

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

САДРЖАЈ

ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ И СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

***Кристиа* ЈЕСЕЛ-ХОЛСТ**

Медијација у Немачкој под утицајем права Европске уније – имплементација Директиве 2008/52/ЕЗ од 21. маја 2008. године о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским питањима 13

***Гордана* СТАНКОВИЋ**

Правна заштита и остваривање права и интереса корисника финансијских услуга 25

***Маја* СТАНИВУКОВИЋ**

Улога суда у оцени надлежности арбитра пре доношења коначне арбитражне одлуке 37

***Вера* МАРКОВИЋ**

Правни положај поверилаца у реструктурирању 52

***Илија* БАБИЋ**

Личне службености правних лица 62

Марија КРВАВАЦ	
Уредба Рим I Европске уније – уједначена правила европског колизионог уговорног права	79
Најшаша ХАЦИМАНОВИЋ	
Бездржавинска залога – каква је улога регистра?	95
Ружа УРОШЕВИЋ	
Заштита права понуђача и јавног интереса у поступцима јавних набавки	108
Зорица ТУЦАКОВ	
Камата код уговора о кредиту	122
Мирјана КНЕЖЕВИЋ	
Послови снабдевања електричном енергијом	132
Јелена БРКИЋ	
Појам и правна природа ретенције у нашем праву	147
Срђан СТОЈИЛКОВИЋ	
Проблеми у реализацији вансудске хипотеке у правном систему Републике Србије	160

ПРАВО ПОТРОШАЧА

Дара МИЛЕНОВИЋ	
Заштита права потрошача према Закону о заштити потрошача Републике Србије.	171
Душица ПАЛАЧКОВИЋ	
О судској грађанскоправној заштити потрошача према Закону о заштити потрошача Републике Србије	185
Драјан ВУЈИСИЋ	
Заштита потрошача у праву Европске уније и праву Србије.	198
Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТТИЛА	
Мере колективне заштите потрошача – <i>pro et contra</i>	216
Владимир ВУЛЕТИЋ	
Облигација обавештавања и приговор несаобразности робе уговору: старо и ново у домену заштите потрошача	235

Кашарина ИВАНЧЕВИЋ

Заштита интереса потрошача сагласно одредбама
Директиве 98/27/ЕС у Европској унији и српском праву. 257

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

Јован ЂИРИЋ

Преваре 275

Нашаши ДЕЛИЋ

Неколико напомена у вези услова одговорности правног
лица за кривично дело 289

Ијор ВУКОВИЋ

Колегијално одлучивање и кривична одговорност 302

Тамара ГАЈИНОВ

Мере колективне заштите потрошача – *pro et contra* 318

ПРАВО ГРАЂЕЊА

Момчило ЈЕВТИЋ

Начини одређивања цене код уговора о грађењу. 331

Ивана ПАНИЋ

FIDIC услови уговора – улога инжењера 345

Саша САВИЋ

Правни режим вишкова радова код уговора о грађењу. 352

Селма МУЈЕЗИНОВИЋ

Употреба општих и посебних услова FIDIC уговора у
Србији – ограничења и тешкоће њихове примене и
опасности њихове погрешне примене. 366

Јован НИКЧЕВИЋ

Претходни (пред-арбитражни) поступак за решавање
спорова према FIDIC-овим општим условима уговора 376

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Бранко А. ЛУБАРДА

Концепт радника-грађанина у праву Европске уније 388

Предрај ЈОВАНОВИЋ

Општи међународни правни оквир начела
недискриминације у области рада 405

Душан Д. ДАБОВИЋ

Амандман на Закон о изменама Закона о јавним набавкама
у погледу радних односа 418

Весна СИМОВИЋ

Хармонизација међународних стандарда о радно-правном
статусу помораца 428

Радмила БУКУМИРИЋ-КАТИЋ

Колективни уговори као средство одговорног пословања . . . 443

Љубинка КОВАЧЕВИЋ

Изазови заштите запослених који раде (к)од куће 452

Параскева МИХАЈЛОВИЋ

Изазови за промене закона у области рада 471

Тайјана ПРИЈИЋ

Забрана дискриминације особа са инвалидитетом 488

Филиј БОЈИЋ

Европски кодекс социјалне сигурности 500

Љиљана СТОЈШИЋ

Промене у свету рада и њихов утицај на инспекцију рада . . . 513

Весна БИЛБИЈА

Закон о волонтирању, 2011. – европска година
волонтирања 531

ПОРЕСКО ПРАВО

Зоран ИСАИЛОВИЋ

Уређење и примена пореског система у Србији 551

Миле ВРАЊЕШ	
Фондови за заштиту животне средине као инструменти финансирања животне средине.	569
Милева АНЂЕЛКОВИЋ	
Међународно пореско планирање – могућности и ограничења у савременим условима	590
Хасиба ХРУСТИЋ	
Основна обележја пореских подстицаја у пословању предузећа у Србији и у државама чланицама ЕУ	602
Снежана СТОЈАНОВИЋ	
Опорезивање ортачких друштава у асиметричним ситуацијама.	613
Марина ДИМИТРИЈЕВИЋ	
Привреда и владавина права у контексту изазова савременог опорезивања.	626
Томица ДЕЛИБАШИЋ	
Порески прописи и прекршаји у пракси	639
Брајислав СТАНКОВИЋ, Драјан ДЕМИРОВИЋ	
Исплата и опорезивање ликвидационог вишка	652
Ивана Б. ЉУТИЋ	
Споразуми о утврђивању цена унапред између повезаних друштава и пореских управа	661
Цвејшана ЦВЈЕТКОВИЋ	
Примена принципа „ван дохвата руке“ у пореском праву ...	673
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	689

TABLE OF CONTENTS

COMMERCIAL CONTRACTS AND DISPUTES – LITIGATION AND ARBITRATION

Christa JESSEL-HOLST

Mediation in Germany under the Influence of the Union Law –
Implementation of the Directive 2008/52/EC of 21 May 2008 on
certain aspects of mediation in civil and commercial matters. . . . 13

Gordana STANKOVIĆ

Legal Protection and Realization of Rights and Interests of Users
of Financial Services 25

Maja STANIVUKOVIĆ

The Role of Courts in Reviewing the Arbitrators' Jurisdiction
before the Final Arbitral Award 37

Vera MARKOVIĆ

Legal Status of Creditors in Restructuring 52

Ilija BABIĆ

Private Easement held by a Legal Entity 62

Marija KRVAVAC

Rome I Regulation – Uniform Rules of European Collision
Contract Law 79

Nataša HADŽIMANOVIĆ	
Non-Possessory Pledge – What is the Role of the Register?	95
Ruža UROŠEVIĆ	
Protection of the Bidder's Rights and Public Interest in the Public Procurement Proceedings	108
Zorica TUCAKOV	
Loan Rate in Loan Agreement.	122
Mirjana KNEŽEVIĆ	
Electricity Supply Operations	132
Jelena BRKIĆ	
Notion and Legal Nature of Retention in Our Law.	147
Srđan STOJILKOVIĆ	
Issues about Realization of Extrajudicial Hypothec in Juridical System of the Republic of Serbia.	160
 CONSUMER LAW	
Dara MILENOVIĆ	
Consumers Protection according to the Act on Consumers Protection of the Republic of Serbia.	171
Dušica PALAČKOVIĆ	
About Judicial Civil Consumer Protection according to the Law on the Consumers Protection of the Republic of Serbia.	185
Dragan VUJISIĆ	
Protection of Consumers in the Law of European Union and the Law of Serbia	198
Milena JOVANOVIĆ ZATTILA	
Collective Consumer Protection Measures – <i>Pro et Contra</i>	216
Vladimir VULETIĆ	
Notification Obligations and Complaint of Lack of Conformity of Goods: Old and New in Consumer Protection Area	235

Katarina IVANČEVIĆ

Protection of Consumer Interests in Accordance with the
Provisions of Directive 98/27/EC of the European Union and
Serbian Law 257

CONSUMER LAW

Jovan ĆIRIĆ

Frauds 275

Nataša DELIĆ

A Few Remarks on the Conditions of Liability of Legal Entities
for Criminal Offence..... 289

Igor VUKOVIĆ

Collegial Decision-Making and Criminal Liability 302

Tamara GAJINOV

Ecological Crime and Liability of Legal Persons in the Republic
of Serbia..... 318

CONSTRUCTION LAW

Momčilo JEVTIĆ

Methods of Determination of Price in Construction Contracts .. 331

Ivana PANIĆ

FIDIC Contract Conditions – Role of the Engineer 345

Saša SAVIĆ

Law Regulation of Excess Works at Agreement on
Construction..... 352

Selma MUJEZINOVIĆ

The Use of General and Particular Conditions of FIDIC Model
Contracts in Serbia – Limitations and Difficulties of
Application and Risks of their Wrong Application 366

Jovan NIKČEVIĆ

Preliminary (Pre-Arbitral) Procedure for Dispute Resolution
under the FIDIC General Conditions of Contract..... 376

LABOUR AND SOCIAL LAW

Branko A. LUBARDA

Concept of Worker-Citizen in the European Union Law 388

Predrag JOVANOVIĆ

General International Legal Framework of the Principle of
Non-Discrimination in the Field of Work. 405

Dušan D. DABOVIĆ

Amendment on Draft Law Amending Law on Public
Procurement Concerning Labour Relations 418

Vesna SIMOVIĆ

Harmonization of International Standards on the Employment
Status of Seafarers 428

Radmila BUKUMIRIĆ-KATIĆ

Collective Agreements as a Socially Responsible Behaviour 443

Ljubinka KOVAČEVIĆ

Challenges of Legal Protection of Employees Working at (from)
Home 452

Paraskeva MIHAJLOVIĆ

Labour Law Amendment Challenges 471

Tatjana PRIJIĆ

Prohibition of Discrimination against Persons with
Disabilities. 488

Filip BOJIĆ

European Code of Social Security 500

Ljiljana STOJŠIĆ

Changes in the World of Work and Its Influence on Labor
Inspection 513

Vesna BILBIJA

Law Concerning Volunteering, 2011 – European Year of
Volunteering 531

TAX LAW

Zoran ISAILOVIĆ

Building and Implementation of Tax System in Serbia..... 551

Mile VRANJEŠ

Funds for the Protection of the Environment as Means of the
Environmental Protection 569

Mileva ANĐELKOVIĆ

International Tax Planning – Possibilities and Limitations in
the Contemporary Circumstances 590

Hasiba HRUSTIĆ

The Basic Characteristics of the Business Tax Incentives in Serbia
and EU Member States 602

Snežana STOJANOVIĆ

Partnerships Taxation in Asymmetrical Situations 613

Marina DIMITRIJEVIĆ

Economy and the Rule of Law in the Contemporary Tax System
Context 626

Tomica DELIBAŠIĆ

Tax Regulations and Violations in Practice..... 639

Bratislav STANKOVIĆ, Dragan DEMIROVIĆ

Payment and Taxation of a Liquidation Surplus 652

Ivana B. LJUTIĆ

Advance Price Agreements between the Related Companies and
the Relevant Tax Authorities 661

Cvjetana CVJETKOVIĆ

Application of Arm's Length Principle in Tax Law 673

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 689

ПРИВРЕДНИ УГОВОРИ И СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

Christa JESSEL-HOLST, PhD

Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and
International Private Law, Hamburg

MEDIATION IN GERMANY UNDER THE INFLUENCE OF THE UNION LAW Implementation of the Directive 2008/52/EC of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

Summary

Mediation in Germany still finds itself in a phase of development. For this reason, many issues have been excluded from the draft and left instead to further development by theory and practice. It may well be that Serbia finds itself in a similar position with regard to the Law on Mediation of 2005.

Key words: mediation, Germany, European Union.

I Introduction

Mediation is not a traditional concept of the German law. The idea of inviting the parties to participate in the finding of a solution for their dispute as such is not new to German thinking, but the classical method for this is

the conclusion of a court settlement on proposal of, or with the help of the judge as regulated in § 278 of the Civil Procedure Code (ZPO). In the event of such court settlement, the recording of declarations in a court record replaces notarial recording, § 127a Civil Code (BGB). The settlement that has been concluded before a German court constitutes an enforceable title in the meaning of § 794 ZPO.

As is well known, the concept of mediation has found its way to continental Europe mainly as an import from the USA where mediation has been practiced intensively since the 1970's. Among the pioneers of mediation, we also find countries like England, Japan, Australia, China and New Zealand.¹ Since then, mediation has proved to be a singular success story and today, is part of the standard equipment of practically all legal orders, on all five continents. Legal comparison shows, however, substantial differences in the way in which mediation is regulated or functions de facto, depending on the purposes for which mediation is used, national traditions and mentalities, the respective legal framework etc.

Germany has imported the concept of mediation starting from the 1980's, under the influence of reports from the USA which were at the time considered highly attractive. At first, the new legal institution was used purely on a de facto basis. In 1999, a first and very modest attempt for a legal regulation was made.² Some other provisions followed which need not be mentioned here. Whereas for example Serbia has adopted a full-fledged *Zakon o posredovanju – medijaciji* (Law on Mediation) even in the year of 2005,³ in Germany until now, there has been no systematic regulation on this issue, although in the practice mediation has established itself as a recognized and important means of dispute resolution, supplementing the procedure before the courts.

As in so many other cases, change was triggered under the influence of the European Union, which has manifested its conviction that mediation can provide a cost-effective and quick extrajudicial resolution of disputes through processes tailored to the needs of the parties, and that agreements resulting from mediation are more likely to be complied with voluntarily and are more likely to preserve an amicable and sustainable relationship between the parties.⁴ The Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Coun-

1 *Hopt/Steffek* (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen* (Tübingen 2008).

2 New § 15a EGZPO authorizing the federal states to provide that for certain small claims, an action can only be brought after a prior attempt for alternative dispute resolution; new § 278 para. (5) 2 ZPO authorizing the courts to propose to the parties, in appropriate cases, extrajudicial settlement of their dispute, on a strictly voluntary basis.

3 *Sl.gl.* no. 18/05.

4 6th recital to the Directive.

cil of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters⁵ has determined a general framework for mediation and obliged the Member States to adopt the laws necessary to comply with it before 21 May 2011 (Art. 12 MedDir). The European Code of Conduct for Mediators⁶ has served as an additional source of inspiration.

Germany is therefore under an obligation to become more active. The German government has meanwhile elaborated a Draft Law on promotion of mediation and other procedures for alternative dispute resolution⁷ which is at this moment being discussed in the German parliament. This draft, although not very long, has been prepared over a substantial period of time. Many basic questions had to be resolved by it for the first time. For this reason, the draft has been based on exceptionally intensive legal comparison. Namely, the Max-Planck-Institute in Hamburg has been asked by the Federal Ministry of Justice to make a comparative survey on mediation in 19 foreign countries, namely: Austria, France, England, Netherlands, USA, Japan, Australia, Bulgaria, China, Ireland, Canada, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, Russia, Switzerland, Spain and Hungary. It goes without saying that mediation in Germany is also covered by the authors. The study, with an altogether volume of 1175 pages, has been published in German language in the year of 2008.⁸ It offers a detailed and structured overview over the institute of mediation worldwide. Since no other such comprehensive study exists anywhere else, the Institute is currently preparing an updated version in English language.

The topic of mediation has also been discussed intensively on the 67. Deutscher Juristentag (German Jurists Forum) which was held in Erfurt/Thuringia in the year of 2008. This eminent Forum is organized by the Association of German Jurists⁹ and meets every two years, in varying locations.

