђен законски монопол организација за колективно остваривање права. Позиционирање овог критерија у ЗАСП Републике Словеније у оквиру разлога за одбијање захтјева за издавање дозволе, а не у оквиру услова за издавање дозволе, као што је то случај у БиХ, не представља довољан аргумент у правцу да словенски законодавац није имао намјеру увести правни монопол организација за колективно остваривање права.

За вријеме дејства ранијег Закона о ауторском праву и сродним правима Македоније из 1996 године,<sup>53</sup> у литератури<sup>54</sup> су били присутни гласови, који су заговарали и могућност увођења конкурентских односа у домену колективног остваривања путем увођења нових удружења у овој области. Но и поред тога, мекедонски законодавац је у оквиру реформе области ауторских и сродних права 2010. године (ЗАСП Републике Македоније) преузео рјешење из старог закона из 1996. године (чл. 144, ст. 2) у готово идентичној формулацији, одређујући да се за исту категорију права, тј. кориштења права, у правилу издаје дозвола само једној организацији за колективно остваривање (чл. 149, ст. 2 ЗАСП Републике Македоније). За разлику од претходног рјешења из 1996. године, гране специјализације организација за колективно остваривање се не одређују према категоријама дјела, већ према категоријама права. Поред тога, ЗАСП Републике Македоније прецизира (чл. 149, ст. 4) и на тај начин подвлачи одређеност за концепт правног монопола, да у случају подношења више захтјева за издавање дозвола за колективно остваривање права у оквиру исте гране специјализације, Министарство културе Републике Македоније издаје дозволу оној организацији за колективно остваривање, у погледу које основано процијени да ће на основу приложене документације успјешно обављати дјелатност колективног остваривања права. Приликом те оцјене, улогу играју број носилаца права [које организација заступа], као и обим права. Поред тога је од значаја истаћи, да у пракси колективног остваривања права на територији Македоније постоји само једна организација за колективно остваривање, а то је ЗАМП Македонија.

Међутим, у Македонији је претходних година било у пракси и одступања од овог монополског принципа. Наиме, према ЗАСП из 1996. године, дозвола за обављање дјелатности колективног остваривања је издавана на основу јавног позива, а не на основу захтјева саме организације,

53 Закон за ауторско право и сродните права, С. в. бр. 47/1996; измјене и допуне: С. в. бр. 3/1998, бр. 98/2002, бр. 4/2005 и бр. 131/2007.

54 Поленак-Акимовска, Наумовски, „Најнови трендови во ауторското и сродните права“, у: Галев, Дабовиќ-Анастасовска (ур.), 2007, 305, 306 *et seq.*



као што је то сада случај. У оквиру јавног позива објављеног 2006. године, издате су двије конкурирајуће дозволе, тј. дозволе у веома блиским, чак преклапајућим областима специјализације и то: организацији ММИ, за колективно остваривање сродних права произвођача фонограма и организацији КОМИП за колективно остваривање сродних права интерпретатора на њиховим снимљеним изведбама несценских музичких дјела, те дјела фолклора и на објављеним носачима звука са овим изведбама. Издавање конкурирајућих лиценци резултирало је у дугогодишњој правној битци између ове двије организације, прво пред тада надлежном Владином комисијом, те касније и пред судом, у погледу узајамног оспоравања издатих дозвола за обављање дјелатности колективног остваривања права.<sup>55</sup> Задњу је ријеч, која би требала бити спроведен од стране Министарства културе Републике Македоније, у овом поступку за сада имао Управни суд Републике Македоније, који је ван снаге ставио одлуку предметне Владине комисије да забрани овим организацијама обављање дјелатности колективног остваривања.<sup>56</sup>

## VI Закључна разматрања

Посматрајући национална законска рјешења монополског или конкурентског статуса организација у свијету, Европи, а посебно регији Југоисточна Европа неминовно је поново нагласити, да иста нису у потпуности уједначена, али такођер и примјетити да засигурно постоји легислативни тренд по овом питању, који иде у супротном правцу од онога, кога назначавача Европска комисија. Наиме, у правцу успостављања законских/правних монопола организација за колективно остваривање ауторских и сродних права у њиховој области специјализације. У ЕУ, предводник овог тренда је сигурно Аустрија, која је чак у периоду предједавања Савјетом ЕУ донијела предметни закон, којим успоставља правни монопол организација, само неколико мјесеци након што је контраверзна Препорука Европске комисије угледала свјетло дана. Такођер је, посебно у свјетлу константног стремљења држава регије ка чланству у ЕУ, које је праћено беспоговорним имплементацијом *acquis communautaire* и захтјева ЕУ, готово изненађујуће констатовати, да управо готово све те државе (осим Бугарске, која је чланица ЕУ и Црне Горе, гдје је нови закон у области ауторског права у припреми), показују изричито опредјељење за правну монополску позицију организација за колек-

55 Оцена на состојбите во областа што треба да се уреди со законот и причините за донесување Законот за авторското право и сродните права, службени документ, 2010, стр. 5.

56 The Former Yugoslav Republic of Macedonia 2010 Progress Report, SEC (2010) 1332, S. 37.

тивно остваривање у својим новим или недавно новелираним законима. Другим ријечима, супротстављају се ставу Европске комисије по овом питању. Иако овај „побуњенички став“ држава регије, био свјестан или не, неће за собом повући негативне посљедице у контексту придружења ЕУ, будући да се код Препоруке ради о необавезујућем правном акту, исти заслужује највеће похвале. На крају, ни сам став Европске комисије и других органа ЕУ по овом питању још увијек није коначан, те док исти не буде установљен, монополска позиција организација у регији може само допринијети јачању система колективног остваривања права у тим државама и припремити их за оно што долази.

**Iza Razija MEŠEVIĆ**

Teaching Assistant, University of Sarajevo, Faculty of Law

## COMPETITION OR MONOPOLY? STATUS OF COPYRIGHT COLLECTING SOCIETIES

### Summary

*The author is dealing with the issue of monopoly position of collective management organizations for certain categories of works or rights. As a matter of fact, this topic is very controversial and it has been even in the focus of attention of the European Commission in the last few years. The national legislative solutions regarding this issue are also different from country to country. The author reflects upon the critical approach of the European Commission regarding this topic, presents the national solutions of the European countries and countries of the world and places a special emphasis on the regulation of the monopolistic or competing position of collective management organization in the countries of the region South-Eastern Europe (Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Serbia, Montenegro, Macedonia, Albania and Bulgaria). In conclusion, the author addresses the presented legislative solutions and legislative tendencies in this field in a critical manner.*

**Key words:** *copyright and related rights, collecting societies, monopoly.*

*Neda ZDRAVEVA, Msci*

Teaching and Research Assistant, the Justinianus Primus Law Faculty of  
the Ss. Cyril and Methodius University in Skopje

## FEW OBSERVATIONS ON PATENT INFRINGEMENT DAMAGES IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA AND THE REPUBLIC OF SERBIA

### Summary

*In the article the author analyses the system of liability for patent infringement in particular the system of awarding damages in the Republic of Macedonia and the Republic of Serbia. In the Introduction the author explains the reasons for dealing with this issue and the aims of the article. In the second part the standards set by the Agreement on the Trade Related Aspects of Intellectual Property and especially the Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights are reviewed, as well as the substantive law provisions of the national legislation of the two countries related to damages for patent infringement. The third part focuses on the methods of calculating damages and the possibilities that exist under the legislation of Macedonia and Serbia for compensation of the harm caused by patent infringement. At the end the author summarises the finds of the analysis and highlights the issues that should be taken into consideration in the practical application of the legislative provisions.*

**Key words:** *patent infringement, damages, calculation of damages.*

## I Introduction

The existence of the patent system is justified with the fact that the exclusive rights arise from the intellectual activity of a person and lead to revenues for the patent owner and thus return of investment in the research and development (R&D) that led to the invention and incentive for future R&D.<sup>1</sup> The patenting and patent licensing are promoted as possible business strategy, especially for the small and medium sized enterprises (SMEs)<sup>2</sup>. The enforcement of the patents is seen as the “guardian” of the exclusive rights. The enforcement system provides a bundle of mechanisms for the protection of the patent owner against free riders, mechanisms which guarantees that any unauthorized use of the invention will be stopped and adequately sanctioned. All of this, reinforced with the international and national strategies and activities for the promotion of the Intellectual Property, is undoubtedly one of the factors that contributed to the increased number of patent applications in the course of the last 10 years<sup>3</sup> and the steady growth of the investment in the R&D.<sup>4</sup>

- 1 The justification of the IP system has been a question for the legal scholars, the philosophers, economist etc. The theories of John Locke, Thomas Hobbes and Georg Wilhelm Friedrich Hegel lead to the understanding of property as right, with specificities of the understanding of the notation by each of the philosophers. The basic proposition of classical economists – Jeremy Bentham, Adam Smith, Jean Baptiste Say, John Stuart Mill and John Bates Clark, is that IPRs provide „*the prospect of reward*“ that encourages further research and investments. On the rationale of the IP see further Birgitte Andersen, *The Rationales for Intellectual Property Rights: The Twenty-First Century Controversies*; [http://www.druid.dk/uploads/tx\\_picturedb/ds2003-889.pdf](http://www.druid.dk/uploads/tx_picturedb/ds2003-889.pdf) [08.04.2011]; Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th edition, Toronto: Little, Brown and Company, 1992, pp. 32–39.
- 2 See more: Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *Дојовор за лиценца – начин на водење бизнис*, Центар за европско применето право и економија – ЦЕППЕ, Скопје, 2009, стр. 28–69; *Exchanging Value – Negotiating Technology Licensing Agreements – A Training Manual*, WIPO, International Trade Centre, 2005, pp.13 – 25, available at [http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/technology\\_licensing.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/technology_licensing.pdf) [1.4.2011].
- 3 By the WIPO statistical database the number of filed PCT international patent applications has been staidly increasing the past 8 years, so since 2002 increased by almost 50% (110.394 in 2002 compared to 163.938 in 2010); for further reference see <http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/pct/> [10.04.2011]. The same trend of increase can be seen in the number of applications filed with the EPO (100.701 in 2000 compared to 134.542 in 2009); for further reference see [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/57439235539A0D63C125755B005CAFC1/\\$File/applications\\_2000-2009\\_per\\_residence\\_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/57439235539A0D63C125755B005CAFC1/$File/applications_2000-2009_per_residence_en.pdf) [10.4.2011].
- 4 See *2009 EU Industrial R&D Investment Scoreboard*, European Commission – Joint Research Centre and Institute for Prospective Technological Studies, 2009, available at <http://iri.jrc.ec.europa.eu/research/docs/2009/JRC54920.pdf> [7.4.2011].

The need for setting up mechanisms to recover the damage of the patent owner is undisputable. The effectiveness and the efficiency in broader terms should support the overall aim of the Intellectual Property to protect both the needs of the IP owners and the needs of the public. One of the contributing factors in achievement of this goal is having clear rules on the liability for patent infringement.

This article aims at examining the system of liability for patent infringement in particular the system of awarding damages as they serve both as compensation to the rightholder for the economic detriment that results from an infringement, and as a specific and general deterrent to potential infringers. We will look into the norms of the two most important legislative acts for the enforcement of patents – the Agreement on the Trade Related Aspects of Intellectual Property and especially the Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights so as to assess the underlining idea behind them and inspect their implementation in the legislation of the Republic of Macedonia and the Republic of Serbia. It is our intention is, in addition to provide for some practical recommendations.