II The German Draft Law

1. General outline

The EU-Mediation-Directive covers only cross-border disputes. The current German draft is broader and includes also purely domestic situations. The regime under the German draft is the same for both national and international mediation. This is in line with the Mediation Directive which

5 OJ C 286, 17.11.2005, p.1.

6 See: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

7 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 4.2.2011 (Drucksache 60/11).

8 *Hopt/Steffek* (supra footnote 1).

9 For more details see www.djt.de.

says that nothing should prevent Member States from applying the provisions of the Directive also to internal mediation processes.¹⁰

Furthermore, the Directive applies only to civil and commercial matters. In contrast to this, the German draft could be used as a basis for mediation in the context of civil, family, labour, social and administrative procedure as well as in patent court proceedings. What remains outside is especially the criminal procedure as well as the procedure in matters of finance (taxes). The Directive rightly points out that mediation should not apply to rights and obligations on which the parties are not free to decide themselves under the law (as is frequently the case in family and employment law).¹¹

In spite of the manifold fields of application, the German draft is significantly shorter than for example the Serbian Law on Mediation, and consists only of seven articles. Additional individual provisions on mediation shall, however, be introduced into the Civil Procedure Code and some other acts. It is of course not excluded that the parliamentary discussions will lead to the one or other amendment.

Expectations with regard to mediation have been high, sometimes even exuberant when it was first introduced in Germany. Experience has, however, led to a more realistic assessment. In any case it is obvious that the potential of mediation is higher than its present use in Germany. The general intention of the draft is therefore to encourage and support the use of mediation.

2. Legal definitions of mediation and of mediator

Mediation shall be defined by law as a confidential and structured process, whereby the parties attempt, on a voluntary and self dependent basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of one or several mediators. The mediator is defined as an independent and neutral person without power of decision, who leads the parties through the mediation. These definitions correspond by and large to Art. 3 MedDir.

3. Kinds of mediation

Three kinds of mediation are provided for in the German draft, namely:

- mediation independently of a court procedure (in the following: out of court mediation¹²);

10 8th recital to the Directive.

11 10th recital to the Directive.

12 German: außergerichtliche Mediation.

- mediation during court proceedings, but outside the court (in the following: court related mediation¹³) and
- mediation during court proceedings before a judge who is, however, not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question (in the following: court mediation¹⁴).

As regards court mediation, it shall be up to the federal states to offer this possibility and to determine the details of it. Because of possible deviations from state to state, the judge shall always be entitled to propose to the parties court related mediation, as well as out of court mediation. However, in order for the judge to be able to propose court mediation, the respective federal state must first have created the necessary infrastructure in the courts of that particular state. It seems that court mediation is still a controversial topic in Germany but has the full support of the Federal Ministry of Justice¹⁵ which sees a high potential for dispute resolution in this type of mediation.

4. Principle of voluntariness

The Directive leaves it to the national legislator to make the use of mediation compulsory or subject to incentives or sanctions (Art. 5 para. (2) MedDir).¹⁶ However, German law has never known compulsory mediation, and the German draft does not make use of this possibility either. Therefore, only mediation based on the voluntary decision of the parties is provided in it. The draft is also extremely reluctant with regard to sanctions (see *infra* 13).

5. Recourse to mediation

The proposed new provisions in the procedural laws shall authorize the courts to propose to the parties the use of mediation or of another means of alternative dispute resolution. In case the parties accept the proposal, the judge shall suspend the court proceedings.

It may be interesting to know that the statement of claim should in future also contain information on previous attempts for mediation or other means of alternative dispute resolution, as well as the possible counter-arguments.

Special rules apply in divorce proceedings for which even *de lege lata* the judge is entitled to “instruct” the parties to participate at no charge in a

13 German: *gerichtsnahe* Mediation.

14 German: *gerichtsinterne* Mediation.

15 Speech of the Federal Minister of Justice on the occasion of the first reading of the draft in the *Deutscher Bundestag*.

16 See also 14th recital to the Directive.

consultation on the possibilities of mediation (§ 135 FamFG). As regards parent and child cases it is said in the law *de lege lata* that in appropriate cases, the court should “indicate” the parties the possibility to refer to mediation or other means of alternative dispute resolution (§ 156 para. (1) FamFG¹⁷).

According to the draft, the authority of the judge to “instruct” the parents to participate in a consultation on the possibilities of mediation shall be extended to parent and child cases; the parties shall in such a situation be obliged to present a confirmation on their participation.

For parent and child cases, if the judge has suspended the court proceedings because of the parties’ consent to go for mediation, the court proceedings shall as a rule be continued after three months if the parties have not reached an agreement until then (§ 155 para. (4) FamFG).

In labour disputes, when the court has suspended the proceedings so that the parties can make an attempt for mediation, the court shall continue the proceedings after three months unless the parties in unison declare that mediation or another means of alternative dispute resolution is still in process (proposed § 54a ArbGG¹⁸).

6. The mediator

The mediator will be chosen by the parties. He shall be committed to both parties equally and must see to it that both parties are included in a fair and proper manner in the mediation procedure. With the consent of the parties, he may talk with each party alone.

The mediator shall be obliged to disclose to the parties all circumstances that may affect his independence or neutrality. In case such circumstances exist, he may only act as mediator with the express consent of the parties.

A person that has before the commencement of mediation acted for one of the parties on the same matter, shall always been excluded from being a mediator. Besides this, the mediator is forbidden by law to act for one party, on the same matter, subsequent to the mediation.

On request of the parties, the mediator shall be obliged to inform them about his professional background, his training and experience in the field of mediation.

The provisions of the draft shall apply to all mediators, including judges when they act as mediators.¹⁹

17 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [Law on proceedings in matters involving family law and jurisdiction over non-contentious matters], BGBl. 2008 I S. 2586.

18 German: Arbeitsgerichtsgesetz.

19 See the official motives of the draft.

7. Questions of procedure

On principle, the only participants in mediation are the parties and the mediator. Third persons, as for example legal representatives of the one or the other party, may only be admitted to the mediation with the consent of all the parties.

Mediation may be terminated by the parties themselves at any time. But also the mediator has the right to terminate the proceedings, namely in case that no self-dependent communication between the parties, or no agreement by the parties is to be expected.

In case the parties reach an agreement, it is the task of the mediator to ensure that they are aware of the circumstances and understand the contents of the agreement.²⁰ If a party to the mediation has no expert adviser, the mediator shall point out to that party the possibility to have the agreement, as and when required, checked by external advisers.

Unlike the Serbian Law on Mediation (Art. 13 et sequ.), the German draft does not address the topic of the duration of the mediation procedure. This is left in its entirety to the persons concerned. For certain matters that appear especially urgent (parent and child cases, labour disputes), it is indicated by law that the mediation should as rule last no longer than three months (for details see supra 5).

8. Agreement resulting from mediation

With the consent of the parties, their mutual understanding may be documented by way of an agreement.

9. Principle of confidentiality

The mediator as well as the other persons involved in the conducting of the mediation process are under an obligation of secrecy, with only the most strictly necessary exceptions (like considerations of ordre public). In this regard, the German draft follows basically Art. 7 MedDir. Under the German draft, secrecy is expressly excluded in cases of a danger for the well-being of a child that can only be averted by disclosure, e.g. to the police.

De lege lata there is no provision in the German law saying that the mediator as such shall not be compelled to give evidence in judicial proceedings. It is true that the Civil Procedure Code entitles persons to refuse to testify,

20 This is also in line with the Recommendation Rec (2002) 10 of the Committee of Ministers to Member States on mediation in civil matters, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM>.

to whom matters are entrusted by virtue of their office, profession or trade, which are to be kept secret due to their nature or by law, with respect to the facts to which the duty of secrecy pertains (§ 383 para. (1) no. 6 ZPO). Such persons are subject to professional discretion. It has, however, been disputed to what extent mediators are included in this regime.²¹ In case mediation lies in the hand of a member of the legal profession, the answer is obvious, but apart from that, the legal situation until now has not been well defined.

The new provision proposed by the draft on secrecy shall constitute a clear and undisputed right for all the persons who have been “included in the conducting of the mediation procedure” to refuse to testify.²² This attribute is to be interpreted in a narrow way and includes namely the mediator and his auxiliary persons; it does not extend to persons who have been included into the procedure by the parties, like experts or family members.

10. Enforceability of agreements resulting from mediation

Ensuring the enforceability of the agreement has been one of the main concerns of the Mediation Directive.

German law already contains provisions on extrajudicial settlement concluded before an attorney (§§ 796a–796c ZPO). The proposed § 796d ZPO extends this regime to agreements that have been reached by way of mediation. Such mediation agreement shall be declared enforceable on written application of all the parties, or on application of one party with the express consent of the other side. In case the agreement compels a party to make a declaration of intent, or the agreement concerns the existence of a tenancy, the possibility of a declaration of the agreement as enforceable shall be excluded.

The competence for declaration of the agreement as enforceable shall lie:

- a) with the court (that is, in civil cases: the district court²³ as the lowest court), as well as
- b) with the German notaries.

If the mediation has been conducted abroad, the competence shall lie with the Amtsgericht Schöneberg.

21 *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung (69th ed., Munich 2011) § 383 Rz. 17.

22 See the official motives of the draft.

23 German: Amtsgericht.

11. Effect of mediation on limitation and prescription periods

Art. 8 of the Mediation Directive deals with the relationship between mediation and limitation. This is a very important issue, since the parties may be prevented from the use of mediation if as a consequence they would run the risk of a limitation of their claim and thus, of losing their right.

The German draft contains no express implementing provision. The German government has seen no need for regulating the matter, because it is already said in § 203 of the German Civil code (BGB), “if negotiations between the obligor and the obligee are in progress in respect of the claim or the circumstances giving rise to the claim, the limitation period is suspended until one party or the other refuses to continue the negotiations. The claim is statute-barred at the earliest three months after the end of the suspension”. By this general rule of the German civil law, the requirements of the Directive are already fulfilled.

In the course of the discussion of the draft it has, however, been criticised that the essential characteristics of “negotiations in progress” are not clearly defined. According to some voices, it is also not enough to have the claim statute-barred for only three months after the end of suspension, because namely in big and/or highly complex cases more time for reflection might be considered useful.

Interestingly, the Serbian Law on Mediation takes the opposite view, stating that the opening of the mediation procedure shall not interrupt the legal expiration of the claim (Art. 11 para. (1)). From the standpoint of legal comparison, this solutions may appear unusual. As a matter of fact, many countries provide expressly that the entering into mediation will suspend the limitation period. In other countries, this question is not regulated but suspension of the limitation period is recognised anyhow.²⁴

12. Ensuring the quality of mediation

The Directive expressly invites the Member States to encourage the training of mediators and to introduce effective quality control mechanisms concerning the provision of mediation services.²⁵

It must be admitted that the professional qualification of mediators as well as their advanced training has so far not been regulated in any way in Germany. The current draft expressly leaves the matter to the own responsibility of the mediator. It is said there that the mediator himself shall be responsible for ensuring that he disposes of the necessary theoretical knowledge and

²⁴ See *Hopt/Steffek* p. 30 et sequ.

²⁵ 16th recital to the Directive.

practical experience for leading the parties through the mediation procedure in a competent manner. He is also obliged to constant retraining.

Expert vocational training is available at many places. For example, the well-known Fern- (Open-) University in Hagen offers a comprehensive set of courses in mediation, including a study course for mediation which is scheduled for two semesters, and qualification as “master of mediation” as an interdisciplinary study program which takes three semesters. Hagen is a distance university that is very popular with people who are already working. The title of master of mediation can also be acquired at the University of Frankfurt/Oder in Brandenburg.

Many other institutions also offer different kinds of courses in mediation. The Bundesverband Mediation (Federal mediation association)²⁶ has developed standards and guidelines for vocational training of mediators and offers certification of mediators whose qualification has been verified. A number of other associations offer similar services.

The Federal Ministry of Justice has refrained from regulation by law and endorses rather the creation of a private certification system. Instead of more bureaucracy and costs for the state, the ministry prefers to rely on self-regulation by the occupational groups and associations.

The differences between the Serbian Law on Mediation, which provides for an official “List of mediators” and regulates the requirements for conducting mediation in some detail (Art. 18 et sequ.), and the German draft as regards the qualification of mediators are quite obvious.

13. Questions of costs

The topic of mediation and costs can be seen under different aspects. The Serbian draft regulates the distribution of the costs of mediation between the parties in Art. 28 et sequ. The German draft contains no such provision but leaves this matter to the private autonomy.

Another aspect concerns the question as to who shall be obliged to carry the costs not of the mediation, but of litigation. As has been mentioned before, in parent and child cases the judge has the right to instruct the parties to attend a consultation on the possibilities for mediation. If in such situation a party refuses even to be informed by way of consultation on possible advantages of mediation for the future relations between the parents and the child, under the draft the judge should order that party to carry the whole, or a part of the costs of the ensuing court proceedings (§ 81 para. (2) no. 5 FamFG). This constitutes a new approach that may deserve attention.

26 See: www.bmev.de.

14. Mediation and insurance for legal costs

The insurance companies have already reacted to the growing number of cases of mediation and offer protection against the costs of mediation, in different ways. In a comment to the current draft, the Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) (that is: the General association of the German insurance business) has complained that the draft does not prescribe quality standards for mediators. The association asks for the introduction of a uniform seal of quality for mediators.²⁷ Enhanced transparency as to the qualification of the mediator would make it easier for the insurer to decide whether covering the cost of mediation may be acceptable.

15. Liability of mediators

Unlike the Serbian Law on Mediation (Art. 27), the German draft does not deal with the mediators' liability for damages. In the essence, however, there is no discrepancy because the Serbian law simply declares the general rules on liability for damages as applicable.

III Final remarks

The German Federal Minister of Justice Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, who is responsible for the draft on mediation has pointed out that mediation in Germany still finds itself in a phase of development. For this reason, many issues have been excluded from the draft and left instead to further developmen by theory and practice. It may well be that Serbia finds itself in a similar position with regard to the Law on Mediation of 2005.

27 See: http://www.gdv.de/Downloads/Themen_2011/Stellungnahmen/GDV_Stellungnahme_Mediationsgesetz_2011.pdf.

др *Кристиа* ЈЕСЕЛ-ХОЛСТ

виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и међународно приватно право, Хамбург, Немачка

МЕДИЈАЦИЈА У НЕМАЧКОЈ ПОД УТИЦАЈЕМ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Имплементација Директиве 2008/52/ЕЗ од 21. маја
2008. године о одређеним аспектима медијације у
грађанским и трговинским питањима

Резиме

Медијација у Немачкој се још увек налази у фази развоја. Из овог разлога, бројна питања су изостављена из Нацрта закона и преуштиена развоју од стране теорије и праксе. Могуће је да ће се Србија наћи у сличној ситуацији када је реч о Закону о медијацији из 2005. године.

Кључне речи: медијација, Немачка, Европска унија.

др Гордана СТАНКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРАВНА ЗАШТИТА И ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА И ИНТЕРЕСА КОРИСНИКА ФИНАНСИЈСКИХ УСЛУГА

Резиме

У раду су анализирана правила која се односе на заштити и остваривање права и интереса потрошача у области и корисника финансијских услуга, као посебне категорије потрошача. Аутор констатира да ће доношењем будуће Закона о заштити корисника финансијских услуга, права и интереси ове категорије потрошача на нормативном плану бити јачани и деловорније заштитени у односу на заштити коју им гарантује и пружа Закон о заштити потрошача (2010). Предлозом овог закона, који поред материјалноправних норми садржи и норме процесноправног карактера, предвиђени су различити органи и методи за остваривање правне заштите уколико дође до спора. Из одређених правно-теоријских разлога, иако судски метод заштите није искључен, фаворизовано је вансудско решавање специфичних потрошачких спорова у поступку посредовања.

Кључне речи: правна заштити корисника финансијских услуга, методи правне заштите, медијација.

1. Финансијске услуге¹ у савременим условима постале су изузетно сложена област у којој се грађани све теже сналазе и све чешће

1 Према одредбама Закона о заштити потрошача (Сл. гласник бр. 73/10) финансијске услуге су банкарске и кредитне услуге, услуге осигурања и пензијског осигурања,

жале на поступке финансијских институција. Све чешће долази до повреда уговорних обавеза које су преузели корисници из различитих разлога, понекад због површности или незнања самих корисника приликом уговарања, због нејасних или двосмислених уговорних одредаба у типским уговорима банака или других финансијских институција, због ситуације у којој се корисник нашао без своје кривице или због околности које он није могао унапред да предвиди. Понекад се догађа да се уговорне обавезе без знања корисника мењају на његову штету. Финансијске институције повремено мењају своју пословну политику да би побољшале своје пословање и, по правилу, настоје да неуспех у пословању или последице економске кризе које и њих погађају, превале на кориснике својих услуга, које не обавештавају благовремено или прецизно о томе.

Корисницима финансијских услуга су, пре свега, неопходно потребне свеобухватне и целовите информације које се односе на конкретне финансијске услуге пре но што ступе у уговорне односе са даваоцем финансијских услуга, транспарентност у погледу ризика који прате конкретну финансијску услугу и познавање метода правне заштите права и интереса уколико дође до спора са даваоцем финансијске услуге. Све већи број корисника финансијских услуга, због лоших инвестиција, неодговорног кредитирања корисника, промена пословне политике банака, промена каматних стопа или курса, инфлаторних кретања, погоршане сопствене финансијске ситуације због незапослености, долази у конфликтну ситуацију са финансијском институцијом, понекад због њене неадекватне праксе или неке врсте обмањивања необавештеног или лаковерног корисника приликом заснивања уговорног односа или његове лоше процене не само сопствене финансијске ситуације у будућности, већ и због неразумевања значења појединих уговорних одредаба у типским уговорима. Понашање појединих финансијских институција у условима глобалне економске кризе негативно се одражава не само на положај корисника, већ и на укупне економске односе у земљи и доводи до тога да се повећава и продубљује финансијска криза. То је један од разлога што низ држава прибегава детаљном легислативном регулисању финансијског сектора да би се на нормативном плану заштитили корисници финансијских услуга, као слабија страна у односима са финансијским институцијама, спречиле евентуалне злоупотребе и неодговарајуће понашање и утицало, у одређеној мери, на пословну политику финансијских институција и њихов однос према корисницима њихових услуга.

услуге у вези са добровољним пензијским фондовима, инвестиције и услуге плаћања.

Настајању спорова између даваоца и корисника финансијских услуга код нас, поред необавештености корисника у погледу услуга и финансијских инструмената, у великој мери долази и због непостојања свеобухватног нормативног оквира који би обезбедио адекватни ниво заштите корисника финансијских услуга, као слабије стране у односима у финансијском сектору. Посебно је значајно да корисници финансијских услуга код нас још увек не уживају онај ниво заштите који уживају појединци у оквирима Европске уније.

Све до доношења Закона о заштити потрошача (2005) заштита потрошача у домену финансијског сектора била је занемарена и на нормативном и на практичном плану.² Овај закон је предвидео да се у погледу права и обавеза корисника финансијских услуга, као специфичне категорије потрошача, примењују одредбе Закона о заштити потрошача и закона којима се уређује пружање финансијских услуга.

2. Народна банка Србије, као централна банка, у оквиру својих надлежности, има и задатак да успостави и обезбеди и стабилност и сигурност финансијских институција и сачува поверење у њихово функционисање. Из тог разлога је у оквиру Народне банке Србије 2007. г. и формиран Центар за заштиту корисника финансијских услуга и контролу тржишта, као посебан организациони део који има задатак да заштити грађане, као кориснике финансијских услуга, тако што ће им пружати, с једне стране, помоћ у погледу коришћења услуга које пружа финансијски сектор, а с друге стране, што ће им на посебан начин пружати помоћ у остваривању њихових права у односима са финансијским институцијама. Поред тога, гувернер Народне банке је, у складу са својим овлашћењима, да би омогућио остваривање права и заштиту интереса грађана, као корисника финансијских услуга, донео низ аката који се односе на правила поступања у циљу решавања насталих спорова између појединих финансијских институција и корисника њихових услуга,³ без обзира да ли су у питању спорови који су настали у њиховим међусобним пословним односима услед непоштовања закона, због повреде добрих пословних обичаја или уговорних обавеза, или су резултат незнања, неинформисаности или пропуста самог корисника

2 Видети: В. Вуковић, „Заштита потрошача у домаћем банкарству“, у: Зборник радова „Право и међународне интеграције“, *Правни животи*, бр. 12/2008, стр. 877; В. Вуковић, „Заштита потрошача у финансијском сектору Србије: форма и садржина“, у *Зборник радова „Og caveat emtor go caveat venditor“*, Крагујевац, 2009, стр. 197.

3 Видети: Одлуку о ближим условима и начину поступања банке по приговору клијента и Одлуку о начину заштите права и интереса осигураника, корисника осигурања и трећих оштећених лица у поступку посредовања ради мирног решавања спорних односа на сајту: www.nbs.rs.

конкретне финансијске услуге. На тај начин створени су потребни услови да грађани, као корисници финансијских услуга, буду у могућности да своја права заштите и уз помоћ Народне банке Србије, која је, поред контролне функције, преузела на себе и улогу посредника у мирном решавању специфичних спорова у сектору финансијских услуга да би били избегнути судски поступци за решавање спорова.

3. Да би обезбедила поштовање закона у пословним односима далаца и корисника финансијских услуга, унапредила добру пословну праксу и коректне односе финансијских институција према корисницима услуга, поспешила јачање поверења у функционисање финансијских институција и обезбедила стабилност и развој финансијског сектора и заштитила кориснике финансијских услуга, као специфичну категорију потрошача, Народна банка је крајем 2010. године припремила,⁴ у сарадњи са Министарством трговине и услуга, Нацрт Закона о заштити корисника финансијских услуга. Пошто је размотрила овај нацрт, Влада Републике Србије упутила је, фебруара 2011. године, Предлог Закона о заштити корисника финансијских услуга Народној скупштини на усвајање.⁵

4. Будући Закон о заштити корисника финансијских услуга треба да уреди заштиту права и интереса корисника финансијских услуга и да отклони уочене недостатке у досадашњим нормативним решењима. Овај законски текст треба на целовит и систематичан начин да регулише сферу потрошачких односа у финансијском сектору, посебно кад они нису уређени другим законима, да унапреди правну заштиту корисника, обезбеди правну сигурност и да омогући да се ниво заштите која се пружа домаћим корисницима финансијских услуга, и на материјалноправном и на процесноправном плану, приближи оном нивоу на коме се она налази у државама које су чланице Европске уније.

Правна заштита права и интереса свих корисника финансијских услуга није регулисана у потпуности Предлогом закона. Предлогом је регулисано остваривање правне заштите корисника банкарских услуга и услуга лизинга, док је у погледу правне заштите корисника услуга осигурања и услуга друштава за управљање добровољним пензијским фондовима, предвиђено да се остварује на начин који је предвиђен посебним законима којима се уређује пословање далаца ових услуга. На тај начин редактори су се определили за плуралистички легислативни

4 Предлог текста нацрта Закона о заштити корисника финансијских услуга објављен је 1.12.2010. г. на сајту Народне банке Србије: www.nbs.rs/internet/cirilica/20/nacrti.html.

5 Предлог Закона о заштити корисника финансијских услуга доступан је од 1.2.2011. г. на сајту: www.parlament.gov.rs.

приступ. То је последица околности да се ради, с једне стране, о заштити права и интереса једне масовне категорије потрошача који користе банкарске услуге и услуге лизинга, а с друге стране, такав приступ је последица природе осталих финансијских услуга коју пружају друге финансијске институције својим корисницима.

5. Предлог закона, пре свега, садржи детаљне материјалноправне одредбе које имају за циљ да створе стабилан нормативни оквир за настајање низа различитих уговорних односа између финансијских институција које пружају банкарске услуге и услуге лизинга и корисника њихових услуга. Ове одредбе треба да целовито и систематски уреде уговорне односе између финансијских институција и корисника њихових услуга и да на тај начин предупреду не само настајање спорова због повреде закона, уговорних одредаба или добрих пословних обичаја, већ и да, у мери којој је то могућно на нормативном плану, заштите кориснике финансијских услуга, као слабије стране у односима са финансијским институцијама прописивањем обавезне и факултативне садржине низа уговора, као и низа санкција за случај да дође до повреде законских норми. Посебно је значајно да будући корисници финансијских услуга треба да буду боље информисани у погледу својих уговорних обавеза и заштићени код промена пословне политике финансијских институција и њиховог настојања да резултате финансијске кризе или лоше пословне политике, која доводи до губитака, превале на кориснике својих услуга и да једнострано мењају уговорне обавезе које погађају кориснике услуга.

Поред детаљних материјалноправних норми које имају за циљ да у већој мери него до сада заштите корисника финансијске услуге као уговорне стране, Предлог садржи и фрагментарна правила која спадају у домен правне заштите и односе се на поступак за остваривање заштите права и интереса и корисника финансијских услуга и оних који их пружају. На тај начин редактори су се определили за плуралистички легислативни приступ. То је, с једне стране, последица околности да се ради, о правној заштити права и интереса једне посебне категорије потрошача, као и да постоји читав палета финансијских услуга које пружају финансијске институције поводом којих може да дође до спора. С друге стране, у позитивном праву већ постоји низ других закона којима су детаљно регулисани методи судске правне заштите коју пружају државни и арбитражни судови, као и закони којима су регулисани алтернативни методи за пружање правне заштите, који могу да се користе пре судског решавања спора, или који су интерполирани у судски поступак.⁶ Из тог разлога било је довољно да редактори само пред-

6 Детаљно о томе: Г. Станковић, *Грађанско њроцесно њраво, њрва свеска, Парнично њроцесно њраво*, Ниш, 2010, стр. 381.

виде низ упућујућих норми у погледу појединих метода за решавање конфликтних ситуација у сфери финансијских услуга, а да само неке од њих детаљније регулишу.

6. У Предлогу закона предвиђени су, директно или индиректно, органи који одлучују кад корисник финансијских услуга сматра да су повређена нека његова права и интереси у односу са конкретном финансијском институцијом и различити методи правне заштите који треба да омогуће остваривање права и интереса корисника финансијске услуге уколико настане конфликтна ситуација у међусобним односима даваоца и корисника финансијске услуге која није пружена у оквиру саме финансијске организације. Методи за остваривање правне заштите права и интереса корисника финансијских услуга, који су до сада били регулисани актима гувернера Народне банке, треба да добију нов нормативни оквир без обзира што поједина будућа законска решења неће знатно одступати од досадашњих решења.

Поред посебног управног поступка који се води код самог даваоца финансијске услуге и потом код Народне банке, у Предлогу закона је, поред судског поступка за заштиту права и интереса, као општег, основног и редовног метода правне заштите, предвиђен и поступак за вансудско решавање насталог спора посредовањем.

7. Према одредбама Предлога закона, посредовање, као метод за вансудско решавање спорова, представља примаран метод за решавање специфичних спорова који могу да настану између даваоца и корисника финансијских услуга који нису могли бити решени у управном поступку, иако није искључен метод судске заштите права и интереса. У низу одредаба⁷ предвиђено је да уговор корисника са финансијском институцијом као обавезни елеменат садржине, поред права на приговор, садржи и уговорну одредбу којом се предвиђа и могућност покретања поступка посредовања ради вансудског решавања спора насталог у међусобним односима. На тај начин законодавац је створио претпоставке за дерогацију судске надлежности и то посебном пророгационом клаузулом у основном уговору којом се уговара посредовање за случај спора.

8. Предложено законско решење у погледу вансудског решавања спорова из односа са даваоцима банкарских услуга и услуга лизинга је, пре свега, у складу са савременим правно-политичким ставом по коме алтернативни методи за решавање спорова долазе у ранг прворазредних

7 Видети одредбе чл. 19 ст. 1 т. 16 која се односи на уговор о кредиту, чл. 21 ст. 1 т. 19, која се односи на уговор о лизингу, чл. 22 ст. 1 т. 12 која се односи на уговор о издавању и коришћењу платне картице, чл. 23 ст. 1 т. 15 која се односи на уговор о депозиту, чл. 24 ст. 1 т. 5 која се односи на уговор о отварању и вођењу рачуна.

политичких приоритета. То еклатантно илуструје, како низ препорука Савета Европе,⁸ тако и низ директива Европске уније.⁹ Сматра се да алтернативни начини за решавање спорова, с једне стране, представљају прикладан, одговарајући, доступан и делотворан метод правне заштите,¹⁰ који погодује и даваоцима и корисницима финансијских услуга, а с друге стране, омогућавају да се оствари право на правично решавање спора у разумном року, као једно од фундаменталних људских права. Осим тога, алтернативни методи за решавање спорова представљају и један од приоритета реформе правосуђа код нас. Они представљају изванредну могућност да се неефикасно и неажурно судство растерети одређене врсте спорова. Предложено решење у погледу вансудског метода за решавање ове специфичне врсте потрошачких спорова у складу је и са досадашњом праксом, без обзира што она до сада није дала очекиване резултате.¹¹ Коначно, посредовање, као један од облика алтернативног решавања спорова, у складу је и са идејама либералне демократије, која је иманентна транзиционим друштвима.

Предвиђањем алтернативног метода за решавање спорова између даваоца и корисника финансијских услуга, као специфичног потрошачког спора, иако су посредовање истакли у први план као примарни и пожељни метод за решавање ових спорова, на тај начин што су одредбу о посредовању као вансудском решавању спора предвидели као елемент обавезне садржине низа уговора којима се уговарају различите финансијске услуге, редактори Предлога нису угрозили право на судску

8 У складу са настојањем да се побољша правна заштита, приступ суду и повећа ефикасност националног правосуђа, Савет Европе је усвојио низ препорука у којима посебно значајно место имају алтернативни методи за решавање спорова у различитим правним сферама. Видети: Препоруку Савета Европе о породичној медијацији (R (98) 1), Препоруку Савета Европе о мирењу у грађанским предметима, (R (2002) 10), Препорука Савета Европе о алтернативном судском поступку између управних тела и приватних странака (R (2001) 9). Видети: Збирка одабраних препорука Савета Европе, Београд, 2004.

9 О томе говори низ правних докумената Европске уније као што су: Зелена књига о алтернативним начинима решавања спорова у грађанском и трговачком праву, Зелена књига о доступности потрошача правди и решавању потрошачких спорова и читав низ директива и препорука, као и Мастрихтски и Амстердамски уговор.