## II Substantive law rules for the damages for patent infringement

Speaking in general terms, a patent is an exclusive right granted for an invention – product or a process that provides new technical solution to a problem. In order to be patentable, the invention must be new, include inventive step and applicable in the industry. The patent protection means that the invention cannot be commercially made, used, distributed or sold without the consent of the patent owner in the period in which the protection is granted. The patent owner may authorize the use of the invention by others via licensing on mutually agreed terms, or selling (assigning) the right to another party who becomes the new patent owner. The exclusivity of the right also means that the patent owner may enforce its rights against those who use the invention without the owner's consent. This enforcement inter alia includes claiming damages. Damages are considered the most common remedy for the infringement of intellectual property rights and their aim is to restore the victim to the position they would have been if the infringement has not been done.<sup>5</sup>

---

5 Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law, Second Edition*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp.1101; Jennifer Davis, *Intellectual Property Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 14–15.

## 1. International legislative standards

### *a) Agreement on the Trade Related Aspects of Intellectual Property*

On international level the enforcement of the IP rights, including patents, become part of the agenda with the Agreement on the Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS Agreement)<sup>6 7</sup> which to date is the most comprehensive multilateral agreement on intellectual property. The TRIPS sets out the minimum standards of protection to be provided by each Member,<sup>8</sup> lays down certain general principles applicable to all IPR enforcement and makes disputes between WTO Members about the respect of the TRIPS obligations subject to the WTO's dispute settlement procedures.<sup>9</sup>

---

6 TRIPS is an international agreement administered by the World Trade Organisation that sets down minimum standards for many forms of intellectual property regulation as applied to nationals of other WTO Members. It was negotiated at the end of the Uruguay Round of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) in 1994, and came into effect on 1 January 1995. The TRIPS was agreed desiring to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade. The areas of intellectual property that it covers are: copyright and neighbouring (related) rights, trademarks, geographical indications, industrial designs, patents, topography of integrated circuits as well as undisclosed information including trade secrets and test data.

7 The previous international treaties on intellectual property, such as main conventions of the WIPO, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (Paris Convention) and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Berne Convention), predominantly deal with the substantive issues on the elements of the protection and/or certain procedural aspects

8 The TRIPS defines each of the main elements of protection (the subject-matter, the rights and their exceptions and minimum duration of protection). These standards are set by requiring TRIPS Member countries to comply with the substantive obligations of the WIPO conventions, the Paris Convention and the Berne Convention with the exception of its provisions on moral rights. Further, the TRIPS Agreement adds a substantial number of additional obligations on matters that were not covered by the pre-existing conventions or were covered it was seen as being inadequate. The TRIPS Agreement is a minimum standards agreement, which allows Members to provide more extensive protection of intellectual property if they so wish. Members are left free to determine the appropriate method of implementing the provisions of the Agreement within their own legal system and practice.

9 In addition the Agreement provides for certain basic principles, such as national and most-favoured-nation treatment, and some general rules to ensure that procedural difficulties in acquiring or maintaining IPRs do not nullify the substantive benefits that should flow from the Agreement. The obligations under the Agreement will apply equally to all Member countries, but developing countries will have a longer period to phase them in. Special transition arrangements operate in the situation where a developing country does not presently provide product patent protection in the area of pharmaceuticals.

When it comes to enforcement of the IP rights in particular the TRIPS Agreement sets number of rules ranging from substantive to procedural issues. One can distinguish the following main features of the enforcement system set by the TRIPS Agreement (Article 41):<sup>10</sup>

- 1) The measures to be provided by the Member States should be such so they permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights, prevent infringements and deter further infringements;
- 2) The application of the enforcement procedures should not be impediment to the legitimate trade and mechanisms should exist to provide for safeguards against their abuse;
- 3) Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable and not unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

These measures, in accordance with Article 42, are available to the right holders.<sup>11</sup>

One of the remedies that should be made available to the IP owner, in accordance with Article 45 is damages. This article sets that the damages should be adequate to compensate for the injury the right holder has suffered as result of the infringement done by a person who knowingly, or with rea-

---

10 TRIPS, Article 41: 1. Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse. 2. Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays. 3. Decisions on the merits of a case shall preferably be in writing and reasoned. They shall be made available at least to the parties to the proceeding without undue delay. Decisions on the merits of a case shall be based only on evidence in respect of which parties were offered the opportunity to be heard. 4. Parties to a proceeding shall have an opportunity for review by a judicial authority of final administrative decisions and, subject to jurisdictional provisions in a Member's law concerning the importance of a case, of at least the legal aspects of initial judicial decisions on the merits of a case. However, there shall be no obligation to provide an opportunity for review of acquittals in criminal cases. 5. It is understood that this Part does not create any obligation to put in place a judicial system for the enforcement of intellectual property rights distinct from that for the enforcement of law in general, nor does it affect the capacity of Members to enforce their law in general. Nothing in this Part creates any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and the enforcement of law in general.

11 For the purpose of this Part of TRIPS Agreement, the term "right holder" includes federations and associations having legal standing to assert such rights.

sonable grounds to know, engaged in infringing activity. In the cases where the infringer did not knowingly, or with reasonable grounds to know, engage in infringing activity, the Member States may provide for recovery of profits and/or payment of pre-established damages. The TRIPS Agreement does not provide for any further guidelines on how the national legislation should be shaped when it comes to calculation of damages.

*b) Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*

At EU level, the issue of the patent is a hot topic in number of years.<sup>12</sup> However the enforcement of the patents, on legislative level at least,<sup>13</sup> is a clear

12 The European Commission, in 2000 has proposed the creation of a Community Patent (Proposal for a Council Regulation on the Community patent [COM(2000) 412 final]) to give inventors the option of obtaining a single patent legally valid throughout the European Union. The idea behind the proposal was to lessen the burden on business and encourage innovation by making it cheaper to obtain a patent and by providing a clear legal framework in case of dispute. The Lisbon and Feira European Councils cited the creation of a Community Patent as an essential part of Europe's efforts to harness the results of research to new scientific and technological developments and so contribute to ensuring a competitive, knowledge-based economy in Europe. The Summits recommended that the Community Patent should be available by the end of 2001. Following numerous discussions the proposal was amended several times in 2003. In December 2003 the Commission presented two proposals on the establishment of a Community patent jurisdiction (Proposal for a Council Decision conferring jurisdiction on the Court of Justice in disputes relating to the Community patent [COM(2003)827 final] and Proposal for a Council Decision establishing the Community Patent Court and concerning appeals before the Court of First Instance [COM(2003)828 final]). The Europe 2020 strategy adopted by the Commission on 3 March 2010, sets out 3 mutually reinforcing priorities: smart, sustainable and inclusive growth. The first priority requires strengthening knowledge and innovation as drivers for future growth. A key element here is improving the framework conditions for businesses to innovate, including the creation of a single EU patent and a specialised patent court. By providing for uniform protection of patent rights in the Internal Market, the EU patent will improve conditions for R&D investments, particularly in regions with below average innovation activity. This should facilitate reaching the 3% target of GDP invested in R&D affirmed by Europe 2020.; see further EUROPE 2020 – A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth [COM(2010)2020].

13 The recently published Study on the quality of the patent system in Europe shows that the patent owners are having difficulties in the enforcement of their rights. In the survey, 96% of respondents agree on the fact that the current fragmentation across different jurisdictions generates excessively high legal costs and excessive uncertainty on the enforceability of patents, eventually harming patenting incentives. Further on, the expected costs of accessing patent courts are so high that they discourage patent owners from filing suits for 87% of surveyed companies. In addition, the risk of diverging outcomes from infringement proceedings at different European national courts has a strong negative impact on the incentives for patenting for more than 80% of respondents.



issue. The Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights<sup>14</sup> (hereinafter “Enforcement Directive”) provides civil law measures to enforce intellectual property rights. They encompass, in particular, evidence-gathering powers for judicial authorities, powers to force offenders and any other party commercially involved in an infringement to provide information on the origin of the infringing goods and of the distribution networks, provisional and precautionary measures such as interlocutory injunctions or seizures of suspect goods, corrective measures including permanent injunctions, recall and definitive removal of the infringing goods from channels of commerce, powers to force offenders to pay damages and measures related to the publication of judicial decisions. The Member States were obliged to transpose the Enforcement Directive by 26 April 2006, however the transposition process took much longer and in certain cases required intervention from the Court of Justice.<sup>15</sup>

The measures provided by the Enforcement Directive are based on three principles: effectiveness, proportionality and dissuasiveness. Protection is only then effective if it avoids unreasonable time limits or delays. The proportionality is a function of fairness and equity; protection that would create barriers to legitimate trade and which would deny safeguards against abuse would have to be deemed disproportionate. The principle of dissuasiveness could be seen in all of the measures; however it is to be considered that the prospect of damages pays the most important role.<sup>16</sup>

---

More than two thirds of surveyed companies strongly agree on the fact that the lack of technically trained judges in some European courts is a relevant obstacle to enforceability. See *Study on the quality of the patent system in Europe*, March 2011, available at [http://ec.europa.eu/internal\\_market/indprop/docs/patent/patqual02032011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/patent/patqual02032011_en.pdf) [1.4.2011].

14 OJ L 157, 30.04.2004, p. 16.

15 The Directive was transposed on time by Denmark, Hungary, Italy, Slovenia and the UK. Infringements for noncommunications were recorded against Austria, Belgium, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Slovak Republic, Spain and Sweden. Referral to the Court of Justice of the European Union was made for Germany, Luxembourg, Sweden, France and Portugal. The cases of France and Portugal before the ECJ were withdrawn, but decisions confirming an infringement had been taken by the Court of Justice against Germany, Sweden and Luxembourg. Greece notified complete transposition, but it was shown that Greece has implemented the Directive only in respect of copyright and related rights. For further reference see: *Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States* [SEC(2010) 1589 final]; available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2010:1589:FIN:EN:PDF>.

16 On the principles of the IP Enforcement under the directive see Ansgar Ohly, *Three principles of European IP enforcement law: effectiveness, proportionality, dissuasiveness*; Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1523277> [1.4.2011].

Article 13(1) of the Enforcement Directive requires Member States to enable the competent judicial authorities to order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the right holder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him as a result of the infringement. Where the infringer acted in good faith, Member States may allow the judicial authorities to order the recovery of profits or the payment of damages, which may be pre-established (Article 13(2)).

## 2. The legislation of the Republic of Macedonia and the Republic of Serbia

Both Republic of Macedonia and the Republic of Serbia in their EU integration process and at accession to the World Trade Organisation undertook to implement the set legislative standards in their national legislation and these processes are to a great extent successful.<sup>17</sup>

The Macedonian Law on Industrial Property (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 21/2009 and 24/2011; hereinafter MLIP), Art. 291, par. 1, provides that the person whose right acquired with this Law is infringed, shall be entitled to protection of the right by submitting a lawsuit to the Court which is competent to settle disputes regarding industrial property rights. As infringement of the registered and recognised rights determined by the MLIP is considered any unauthorised use, exploitation, restriction, imitation, association, rights harassment and the like contrary to the provisions of this Law (art. 291, par. 2). The Law on Industrial Property provides for the remedies as set by TRIPS and the Enforcement Directive.<sup>18</sup> In regard to the damages the Law provides the patentee with right to claim damages, retriev-

17 Further reading on Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Ненад Гавриловиќ, Аспекти на хармонизација на домашното право на интелектуална сопственост со правото на ЕУ, *Зборник од научниџа расправа „Методџи на хармонизација на националноџо законодавство со правоџо на Европскаџа Унија“*, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2008; Весна Бесаровиќ, Нове тенденције у развоју заштите права интелектуалне својине, *Анали Правноџ факултетиџа у Београду*, година LV, 1/ 2007, стр. 45.