10 Препоруком Европске комисије (98–257) из 1998. г. било је предвиђено да се ефикасност поступка обезбеђује мерама које гарантују: да потрошач може да учествује у поступку без обавезе ангажовања правног заступника, да је поступак бесплатан или умерених трошкова, да је период између упућивања предмета и доношења одлуке кратак, да надлежно тело има активну улогу чиме му је омогућено да размисли све чиниоце од значаја за решење спора.

11 Видети Извештаје Центра за заштиту корисника финансијских услуга и контролу тржишта публиковане на сајту Народне банке Србије: www.nbs.rs/zastititijakorisnika.

правну заштиту као једно од фундаменталних људских функционалних права¹² и право на приступ суду.

9. Посредовање, као начин за решавање спорова насталих у сфери финансијских услуга, предвиђен је уз судски поступак, као метод за решавање спорова. Овај метод, због ефикасности, једноставности, незнатних или никаквих трошкова поступка, у појединим ситуацијама може да буде знатно прикладнији метод правне заштите у односу на сам судски поступак.¹³ Он представља за обе стране у спору не само најповољнији и најбржи начин за решавање насталог спора, већ и начин да се заштите интереси и даваоца и корисника услуге, на дискретан начин и без публицитета, и очувају, на обострано задовољство, њихови добри односи у будућности.

Поступак посредовања, међутим, има и одређене слабости у односу на судски поступак. Основна слабост овог метода је у томе што је корисник финансијске услуге, који се добровољно лишио учешћа државног суда у поступку за решавање спора, у поступку посредовања у потпуности препуштен сам себи, што сам треба да се избори у сукобу са интересним мотивима оних финансијских институција у чијим је рукама сконцентрисана целокупна материјална и финансијска моћ. Осим тога, споразум који се постиже у поступку посредовања не представља извршну исправу те се не може извршити принудним путем за случај да се једна од страна у поступку посредовања не придржава постигнутог споразума тако да је у том случају неизбежан судски поступак.

12 Одредбом чл. 46 Предлога закона предвиђено је изричито да покретање и вођење поступка посредовања не искључује нити утиче на остваривање права на судску заштиту у складу са законом.

13 Посредовање, као један од метода за мирно решавање спора, разликује се од начина на који суд решава спор по многим детаљима. Пре свега, судску заштиту пружа суд, као орган државне власти који врши судску функцију. У поступку посредовања који се води код Народне банке не учествује судија већ посредник који је с једне стране, стручњак у области финансијских услуга, а с друге стране, посебно је едукован за посредовање. У току поступка посредовања, посредник има задатак да успостави комуникацију између даваоца услуге и корисника финансијске услуге да би они могли да преговарају и да се посредовањем дође до решења које је у интересу и корисника и даваоца услуге. Посредник помаже у преговорима који се воде у циљу мирног решавања насталог спора тако што и даваоцу услуге и кориснику помаже да сагледају свој положај, да одреде своје интересе, да пронађу сва могућа решења, размотре све могућности и алтернативе, да би постигли мирно решење насталог спора у обостраном интересу. За разлику од судског поступка, у коме се усваја онај захтев за пресуду који је основано истакнут, у поступку посредовања се трага за решењем које је прихватљиво и за даваоца и за корисника услуге. Посредовање је значајан метод због тога што сви учесници имају потпуну контролу у односу на исход поступка, што није случај са судским поступком, али и потпуну одговорност за успешан или неуспешан исход поступка.

10. Кад се ради о банкарским услугама или услугама лизинга, правна заштита се, према Предлогу закона, остварује различитим методима правне заштите. Поред посебног управног и прекршајног поступка, предвиђени су метод вансудског и судског решавања насталих спорова.

Увођењем неколико метода правне заштите – управноправног, вансудског и судског, настојало се да се, с једне стране, убрза остваривање правне заштите права и интереса корисника финансијских услуга, омогући самој финансијској институцији да отклони евентуалне сопствене пропусте или повреде закона, уговора или добре пословне праксе, да се смањи публицитет и сачува дискретност која се односи не само на пословање финансијске институције, већ и на њену пословну политику и праксу, обезбеди увид и контрола Народне банке у пословање финансијских институција у односима са корисницима финансијских услуга, обезбеди мирно решавање насталог спора у поступку посредовања и избегне судски поступак,¹⁴ који је, у крајњој линији, и даље општи, основни и редовни пут правне заштите.

11. Метод за остваривање правне заштите права и интереса корисника финансијских услуга знатно се разликује од метода правне заштите предвиђених Законом о заштити потрошача јер се ради о специфичним односима у домену финансијских услуга.

Уколико корисник банкарских услуга или услуга лизинга, који сматра да се давалац услуге не придржава одредаба закона, општих услова пословања, добре пословне праксе или обавеза из закљученог уговора са корисником, у непосредном контакту не успе да реши настали спор, он има право на приговор даваоцу услуге.¹⁵ Ако корисник не буде задовољан одлуком која је донета поводом његовог приговора или она не буде донета у року, он има право да о свом приговору обавести Народну банку. У том случају Народна банка спроводи поступак

14 У поступку посредовања корисник финансијске услуге је ослобођен утицаја државног суда на решење спора, али је при том у потпуности препуштен да се сам избори у сукобу са интересним мотивима оних финансијских институција у чијим је рукама концентрисана целокупна материјална и финансијска моћ.

15 Приговор мора да има писмену форму јер представља иницијалну радњу у интерном поступку правне заштите која се води у самој финансијској институцији. Давалац банкарских услуга и услуга лизинга дужан је да поступи по приговору корисника на начин и по поступку који је прописала Народна банка, у складу са законом. Одговор даваоца финансијске услуге, који представља одлуку по приговору корисника, корисник треба да добије у року од 30 дана. Предложено решење је знатно боље од решења из одредбе чл. 45 Закона о банкама (Сл. *иласник РС*, бр. 107/05 и 91/10) у којој је била предвиђена дужност банке да одлуку о приговору корисника финансијске услуге донесе у разумном року. Уместо правног стандарда „разумни рок“, Предлогом је предвиђен рок од 30 дана.

у коме испитује основаност приговора корисника финансијске услуге и да ли су повређена његова права. Она је у том случају дужна да затражи од даваоца услуге да се изјасни о наводима корисника у року од осам дана од пријема упућеног захтева. Ако се давалац услуге не изјасни у предвиђеном року или се изјасни, а Народна банка Србије оцени да нема места примени санкција у виду изрицању казни због повреда императивних законских норми, корисник или давалац услуге могу ставити предлог за посредовање Народне банке Србије ради вансудског решавања насталог спора.

Уколико буде стављен предлог за посредовање Народне банке Србије, она је дужна да организује поступак посредовања у циљу вансудског решавања насталог спора само ако се спор који је настао поводом уговора између корисника финансијске услуге и даваоца може решити у поступку посредовања, код Народне банке или код другог посредника. Предлогом закона прописано је кад нема услова да се спор реши посредовањем.¹⁶

Уколико има места посредовању, Народна банка ће предузети радње да се овај поступак организује и спроведе. Поступак посредовања спроводе запослени у Народној банци Србије као посредници. Посредници треба да испуњавају одређене услове: да су за посреднике именовани одлуком овлашћеног органа у Републици Србији, да имају лиценцу посредника и да се налазе на списку посредника.

12. Предлог закона, у складу са Законом о посредовању – медијацији (2005), али и са правилима комунитарног права, предвиђа да је поступак посредовања поверљив и хитан, као и да је поступак посредовања код Народне банке бесплатан за обе стране у том поступку. На поступак посредовања сходно се примењују одредбе закона и других прописа којима се уређује посредовање као метод за решавање спорова.

Поступак посредовања може бити окончан споразумом страна,¹⁷ који представља вансудско поравнање,¹⁸ обуставом поступка или одустан-

16 Поступак посредовања се не спроводи ако се ради о повредама императивних норми због којих се изриче новчана казна даваоцу финансијске услуге или се ради прекршају за који су предвиђене посебне казне. Уколико се ради о грађанскоправном спору, испуњени су услови да се посредовањем реши настали спор.

17 Вансудско поравнање представља нови, модификовани уговор страна у спору којим се ревидирају међусобна права и обавезе. Детаљно о томе Г. Станковић, „Вансудско и судско поравнање“, у: *Зборник радова „Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda“*, Београд, 2009, стр. 402.

18 Редактори текста Предлога нису водили рачуна о коректној употреби техничких термина, нити су имали у виду техничке термине који се користе у законима којима се регулишу друге правне области. Тако, у тексту Предлога погрешно стоји да споразум постигнут у поступку посредовања „нема снагу извршног наслова“

ком од посредовања. Вансудско поравнање из поступка посредовања, не спада у категорију извршних исправа и не може се извршити принудним путем. Вансудско поравнање стране у спору могу побијати у парничном поступку, као редовном методу правне заштите. Оне имају право да траже раскид вансудског поравнања, да траже да се утврди да је оно ништаво или да траже да се оно поништи.¹⁹ Уколико касније исти спор буде изнет пред суд на решавање, поравнање из поступка посредовања не производи непосредна процесна дејства и нема непосредан утицај на покренуту парницу.

13. Као што је то случај и са највећим бројем правних аката Европске уније, највећи број питања која се односе на заштиту права и интереса корисника финансијских услуга односи се на материјалноправна питања, док су питања процесноправне природе у Предлогу закона, углавном, уопштено регулисана, те одредбе имају претежно упућујући карактер. Редактори Предлога су превидели чињеницу да исцрпно и свеобухватно регулисање материјалноправног односа даваоца и корисника финансијске услуге може да остане без практичне вредности ако не постоји могућност за ефикасно остваривање права.²⁰

Gordana STANKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

LEGAL PROTECTION AND REALIZATION OF RIGHTS AND INTERESTS OF USERS OF FINANCIAL SERVICES

Summary

In the paper the author analyzes the rules related to legal protection and realization of rights and interests of financial services as a specific category of consumers. The author states that by acception of the future Law on protection of users of financial services, the rights and interests of this category of

уместо извршне исправе. Термин „извршни наслов“ у нашем праву је напуштен још 1978. г. када је донет Закон о извршном поступку.

19 Детаљно о томе Г. Станковић, Вансудско и судско поравнање, Зборник радова „Тридесет јодина Закона о облигационим односима – *de lege lata* и *de lege ferenda*“, Београд, 2009. стр. 402.

20 У том смислу и: А. Галич, *нав. дело*.

consumers on a normative level will be more completely and more effectively protected as compared to the protection guaranteed and offered to them by the Law on Protection of Consumers (2010). The proposition of this Law which, besides material-legal norms, contains the norms of process-legal nature, plans for various organs and methods for realization of legal protection if it comes to a dispute. Out of certain legal-political reasons, although the judicial method of protection is not excluded, extrajudicial solving of specific consumers' disputes in the procedure of mediation is preferred.

Key words: *legal protection of users of financial services, methods of legal protection, mediation.*

др **Маја СТАНИВУКОВИЋ**
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

УЛОГА СУДА У ОЦЕНИ НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТАРА ПРЕ ДОНОШЕЊА КОНАЧНЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ*

Резиме

У раду је реч о тумачењу појединих одредаба Закона о арбитражи (2006) које предвиђају овлашћења суда да изврши проверу надлежности арбитра у раној фази спора, пре него што је зайочет арбитражни процес или ако је зайочет, пре него што је донета коначна арбитражна одлука. Реч је пре свега о чл. 14 и 30 ст. 2 Закона о арбитражи и пратећој судској пракси. Аутор илустрира за тумачење које би омогућило универзалну, територијално неограничену примену чл. 14. У складу с тиме, украјко су приказане и основне врсте историјских арбитражних клаузула. У погледу чл. 30 ст. 2, аутор се залаже за тумачење које би омогућило коришћење тужбе за извршење, односно сујројставља се тумачењу према коме би одговарајуће правно средство у овом случају била тужба за понуђај преходне арбитражне одлуке.

Кључне речи: *тужба суду и арбитража, надлежности арбитражног суда, арбитражни споразум, арбитражна клаузула.*

Арбитража је начин решавања спорова који одликује консенсуалност и приватна природа. Арбитража се заснива на споразуму странака

* Рад је написан као резултат истраживања на тему *Право о решавању међународних спорова у Европској унији и Србији* у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

у спору, а надлежност арбитра простира се само на спор који су им странке споразумом повериле. Арбитражни суд није државни орган. Странке саме финансирају његов рад и именују његове чланове. Ипак, арбитражна одлука је обавезујућа за странке и може се извршити и принудним путем.

Улога државног суда у односу на арбитражу одређена је у чл. 7 Закона о арбитражи:

„Државни суд може, у вези арбитраже, да предузима само оне радње које су изричито одређене овим законом.“

Мада су употребљене две ограничавајуће речи: „само“ и „изричито“, из чега се види интенција законодавца да се избегне претерано мешање државног правосуђа у арбитражни поступак, ипак улога државног суда није ни мала ни безначајна. Она обухвата помоћ у организовању и вођењу арбитражног поступка (посебно када је уговорена ад хок арбитража), проверу надлежности арбитра и ограничену проверу законитости арбитражне одлуке. У овом раду размотрићемо могућност провере надлежности арбитражног суда у претходној фази, пре почетка арбитражног поступка, или ако је арбитражни поступак већ започет, пре доношења коначне арбитражне одлуке.

I Дејство арбитражног споразума у поступку пред државним судом

Арбитражни споразум је уговор између два или више лица којим се она обавезују да ће свој већ настали спор или будуће спорове који могу проистећи из одређеног правног односа поверити на решавање арбитражном суду. Његово дејство је да заснива надлежност арбитра и да искључује надлежност државног суда којем би се једна од страна у спору евентуално обратила. Ваљаним споразумом о арбитражи странке се одричу основног права на приступ државном правосуђу и опредељују за приватни начин решавања спорова. Улога суда је да утврди да ли је заиста дошло до пуноважног одрицања и да провери, након доношења арбитражне одлуке, да ли су у арбитражном поступку поштовани основни стандарди заштите права странака.

Суд је дужан да пружи дејство ваљаном арбитражном споразуму, односно да га „изврши“. Уколико пред њим буде покренут поступак у спору обухваћеном арбитражним споразумом суд се оглашава ненадлежним, али само по приговору заинтересоване странке. Ако се ниједна странка не позове на њега, сматра се да су одустале од арбитражног споразума.

II Извори права

Извори који уређују дејство арбитражног споразума у односу на државни суд су Њујоршка конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука,¹ Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи² и Закон о арбитражи.³ Због постојања више извора у истој материји, треба се одредити за релевантни извор у сваком појединачном случају.

Њујоршка конвенција уређује дерогационо дејство арбитражног споразума у чл. II, ст. 3.⁴ Поље примене ове одредбе није одређено у самој конвенцији.⁵ Она се у судској пракси држава уговорница⁶ примењује на случајеве у којима је уговорена арбитража у другој држави уговорници,⁷ па се једна од странака уместо тога обрати државном суду. Шире тумачење које се прихвата у многим земљама, дозвољава примену чл. II, ст. 3 на све арбитражне споразуме са иностраним елементом, без обзира где је уговорено место арбитраже и да ли је уговорено.⁸ Суд пред којим се једна од странака позове на постојање арбитражног споразума, према Њујоршкој конвенцији, одлучује да ли је арбитражни споразум пуноважан, да ли производи дејство и да ли се може спровести. Уколико закључи да су испуњени ови услови, „упућује странке на арбитражу“. Конвенција не одређује шта у процесном смислу значи обавеза суда да упути странке на арбитражу.⁹ У већини континенталних права ова обавеза ограничава се на то да се суд уздржи од поступања у датој

1 Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, бр. 11/81.