18 MLIP, Art. 294: (1) The person whose right shall be infringed may, with a lawsuit may demand from the court: 1) to determine if there is violation of the right; 2) to ban the actions set in the lawsuit that are violating the right; 3) to claim damages occurred by violation of rights intentionally or by negligence; 4) to confiscate or destroy the products produced or in circulation by violation of the right and assets used for their production; 5) the defendant to provide information about the identity of third parties involved in production and distribution of goods or services violating the rights, as well as about their distribution channels; 6) to submit the documentation and the data of the person violating the right; 7) civil punishment; 8) publication of the verdict on the expense of the defendant; and 9) other claims.

al of the profits acquired by the unjustified enrichment of the infringer and awarding lump sum based on expected royalties. The first two are awarded in accordance with the Law on Obligations (Official Gazette of the Republic of Macedonia no. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009 and 161/2009; hereinafter LOO/RM). In addition, in the cases of willful infringement or gross negligence the plaintiff may claim the so called civil penalty (MLIP, Art. 303)

The Law on Patents of the Republic of Serbia (Official Gazette of SCG No.32/2004; hereinafter LPS), Art. 92, provides that the owner of the patent or holder of an exclusive license shall be entitled to institute civil proceedings against any person infringing his right by means of any unauthorized action against the rights of the patentee or the licensee.<sup>19</sup> In accordance with Art. 93 par. 1, the patent holder may claim damages<sup>20</sup> or in the cases of willful

19 These rights are defined by Art. 52 and Art. 53 as follows: *Content of Rights*, Article 52: The owner of a patent shall have the exclusive right: 1) to use the protected invention in production; 2) to place on the market products made by means of the protected invention; 3) to dispose of the patent. In exercising his exclusive right to the commercial use of a protected invention, the owner of a patent shall have the right to prevent any third party not having his consent from: 1) making, offering for sale, placing on the market or using the product made by means of the protected invention or from importing or storing the product for such purposes; 2) using the patented process; 3) offering the patented process for sale; 4) producing, offering for sale, placing on the market, using, importing or storing for such purposes a product directly obtained by the patented process; 5) offering for sale or supplying products that constitute essential elements of an invention to parties unauthorized to use such invention, if the offerer or supplier knows or has demonstrable grounds to know that such products are intended for the use of an invention owned by someone else. *Content of Rights Conferred by Patents in the Field of Biotechnology*, Article 53: If the patent concerns biological material possessing specific characteristics which are the result of a biotechnological invention, the rights laid down in Article 52, paragraph 2, shall extend to any biological material derived from that biological material through propagation or multiplication, in an identical or divergent form and possessing those same characteristics. If the patent concerns a product containing or consisting of genetic information, the rights laid down in Article 52, paragraph 2 shall extend to all other material in which the product is incorporated, provided it contains genetic information that performs its function, except the human body at the various stages of its formation and development, and the simple discovery of one of its elements, including the sequence or partial sequence of a gene in which the product is incorporated, provided it contains genetic information that performs its function. If the patent concerns a process that enables a production of biological material possessing specific characteristics as a result of the biotechnological invention, the rights laid down in Article 52, paragraph 2 shall also extend to biological material directly obtained through the process and to any other biological material derived from the directly obtained biological material through propagation or multiplication, in an identical or divergent form and possessing those same characteristics. Pursuant to this Law, "biotechnological inventions" are inventions which concern a product consisting of or containing biological material or a process by means of which a biological material is produced, processed or used.

20 By Art. 93 of LPS, The civil proceeding may be instituted to claim for: 1) establishment of the fact that a patent infringement exists; 2) prohibition of acts constituting patent

or with gross negligence infringement, in accordance with Art. 93, par. 2, he may claim up to triple the amount of royalties he would usually receive if the exploitation of the invention were conducted in accordance with the law. The appropriate provisions of the Law of Obligations (*Official Gazette of SFRY* no. 29/78, 39/85, 45/89 and 57/89 and *Official Gazette of SRY* no. 31/93; hereinafter LOO/RS) apply to the issues concerning damages for infringement of rights that are not provided for by this Law.

### III Calculation of Damages

The Enforcement Directive provides for damages in cases of wilful or negligent infringements of intellectual property rights (Article 13(1)), but also for infringements committed in 'good faith' (Article 13(2)). Therefore the mere existence of an infringement is a sufficient justification for the patentee to claim damages. In these cases the general tort law rules apply – the patentee needs to prove the damage (prejudice), the existence of the infringing act and the casual link between them.<sup>21</sup>

The Directive sets two methods for determining the amount of the damages by the competent judicial authorities:

1. on the basis of the amount on the actual harm suffered by the patent;
2. awarding lump sum damages based on at least the (*single*) amount of royalties which would have been due if the infringer had legal grounds for the use of the patent, for example if the patentee and the infringer had licensing agreement.

#### 1. Damages appropriate to the actual harm suffered by the patentee

##### a) Patentees' profits

Lost profits are usually defined as profits which would have been earned by the victim (patentee), in the absence of the infringement, or which could have been justifiably expected (excluding the infringer's profits). The MLIP

---

infringement; 3) compensation for damages caused by infringement; 4) publication of the court decision at the expense of the defendant; 5) seizure and/or destruction, without compensation of any sort, of products made or obtained by means of patent infringement; 6) seizure and/or destruction, without compensation of any sort, of material or articles (equipment, tools) predominantly used in the creation of infringing products.

21 Both the Macedonian and the Serbian Law of Obligations establish the same conditions for liability for damage.

and the LPS of Macedonia and Serbia do not define the lost profits. Such definitions are drawn from the respective Law of Obligations that have more or less the same definition: In the establishment of the amount of the lost profit into consideration is taken the gain that could have been reasonably expected by the regular order of the matters or under special circumstances, and which acquiring was prevented by the infringing act.<sup>22</sup> However, there is no precise rule which price should be taken into consideration when assessing the amount of the lost profits. Namely, should the starting point for the calculation be the price of the original product or the price of a counterfeit product. The latter, is usually lower considering the fact that in the calculation of the price the infringer does not include the costs for the development of the invention as he did not have them. It is our understanding that the starting point for the calculation should be the price of the original product. However, this does not solve the problem as the infringement may happen in cases when the patentee exploits the patent by manufacture of products but also in cases when he does not do so. In the first situation the courts will need to consider the decrease of the sales of the product, but this may open the question of causation. To be precise, the infringer would have to prove that the decrease of the sales are attributed to the existence of the infringing goods on the market and not to other economic circumstances. In the other situation – when the patentee does not exploit the patent, the courts should take into account the profits made by the infringer.

#### *b) Infringers' profits*

As a result of the infringing activities the infringer makes certain profits. These cannot be accounted as damages per se as actually it is a case of unjustified enrichment. In this case the patentee should prove that casual link between the infringers profits and the infringing act i.e. that profits were made with as a result placing infringing products on the market.

The Macedonian Law on Industrial Property explicitly regulates that the person who without legal basis, court decision or law, in an unauthorised manner undertakes certain actions that violate the right acquired on the basis of this Law and gained a specific benefit, may by a lawsuit be demanded to recover or reimburse that benefit, in accordance with the general rules for unjust enrichment of the Law on Obligations (Art. 299, par. 3).<sup>23</sup> Although the LPS does not explicitly regulate this right of the patent holder, by the application of the general provisions of the Law of Obligations we understand that the patent owner may acquire such reimbursement.<sup>24</sup>

22 LOO/RM, Art. 178, par. 3; LOO/RS, Art. 189, par. 3.

23 The unjustified enrichment is regulated by LOO/RM Art. 199–208.

24 LOO/RS. Art. 210–220.

The question that arises is whether the infringers' profits can only be taken into consideration once, either as a recovery of unfair profits or as damages infringers' profits are awarded as an alternative, when the profits are higher than the rightholder's calculated damages (e.g. the rightholders' lost profits). The MLIP, does not exclude the possibility for claiming both damages and infringers' profits (Art. 299, par. 4) and regulates that in case of cumulative claims the general rules of the Law of Obligations are to be applied. However, when it comes to the Law on Obligations, both in Macedonia and in Serbia, there are not specific rules on this issue. The only reference may be found in the rules dealing with use of another's object as form of unjust enrichment that provide the right for the owner of the object to seek for return of the profits gained by the use of the object regardless of the damages and in their absence.<sup>25</sup> Here from we believe that the unjustified enrichment claims may be seek and awarded regardless of the damages, provided their existence is proven.<sup>26</sup>

### c) *Immaterial Damages*

With respect to immaterial damages the Enforcement Directive does not provide for any specific rules. In general the immaterial damages are awarded for the breach of the personality rights. In the case of the patents, first and foremost here we consider the damages for the breach of the moral right of the inventor to be named as such in the patent documentation. However this breach of right is not in the scope of the infringement of the patent rights as previously defined.

The second option one might consider is the damages for the harm of the personality rights (damage to honor, image and good-will etc) that may be seen as secondary infringement resulting for example from putting into circulation products of a lesser quality. The specific laws of industrial property of the two countries, the Macedonian Law on Industrial Property and the Serbian Law on Patents, do not have specific rules for this matter – as seen they refer to the notion of damages without further explication, so the general rules of the respective laws of obligations are applied. For this issue however, the two systems have significant differences. The Macedonian Law on Obligations, in Art. 9-a recognises the personality rights of both natural and legal entities,<sup>27</sup> understands the immaterial damage as infringement of the

25 LOO/RM, Art. 208; LOO/RS, Art. 220.

26 For the non-exclusion of the unjust enrichment suit and the damage claim in the Macedonian and Serbian legal theory see more Гале Галев, Јадранка Дабовишќ Анастасовска, *Облигационо право*, ЦЕППЕ, Скопје, 2009, стр. 771; Živomir S. Đorđević, Vladan S. Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 561.

27 The respective article was introduced with the amendments of the LOO/RM in 2008.

personaluty rights<sup>28</sup> and provides for compensation (satisfaction) in the cases of infringement both in pecuniary and non-pecuniary form.<sup>29</sup> The Serbian Law on Obligations recognises the immaterial damage of natural persons only as it defies it as physical and physiological harm and suffering, that are only possible for the natural person,<sup>30</sup> while the concept of the compensation of the immaterial damage is the same as in the Macedonian system.<sup>31</sup>

## 2. Lump sum damages

### *a) Single amount of royalties*

The lump sum damages are calculated on the basis of the amount of royalties that would have been due if the infringer had sought an authorisation (licence) from the rightholder. Where a licence royalty is already fixed and used in the relevant sector, this amount will be used; if there is not an agreed royalty rate or where it is difficult to determine precise rates, often an estimated average royalty related to the specific type of business involved is used.

By Art. 299, par. 2 of the MLIP, the plaiting may claim compensation to the amount that, depending on the circumstances, may be demanded under License Agreement if there is any. The LPS does not envisage such possibility.

The question that raises is whether the lump sum damages are alternative to actual prejudice damages if the damage cannot be assessed according to the actual prejudice suffered.

The wording of the Directive suggests the judicial authorities should be allowed to assess the damage according to the actual prejudice or to award them as a lump sum, as they consider more appropriate. On the other hand, the MLIP provides the possibility for cumulating the claims and refers the rules of the Law of Obligations to be applied. The general tort law rules is that the court will award damages in the amount that is needed the material state of the victim to be in the situation in which it would have been if there was not an infringing act (LOO/RM, Art.189). From this perspective it is our understanding that the lump sum damages in the amount of the royalty should be used only and to the exceed needed for the compensation of the total damage.

---

28 LOO/RM, Art. 142.

29 LOO/RM, Art. 187-a, 188 and 189.

30 LOO/RS, Art. 155.

31 LOO/RS, Art. 199, 200.

*b) Multiple amount of royalties*

Both the Macedonian and the Serbian legal systems provide for the possibility for claiming lump sum damages in the multiple amount of royalties. To an extent this presents exercise of the option to provide more favourable measures for the right holders as set in Art. 2(1) of the Enforcement Directive.