2 Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, бр. 12/63.

3 Службени гласник РС, бр. 46/2006.

4 „Суд државе уговорнице коме је поднет на решавање спор по неком питању о коме су странке закључиле уговор у смислу овог члана, упутиће странке на арбитражу, на захтев једне од њих, осим ако установи да је тај уговор престао да буде ваљан, да је без дејства или неподобан за примену.“

5 Разлог за то треба тражити у чињеници да је овај члан унет у конвенцију на самом крају преговора, јер је пре тога требало да буде део посебног протокола. Због тога је у журби пропуштено да се одреди његово поље примене. Извор: Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, T. M. C. Asser Institute, 1981, стр. 55.

6 Њујоршка конвенција има 145 држава уговорница. Видети: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

7 По аналогији са пољем примене у односу на арбитражне одлуке, одређеним у првом члану Њујоршке конвенције. *Ibidem*, стр. 56.

8 *Ibidem*, стр. 61.

9 Термин је употребљен у конвенцији да би се јасно исказало да суд треба да се уздржи од расправљања и одлучивања о суштини спора, али је остављео законима држава чланица конвенције да овај циљ остваре одговарајућим одредбама соп-

ствари, док у *common law* системима суд може имати и активнију улогу: може издати забрану за тужиоца да води поступак против туженог пред судом друге државе или наредбу којом га обавезује да учествује у арбитражи. У контексту домаћег процесног права исправно тумачење ове одредбе јесте да суд има обавезу да се огласи ненадлежним и да одбаци тужбу. Не постоји јединствен став у доктрини и упоредном законодавству о томе на који начин суд проверава да ли је арбитражни споразум ништав, да ли производи дејство и да ли се може спровести на основу чл. II ст. 3 Њујоршке конвенције. У неким правним системима предвиђена је потпуна провера пуноважности арбитражног споразума (нпр. у немачком и америчком), док је у другим (нпр. у француском и швајцарском) у овој фази поступка предвиђена само провера *prima facie*, док се потпуна провера резервише тек за фазу након доношења коначне арбитражне одлуке. Ограничавање суда на проверу *prima facie* именује се као „признавање негативног дејства теорије *Kompetenz-Kompetenz*“.¹⁰

Други релевантни извор је чл VI Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи, насловљен „Судска надлежност“. Према овој одредби, тужени је дужан да се позове на постојање арбитражног споразума пре или истовремено са изношењем одбране. Суд испитује постојање и пуноважност споразума према меродавном праву. Међутим, ако је поступак пред судом покренут након арбитражног, суд треба да одложи решавање арбитражној надлежности (тј. о постојању и пуноважности споразума) до доношења арбитражне одлуке, изузев у случају када сматра да постоје суштински разлози да поступи друкчије. Ова одредба се примењује на арбитражне споразуме у којима је редовно боравиште или седиште уговорних страна у различитим државама уговорницама конвенције.¹¹ На пример, када је седиште једне од уговорних страна у арбитражном споразуму у Србији, а друге нпр. у Турској, суд примењује ову одредбу. Ни она, као ни чл. II Њујоршке конвенције, не говори о процесним последицама утврђења суда да арбитражни споразум постоји и да је пуноважан. Треба претпоставити да је одговарајућа последица у домаћем правном систему и у овом случају оглашавање ненадлежности и одбацивање тужбе. Процесна последица одлагања о

ственог права. A. Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1990, стр. 43.

10 V. Lazić, „The arbitration exception in the Brussels Jurisdiction Regulation in the light of the judgment of the European Court of Justice in Allianz SpA et al. v. West Tankers, Inc. Netherlands“, *Internationaal Privaatrecht*, бр. 2/2009, стр. 133.

11 Поље примене ове одредбе одређено је у члану 1, ставу 1(а) конвенције. Државе уговорнице су: Аустрија, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Буркина Фасо, Чешка, Данска, Француска, Италија, Казахстан, Куба, Луксембург, Мађарска, Македонија, Молдавија, Немачка, Пољска, Румунија, Русија, Словачка, Словенија, Србија, Шпанија, Турска, Украјина и Хрватска.

решавању о надлежности (када је арбитражни поступак већ покренут) могао би да буде застој поступка.

Закон о арбитражи садржи правило о дејству арбитражног споразума у члану 14.¹² Према том правилу, суд се оглашава ненадлежним и одбацује тужбу, на захтев странке уз један изузетак: када је споразум је очигледно ништав, без дејства или га није могуће извршити. Овај изузетак даје суду овлашћење да провери надлежност арбитражног суда у раној фази, пре него што је арбитражна одлука донета а најчешће и пре него што је арбитражни поступак покренут. Смисао оваквог аранжмана је у начелу економичности које се остварује раним доношењем коначне судске одлуке о надлежности арбитрара у случају да једна од странака то оспорава. Ако је одлука суда негативна, неће се трошити време и средстава на арбитражни поступак који би се, на крају крајева, због ништавости арбитражног споразума показао узалудним.

С обзиром на територијално поље примене Закона,¹³ чл. 14 се примењује ако је арбитражним споразумом уговорена арбитража у Србији. Међутим, његово би поље примене требало проширити на сваки арбитражни споразум у ситуацији када се странка из споразума обрати тужбом домаћем суду. Чак и ако је уговорена арбитража у иностранству или уопште није уговорено место арбитраже, ваљаном арбитражном споразуму треба пружити дејство на домаћој територији, јер се тако поштује воља уговорних страна, а арбитражна одлука која буде донета у арбитражном поступку у иностранству вероватно ће се признати у Србији (ако не буде других разлога за одбијање признања). Исто тако, треба ускратити дејство неваљаном споразуму јер арбитражна одлука која би евентуално уследила у арбитражном поступку који би се водио у иностранству по неваљаном споразуму не би могла да буде призната у Србији. Без обзира где је уговорено место арбитраже начело поштовања воље странака говори у прилог признавања дерогационог дејства споразума, а начело економичности поступка у прилог одлучивања о надлежности арбитражног суда у раној фази. Одредбу из чл. 14 би требало сматрати операционализацијом чл. II, стр. 3 Њујоршке конвенције у националном арбитражном праву. Овде, сходно томе, пледирамо за њену универзалну примену, увек када се након подношења

12 Тужба суду, члан 14: „Суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбацује тужбу по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.“

13 Члан 2: „Одредбе овог закона примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије (у даљем тексту: Република).“

тужбе пред судом, друга страна позове на постојање ваљаног арбитражног споразума.¹⁴

III Судска пракса

У једној од првих одлука које су донете после ступања на снагу Закона о арбитражи, Виши трговински суд суочио се између осталог са питањем територијалне примене члана 14 и поступио је на начин који се овде препоручује.

Два домаћа правна лица су у уговору о пружању образовних услуга на приватном универзитету уговориле надлежност арбитражног суда у Паризу за све спорове који би могли проистећи из уговора. Универзитет је затим тужио за наплату школарине пред трговинским судом у Зрењанину. Тужени је уложио приговор ненадлежности суда због постојања арбитражне клаузуле. Решењем од 26. септембра 2006. године (П-361/06), Трговински суд у Зрењанину огласио се ненадлежним за поступање по тужби применом чл. 16, ст. 3 Закона о парничном поступку. Тужилац се жалио против решења, позивајући се на то да је реч о уговору без међународног елемента те да чл. 469а Закона о парничном поступку искључује могућност уговарања арбитраже у иностранству. Решењем Вишег трговинског суда од 22. марта 2007. године (IV ПЖ-9058/06), констатовано је да су одредбе чл. 469а Закона о парничном поступку престале да важе ступањем на снагу Закона о арбитражи и утврђено да је арбитражни споразум пуноважан (да не постоје основи ништавости предвиђени у закону). Виши трговински суд је затим потврдио одлуку првостепеног суда:

„Тужени је у складу са одредбама чл. 14 Закона о арбитражи, ставио приговор ненадлежности пре упуштања у расправљање о предмету спора, због чега је првостепени суд правилно применио одредбе овога члана Закона о арбитражи и чл. 16 Закона о парничном поступку када се огласио ненадлежним и тужбу тужиоца одбацио.“

Мада Трговински суд у Зрењанину у ствари није помињао чл. 14 Закона о арбитражи, већ се огласио ненадлежним на основу чл. 16 Закона о парничном поступку, то не утиче на чињеницу да је овом одлуком Вишег трговинског суда чл. 14 Закона о арбитражи примењен универ-

14 Одредба из чл. 14 Закона о арбитражи састављена је по моделу чл. 8 Модел-закон УНЦИТРАЛ-а. Закон о арбитражи, међутим, пропушта да одреди поље примене ове одредбе на исти начин како то чини Модел-закон УНЦИТРАЛ-а у члану 1, ставу 2. У том ставу се чл. 8 изузима из одредаба чије је поље примене територијално ограничено.

зално, дакле на споразум којим је уговорено место арбитраже у иностранству.

Виши трговински суд међутим није остао доследан овој пракси. У једном другом случају који се појавио пред овим судом, тужилац са Британских Девичанских Острва тужио је домаће привредно друштво пред Трговинским судом у Београду ради наплате потраживања из Уговора о пружању консалтинг услуга. Клаузула у уговору гласила је:

„У случају спора који настане поводом предметног уговора надлежна је арбитража према *ICC* правилима и то тако што ће се спор поднети на арбитражу према наведеним правилима једном арбитру у Немачкој или Швајцарској којег ће странке споразумно одредити.“

У одговору на тужбу тужени је истакао приговор ненадлежности суда будући да је уговорена надлежност арбитраже. Тужилац није оспорио да су странке уговориле надлежност арбитраже, али је истакао да је пре подношења тужбе позвао туженог да заједнички именују арбитра у складу са уговором. Како нису постигли сагласност у погледу личности арбитра (тужени није одговорио на позив), стекли су се по његовом мишљењу услови да се спор реши пред редовним судом. У решењу од 3. марта 2008. године (П. бр. 4883/07), Трговински суд у Београду пошао је од чл. 14 Закона о арбитражи. Парничне странке су учиниле неспорним да су уговориле надлежност арбитраже, а тужени је поднео благовремено приговор ненадлежности суда. Чињеница да тужени није одговорио на позив тужиоца да именују арбитра не доводи у питање пуноважност уговора. Након оглашавања ненадлежности трговинског суда уследила је жалба тужиоца у којој је између осталог истакнуто да се одредбе Закона о арбитражи примењују на основу чл. 2, ст. 1 на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије, а у конкретном случају место арбитраже није на тој територији, већ у Немачкој или Швајцарској. Ствар је окончана одлуком Вишег трговинског суда од 28. јануара 2009. године (I Пж. бр. 3618/2008) према којој је жалба основана. Првостепено решење донето је уз погрешну примену одредбе чл. 14 Закона о арбитражи, јер се одредбе тог закона примењују на арбитражу и арбитражни поступак само када је место арбитраже на територији Републике Србије. Виши трговински суд налази да странке у конкретном случају нису постигле споразум о арбитражи, те је из тог разлога тужилац правилно поднео тужбу надлежном трговинском суду.

Све и да је територијално ограничење примене чл. 14 Закона о арбитражи основано, остаје питање зашто суд није применио чл. II ст. 3 Њујоршке конвенције. Предвиђено место арбитраже било је у Немачкој

или у Швајцарској које су обе државе уговорнице Њујоршке конвенције. Уговорени правилник сталне арбитражне институције (ICC) предвиђа решење за случај када странке не могу да се сагласе о личности арбитра, а других основа за ништавост споразума није било. Због тога је суд требало да упути странке на арбитражу, односно да се огласи ненадлежним. Потреба за универзалном применом чл. 14 можда није тако критична када је у питању споразум о арбитражи који предвиђа арбитражу у држави чланици Њујоршке конвенције јер је ова ситуација као што видимо покривена самом конвенцијом. Није критичан ни случај када обе стране у арбитражном споразуму имају редовна боравишта односно седишта у државама чланицама Европске конвенције. Међутим, ако арбитражни споразум не предвиђа место арбитраже, а стране у споразуму нису из држава чланица Европске конвенције, ограничена територијална примена чл. 14 довела би аутоматски до неделотворности таквог споразума, јер суд не би имао правни основ да се огласи ненадлежним када се страна на њега позове. Такав исход сигурно није био циљ законодавца.

IV „Споразум је очигледно ништав, без дејства или га није могуће извршити“

Оцена надлежности арбитра у случају да буде уложена тужба пред судом подразумева да суд на почетку тог поступка одлучује да ли је споразум „очигледно ништав... без дејства или... га није могуће извршити“. Разлози ништавости арбитражног споразума предвиђени су у чл. 10 Закона о арбитражи. Разлика између законске формулације и формулације из Њујоршке конвенције је у томе што је у закону испред речи ништав употребљена реч „очигледно“.¹⁵ Овај придев може утицати на обим провере разлога за ништавост у који ће се суд упуштати. „Очигледно“ треба тумачити тако да се закључак о ништавости може донети, ако се већ на основу чињеница које су предочене суду, без додатног доказивања и полазећи од претпоставке да су те чињенице тачне, може закључити да је арбитражни споразум ништав. Значење друга два израза теже је одредити и за њихово тумачење потребна је већа пажња. На

15 Овде је радна група за доношење Закона о арбитражи поступила супротно од радне групе УНЦИТАЛ-а за доношење Модел-закона о међународној трговинској арбитражи. Ова друга је одбила да природа реч „очигледно“ испред речи „ништав“ сматрајући да би тиме суд био ограничен на *prima facie* утврђивање да ли је арбитражни споразум пуноважан. Заузела је став да питање треба да буде „settled“ – коначно решено од стране суда пре него што он упути странке на арбитражу. Н. М. Holtzmann, J. E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, стр. 303.

дејство арбитражног споразума и могућност његовог извршења утиче највише његова садржина. У пракси су веома честе лоше формулисане арбитражне клаузуле („патолошке клаузуле“) које не садрже све што је потребно или остављају простора дијаметрално супротним тумачењима. Оперативна арбитражна клаузула би требало да садржи бар три основна елемента: реч „арбитража“ којом се бира овај начин решавања спорова, опредељење врсте арбитраже – *ad hoc* или под окриљем неке сталне арбитражне институције – и избор места арбитраже. Додуше, чак и неки од ових недостатака могу се надоместити. Нпр. ако је само поменуто реч арбитража, али није опредељена институција, полази се од претпоставке да је уговорена ад хок арбитража.¹⁶ Ако није уговорено место арбитраже, по Европској конвенцији странка се може обратити органу именована у месту боравка туженог одређеном у конвенцији или то место може одредити арбитражна институција чија је надлежност уговорена. Међутим, ако неки од ових избора није учињен јасно и недвосмислено, клаузула се може квалификовати као неоперативна (неподобна за извршење). Поред тога што може да учини клаузулу неоперативном, садржина споразума може да укаже и на недостатак сагласности воља странака у погледу арбитраже што може довести у питање постојање самог арбитражног споразума.