The Art. 303 of the MLIP sets several rules on the lump sum damages in multiple amount of royalties (named civil punishment). First, this claim may be submitted if the infringement is done with intention or gross negligence. The existence of the intention or gross negligence should be proven by the plaintiff, as in accordance with the general rules of tort law (LOO/RM, Art. 145, par. 2). Second, the amount that may be claimed is the licence royalty increased to 200%. Third, the civil punishment may be claimed regardless if the amount to the actual loss suffered. Forth, In the process of calculation of the amount of the civil punishment the Court should take into consideration: a) all the circumstances of the case especially the level of guilt of the defendant, the amount that will be due, the expected royalties as well as the preventive (detriment) aim of the punishment. Last, but not the least, if the actual loss cannot be compensated in total with the amount received in according with these rules, rightholder is entitled to demand the difference up to full compensation.

The LPS (Art. 93, par. 2) also provides for the possibility of lump sum damages in multiple amount of royalties, but the rules compared to the ones of the Macedonian system are considerably different. First, this option is available in the cases when the infringement of rights was committed intentionally or out of gross negligence. Second, the plaintiff may claim up to triple the amount of royalties he would usually receive if the exploitation of the invention were conducted in accordance with the law. Third, this claim may be brought instead of the regular compensation of damages. This possibility is an option for the right holder in the cases where the prove of the actual damages might be difficult.

## IV Conclusion

Both the Macedonian and the Serbian systems of patent enforcement provide for mechanisms for the damages for patent infringement. The set up mechanisms are in concordance with the TRIPS and the Enforcement Directive Requirements. In summary the Macedonian IP legislation provides for four remedies: damages, return of the earning unjustifiably gained, compensation in form of royalty payment (lump sum damages in the amount of



the expected royalty) and compensation in form of multiple royalties (civil punishment). The first three remedies may be cumulated however this might complicate the patent litigation especially in the cases of commutation of the claim for damages and claim for compensation based on royalty and the later should serve the cases when the calculation of the damages difficult. The possibility to claim for full compensation in the case of compensation in form of civil punishment is justified with the general rules for full compensation of the Law of Obligations. The Serbian patent legislation provides for compensation of damages and compensation in form of multiple royalties, the later of which may be seek only as alternative to the first. It remains unclear whether in such cases the plaintiff may ask for full compensation if the amount received from tripling the royalty does not recover the actual loss suffered. By application of the rules of the Law of Obligations, the patent holder in Serbia may claim for return of earning obtained by unjustified enrichment.

From the analysis of the substantive law provisions the following shortcoming may appear in their practical application:

1. The courts may face difficulties in calculating the damages, as they are predominantly based on lost profits which are difficult to accurately assess in the patent infringement cases;
2. The return of the earning in course of unjustified enrichment done by the infringing act should be explored more as an option and in addition clear rules for the patent infringement cases should be developed in both countries;
3. In regard to the lump sum damages in amount of regular royalty or multiple royalties provide for overcoming the shortcomings of the “lost profit” damages method, however in the state of the affairs with the patenting and licensing in Macedonia and Serbia the notion of the expected or regular royalty in a specific field remains rather vague;
4. Except for the lost profits, the compensation of the immaterial damages that may be suffered might be unavailable to the patent holders. In Serbia this arises from the lack of rules for compensation of immaterial damage to legal entities, but in both countries even with legislation in place the existence of these damages will be difficult to prove and even more difficult to assess. It is recommendable to encourage the further development of the knowledge and skills of the judges in this regard.

For full estimation of the system of patent infringement damages one must also undertake a complete survey of the existing court practice and the problems the patent holders are facing in obtain damages. The system in both

countries is put place and it is to see further how it functions so as to propose if/where needed adequate changes in order to reach a level where the damage awards result in complete indemnification of the injured rightholder. Otherwise, those who invest their creativity and resources in inventing new products and processes will be uncompensated, so instead of creating incentives for R&D the legal system will become a disincentive.

**мр Нега ЗДРАВЕВА**

асистент на Правном факулету „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу

## НЕКОЛИКО ОПСЕРВАЦИЈА О НАКНАДИ ШТЕТЕ ЗА ПОВРЕДЕ ПАТЕНТА

### Резиме

*У чланку ауторица анализира систем одговорности за повреде патенција, посебно систем накнаде штете у Републици Македонији и Републици Србији. У уводу ауторица објашњава разлоге за бављење овим питањем и циљеве чланка. У другом делу рада, прави се прецед стандарда који су постављени Споразумом о европским аспектима права интелектуалне својине, а посебно Директиве 2004/84/ЕЗ Европског парламента и Савета од 29 април 2004 о спровођењу права интелектуалне својине, као и материјално право двију земаља у погледу накнаде штете за повреде права патенција. Трећи део се фокусира на методе одмеравања штете и могућности које постоје према законима Македоније и Србије. На крају ауторица резимира налазе анализе и истиче питања која треба узети у обзир током практичне примене законских одредаби.*

**Кључне речи:** повреда патенција, накнаде штете, одмеравање штете.

**Владимир ЛЕПОСАВИЋ**  
сарадник на Правном факултету Универзитета Медитеран у  
Црној Гори

## ПРИЛОГ О РЕГУЛАТИВИ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОБЛАСТИ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА

### Резиме

*Овај чланак има за тему регулативу права Европске уније у области ауторској и сродних права. У уводу се говори о развоју и основима ауторско-правне заштите. Централно место заузимају најзначајнији извори комуникарних права у поменутој области – директиве; оне су детаљно анализирани, а пошто је даје преглед осталих извора. На крају, крајко је описана проблематика примене права Европске уније у овој области. Значајно је што је у овом раду посвећена пажња актуелном постојећу ситицања чланова Уније и задацима који се у њом смислу имају постојати.*

**Кључне речи:** ауторско и сродна права, хармонизација права, директиве Европске уније.

### I Развој и основи ауторско-правне заштите

Ауторско право се посматра као самостална правна дисциплина, међутим неспорно је да се ради о делу права интелектуалне својине које, поред ауторског, у себи садржи и грану права индустријске својине. Термин право интелектуалне својине је општеприхваћен, како у теорији,

тако и у пракси.<sup>1</sup> Интелектуална својина подразумева духовне творевине као резултате интелектуалног рада и стварања. Такве духовне творевине су и ауторско дело и сам проналазак као предмети проучавања двеју поменутих дисциплина и једнако дају свом творцу (аутору односно проналазачу) апсолутна и искључива права са имовинско-правним и лично-правним овлашћењима. Чињеница да се ауторско дело и проналазак разликују по својој природи и начину испољавања вуче собом потребу различитог правног регулисања у смислу пружања правне заштите. Због тога се и повлачи линија дистинкције између ове две подргане права интелектуалне својине.

Као релативно млада грана права, ауторско право<sup>2</sup> настаје крајем 19. и почетком 20. века иако се „претече“ ауторско-правне заштите срећу и раније. Са *ratio*-ом да пружи имовинско и лично-правну заштиту аутору и његовом делу, ауторско право има пред собом задатак непрестаног усклађивања легитимних а међусобно и често супростављених интереса, са једне стране, творца дела и, са друге стране, свих корисника тог дела. Иако су уметност и књижевности биле неговане у античко доба, ауторскоправна заштита тада није постојала. Аутор је био једино власник предмета, ствари путем које је дело материјализовано. Накнада коју је аутор добијао од владара или наручиоца посла као тзв. *honorarium* може се упоредити са савременим ауторским хонораром. У средњем веку аутори знају за материјалне надокнаде и то, по правилу, добијане за уступање дела издавачу односно штампару. Тадашње привилегије значиле су да издавач, одлуком владара, у одређеном временском периоду има искључиво право штампања и издавања ауторског дела. Дакле, прве видове правне заштите поводом ауторског дела нису имали сами аутори и они су били иницирани економским интересима штампарија и издавача. Временом је код аутора сазрела свест о постојању интелектуалне творевине која је независна од ствари путем које се изражава, па и о потреби пружања посебне правне заштите аутору односно његовом делу. Тако је први пут Закон Ане Стјуарт у Енглеској, 1710. године, признао право на заштиту ауторског дела као искључиво право у одређеном временском периоду с тим да се та правна заштита везивала само за издата ауторска дела, те да је требало испунити одговарајуће формал-

1 Језик и терминологија су свакако ствар конвенције, па је тако пракса дала потврду кроз један од кровних извора права интелектуалне својине – међународни уговор од 1967. године који постулише термин „интелектуална својина“ и којим је основана Светска организација за интелектуалну својину. Иначе, за један од првих случајева употребе термина „*intellectual property*“ сматра се пресуда суда савезне државе САД-а, Масачусетс од 1845. године.

2 У англосаксонском праву ова грана носи назив „*Copyright*“ где овај термин има шире значење од дословног и обухвата, не само право на умножавање, већ укупност права признатих аутору књижевног односно уметничког дела.

ности за настанак те заштите. У пракси се овакво законско решење сводило на то да је заправо још увек издавач био тај који се штитио ауторским правом. Касније, у Француској су донети декрети (1777, 1791, 1793) који су поменути правну заштиту даље осавременили. Ауторско дело ће бити проглашено за најсветији облик својине, да би 1957. године био донет свеобухватан Закон о ауторским правима. Значајан је, због утицаја који је имао на друга законодавства, Закон о ауторском праву и сродним правима СР Немачке од 1965. године, те закони Француске и САД-а који су донети деценију касније.

На међународном плану, пракса стварања писаних правних правила у области ауторског и сродних права јако је богата. Главни разлог томе је сама природа функције ауторског дела као својеврсног симбола комуникације; то једнако важи за књижевно као и за уметничко дело. Тако је у овој области више него другде до изражаја дошао недостатак тзв. националног правног партикуларизма. Заштита која је ауторима пружана националним законима постајала је недовољно ефикасна у толико што је временом снажио међукултурални дијалог светске заједнице а технике и средства савременог комуницирања постајала бројнија и напреднија. У Берну је 1886. године усвојена Конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела, која је имала неколико својих ревизија у годинама после. Универзална конвенција о ауторском праву донета је у Женеви 1952. године, а 1967. године Конвенција о Светској организацији за интелектуалну својину. Ова организација ће донети 1996. године такође веома значајан Уговор о ауторском праву. Бројне су конвенције и у области сродних права, а за простор европских земаља посебну важност има и право Европске уније о којем ће у наставку бити детаљније излагано.

Ауторско право у објективном смислу регулише питања појма ауторског дела, садржине субјективног права аутора, овлашћења других лица поводом ауторског дела, трајања и преноса ауторских права, те њихову правну заштиту.<sup>3</sup> У контексту поменутих правних категорија може се говорити о институтима и општим местима у ауторском праву, поготово у оквиру европско-континенталног правног система.

Наиме, дело које ужива ауторско-правну заштиту мора бити оригинална<sup>4</sup> духовна творевина која је при том изражена у фор

3 Весна Бесаровић, *Интелектуална својина – индустријска својина и ауторско право*, 4. издање, Београд, 2005, стр. 22.

4 Оригиналноост се схвата као потреба разликовања од већ постојећих ауторских дела а на начин да захтевану оригиналноост ауторског дела разликујемо од новости дела. Оригиналноост се има ценити на основу субјективних критеријума, осећаја који дело ствара код „своје публике“, и тај се моменат утврђује у сваком случају конкретно у смислу обориве претпоставке да таква оригиналноост постоји. С друге стране, иако оригиналноост представља уметничку категорију, она на овом месту не

ми<sup>5</sup> доступној стандардном људском чулу односно перцепцији. По правилу, ауторско дело (тима и ауторско-правна заштита) настаје моментом када је оно материјализовано, што треба разликовати од његове довршености или објављености. Нека права познају и додатне услове попут објављивања ауторског дела и других формалности. Изведено ауторско дело подразумева двоструку повезаност са изворним ауторски делом и то на начин што се у погледу своје садржине поклапају и што је за настанак изведеног дела неопходно постојање пристанка аутора изворног дела. Уз то, разуме се, захтева се оригиналност изведеног ауторског дела јер би у супротном била реч о плагијату.