Најчешћи пример су противречне клаузуле о решавању спорова садржане у истом уговору. Тако, у једном уговору између српског и италијанског привредног друштва уговорено је у члану 5:

„Сви спорови који могу проистећи из овог уговора решавају се пред судом у Торину, применом италијанског права.“

а у члану 7:

„У случају спора надлежан је Међународни арбитражи суд МТК у Паризу. Место арбитраже ће бити у Београду, а језик арбитраже српски.“

Чињеница је да чак ни противречна садржина клаузула о решавању спорова не мора довести до пропасти арбитражне клаузуле. У конкретном уговору, тужилац је покренуо спор пред арбитражним судом МТК, а тужени није приговорио надлежности, те је поступак спроведен до краја и донета арбитражна одлука. Ипак, комад се могао одиграти и друкчије. Да се тужени обратио суду тужбом у истој ствари или да је приговорио надлежности арбитражног суда, готово је сигурно да би арбитражни споразум био оглашен непостојећим због недостатка јасно исказане воље да се спор повери арбитражи.“

16 Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, стр. 62; J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, стр. 31.

Слична последица може погодити арбитражне споразуме који истовремено уговарају ад хок арбитражу и надлежност неке сталне арбитражне институције, или оне који предвиђају истовремено надлежност две различите арбитражне институције. Оглашавање суда ненадлежним по аутоматизму на основу такве арбитражне клаузуле могло би да странке остави без правног средства, уколико би арбитражни суд касније по приговору туженог проценио да клаузула није довољно јасна и недвосмислена да би се права воља странака могла утврдити. С друге стране, ако споразум предвиђа два различита места арбитраже на алтернативни начин, као што је то било у претходно описаном примеру који се нашао пред Трговинским судом у Београду, то још не мора бити разлог да се клаузула огласи неоперативном уколико правилник одабране арбитражне институције, предвиђа решење за коначно одређивање једног од та два места као места арбитраже.

Тежак случај за суд представљају клаузуле у којима се именује непостојећа институција. Такав пример пружа уговор о купопродаји између турског продавца и српског купца закључен 3. октобра 2007. године. У члану 10 овог уговора налази се следећа клаузула:

Article 10: Arbitration

10.1. In case of if the Parties cannot come to the agreement, all disputes and disagreements are a subject to the sanction in Arbitration court of the International Trade. (у преводу: „У случају да се странке не могу сагласити, сви спорови и неспоразуми су подвргнути санкцији Арбитражног суда међународне трговине“).

Из наведеног споразума може се само наслутити намера страна да уговоре арбитражу коју ће организовати једна стална арбитражна институција, али не и која би то институција била. Због тога би тужилац, у случају оглашавања државног суда ненадлежним могао остати без правног средства, јер постоји могућност да се ниједна арбитражна институција не би огласила надлежном за администрирање арбитражног поступка по његовој тужби.¹⁷

¹⁷ Додуше, конкретном тужиоцу стоји на располагању механизам организовања арбитраже из чл. IV Европске конвенције, с обзиром на то да странке имају седишта у различитим државама уговорницама (Турској и Србији). Такође, ако има довољно средстава да ризикује губитак депозита за трошкове, он би се могао обратити било којој институцији сличног назива јер постоји могућност да би та институција прихватила надлежност чак и ако није тачно именована. Забележен је случај у немачкој пракси када је арбитражна институција одлучила да је надлежна и именовала арбитражни суд упркос томе што је у арбитражном споразуму поменута друга, непостојећа арбитражна институција. Када је након тога покренут поступак на основу националне немачке одредбе која је пандан чл. 16 ст. 3 Модел-закона УНЦИТРАЛ-а суд је одлучио да је арбитражна институција надлежна, јер треба дати широко тумачење арбитражном споразуму да би се испуниле намере

Страна у уговору који садржи овакву арбитражну клаузулу наћи ће се у незавидној ситуацији ако друга страна не изврши свој део обавеза из уговора. Пут ка суду је блокиран арбитражном клаузулом, а пут ка арбитражи је неизвестан и у магли. Може ли се она обратити суду тужбом за утврђење да арбитражни споразум није ваљан, да је без дејства и да га је немогуће извршити? Закон о арбитражи не предвиђа тужбу за утврђење да арбитражни споразум није ваљан као посебно правно средство, ни у члану 10 који носи наслов „Ништавост“, ни у другим члановима.¹⁸ То ипак не значи да ова тужба није на располагању тужиоцу, јер по чл. 188, ст. 2 Закона о парничном поступку: „Оваква тужба може се подићи када је то посебним прописима предвиђено, кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа или истинитост неке исправе, или кад тужилац има неки други правни интерес.“ Постоје бар два разлога због којих би требало омогућити заинтересованој странци да поднесе тужбу за утврђење да арбитражни споразум није ваљан ни оперативан. С једне стране, та странка одлуку о томе може издејствовати посредно, ако пред судом поднесе тужбу у главној ствари. Тужени ће тад бити принуђен да се позове на арбитражну клаузулу, чију ваљаност ће суд морати да преиспита у складу са чл. 14, да би могао да се огласи ненадлежним. Ако тужилац може издејствовати испитивање ваљаности арбитражне клаузуле посредно, зашто то не би могао учинити и непосредно, по тужби за утврђење? Други разлог који говори у прилог ове могућности је онај исти који је довео до правила садржаног у чл. 14 – економија поступка. Корисно је да се ваљаност арбитражног споразума утврди одмах на почетку, ако једна од странака има има озбиљан разлог да сумња да ће јој арбитражна клаузула, таква каква је садржана у уговору пружити делотворну правну заштиту. На тај начин се може избећи и неизвесност око тога којој институцији тужилац треба да се обрати ради конституисања арбитражног суда (и да ли уопште треба да се обрати некој институцији), да ли ће та институција прихватити да организује арбитражу на основу арбитражног споразума и коначно, да ли ће тако донета арбитражна одлука издржати накнадну проверу надлежности у поступку поништаја или признања. При томе, помену-та неизвесност се за тужиоца преводи као могућност да узалуд утроси

странака. Draft Digest on the UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 20 Years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Vienna 17/28 March, 2005, стр. 51.

- 18 Ретки су закони о арбитражи изричито предвиђају право на тужбу за утврђење да арбитражни споразум није пуноважан. Такви су нпр. енглески Закон о арбитражи (чл. 32 и 72, ст. 1, немачки Закон о арбитражи 1032, ст. 3 и амерички Савезни закон о арбитражи, чл. 4) Видети V. Lazić, *нав. чланак*, стр. 137.

значајне трошкове. У поступку покренутом по тужби за утврђење, суд би од туженог могао тражити да се изјасни о томе коју су сталну арбитражну институцију странке имале у виду, у случајевима када је именовано више институција или када је именована непостојећа институција и, да тако арбитражна клаузула буде „спасена“. Изјава странке којом се прецизира нејасна арбитражна клаузула омогућила би суду да је одржи на снази и да у диспозитиву констатује којој се сталној арбитражној институцији тужилац може обратити.

V Одлучивање суда о приговору да арбитражни суд није надлежан

Још једна могућност судске провере надлежности арбитражног суда на самом почетку поступка постоји када тужени уложи приговор ненадлежности у арбитражном поступку, па арбитражни суд о приговору одлучи као о претходном питању. Тада тужени може, односно „свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању“. За то време, арбитражни суд може да настави поступак и да донесе арбитражну одлуку. Против одлуке суда није дозвољена жалба.¹⁹

Цитирана одредба (чл. 30) води порекло из чл. 16. ст. 3 Модел-закона УНЦИТРАЛ-а.²⁰ Због њене непрецизности није сасвим јасно којим правним средством би се могло тражити од суда „да одлучи о том питању“, али се тужба за утврђење да арбитражни суд није надлежан намеће као најисправније решење. Друго могуће тумачење је да је реч о тужби за поништај арбитражне одлуке.²¹ Друго тумачење по нашем мишљењу није исправно, јер чл. 30 искључује право на жалбу. Искључење права на жалбу у тој одредби јасно указује да правно средство које она даје тужиоцу није тужба за поништај арбитражне одлуке него нешто друго. Када је у питању тужба за поништај арбитражне одлуке, дозвољена су на основу чл. 61 сва правна средства која постоје у Закону о парничном поступку, укључујући и ревизију.²² Одредба којом се искључује право на жалбу остала би без сврхе ако би се заштита на основу те одредбе остваривала тужбом за поништај. Уколико би била реч о тужби за поништај одредба о искључењу права на жалбу не би се никада примењивала или би у закону постојала два паралелна режима

19 Чл. 30 ст. 2 и 4 Закона о арбитражи.

20 О историјату овог члана видети V. Pavić, „(In)appropriate Compromise – Article 16(3) of the Model Law and its Progeny“, *Liber Amicorum Eric Bergsten* – у штампи.

21 Овакво тумачење усвојио је Врховни суд Србије у Пресуди Прев. 350/08 од 1. октобра 2008. године.

22 Тумачењем чл. 61 Закона о арбитражи.

правних лекова против одлуке првостепеног суда о поништају. Поред тога, треба имати на уму да одлука арбитражног суда о приговору ненадлежности као о претходном питању не мора бити донета у облику арбитражне одлуке. То значи да би арбитражни суд избором форме у којој ће донети одлуку о приговору надлежности могао да утиче на то да ли ће странка имати на располагању правно средство предвиђено у чл. 30, ст. 2. То средство би било доступно странци само онда када би арбитражни суд одлуку о претходном питању донео у облику арбитражне одлуке. Могућност провере надлежности одмах на почетку поступка на захтев једне од странака не треба да зависи од таквих формалних разлога. Коначно ни разлози за одлучивање о тужби за поништај арбитражне одлуке из чл. 58 Закона о арбитражи не одговарају сврси чл. 30, стр. 2 која се своди само на проверу исправности одлуке арбитражног суда о приговору о ненадлежности.²³

Уколико се прихвати да је реч о тужби за утврђење ненадлежности арбитражног суда, поставља се даље питање по којим критеријумима би суд одлучивао о тужбеном захтеву. Сматрамо да би суд о овој тужби требало да одлучи применом истих критеријума које примењује када одлучује по чл. 14 да ли је арбитражни споразум очигледно ништав, без дејства и да ли га је могуће извршити. То је због тога што је циљ ове две одредбе исти: да се пружи прилика странци да пре арбитражног поступка или одмах на почетку поступка у кратком року добије од суда одлуку о пуноважности арбитражног споразума, односно о надлежности арбитражног суда. Ако би се применили исти критеријуми (оцена *prima facie*), то би значило да у случају да суд потврди надлежност арбитражног суда на основу чл. 16, ст. 3 постоји могућност коначне провере надлежности након дошења коначне арбитражне одлуке у поступку за поништај те одлуке. С друге стране, одлука суда да је арбитражни споразум очигледно ништав, без дејства или да га није могуће извршити била би пресуђена ствар, те би на основу тога и евентуално донета арбитражна одлука била аутоматски ништава.

У страниј судској пракси се поставило питање да ли је странка која не искористи могућност да од суда тражи да одлучи о надлежности у овој раној фази, изгубила право да то чини касније, у поступку за поништај или у приговору против признања стране арбитражне одлуке.²⁴ Ако би се прихватило да је странка дужна да реагује одмах,

23 Овде свесно изостављамо из разматрања другу могућу ситуацију на основу чл. 30, ст. 2, када суд проверава исправност одлуке арбитражног суда о приговору прекорачења надлежности.

24 Према извештају УНЦИТРАЛ-а, суд у Сингапуру је сматрао да је захтев суду на основу чл. 16(3) Модел-закона необавезан и да странка може поставити питање надлежности и у тужби за поништај арбитражне одлуке, односно да не наступа преклузија. High Court Singapore [2001] 1 SLR 624, Tan Poh Leng Stanely v Tang Boon

по протеку рока од 30 дана од дана када је арбитражни суд одлучио о надлежности као о претходном питању наступила би преклузија и ово питање се касније не би поново могло покретати. Чини нам се да би овакво тумачење било престрого у нашим условима и супротно очекивањима странака. Странка која је одлучила да учествује у арбитражном поступку након негативне одлуке арбитражног суда о претходном питању обично рачуна на могућност оспоравања надлежности арбитражног суда у поступку за поништај коначне арбитражне одлуке или у поступку признања и не очекује да би пропуштање да то учини по чл. 30, ст. 2 могло довести до преклузије.

VI Закључак

Надзорна улога судова која се састоји у оцени надлежности арбитрара у раној фази спора дефинисана је Законом о арбитражи и међународним уговорима. У вршењу надзорне функције, судови треба да се крећу између две крајности: с једне стране не треба да се мешају у надлежност арбитрара да одлуче о предмету спора ако постоји ваљан арбитражни споразум; с друге стране треба да на захтев странке провере ваљаност арбитражног споразума према законом прописаним критеријумима, да странка не би била лишена правне заштите и правног средства због непостојећег, ништавог или неоперативног арбитражног споразума.

Maja STANIVUKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

THE ROLE OF COURTS IN REVIEWING THE ARBITRATORS' JURISDICTION BEFORE THE FINAL ARBITRAL AWARD

Summary

The topic of this article is interpretation of Articles 14 and 30(2) of the Serbian Arbitration Act, which both allow the court to review jurisdiction of

Jek Jeffrey, од 30. новембра 2000. С друге стране, суд у Немачкој је заузео супротан став. Bundesgerichtshof, III ZB 83/02 од 27. марта 2003. Draft Digest on the UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration, стр. 52.

the arbitral tribunal either before, or at an early stage of the arbitral proceedings. These two Articles originate from Articles 8(1) and 16(3) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. As far as Article 14 is concerned, there is a problem of its limited territorial application that has already arisen in practice. The courts have differently construed the meaning of this provision when the place of arbitration is abroad. The reason is that the Serbian Arbitration Act fails to incorporate the exception from Article 1(2) of the Model Law that provides for the universal application of the relevant provision. The author pleads for an interpretation that would allow the universal application of Article 14 in Serbia. Article 30, on the other hand, raises the issue of a legal remedy that the party that wishes to test the preliminary decision of arbitrators on jurisdiction before the court should use. While the author considers the declaratory action to be the most appropriate legal remedy (declaratory action would seek declaration by the court of the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal), the Supreme Court of Serbia has ruled that this Article implies a recourse to the action for annulment of an arbitral award. Arguments against the latter interpretation are briefly stated in the final part of the article.

Key words: *action before the court and arbitration, jurisdiction of the arbitral tribunal, arbitration agreement, arbitration clause.*

Вера МАРКОВИЋ
дугогодишњи судија Врховног суда
сада адвокат у Београду

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОВЕРИЛАЦА У РЕСТРУКТУРИРАЊУ

Резиме

Одредбе о реструктурирању ушле су у наш правни систем у оквиру Закона о приватизацији (Сл. гласник, бр. 38/2001). Прокламовани циљ је био да се друштвеном предузећу које је оштерећено дуговима пружи могућности да се счасе сечеја, омогући опорављање истој а за тим изложи продаји методом јавног тендера или аукције. Све по сагласности и под контролом Агенције за приватизацију. Следи питање је: на који начин ће се то извршити. На тај начин што ће повериоци бити сачувани да најлакше своја остваривања, што ће остварити део дугова или се принудно одрећи истој до приватизације. Основано се поставља питање да ли овај институционални доноси владавини права или за повериоце представља угрожавање њихових права и правне сигурности. Закључак је да претходно реструктурирања носе искључиво повериоци и то више принудно него добровољно, па тај институционални представља удар на правну сигурност поверилаца па тиме и на владавину права.