На највишем нивоу апстраховања систематике ауторских дела, може се рећи да се сва она деле на књижевна и уметничка ауторска дела. Међутим, уобичајено је разликовање на писана и говорна дела, позоришна, музичка и филмска дела, те дела ликовне, примењене уметности, архитектуре и друга.<sup>6</sup>

Духовни творац дела је аутор и он то постаје у моменту стварања ауторског дела. Услови за правни статус аутора заправо се тичу ауторског дела и чињенице да постоји веза стварања између дела које ужива ауторску заштиту и физичког лица као његовог творца.<sup>7</sup> Ауторскоправна заштита не изостаје ни у случају када је аутор непознат,<sup>8</sup> док код ситуације када се у улози аутора појављује више лица треба разликовати спојено ауторско дело<sup>9</sup> од појма коауторства. Поред аутора, и друга лица могу бити носиоци ауторских права.

значи императив уметничке вредности дела. Такав услов водио би, најкраће речено, хаосу и могућој арбитрарности.

- 5 Овај услов јасно говори о нужности да ауторско дело буде материјализовано што значи да је сама идеја слободна и изван правног регулисања.
- 6 Тако и домаћи Закон о ауторским и сродним правима који користи метод набрајања нарочитих примера не затварајући тако круг могућих ауторских дела која уживају законску заштиту. Видети: Закон о ауторским и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009), чл. 2.
- 7 Не захтева се поседовање пословне способности од стране лица које се појављује као аутор. Ауторскоправну заштиту ужива и малолетно или душевно оболело лице. Занимљиво је поменути да се стварање ауторског дела појављује као радња, скуп правно релевантних чињеница, тј. правно релевантна воља те се може закључити да се у погледу стварања ауторског дела и ступања у стаус лица које ужива ауторскоправну заштиту истом „признаје“ имање ове правно релевантне воље, иако је иначе малолетно или душевно оболело лице нема; „прећутни изузетак“ од општих правила о пословној способности физичких лица, иако би се могло заступати и другачије тумачење, сведочи о специфично алтруистичкој димензији ауторског права.
- 8 Завод за интелектуалну својину Републике Србије, Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела, Београд, доступно на адреси: [http://www.zis.gov.rs/sr/pdf\\_ap/bern.pdf](http://www.zis.gov.rs/sr/pdf_ap/bern.pdf), 5.4.2011.
- 9 Као посебна врста спојеног ауторског дела се јавља и колективно ауторско дело које се израђује по наруџби.

Остављајући на овом месту по страни расправе о правној природи ауторског субјективног права, ауторско-правна заштита подразумева имање лично-правних<sup>10</sup> и имовинско-правних овлашћења<sup>11</sup> поводом ауторског дела. Прва су непреносива, док су друга преносива овлашћења и једнако служе да заштита аутора, а кроз његово дело, буде потпуна. Тако, лично-правна овлашћења трају неограничено, а имовинскоправна док је аутор жив и 50 односно 70 година после његове смрти. *Ratio* оваквог решења лежи у потреби да се заштите и помире интереси аутора дела и заједнице којој је то дело као својеврстан симбол комуникације по природи ствари намењено. Гро правила која се везују за преношење ауторских права тиче се института ауторског уговора којим се ауторска права могу уступити или пренети. Са тим повезана јесу правила о ауторизацији, различитим врстама ауторског уговора и правила о накнади односно ауторском хонорару.

С обзиром да се неке врсте ауторских дела употребљавају на специфичан начин, а што се огледа превасходно у чињеници да се ради о посебној групи корисника ауторских дела, то се говори о постојању сродних ауторских права.<sup>12</sup> Тако разликујемо право интерпретатора,<sup>13</sup> право произвођача фонограма и видеограма, право произвођача емисије, право произвођача базе података и право првог издавача слободног дела.

Заштита ауторског и сродних права постоји као грађанско-правна и казнено-правна заштита. У првом случају централно место има обавеза накнаде штете лицу које је претрпело повреду имовинског или моралног права. Казнено-правна заштита подразумева да се одређене друштвено опасне радње, а које имају за последицу и повреду права аутора или носиоца ауторског права, инкриминишу као привредни преступи, прекршаји односно кривична дела.

---

10 Право патернитета, право назначења имена, право објављивања дела, право заштите интегритета дела и супростављања његовом недостојном искоришћавању.

11 (а) Право да се дело бележи и умножава, ставља у промет, даје и закуп и на послу, изводи, представља, емитује, те (б) право аутора на посебну накнаду и (в) скуп права која аутор има према власнику дела.

12 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 332.

13 Положај интерпретатора је својствен по томе што се једино интерпретатор јавља као духовни творац, уз опаску да интерпретација није ауторско дело него, као и друга сродна права, подразумева претходно постојање ауторског дела. Но, како интерпретатор ствара саму интерпретацију, то он у оквиру свог права има, поред имовинскоправних, и личноправна овлашћења.

## II Хармонизација ауторског и сродних права у оквиру Европске уније

Интензитет и значај процеса хармонизације националних правних прописа у области ауторског и сродних права који се одвија на простору држава Европске уније одређен је двема генералним детерминантама. Прво, Европска унија као међународна организација *sui generis* има за један од основних циљева постојање јединственог тржишта и економско-монетарне уније на простору европских држава што се огледа, најкраће, у нужности постојања слободе кретања лица, роба, услуга и капитала и усаглашених, недискриминаторских царинских политика држава чланица. Уз то, право интелектуалне својине представља данас замајац привредног развоја,<sup>14</sup> како развијених тако и земаља у развоју где ове друге ризикују да изостајањем снажења ове гране права успоре трансфер технологије и знања што се одражава на смањење конкурентности домаћих производа и услуга, уз дестимулисање иновативности.<sup>15</sup> Да су тзв. креативне гране привреде (издаваштво, музика, филм, примењена уметност, рачунарски програми и др.) све више узрочник економског развоја, сведоче и подаци да су, на пример, у САД-у нематеријална добра 2000. године представљала 70% корпоративних добара. Исте године, ове гране привреде допринеле су економији Европске уније чинећи 5,3% бруто националног дохотка Уније уз запошљавање више од 5 милиона људи. Сама ауторска и сродна права су и иначе по својој природи дијалектички супростављена начелу територијалности у примени правних прописа што посебно добија на интентитету у условима глобалног информатичког друштва. Културна индустрија<sup>16</sup> европског простора

14 Позната је изјава власника чувеног ланца ресторана „*McDonald's*“ који је рекао да, ако би морао да бира, да би пре пристао да остане без целокупног иметка него без свог препознатљивог жига, јер би у првом случају могао изгубити и сам иметак, а у другом и само са препознатљивим знаком постићи успех поново.

15 Када је у питању однос мање развијених земаља према тренду квалитативног и квантитативног ширења опсега правне заштите интелектуалне својине, треба рећи да теорија, бележећи стање у пракси, указује на чињеницу да поменути земљама пре одговара нижи степен заштите. Зато се предлаже да се трошковна разлика између различитих нивоа заштите нивелише на начин што ће мање развијене земље, уместо прибегавања нерегулисању делова интелектуалне својине, изградити заштитни систем при трансферу интелектуалне својине и потребну правну заштиту интелектуалне својине користити као улог у преговорима са развијеним земљама, а за добијање повластица у трговини. Тако и: Весна Бесаровић, „Интелектуална својина у мултилатералним преговорима и интереси Југославије“, *Зборник радова „Мултилатерални преговорски преговори“*, Београд, 1989, стр. 115.

16 Генерални директор Светске организације за интелектуалну својину, Камил Идрис, у свом практичном водичу за интелектуалну својину, термином „културне



подразумева да стваралачке активности језика, који може бити записан, инкорпорисан у музику, прилагођен за аудио-визуелне продукције или повезан са рачунарима, које су у највећем комерцијално организоване, буду заштићене делом права Европске уније који има супранационални карактер.

У области ауторских и сродних права, делатност Европске уније и њених органа усмерена је на хармонизацију националних прописа. Европска комисија је пре више од деценије истакла да су разлике у националним правима, када је реч о ауторском и сродним правима, и њихов негативан утицај на процес стварања јединственог тржишта разлог доношења одговарјућих директива чијем садржају државе чланице имају прилагодити своје националне прописе.<sup>17</sup> За државе које нису чланице Уније, а у постпупку су придруживања, поменуте обавезе део су тзв. *acquis communautaire*-а. Наиме, једна од четири групе Копенхашких критеријума (1993) тиче се способности прихватања правних тековина ЕУ и преузимања обавеза које произлазе из чланства. Приступни преговори подразумевају више од 30 преговарачких поглавља на које је *acquis* подељен, где је 7. поглавље резервисано за право интелектуалне својине. Споразумом о стабилизацији и придруживању који је 2008. године Република Србија склопила са Европском унијом преузете су обавезе и у области права интелектуалне својине које, између осталог, предвиђају гарантовање третмана најповлашћеније нације и обезбеђивање нивоа заштите интелектуалне својине сличног оном који постоји у Унији укључујући делотворне механизме за спровођење односних права, и то у року од 5 година од ступања на снагу Споразума.<sup>18</sup>

---

индустрије“ колоритно повезује појам ауторства као духовно-културног стваралаштва са моментом комерцијалности и производње који због тога једнако подлеже законитостима економије те нужно бива и правно регулисан. Видети: Камил Идрис, *Интелектуална својина – моћно средство економској расіа*, Завод за интелектуалну својину Србије и Црне Горе, Београд, 2003, стр. 158.

17 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 53 и 370.

18 Чл. 75 Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране. Извор: Влада Републике Србије, Споразум о стабилизацији и придруживању, Београд, доступно на адреси: [http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti\\_sekcija.php?id=119789](http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=119789), 8.4.2011, стр. 42.

## 1. Директива о координацији одређених правила ауторског и сродних права која се односе на сателитско емитовање и кабловску ретрансмисију<sup>19</sup>

Када је реч о емитовању, разликујемо: жично емитовање (кабловска дифузија), бежично емитовање (радио-дифузија) и сателитско емитовање као посебан вид безжичног емитовања. Поменуте радње су, изузев под одређеним условима, предмет посебних ауторских овлашћења.

Даље, сама радња емитовања, у смислу ауторско-правне заштите, постоји једино онда када сигнал који је одаслан и стиже до корисника одн. њихових пријемника; но, овакво тумачење трпи изузетак и то управо када је реч о сателитском емитовању, што је на овом месту посебно важно нагласити. Уосталом, и сама Директива (93/83/ЕЕС) у првом поглављу, одређујући значење појединих појмова, дефинише сателитско емитовање као одашиљање сигнала у непрекинутом комуникационом низу ка сателиту и назад на земљу.<sup>20</sup>

Иако сателитски сигнал пролази кроз просторе различитих земаља, за питање добијања дозволе као и за сва друга правна питања релевантно је право државе из које се сигнал одашиље ка сателиту.

Државе чланице се обавезују да гарантују аутору искључиво право ауторизације када је у питању емитовање тј. изношење у јавност његовог ауторског дела. При том, таква ауторизација могућа је само путем (ауторског) уговора. Када је у питању колективни уговор између удружења за оставривање права и организације која емитује, он може бити проширен на носиоце права исте категорије дела под условом да се емитовање путем сателита одвија истовремено са земаљским емитовањем од стране истог емитера. Наравно, носилац права може у било ком тренутку поништити дејство проширења колективног уговора на своја дела. Поменуто правило о колективном остваривању права не примењује се на кинематографска дела и дела настала у поступку који је овоме сличан.

19 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, Brussels, доступно на адреси: [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?code=31993L0083&Submit=Szuka&RechType=RECH\\_celex](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?code=31993L0083&Submit=Szuka&RechType=RECH_celex), 10.4.2011., стр. 1.

20 Директива, дакле, закључује дефиницију сателитског емитовања потребом да сигнал стигне „назад на земљу“. Међутим, у теорији се јасно изводи закључак о ирелевантности тога да ли корисници на земљи могу да приме сателитски сигнал путем својих пријемника. Тако и: Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Београд, 1999, стр. 207.