Кључне речи: *повериоци, реструктурирање, оштећени дугови, забрана извршења, продаја, сразмерно намирње.*

Предмет овога рада је правни положај поверилаца у поступку реструктурирања и начин спровођења поступка реструктурирања. Као што је у резимеу речено полазне основе за поступак реструктурирања постављене су у Закону о приватизацији из 2001. год. који је за овај по-

ступак имао неколико чланова (чл. 19, чл. 20 и чл. 23) у оквиру поглавља „Припрема за приватизацију“ са поднасловом „Реструктурирање у поступку приватизације“.

У чл. 19 постављен је циљ реструктурирања који гласи „Реструктурирање у поступку приватизације у смислу овог закона подразумева статусне, односно организационе промене или поравнање из дужничко поверилачког односа и друге промене које се односе на субјект приватизације које омогућавају продају његовог капитала и имовине“.

Чланом 20 прописан је начин реструктурирања односно ко сноси терет реструктурирања и то тако:

- „1) што повериоци могу у целини или делимично отписати главницу дуга, припадајуће камате или друга потраживања,
- 2) повериоци са већинским државним капиталом могу своја потраживања у субјекту приватизације конвертовати у капитал тог субјекта.“

Чланом 23 прописано је шта мора да садржи програм реструктурирања, да га доноси надлежни орган субјекта приватизације уз сагласност већинског повериоца. Већински поверилац је један или више поверилаца чија укупна вредност потраживања већа од 50 % укупног дуга субјекта приватизације. Имајући у виду да највећа дуговања привредна друштва односно друштвена предузећа имају по основу обавеза према државним повериоцима онда је јасно да држава диктира које ће фирме у реструктурирање а које у стечај.

Одредба чл. 20 се односи на добровољни отпис дуга на добровољно одлагање плаћања или пак на добровољно конвертовање дуга у капитал фирме која је у реструктурирању. Међутим, тим чланом утврђена је и принудна обавеза за повериоце. Један сегмент принудног сношења терета реструктурирања на терет поверилаца је тај када већински повериоци пристану на отпуст дела дуга или одлагање или отпис камата па такав програм буде усвојен онда се он принудно примењује и на мањинске повериоце.

Али оно што је најбитније а спроводи се принудно налази се следећој одредби. Одредбом чл. 20 ст. 4 прописано је „да у току спровођења реструктурирања повериоци не могу да предузимају радње ради принудне наплате својих доспелих потраживања“. И то без временског ограничења. Дакле, том одредбом су повериоци ускраћени у праву да своја потраживања из правоснажних и извршних пресуда, које претстављају извршне исправе, могу да наплате принудним путем чиме је обезвређена сврха судских поступака који ионако дуго трају и много коштају.

Том одредбом је на штету поверилаца субјекта у реструктурирању суспендован један системски закон а то је Закон о извршном поступку. Судови су поднете предлоге за извршење у извршном поступку одбацивали, као недозвољене. Наравно да то није допринос правној сигурности и владавини права и да су тиме повериоци принудно стављени у положај да неограничено временски чекају наплату својих потраживања.

Значајнији, па и неповољнији за повериоце је Закон о изменама и допунама Закона о приватизацији (*Службени гласник*, бр. 45/2005) који је ступио на снагу 8. јуна 2005. год. који много детаљније регулише сам поступак реструктурирања али и положај поверилаца субјекта приватизације. Једина повољност је била што је забрана извршења временски ограничена на две године за све субјекте који се реструктурирају после доношења горенаведених новела из 2005. год.

Међутим, то временско ограничење забране извршења није дуго трајало јер је Законом о изменама и допунама Закона о приватизацији из 2007. у одредби чл. 20ж прописано: „Од дана доношења одлуке о реструктурирању до дана доношења одлуке о окончању реструктурирања у поступку приватизације не може се против субјекта приватизације, односно над његовом имовином одредити и спровести извршење нити било која мера поступка извршења ради намирења потраживања.“ Дакле, опет без временског ограничења.

После Закона о изменама и допунама из 2005. и на основу овлашћења из тог новелираног закона донето је више Уредби које се тичу положаја поверилаца у поступку реструктурирања. Тако је донета:

- Уредба о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације (*Сл. гласник*, бр. 52/05),
- Уредба о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима (*Сл. гласник*, бр. РС 45/06), и
- Уредба о начину и условима измиривања обавеза привредних друштава према повериоцима из средстава добијених од продаје акција привредног друштва у власништву Акциског фонда Републике Србије (*Сл. гласник*, бр. 58/05).

Тиме је потпуно разрађен систем реструктурирања, односно добровољног и принудног сношења терета реструктурирања на терет поверилаца субјекта приватизације.

Суштинске карактеристике тих прописа су у следећем. Реструктурирање у поступку приватизације спроводи се на следећи начин:

- статусним променама, променом правне форме друштва, променом унутрашње организације или другим организационим променама,
- отписом главнице, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично,
- отпуштањем дуга у целини или делимично ради намиривања поверилаца из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације.

При том, одредбама чл. 20 Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији је прописана обавеза државних поверилаца да отпусте дуг према субјекту приватизације у целини и своје потраживање намири из средстава остварених продајом капитала или имовине а осталим повериоцима је дата могућност отпуста дуга и намирења на исти начин. Истим чланом у ставу 4 је прописано да остали повериоци који нису отпустили дуг услове и начин намирења свог потраживања намирују од субјекта приватизације као дужника, с тим што се о условима и начину намирења могу споразумети са купцем капитала али не морају, јер Закон није предвидео последицу непотписивања споразума.

Такође треба нагласити да је Уредба о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима другачије регулисала намирење поверилаца. Том Уредбом је предвиђена обавеза и тих поверилаца да пријаве своје потраживање, поступак по пријави је исти као и по пријави државних поверилаца а чл. 27 Уредбе је прописано да у случају продаје имовине субјекта приватизације и поверилац који није отпустио дуг према субјекту приватизације намирује своје потраживање из продајне цене, равноправно са повериоцем који је отпустио дуг, у складу са уговором који закључује са субјектом приватизације, пре продаје имовине субјекта приватизације.

Према ставу Вишег трговинског суда објављеном у *Биџену судске њраксе* бр. 2/2010 у датој ситуацији несагласности Закона и Уредбе примењују се одредбе Закона. Но, оно што доносе новелиране одредбе Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији из 2005. год. у чл. 23а врло је битно за све постојеће али и будуће повериоце. За постојеће та одредба гласи: „Програм реструктурирања донет у складу са овим законом има снагу извршне исправе и сматра се уговором којим се утврђује висина и начин измиривања поверилаца која су у њему утврђена.“ Али се одређује и статус будућих поверилаца кроз став два истог члана који гласи: „Ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације, односно купца капитала покрене поступак пред надлежним органом, надлежни орган је дужан да у случају кад је потраживање основано, обавезе субјекта приватизације или купца капитала на испла-

ту потраживања на начин предвиђен програмом реструктурирања.“ То значи да у случају да тече судски поступак суд мора донети одлуку у складу са програмом приватизације. Тако је програм реструктурирања постао извршна исправа обавезујућа за суд.

Овај реферат се неће бавити темом нелогичности и правног апсурда када Закон о приватизацији „проглашава програм реструктурирања“ за извршну исправу. То је тема за посебан реферат јер програм реструктурирања кога доноси субјект приватизације не може бити извршна исправа ни по ономе ко га доноси, ни по поступку за доношење ни по својој садржини, будући да не садржи основне елементе које мора да садржи извршна исправа. Али још горе од тога је што се таквој извршној исправи даје јача правна снага у односу на извршну исправу коју је поверилац остварио у регуларном судском поступку, пролазећи све фазе судског поступка односно пролазећи све три судске инстанце. После такве апсурдне правне ситуације поставља се питање каква је правна сигурност поверилаца који имају извршну судску исправу. Најбољи одговор даје сам Закон који суспендује правну важност судске извршне исправе у односу на програм реструктурирања.

То значи да је поверилац узалуд водио судски поступак против субјекта приватизације када у поступку реструктурирања има исти статус као и остали повериоци и не може да наплати своје потраживање. Чак и код намирења поверилац са судском извршном исправом намирује се према чл. 18 став 1 Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима у истој сразмери као и остали повериоци. По тој одредби поверилац намирује своје потраживање из продајне цене у висини сразмерној његовом потраживању у укупним потраживањима свих поверилаца па му је извршна исправа без значаја.

Овом одредбом је још једном суспендована правна сигурност и правна држава јер је једном одредбом закона суспендован један системски закон који чини круну правосудног система. Овим новелираним законом направљена је разлика између државних поверилаца и обичних поверилаца. Када се тиче тзв. државних поверилаца њихов положај је у овој фази неповољнији јер су они обавезни да отпусте дуг према субјекту приватизације у целини и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације.

Одредбом чл. 20 Закона о приватизацији прописано је: „у поступку реструктурирања субјекта приватизације јавно предузеће, Пореска управа, Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање, Републички завод за здравствено осигурање, Републичка дирекција за робне резерве, Фонд за развој Републике Србије и други републички органи и организације (у даљем тексту: државни поверилац) дужни су да от-

пусте дуг према субјекту приватизације у целини и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације. Државним повериоцем сматра се и Агенција за осигурање депозита, санаџију, стечај и ликвидацију банака када врши функцију стечајног односно ликвидационог управника над банкама у стечају односно ликвидацији и када управља у име и за рачун Републике Србије потраживањима Републике Србије по основу ино обавеза.

Када се зна да су све друштвене фирме дужници банака у стечају, дужници фонду Пио и Републичком заводу за здравствено осигурање онда је јасно да држава преко државних поверилаца увек може изгласати реструктурирање чиме се на остале повериоце у ствари реструктурирање принудно уводи.

Још ригорознији за остале повериоце су измене и допуне Закона о приватизацији из 2007. год. (*Сл. гласник*, бр. 123/07). Измењеном одредбом чл. 20 Закона о приватизацији између осталог је прописано: „Ако остали повериоци не отпусте дуг према субјекту приватизације, услове и начин намирења свог потраживања одређују у споразуму са купцем капитала субјекта приватизације.“ Значи, ако не отпусте дуг губе право да се намире из имовине субјекта приватизације, већ се остављају на милост и немилост купцу капитала субјекта приватизације. Тиме су на-терани да отпусте дуг јер ако то не учине положај им је још гори.

На крају, дошли смо до намирења потраживања. Одредбом чл. 20г Закона о приватизацији државни повериоци се намирују из остварених средстава од продаје капитала (не и имовине) субјекта приватизације у висини сразмерној њиховом потраживању у укупним потраживањима свих поверилаца који се намирују из средстава остварених од продаје капитала субјекта приватизације. Остали повериоци се намирују као и ранијим прописом.

Дакле степен намирења зависи од остварених прихода од продаје субјекта. Продају субјекта врши Агенција, без икаквог утицаја поверилаца на ток и цену продаје. Али оно што најтеже погађа повериоце то је одредба чл 20ж која гласи: „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. Одлука о реструктурирању има снагу извршне исправе.“ Даље је прописано да се обустављају започета извршења, као и извршавање евидентираних основа и налога код надлежног органа за принудну наплату. Дакле потпуно суспендовање владавине права.

Упоређујући правни положај поверилаца у поступку реструктурирања субјекта приватизације и положаја поверилаца у поступку стечаја

произилази да су повериоци у поступку стечаја у бољем положају од поверилаца у поступку реструктурирања. У стечају се све ради транспарентно и повериоци кроз скупштину и одбор поверилаца имају одлучујући утицај како на ток поступка, тако и на утврђивање вредности имовине која се излаже продаји. Нема принудног отпуста дуга, продаја имовине је под контролом поверилаца, нема продаје имовине у бесцење, већ је суд дужан да се придржавава одредаба Правилника о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом. Значи у стечају се спроводи транспарентни поступак под контролом и уз консултацију поверилаца док у реструктурирању све одлуке доноси Агенција за приватизацију без икакве консултације поверилаца око продаје имовине и других битних питања.

Резимирајући, правни положај поверилаца у поступку реструктурирања је гори него у стечају јер у поступку продаје имовине немају никаквог утицаја, ради заштите својих интереса. И ко зна колико би то тако трајало (јер неки поступци реструктурирања трају и више од 10 година) да се неки повериоци са судским извршним исправама нису обратили Европском суду за људска права. Извршни поступци поводом којих је Европски суд за људска права донео пресуде против Републике Србије вођени су против дужника друштвених предузећа која су се налазила у поступку приватизације а у односу на које је Агенција за приватизацију донела одлуку о реструктурирању. Донето је преко 10 пресуда на штету Републике Србије у заштити поверилаца у реструктурирању.

Тако је у пресуди Р. Качопор и друге подносиоце против Србије од 15.1.2008. год. (представке бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3043/06, 3045/06 и 3046/06) Европски суд за људска права констатовао да се извршење пресуде коју је суд донео мора сматрати саставним делом суђења према чл. 6 Конвенције о заштити људских права, да се кашњење у извршењу пресуде може оправдати посебним околностима али да то не сме бити тако да угрожава суштину права заштићеног према чл. 6 став 1 Конвенције и да без обзира да ли је дужник приватни или друштвени актер, на држави је да предуме све неопходне мере да се правоснажна судска пресуда изврши као и да при том обезбеди делотворно учешће целог њеног апарата. Суд даље наводи да пропуст државе да изврши правоснажне судске пресуде донете у корист подносиоци представки претставља мешање у њихово право на мирно уживање имовине предвиђено чл. 1 Протокола 1, па је утврдио да је дошло до повреде чл. 6 ст. 1 Конвенције као и до повреде члана 1 Протокола бр. 1 и подносиоцима у зависности од дужине периода неизвршења доделио накнаду нематеријалне штете на терет државе у износима ближе означеним у пресуди и трошкове поступка.

Европски суд за људска права је исти став изразио и у пресуди Влаховић против Србије од 16. децембра 2008. год. (представка број 42619/04). У предмету Црнишанин и друге подносиоце против Србије (представке бр. 35835/05, 43548/05, 43569/05 и 36986/06) Европски суд за људска права полазећи од релевантног домаћег права – Закона о приватизацији са изменама (*Сл. гласник*, бр. 123/07) утврдио да је тужена држава дужна да из *сојсїивених средсїава исїлаїи їодносїїељкама їредсїаваки износе коїи су досуђени їравоснажним домаћим їресудама донейїим у њихову корисїї*, поред нематеријалне штете на име правичног задовољења. То другим речима значи, ако је држава донела такав закон нека исплати из својих средстава али не може да руши одлуке трећег стуба власти.

Тек после доношења ових пресуда Министарство за људска и мањинска права – сектор за заступање пред Европским судом за људска права дана 22.10.2010. год. обратило се Врховном касационом суду са захтевом за заузимање ставова и правних схватања поводом неких питања садржаних у пресудама Европског суда за људска права донетим против Републике Србије, чиме би као држава испунили обавезу у вези са генералним мерама у поступку извршавања пресуда а које се односе на измену постојећих закона или судске праксе.