Посебно је наглашено да су права интерпретатора, произвођача фонограма и организације за радио-дифузију заштићена у смислу могућности примене Директиве о праву давања у закуп и праву давања на послуку као и одређеним правима, сродним ауторском праву на пољу интелектуалне својине (2006/115/ЕС).

За радио-дифузне организације из земаља које нису чланице Европске уније важи правило да оне морају имати лиценцу у свакој држави чланици где емитују сигнал.

За титуларе права сродних ауторском праву, државе чланице могу установити и већи степен заштите од оног који предвиђа ова Директива (93/83/ЕЕС) уз обавезаност чланом 1 у коме су дата значења одређених појмова.

У случају кабловског реемитовања, неопходно је прибавити посебне дозволе од носилаца права што потврђује на почетку наведено да се исто ауторско дело не може на основу једне дозволе емитовати и путем сателита и кабловским реемитовањем.

Државе чланице дужне су да омогуће остваривање права носилаца ауторских и сродних права, било индивидуално, било путем посебних удружења за колективно остваривање права. За остваривање тих права, носиоци морају имати остављен рок од најмање 3 године од дана кабловског реемитовања дела.

## 2. Директива о правној заштити база података<sup>21</sup>

Право произвођача базе података је право сродно ауторском праву. База података представља својеврсну збирку података одређене врсте која се бележи на електронском уређају који је корисницима доступан путем рачунара. Подаци који се налазе у бази могу бити најразличитије садржине где сами ти подаци нису предмет ауторско-правне заштите *in concreto*. Електронски уређај на којем је база података забележена такође није предмет ауторско-правне заштите, већ је то сама база података као творевина прикупљања одговарајућих података односно информација и њиховог систематичног и ефикасног представљања. Творац базе података је физичко или правно лице које поседује искључива имовинска права ограниченог времена трајања.

Директива (96/9/ЕС) одређује базу података као збирку самосталних дела, података или других материјала уређених на организован или методичан начин и појединачно доступних електронским или другим

21 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML>, 10.4.2011, стр. 1.

средствима, а при том повлачи јасну границу између базе података и рачунарског програма коришћеног при њеној производњи или изради. Међутим, Директива о правној заштити база података прави и друге значајне дистинкције, уводећи, чак, посебне категорије права у погледу базе података.

Наиме, разликују се три могуће врсте ауторских права у погледу једне базе података. Пре свега, могуће је да садржина саме базе представља ауторско дело *per se*, у ком случају, независно од права на бази података, постоји самостално ауторско право на тој и таквој садржини. Тако Директива, у члану 3 под ставом 2, наглашава да ауторско-правна заштита база података, која је њоме предвиђена, не утиче ни на која права која постоје на самој садржини тих база података.

Даље, оно што је примарно предмет заштите по овој Директиви, јесте структура односно форма<sup>22</sup> базе података, и да би се радило о ауторско-правној заштити те форме, она мора бити оригинална тако да одабир или распоред података буду плод креације аутора базе података. У улози аутора јавља се једно или више физичких лица, а Директива допушта државама чланицама да, у складу са њиховим законодавствима, аутор евентуално буде и правно лице. Он свакако има искључиво право да сам врши или (не) одобри другом лицу вршење радњи као што су: умножавање, превод, прилагођавање и сваки облик дистрибуције.

Но, правило је и да аутор базе података првом продајом примерка те базе исцрпљује своје право надзора над препродајом тог примерка унутар Уније. Ово правило није искључиво и зависи од евентуалног постојања права произвођача базе података који може да не дозволи да дође до примене правила исцрпљивања.

Овај, трећи вид ауторских права може имати произвођач базе података. Тај вид права назива се још и „право *sui generis*“. Оно постоји ако се из базе података види да је квалитативно и/ли квантитативно знатно уложено или у добијање, или у проверу или у приказивање њеног садржаја.<sup>23</sup> У том случају, произвођач базе података има право да спречи пренос целине или битног дела садржаја базе података на други медиј као и било који облик стављања на располагање јавности. *Ratio* овакве одребе намера да се заштити улагање у стварање базе података. Тако се спречава могућност да се од једне уредно плаћене базе података друге даље праве без накнаде.<sup>24</sup> Право *sui generis* може постојати само

22 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 377.

23 Чл. 7 Директиве о правној заштити базе података, Извор: European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML>, 10.4.2011, стр. 1.

24 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 377.

на делу базе података, на који се онда једино и односе поменуто правила правне заштите. Исто тако, произвођач базе података не може спречити законитог корисника те базе да преноси или ставља на располагање јавности оне делове базе података који су квалитативно и/ли квантитативно небитни делови њеног садржаја.

Аутор базе података и произвођач базе података, како је то по слову Директиве, могу бити једно исто лице; у супротном, својство титулара носиоца ауторских права је подељено између ових лица и свако од њих врши сопствена овлашћења уз горе поменуто постојање међусобних ограничења.

Директива оставља државама чланицама могућност да у одређеним случајевима<sup>25</sup> предвиде постојање изузетака од ауторских права аутора базе података и права произвођача базе података. За првог ауторска права трају док је жив и 70 година после његове смрти, а за другог 15 година од престанка производње базе података.

На крају, разлика између три вида ауторских права које Директива постулира у вези за базом података може се илустровати терминима који се користе приликом дефинисања тих права. Када говори о ауторско-правној заштити у вези са подацима саме базе података, Директива користи термин „*content*“ (садржај); ауторска права аутора базе података везују се за израз „*expression*“ (израз, изражај), а за разумевање права *sui generis* служи појам „*substantial investment*“ (кључно улагање).

### 3. Директива о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информатичком друштву<sup>26</sup>

Кључни разлози доношења ове Директиве 2001. године везани су за разумевање да се усклађивањем законодавстава држава чланица у погледу ауторског и сродних права, доприноси постизању циља Уније да унутрашње тржиште буде организовано тако да не долази до нарушавања „тржишног такмичења“. Интелектуално власништво је препознато као саставни део власништва и управо усклађивање права у сфери власништва помаже спровођењу четири слободе<sup>27</sup> унутрашњег

25 То су случајеви: (а) репродукције неелектронске базе података за приватну употребу, (б) потребе научног и наставног истраживања и (в) употребе за сврху јавне сигурности или управног односно судског поступка.

26 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML>, 10.4.2011, стр. 1.

27 Слобода кретања (а) лица, односно слобода протока (б) роба, (в) услуга и (г) капитала.

тржишта. Тако хармонизован правни оквир ауторског и сродних права чини да повећана правна сигурност и већи степен правне заштите подстакну важно улагање у креативност и иновативност – што последично доводи до раста конкурентности европске иднустрије у области информационе технологије и у целом низу индустријских и културних сектора.<sup>28</sup> С обзиром да је Европска комисија идентификовала да је технолошки развој повећао могућности за стварање, производњу и искоришћавање интелектуалних добара, то се ради о технолошком изазову за државе чланице да приступе легислативном раду у овој области, па је неопходно исти спровести на нивоу Европске уније како би се избегло да ограничења четири познате слободе кретања поново доведу до расцепа унутрашњег тржишта Уније.

Наводи се да ова Директива служи и за спровођење извесних обавеза из WIPO<sup>29</sup> Уговора о ауторском праву и WIPO Уговора о интерпретацијама и фонограмима (1996.), који значајно осавременују заштиту ауторског и сродних права.

Централно место заузимају налози државама чланицама да обезбеде ауторима односно корисницима ауторских права искључива права коришћења ауторског дела и права сродних ауторском праву, у смислу права на умножавање,<sup>30</sup> права на јавно саопштавање и стављање јавности на увид, те право на дистрибуцију.

Носиоци ауторских и сродних права имају искључиво право (не) давања пристанка трећим лицима за коришћење заштићених права.

За горе наведена искључива права, Директива предвиђа случајеве када државе чланице могу предвидети изузетак од њихове примене. Ради се о копијама на папиру или сличном материјалу а које су направљене употребом неке од фотографских техника као и о копијама на било ком материјалу направљеним за приватну употребу и са сврхом која никако није комерцијална – у сваком од два случаја, под условом да је носилац права добио праведну накнаду. Такође, реч је и о случајевима за дела настала умножавањем од стране јавних књижара, образовних установа, музеја и архива са сврхом која није превасходно комерцијална; затим, за споредне снимке које произведу радио-дифузне организације сопственом опремом и за сопствене емисије, те за копије емисија некомерцијалних установа попут болница и затвора уз обавезу

28 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2001/29/EC, стр. 1.

29 WIPO је званична скраћеница за Светску организацију за интелектуалну својину (*World Intellectual Property Office*).

30 Изузетак су случајеви привремених поступака умножавања који саставни део технолошког поступка ради преноса у мрежи путем посредника између трећих страна или ради законске употребе. Тако добијена дела и предмети, ако немају независан економски значај, изузимају се од правила о искључивом праву на умножавање.

да носилац права добије праведну накнаду. На крају, изузеци могу бити и ситуације када је употреба искључиво намењена подучавању или научном истраживању, када је употреба у корист лица са инвалидитетом, или у сврху јавне сигурности и потребе управно-судских поступака, те кад се ради о употреби код оглашавања јавне изложбе или продаје уметничких дела, односно употреби у политичким говорима, јавним предавањима или током верских и службених славља која организује јавна власт. Такође, изузетак може бити и ситуација умножавања у штампи или кроз саопштење за јавност а везано за текуће државне, политичке, верске и сличне теме односно када је информисање оправдано. Услов за постојање овог изузетка јесте да се наведу, уколико је то могуће, извор и ауторско име.

Све наведено је могуће уколико није у супротности са уобичајеним начином искоришћавања односног дела и уколико се неразумно не задире у сверу законитих интереса носиоца права.

Директива налаже државама чланицама увођење ефикасних мера заштите против увоза и располагања технологије која је пододна за повреду права интелектуалне својине, као и обавезу увођења адекватних санкција за оне који повређују ова права.

#### 4. Директива о праву препродаје у корист аутора изворног уметничког дела<sup>31</sup>

Право препродаје које регулише ова Директива срећемо у теорији и законодавству европских земаља под називом право слеђења<sup>32</sup> које се сврстава у групу имовинско-правних овлашћења аутора која он има

31 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2001/84/EC of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0084:EN:HTML>, 10.4.2011, стр. 1.

32 Директива се определила да уместо синтагме „право слеђења“ употреби конструкцију „право препродаје у корист аутора“ што не ствара забуну јер се ради о лапидарном објашњењу значења појма „слеђење“ у контексту овог права. Оно што у називу Директиве (2001/84/EC) може бити спорно, а што прихвата и домаћа теорија и номотехника, јесте конструкција „аутор оригиналног уметничког дела“ („*author of an original work of art*“) односно „аутор оригиналног примерка дела“. Међутим, како појашњава проф. Марковић, *argumentum a contrario* се не може закључити о постојању уметничког дела које није оригинално – јер се мисли на примерке (копије) дела који нису оригинални. Дакле, реч „оригиналност“ се овде не употребљава у значењу које она има као услов за ауторско-правну заштиту. У хрватском Закону о ауторском праву и сродним правима је у употреби синтагма „изворник дела“ чиме се повлачи линија разграничења између радњи продаје телесног примерка дела и умножавања дела(...), што је оправдано, али се у том случају појављује опасност, да због употребе термина „изворни“, остане замагљена појмовна разлика између копираног, умноженог примерка дела и изведеног дела.

према власнику дела. Право слеђења се не односи на ауторска дела (као нематеријална добра), него на физичке примерке дела; при том, не на све примерке дела, већ само на оне које је аутор „својеручно“ направио.

Право слеђења је право аутора да захтева обавештење од власника оригиналног примерка дела о имену и другим подацима везаним за лице које је нови власник дела и/ли овлашћење да потражује одређени износ од продајне цене коју је остварио власник дела од трећег лица. Упоредно-правни преглед нам говори да ово право није једнообразно регулисано; разлике постоје у погледу врсте ауторског дела на које се ово право односи и у погледу висине накнаде коју аутор има право да, у случају препродаје, потражује од власника дела.<sup>33</sup>

Директива, прво, оставља државама чланицама могућност да право слеђења не важи у случајевима када је (а) дело препродато пре истека 3 године од када је дело прибављено од аутора и (б) када постигнута препродајна цена није већа од 10.000 евра.

Ово право постоји када је реч о графичком уметничком делу или уметничком делу од пластике, што могу бити: слике, колажи, сртежи, бакрорези, литографије, скулптуре, керамичка и дела од стакла и фотографије. Исто важи и за копије уметничких дела које је у ограниченим количинама направио сам уметник или друго лице уз његово одобрење.

Аутор односно његови правни следбеници имају право на накнаду у износу од 4% од препродајне цене. Овај износ опада у случајевима кад препродајна цена износи више од 50.000 евра, и то до крајњих 2,5% у односу на цену већу од 500.000 евра. Свакако, укупан износ ауторске накнаде не може бити већи од 12.500 евра.

Право слеђења је неутуђиво и, под условом реципроцитета, њега могу остваривати и држављани трећих земаља.

## 5. Директива за хармонизацију трајања ауторског и одређених сродних права<sup>34</sup>

Ауторска права немају неограничено трајање и разлог за ограничења налазимо у природи самих предмета ауторских права који

33 Бернска конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела, као и Закон о ауторским и сродним правима Републике Србије, право слеђења везује за оригинална уметничка дела или рукописе. Висина накнаде на коју аутор има право од власника дела одређује се по правилу у одговарајућем проценту од продајне цене дела.

34 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0116:en:HTML>, 10.4.2011, стр. 1.



настају готово увек са циљем да буду као порука и својеврстан начин комуникације саопштени, одаслати. Чак и да таква намера код неког аутора изостане, оно што је несумњиво јесте потреба и интерес публике да јој ауторско дело буде доступно. У условима информатичког друштва и комерцијализације уметности и стваралаштва, расте интезитет непомирености интереса аутора и друштва у погледу коришћења ауторских дела. Да би се успоставила равнотежа и праведно задовољење тих интереса који су, иако опречни, чини се једнако легитимни, приступа се одређивању рокова у којима аутори имају искључиво право коришћења својих права.<sup>35</sup> По истеку тих рокова, њихова дела постају слободна и као таква доступна друштву без обавезе тражења дозволе од аутора и плаћања накнаде.

Правила Европске уније постулирају да ауторска права трају за живота аутора и 70 година после његове смрти без обзира на то када је дело законито постало доступно јавности.<sup>36</sup>

По истом принципу, за дела за која се рок заштите не рачуна од момента смрти аутора, а ако ова нису постала законито доступна јавности у року од 70 година од њиховог настанка, заштита потом престаје. За случај када је реч о ауторском делу непознатог аутора или делу са псеудонимом, по природи ствари, рок заштите траје 70 година од објављивања дела. Уколико у овом периоду аутор открије свој идентитет или псеудоним не оставаља сумњу у погледу његовог идентитета, рок трајања ауторско-правне заштите се рачуна као у првонаведном случају – за живота аутора и 70 година после његове смрти без обзира када је дело објављено.<sup>37</sup>

Када је реч о колективном ауторском делу, рок од 70 година се рачуна од смрти последњег од преживелих аутора. За дела која се публикују у томовима, деловима или епизодама, а за која рок заштите тече од момента објављивања, важи правило да се рок заштите рачуна за сваки део одвојено.

У случају кинематографских дела, Директива прописује да се главни редитељ сматра аутором или једним од аутора остављајући при

35 Ауторско субјективно право садржи у себи имовинско-правна и лично-правна овлашћења аутора. У европско-континенталном праву временски су ограничена само имовинско-правна овлашћења док ова друга трају неограничено. У англо-саксонском праву је другачије, правила о временској ограничености важе за обе групе ауторских овлашћења једнако.

36 На овај начин је измењено правило Директиве од 1993. године и прихваћен став науке да се постојање ауторског дела односно ауторско-правне заштите не захтева да дело буде и објављено. У англо-саксонском праву необјављена дела уживају знатно нижи степен заштите, што је, кад је у питању САД, новим Законом о ауторском праву измењено.

37 Реч је о експлицитним одредбама по којима се изузетак уско тумачи и потврђује правило.

том на слободу државама чланицама да одреде круг осталих коаутора конематографског дела. Мандат заштите за ова дела истиче протеклом рока од 70 година од смрти последњег од коаутора (то може бити главни редитељ, сценариста, аутор дијалога и композитор музике за то дело).

Трајање сродних права<sup>38</sup> одређено је општим правилом о року заштите од 50 година од дана производње односно извођења. Ако је у том року дошло до законитог објављивања или је дело законито учињено доступним јавности, рок се рачуна од првог, ранијег од два момента. Треба нагласити да Директива, у погледу правила о трајању заштите, третира фотографско дело као ауторско, захтевајући при том само да то дело буде оригинално – у смислу да је плод лично ауторове интелектуалне креације.

Ако је било које лице, по истеку ауторско-правне заштите објавило дотад необјављено дело, заштита његовог права траје 25 година од објављивања. Заштита за издаваче критичких и научних публикација траје 30 година од објављивања.

Када је дело направљено од аутора који није држављанин и у земљи која није чланица Уније, а односна заштита је гарантована од стране државе-чланице, важи рок заштите гарантован правом државе не-чланице Уније, али он не може бити дужи од општег рока гарантованог овом Директивом.

Правило је да се сви наведени рокови рачунају од 1. јануара године која следи годину у којој се десио догађај релевантан за рачунање рока.

Директива не регулише питања морално-правних овлашћења аутора, па свака од држава-чланица својевољно уређује иста.

## **6. Директива о праву давања у закуп и праву давања на послугу као и одређеним правима сродним ауторском праву<sup>39</sup>**

Пошто је Европски суд правде морао у пракси решавити дилеме око права изнајмљивања које има аутор<sup>40</sup> и његовог ексклузивног

38 Право интерпетатора, произвођача фонограма, прозвођача видеограма, и право радио-дифузне организације.

39 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2006/115/EC of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0115:EN:HTML>, 11.4.2011, стр. 1.

40 Случај „Warner Brothers“ где је Суд заузео становиште да је право изнајмљивања део ауторског права у светлу чињенице да већина држава-чланица није предвиђала ово право. Иначе, Суду је било постављено питање да ли је национално право, које је предвиђа искључиво право изнајмљивања у складу чланом 30. Римског уго-

карактера, то се појавила потреба регулисања тог питања на начин да се у државама-чланицама избегну даље разлике. Уз то, развој нових технологија искоришћавања примерка ауторског дела (фотокопир-апарата, видео рекордера, касетофона, те рачунарских програма за умножавањем др.) угрозио је интересе аутора који без овог права нису могли забранити комерцијално искоришћавање свог дела од стране трећих лица. Зато ова Директива представља снажан импулс јачању заштите ауторских и сродних права.

Државе имају обавезу да установе искључиво право аутора да одобри или забрани изнајмљивање или позајмљивање оригинала и копија ауторског дела. То право припада аутору, извођачу и произвођачу фонограма и видеограма,<sup>41</sup> и оно се не исцрпљује продајом или другом врстом дистрибуције изворног дела или копије. Опет, ово право може се пренети или бити предмет „уговорних дозвола“.

Директива дефинише давање у закуп као „изнајмљивање“ које подразумева стављање на располагање примерка ауторског дела за коришћење, а на ограничено време и уз непосредну или посредну корист за закуподавца. Давање на послугу је одређено као „посуђивање“ или ствљање на располагање за коришћење примерка ауторског дела за коришћење, на ограничено време, али без користи за зајмодавца.

Носилац права на изнајмљивање има право на правичну накнаду у случају да своје право пренесе произвођачу фонограма или филмском продуценту. Код давања на послугу тј. посуђивања, Директива оставља државама могућност да саме одлуче да ли ће право давања на послугу бити искључиво право аутора. Ако се одлучи да не предвиди ово право као искључиво, држава је дужна да обезбеди, како то стоји у тексту Директиве, „барем“ накнаду за аутора. Закључује се да је право посуђивања слабије заштићено од права изнајмљивања. Уосталом, приликом припреме текста прве овакве директиве још 1992. године право на послугу није било предвиђено да би касније била укључена и та материја.

Државе могу усвојити правило да приликом закључујувања уговора о продукцији филма са филмским продуцентом, интерпретатор уступа право на давање у закуп примерака филмског дела је самим уговором предвиђено право на правичну накнаду. Овакво решење могуће је *mutatis mutandis* применити на права сродна ауторском праву.

Кад је о сродним правима реч, Директива предвиђа искључива права на: извођење, радио-дифузију, саопштавање јавности и дистрибуцију,

---

вора који прокламује слободан проток лица, роба, капитала и сулуга. Тако и: В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 373.

41 Са друге стране, од примене одредаба о искључивом праву на изнајмљивање односно посуђивање искључене су грађевине и дела примењене уметности.

а у корист интерпретатора, РТВ организација, произвођача фонограма и продуцента. Државе у погледу наведених права могу предвидети изузетке у случајевима: (а) коришћења у приватне сврхе, (б) коришћења краћих исечака у вези са извештавањем о текућим догађајима, (в) споредних извођења радио-дифузних организација сопственом опремом и за сопствене потребе и (г) коришћења у сврху наставе или научног истраживања.

## 7. Директива о правној заштити рачунарских програма<sup>42</sup>

Рачунарски програм (софтвер) представља скуп инструкција и наредби изражених у посебној врсти „језика“ помоћу којих сам рачунар обавља одговарајуће функције. Софтвер представља писано ауторско дело ако испуњава услове оригиналности и материјализованости.

Све већа примена рачунара и рачунарских програма у свету, потреба да се ауторима рачунарских програма пружи заштита од недозвољеног искоришћавања њихових програма и питања трансфера софтвера разлози су због којих се приступило једнообразном регулисању ове материје.<sup>43</sup>

Аутор рачунарског програма је једно или више физичких лица, а ако држава-чланица дозвољава, то може бити и правно лице. Аутор софтвера има искључиво право употребе или (не)одобравања: умножавања, превода, адаптације, обраде и било ког облика јавне дистрибуције укључујући изнајмљивање рачунарског програма. На овом месту треба рећи да се радњом умножавања софтвера сматра и његово учитавање на тзв. хард диск рачунара.

Када аутор или носилац ауторског права обави прву продају примерка софтвера, исцрпљује се његово право дистрибуције тог примерка, уз изузетак права надзора евентуално даљег изнајмљивања програма или његовог примерка.

Искључиво право аутора или носиоца ауторског права трпи изузетке у ситуацији када се софтвер употребљава са сврхом коју има за личну употребу, затим, када се користи у образовне сврхе, за тестирање рачунара, као и за добијање информација неопходних за употребу другог, законито поседованог програма.

Државе имају прописати одговарајуће правне механизме тј. санкције за особе које предузму било коју од радњи повређивања гарантова-

42 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2009/24/EC of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:01:EN:HTML>, 11.4.2011, стр. 1.

43 В. Бесаровић, *нав. дело*, стр. 259.

ног искључивог права аутора софтвера, а сваки примерак рачунарског програма који крши поменуто право подлеже заплени, у складу са националним законима државе-чланице.

Заштита ауторског права траје за живота аутора и 50 година после његове смрти; ако је софтвер анониман, заштита траје 50 година од његовог објављивања.

## 8. Директива о спровођењу права интелектуалне својине<sup>44</sup>

Кровни акт заштите свих права интелектуалне својине представља Директива о спровођењу тих права од 2004. године. Њоме се прописују мере, поступци и средства за спровођење заштите права интелектуалне својине, а тако да те мере и поступци буду правични, ефикасни и доступни заинтересованим лицима. Имају се примењивати на начин да се избегне да оне буду препрека законитој трговини и тако да се спречи њихова евентуална злоупотреба.

Лица овлашћена за подношење захтева за примену ових механизма јесу носиоци права интелектуалне својине, затим, сва друга лица овлашћена да користе ова права и организације за управљање колективним правима интелектуалне својине. Када је реч о ауторским делима, уколико изостају докази о супротном, претпоставља се ауторство лица чије је име на уобичајен начин наведено као име аутора. *Mutatis mutandis* важи и за носиоце ауторских права у погледу дела која имају право да штите.

Државе-чланице односно њихови правосудни органи дужни су да установе право добијања информација о мрежама дистрибуције и пореклу робе или услуге којом се врши повреда права интелектуалне својине, и то од лица које крши ова права и/ли било ког другог лица повезаног са прекршиоцем или самом робом којом је учињена повреда права.

Када је захтев поднет, правосудни органи против наведеног прекршиоца доносе одлуке о привременим мерама да би се спречиле све претње и евентуалне будуће повреде права интелектуалне својине. Судски орган може наложити заплenu или повраћај робе којом се повреде врше. Уколико оштећени пружи доказе да постоји опасност од неостваривања права на накнаду штете, суд може одлучити о одузимању покретне и непокретне имовине наведеног прекршиоца, укључујући и блокирање његових рачуна и других средстава.

44 European Union, Access to European Union law (CELEX), Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, Brussels, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:157:0045:0086:EN:PDF>, 11.4.2011, стр. 1.

Уколико су му редовно доступни, подносилац захтева за заштиту мора пружити доказе о личном својству носиоца права *in concreto*, као и о самој претњи или повреди сопственог права. Мере могу бити предузете и без саслушања наведеног прекршиоца права ако би одлагање нанело штету носиоцу права. Наведене мере престају да се примењују у случају да подносилац захтева не покрене редован судски поступак у разумном року, или у року који оставља правосудни орган, а свакако не могу трајати дуже од 20 радних дана или 31. календарског дана, у зависности који од два рока дуже траје.

Независно од права тужиоца на накнаду штете, надлежни орган може применити мере које се односе на робу којом се врши повреда права и предмете који се користе за производњу те робе. Те мере су повлачење или коначно уклањање из ланца трговине или уништавање. У циљу доказивања повреде права, суд као валидан доказ може користити узорке, не и целокупну количину примерака дела или других предмета. У случају доношења судске одлуке о повреди права интелектуалне својине, суд може наложити одговорном лицу обавезе које имају за циљ престанак даљег вршења повреде.

Допушта се примена заштитних мера предвиђених националним или законодавством Уније, ако су оне повољније за носиоце права. На крају, важно је истаћи да Директива садржи и низ одредаба којима се штите права и интереси лица оптужених за повреду права интелектуалне својине.

## 9. Остали извори и правни акти комунитарног права<sup>45</sup>

*Прејорука Евројске комисије о колективном њреко-ђраничном уђрављању ауђорским и сродним њравима у вези њружања музичких услуга „online“* донета је 2005. године пошто је утврђено да су нове технологије условиле појаву савремене генерације пословних корисника музичких дела и предмета путем интернета. Искључиво право репродуковања које покрива све репродукције у процесу онлајн дистрибуције музичког дела треба довести у везу са таквом политиком лиценцирања која ће обезбедити мулти-територијално лиценцирање и тако повећати правну сигурност за кориснике дела односно омогућити приходовање на страни носиоца односних права. Зато се предлаже право пружања услуга колективног управљања у вези са онлајн музичким делима. Тако се може пренети онлајн право<sup>46</sup> на лице које би управљало њиме, без обзира на пребивалиште или држављанство у држави-чланици или другој.

45 Текстови правних аката који следе доступни су на адреси Европске уније ([http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm)) или посредством google претраживача под „celex“ сигнатурама: (1) 32005H0737, (2) 41984X0803, (3) 31002Y0528 и (4) 32000D0278.

46 Овај пренос се може извршити путем уговора (о лиценци) или *ex lege*.

*Резолуција Представника влада држава-чланица о мерама за борбу против аудио-визуелне пиратерије* од 1984. године усмерена је на пораст пиратерије аудио-визуелних дела која онемогућава остваривање права аутора и титулара и дестимулише улагање у производњу и развој ових дела те прети да тако угрози квалитет ове области уопште. Државаме-чланице треба да, уколико то већ нису учиниле, приступе оним међународним конвенцијама које ће олакшати покретање поступака против аудио-визуелне пиратерије. Такође је неопходно, а у истом циљу, развити системске политике сарадње између државних органа и професионалних удружења, сарађивати са организацијама за заштиту интелектуалне својине, допунити законодавство, посебно у области кривичног права, правним механизмима који ће судским и надлежним органима омогућити ефикасан рад на сузбијању и одвраћању од радњи пиратерије.

*Резолуција Савешта Европске уније о повећању заштите ауторских и сродних права* донета је 1992. године са једним циљем – а то је да се постане чланица Париског акта Бернске Конвенције (1971) и Римске конвенције за заштиту извођача, произвођача фонограма и радиодифузних организација (1961). Приступање овим конвенцијама обавезно је за државе-чланице Уније, док је за тзв. треће државе то пожељно.

*Одлука Савешта Европске уније о сагласности на WIPO Уговор о ауторском праву и WIPO Уговор о индустријским правима и фонограмима* донета је 2000. године чиме се поменути уговори WIPO-а одобравају у име Уније, а у вези са питањима из њене надлежности са циљем постизања уравнотеженог нивоа ауторско-правне заштите.

*Одлуке Европског суда правде* од великог су значаја за примену целокупне регулативе права Европске уније у области ауторског и сродних права, јер се њима, не само даје неопходно тумачење оснивачких уговора и секундарних извора, већ и креативно тумачи и ствара право Уније.<sup>47</sup>

### III Проблематика примене

Римски, оснивачки уговор подстиче хармонизацију националних права држава-чланица у области права интелектуалне својине и служи као основ за доношење бројних аката којима се, као преваходно секундарним изворима, тај циљ постиже. Материја ауторског и сродних права подлеже, формално узев, хармонизацији али су, како то истиче проф. Бесаровић, интезитет и свеобухватност тог процеса, а детерминисано

47 Суд правде Европске уније (по новоратификованом Уставу ЕУ) постао је својом стваралачком доктрином интегративни чинилац Уније првог реда. Тако и: Будимир Кошутић, *Увод у европско право*, 1. издање, Београд, 2006, стр. 142.

економским разлозима, такви да се може говорити о унификацији права држава чланица.

Полазећи од правила *in abstracto*, говоримо о секундарним актима које стварају органи Уније. Реч је о уредбама (правилници), директивама (упутства), одлукама, препорукама и мишљењима. Наравно, неизоставне су и одлуке Суда правде Европске уније у којима је креативна функција у тумачењу права јако присутна. Саме уредбе имају опште, непосредно и потпуно важење где се у литератури говори о њиховом тзв. хоризонталном, директном дејству. Дакле, као „европски закони“ уредбе обавезују ако државе чланице тако и индивидуална лица. Директиве или упутства обавезне су у погледу циљева које треба постићи, док су облик и средства која ће се употребити за те циљеве остављени на слободу државама-чланицама. Обавезност само за државе чланице позната је као вертикално дејство. Стога, држава чланица је у обавези да националним прописом садржај директиве имплементира у домаће законодавство. Међутим, треба истаћи да је пракса Суда правде ЕУ, а последично и теорија, већ на становишту да директиве, под одређеним условима, имају хоризонтално дејство<sup>48</sup> што само потврђује изречени став о *de facto* унификацији права држава чланица. Одлуке обавезују у потпуности, али само адресате. То су државе чланице и индивидуална лица именована у одлуци. Препоруке и мишљења немају обавезни карактер, а њихови адресати могу бити државе чланице, приватна лица и органи Уније.

Како су директиве правни инструменти којима се Унија највише служи у регулисању области ауторског и сродних права, произлази (барем по слову Устава о Европској унији чл. 189; ex 189) да свака значи потребу имплементације у домаће законодавство. Та чињеница проблем примене права ЕУ додатно усложњава. Усклађен национални законодавни оквир не подразумева да само прописи из области ауторског права буду уподобљени *acquis*-у, већ се то усклађивање има вршити и у погледу значајног броја других, системских закона.<sup>49</sup> Даље, централно место у проблематици примене комунитарног права у овој области је неопходност предузимања читавог низа активности и мера које су неопходне, независно од постојања усклађеног законодавства. Ово посебно долази до изражаја у поступку преговора за чланство које са Европском комисијом воде придружене државе.<sup>50</sup> Наиме, све послове интелектуалне

48 Видети код: Милош Вукчевић, *Директиве Европске уније – директно, индиректно и инцидентално дејство*, Правни зборник, Подгорица, 2010, стр. 395.

49 Овоме је посебно „допринела“ Директива о спровођењу права интелектуалне својине из 2004. године.

50 У наставку дајемо изводе из недавног Мишљења Комисије о захтеву Црне Горе за чланство у Европској унији (2010.), а који се односе на поглавље о интелектуалној својини. Исти документ са конкретном анализом очекује и Република Србија у 2011. години.



својине потребно је објединити у једном ресурсу државне управе. Завод за интелектуалну својину мора бити оспособљен да испуњава своје правне обавезе за обраду права интелектуалне својине. То подразумева просторну, техничку инфраструктуру, конфигурациону мрежу, базе података и регистре. Обим и стручност располагајућег службеничког кадра не смеју бити ограничени. Исти услови важе, уз обавезу међусобне, координира-не и систематске сарадње, и за органе као што су Управа царина, Управа полиције, Служба за истраживање тржишта, Привредни суд и основни судови, Независно регулаторно тело надлежно за емитовање, затим, Инспекторати за: медицинска средства и лекове, грађевинарство и туризам.

Ако се уз претходно зна да је у погледу заштите права интелектуалне својине потребно да придружена држава постигне ниво који је „сличан“ (интерпункција, прим. аут.) оном који постоји у Унији, онда је јасно да је хармонизација права у области интелектуалне својине сложен и захтеван процес. Све то у циљу да се осигура правилно функционисање унутрашњег тржишта Уније и истовремено успостави равнотежа између права титулара и интереса корисника.

**Vladimir LEPOSAVIĆ**

Teaching Assistant at the Faculty of Law, Mediteran University,  
Montenegro

## CONTRIBUTION REGARDING EU REGULATION IN THE FIELD OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS

### Summary

*This article's subject is European Union legislation in the field of copyright and related rights. The introduction discusses the development and basis of copyright law protection. Central part is given to the most important sources of community law in this field – the Directives. It is analyzed in detail and then provides an overview of other sources. Finally, it is briefly described the problem of harmonization with EU law in this field. It is significant that in this paper addressed the actual process of acquiring membership of the EU and the related tasks that have to be achieved.*

**Key words:** *copyright and related rights, harmonisation of law, European Union Directives.*

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

## I Појам

### 1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

### 1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

*Пример:* Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> 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<sup>e</sup> 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 грушиџва, 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 њаиџира*, 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 љривреда*, 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 љривреда*, 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](http://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](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 припреmila 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.

СУСПРЕТ ПОДРЖАВАЈУ

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

Правни факултет Универзитета у Београду

GIZ Правна реформа у Србији

Intermex

АГРОБАНКА Пољопривредна банка а. д., Београд

„Енергопројект Холдинг“ а. д., Београд

RUDNAP Group а. д.

Компанија „Дунав осигурање“ а. д. о., Београд





CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343