Све горенаведено стоји у образложењу као разлог за промену ранијег става Грађанског одељења Врховног суда који је заузет на седници од 22.12.2006. год. којим су забрањана извршења. Иницијативе за промену става разматрани су дана 22.11.2010. на којој је и усвојен предлог за преиспитивање ранијег наведеног правног схватања. Недавно, Врховни касациони суд је на седници грађанског одељења 24.2.2011. год. верификовао „Правно схватање“ а образложење истог верификовао је 25.3.2011. год. То Правно схватање гласи: „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.“

Ово правно схватање до предаје овог реферата још није објављено у *Билїену Врховної касационої суда*, али је његова примена обавезна за све судове по чл. 178 ЗПП. Као што се види оно је ограничено на повериоце из радног односа. Али и то је напредак ка установљењу владавине права али недовољан и непотпун. Остало је спорно шта са новим предметима извршења тих истих поверилаца који ће пристизати у суд. Хоће ли се на њих примењивати правно схватање Врховног касационог суда или чл. 20ж Закона о приватизацији. Затим, шта ће бити са осталим повериоцима који такође имају извршне исправе. И није ли то неједнако

поступање у истим стварима, што је Уставом забрањено. Да ли опет треба чекати да Европски суд за људска права донесе пресуде у корист и тих поверилаца па да се мења правно схватање и за њих.

На крају и после заузетог правног схватања Врховног касационог суда за судије остаје дилема: да ли треба применити Закон о приватизацији који је супротан Конвенцији за људска права или Правно схватање Врховног касационог суда.

Уместо закључка референт ће цитирати део из образложења Правног схватања које би требало да је ширег значаја и да обухвати све повериоце са извршним исправама, јер нема правних разлога који би правили разлику између правоснажних и извршних судских пресуда поверилаца из радног односа и осталих поверилаца. Надам се да није потребно да нас и у томе подучава Европа. Отуда је потребно Правно схватање проширити на све повериоце са судским извршним исправама јер нема разлога да тако не буде. Део образложења Правног схватања гласи:

„Из наведеног произилази да поступак извршења правоснажних судских одлука не сме да угрози начело правне сигурности, да новчано потраживање досуђено правоснажном и извршном судском одлуком спада у имовину лица у чију корист је досуђено и да мора да се обезбеди ефикасна заштита потраживања која проистичу из уговора о раду односно радног односа, гарантована социјалном повељом, без обзира на инсолвентност дужника. И други национални закони дају предност остваривању права из радних односа (Закон о стечају, Закон о раду), па оваква заштита је позитивна дискриминација одређене групе поверилаца у односу на остале повериоце против дужника над којима је покренут поступак стечаја. Држава се не може легитимно позивати на општу потребу како би оправдала ограничење права и слобода појединаца а свако мешање у уживању неког заштићеног права мора одговарати одређеној хитној друштвеној потреби, нарочито мора бити пропорционално циљу који се жели постићи.“

Ако држава и после оваквог упута од Европског суда за људска права не промени закон, те пресуде су путоказ којим путем треба да иду остали повериоци за остварење својих права. Али поставља се питање да ли је било потребно да нам Европски суд за људска права каже да правоснажну пресуду не може од извршења да спречи Закон о приватизацији. Наравно да није потребно јер сви знамо да извршна судска пресуда претставља круну правосудног система а рушење одлуке тог система је рушење треће гране власти. Остаје да се надамо да ће ускоро и остали повериоци добити заштиту по чл. 6 Конвенције за људска права и чл. 18 Устава Републике Србије.

Vera MARKOVIĆ
Former Judge of the Supreme Court
Lawyer in Belgrade

LEGAL STATUS OF CREDITORS IN RESTRUCTURING

Summary

Provisions for restructuring entered our legal system within Law on privatization (Sl. gl. 38/2001). Proclaimed goal was to make possible to the company that is burdened with debts to be saved from bankruptcy, to enable it to recover and then to be put on sale through public tender or auction. All under consent and supervision of the Privatization Agency. The question follows: what is the way of doing that? The way of doing that is to prevent creditors from charging their claims, to forgive part of debt or to be forced to give up the above-mentioned until privatization is done. Reasonably the question is whether this concept contributes to the rule of law or the endangerment of the creditors of their rights and legal security. The conclusion is that burden of restructuring is only to be borne by creditor and more forcibly than willingly, so this concept represents a strike to legal security of the creditors and therefore on the rule of law.

Key words: *creditors, restructure, debt release, prohibition of execution, sale, proportion to the settlement.*

др Илија БАБИЋ
редовни професор и декан Факултета за европске
правно-политичке студије у Новом Саду, Универзитета
„Сингидунум“ у Београду

ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА

Резиме

Лична службеност је ограничено и нејреносиво стварно право на туђој ствари или праву које овлашћује неко лице да ове ствари и права користи (ујојребљава) на одређени начин, у складу са њиховом наменом и без задирања у сујстаницу њих ствари и права. Правно лице, у складу са својом природом, може стићи право њогоуживања (ususfructus) и право ујојребе (usus), али не и право станаовања (habitatio) које се везује за физичко лице. Плодоуживалац је овлашћен правним њослом њренеји друјом правном или физичком лицу, извршавање својих овлашћења.

Предмет права личних службености су њокрејне нејојрошне ствари, нејокрејности и право, а изузетно и њојрошна ствар (quasi ususfructus). Власник ствари може њесјаменијом констјијуисаји право њогоуживања на заостјавијини у користи правној лица, као наследника или лејјара.

Личне службености се моју основати правним њослом, одлуком суда, одлуком орјана управе и законом. Оне се моју стићи одржајем и њо правилима о стјицању права својине од невластника, аналојно правилима који важе за стјицање права својине. Плодоуживање права стјиче се у складу са одредбама о стјицању оној права на које се њогоуживање односи.

Право њогоуживања овлашћује њогоуживаоцада ствар односно право: 1. користи, 2. држи, и 3. ујојребљава. Право својине на њого-

вима и друћим користима њлодоуживалац сћиче њиховим одвајањем од љавне сћивари, а сћићулар љрава ујоћиребе сћиче их у својину сћек кад их за себе убере.

Лична службеност љресћаје: исћеком времена на које је била основана; кад се исћуни раскидни услов љод којим је била основана; љресћанком љравној лица као имаоца љрава личне службености, ако није друћачије одређено; љројашћу сћивари која је љредметј службености или њеним сћављањем изван љрометја; одрицањем од љолодоуживања; збој невршења; консолидацијом и у друћим законом одређеним случајевима.

Кључне речи: лична службеност, лична службеност љравној лица, љраво љлодоуживања, љраво ујоћиребе, љредметј љлодоуживања.

І Појам, начела и разграничење

Лична службеност је ограничено и непреносиво стварно право на тућој ствари које овлашћује титулара права службености да туће непокретне и покретне ствари и права користи (употребљава)¹ на одређени начин, у складу са њиховом наменом и без задирања у супстанцу тих ствари.² Она оптерећује право својине једног лица и овлашћују њиховог

1 Овлашћење коришћења (*ius fruendi*) омогућава власнику да убире природне, индустријске или цивилне плодове од ствари. Члан 3 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО изричито не говори посебно о овлашћењу власника да ствар употребљава – обухвата је изразом коришћење ствари. У српском језику појмови употреба и искоришћавање се, неретко, поистовећују – види: Атанацковић Лаза, Јовановић Ранко, *Системајски речник срћкохрвајскоја језика*, Матица српска, Нови Сад, 1980, стр. 63 и 76. Неке ствари се, мећутим, могу на такав начин користити да од њих не проистичу плодови (чамац, аутомобил, кућни љубимац итд.) него чак за власника таквих ствари настају и издаци. За ове, неплодоносне ствари примереније би било говорити о њиховој употреби. Појмове употреба и коришћење разликовала је и старија српска правна наука (види, на примјер: Аранђеловић Драгољуб, „О праву својине у данашњим приликама“, *Збирка расћрава*, Геца Кон, Београд, 1926, стр. 5 до 12). Израз коришћење ствари више одговара стварима које су плодоносне. Члан 30 став 2 Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске – ЗВХ (*Народне новине*, бр. 91/96 са доцнијим изменама и допунама) оправдано разликује употребу од коришћења: „власник има, мећу осталим, право посједовања, упорабе, коришћења и располагања својом ствари“. Право коришћења, такође, може имати лице које није власник ствари (на основу уговора о послузи, закупу, плодоуживању).

2 Упореди: Марковић Лазар, *Граћанско љраво*, прва књига, Општи део и стварно право, Београд, 1927, стр. 456; Баргош Милан, *Основи љривајној љрава*, Издавачко предузеће „Труд“, без године, Београд, страна 114; Пишћулић Звонимир и Ђерћ Имре, *Основи љривајној љрава у Војводини*, Издавачка књижарница Геца Кона, Београд, 1924, стр. 88.

титулара да туђу ствар користи (употребљава) за одређене потребе. Свакодобни власник ствари оптерећене личном службеношћу мора трпети та ограничења.³

Личне службености су ограничено стварно право на туђој ствари, а не на сопственој ствари (*Nemini res sua servit* – Paulus – D.8,2,26). Оне не могу обавезати власника ствари на чињење (*servitus in faciendo consistere nequit*) него само на нечињење или трпљење.⁴

На праву личне службености се, по правилу, не може више установљавати лична или стварна службеност или закуп (*Servitus servitutis esse non potest* – Paulus – D.33,2,1: Не може се засновати једна службеност на другој и *Locare servitutem nemo potest* – Ulpianus, D.19.2.44 – Нико не може службеност дати у закуп). Могућност преношења плодуживања на привредно друштво предвиђа параграф 1059 б. Немачког грађанског законика из 1896 (НГЗ) који прописује да се плодуживање (најважнија лична службеност) које припада правном лицу не може заложити, да се на њему не може успоставити заложно право, те да се плодуживање не може оптеретити правом плодуживања. Али, уколико се привредно друштво као правно лице или његов део преноси на другог тада се на стицаоца може пренети и плодуживање, ако служи сврси привредног друштва или њеном делу. Да ли су испуњене ове претпоставке мишљење даје савезни орган управе или од њега овлашћени орган управе. Дато мишљење обавезује судове и органе управе (види параграф 1059 став 2 НГЗ). Слично томе, члан 372 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима Србије (Нацрт Законика) прописује да се право плодуживања може дати у залогу и на плодуживање (подплодуживање).

Личне службености могу се установити само ако су корисне за њеног титулара, а морају се вршити тако да што мање оптерећују послужно добро.⁵ По правилу, личне службености су неотуђиве и ненаследиве – не могу се одвојити од добра на коме су или у чију корист су установљене и преносити посебно.⁶ Битно обележје личних службености је њихово ограничено трајање – најдаље трају до престанка титулара те службености.

Титулар личне службености је тачно одређено физичко или правно лице које искоришћава послужно добро док повласно добро не

3 Лазић Мирослав, *Личне службености*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2000, године, стр. 5.

4 Види потпуније: Бабић Илија, *Основи имовинског права – Увод у грађанско право и стварно право*, Службени гласник, Београд, 2010, стр.

5 Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 18.

6 Рајачић Чедо, *Стварно право* (умножено за потребе студената), Загреб, 1956.

постоји. Лична службеност је везана за одређено лице, и, по правилу, је непреносива и ненаљдедива. За разлику од стварних службености личне службености су стварна права на туђој ствари која су установљена у корист одређеног титулара, а овлашћују га да одређено време (за које је устаовљена, а најкасније док не престане постојати титулар личне службености) на одређени начин искоришћава или употребљава послужно добро. Сходно томе личне службености не представљају однос свакодобних власника непокретности.

II Личне службености у римском праву

Личне службености уведене су у римско право после настанка стварних службености у време касне републике.⁷ Поједини романисти истичу да су личне службености настале као односи облигационог права, али да су они касније добили стварноправни карактер.⁸ Класично римско право познавало је *ususfructus* (плодоуживање), *usus* (службеност употребе), *habitatio* (службеност становања) и *operae servorum vel animalium* (службеност употребе радне снаге робова или животиња). Ова права су се развијала као самостална права, а Јустинијан их је сврстао у личне службености.⁹

III Врсте и предмет личних службености правних лица

1. Врсте

Број личних службености је одређен законом тј. ограничен (за разлику од стварних службености).

Традиционално, под утицајем решења римског права, личне службености се, у складу са својом правном природом, могу поделити на: 1. право плодоуживања (*ususfructus*), 2. право употребе (*usus*) и 3. право становања (*habitatio*).

Право плодоуживања овлашћује плодоуживаоца: 1. да се служи (користи) послужно ствари или правом, са циљем прибирања плодова, у складу са наменом ствари или права, 2. да ствар држи као непосредни држалац (власник има право на посредну државину ствари која је предмет плодоуживања и овлашћен је да са ствари правно располаже – да је

7 Хорват Маријан, *Римско право*, Загреб, 1974, стр. 159.

8 Станојевић Обрад, *Римско право*, Београд, 1997, стр. 225.

9 Хорват Маријан, *op. cit.*, стр. 159; Стојчевић Драгомир, *Римско приватно право*, Београд, 1985, стр. 173 и 174; Станојевић Обрад, *op. cit.*, стр. 225 и 226.

прода, оптерети правом залоге или другим стварним теретом, али тиме не може вређати овлашћења плодоуживаоца) и 3. да је употребљава. Плодоуживалац се служи послужном ствари да би од ње прибавио природне, индустријске и цивилне плодове (према одредбама члана 581 Француског грађанског законика (ФГЗ) плодоуживалац има право да ужива све плодове било да су природни, индустријски или грађански, које може да даје предмет плодоуживања¹⁰). Обим овлашћења плодоуживаоца се, приликом њеног оснивања, може уговором ограничити. Плодоуживалац се послужном ствари може служити у складу са њеном основном намјеном. Због тога он није овлашћен да промени основну намену ствари нити да задира у њен садржај – супстанцу. Напротив, плодоуживалац мора очувати супстанцу ствари (*rerum substantia*).

Ако је у корист правног лица установљено право плодоуживања оно је, као строго лично право, неотуђиво. Ипак, плодоуживалац је овлашћен правним послом пренети другом правном или физичком лицу, извршавање својих овлашћења (на примјер, пословни простор или машине издати у закуп). На друго (физичко или правно) лице плодоуживалац може пренети сва овлашћења коришћења (служења) послужном ствари, држања и употребе или извршавање само појединих овлашћења.

Титулар права употребе и права становања не може, по правилу, на друга лица пренети извршавање овлашћења која му припадају (као што је то могуће код плодоуживања). За разлику од плодоуживаоца имаалац права употребе има ограничено право на држање, употребу и коришћење послужних ствари – у границама својих личних потреба. Закони који регулишу право употребе, ограничавају га и потребама чланова породичног домаћинства титулара тога права.¹¹ Сходно томе, произлазило би да право употребе немају правна лица. Правна лица, међутим могу имати право употребе.¹² Овај став је изричито усвојен у члану 404 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима: „(1) Право уживања је право лица да, као добар домаћин односно привредник, у мери сопствених потреба и потреба уже породице

10 Члан 583 ФГЗ дефинише природне и индустријске плодове. „Природни плодови су они који су самоникли производ земље. Маладунци животиња су, такође, природни плодови“ (став 1). „Индустријски плодови се стичу на основама узгајања култура“ (став 2). Грађански плодови су (према одредбама члана 584 ФГЗ) „издавање у закуп кућа, камате на новчане износе, заостатак закупнине. Добит од акција су, такође, сврстане у врсту грађанских плодова“.

11 Члан 214 став 1 ЗВХ прописује: „Упоробовник је овлашћен, без обзира на осталу своју имовину, служити се послужном ствари у опсегу својих потреба, примјерених његовом добу, звању, занимању и величини обитељског кућанства.“ Ово решење преузео је и члан 224 ЗСП.

12 Види: Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 6.

искоришћава туђу непокретну ствар...“.

Сходно томе, титулар права употребе, по правилу, не убира све плодове и друге користи ствари него само оне који су у границама његових личних потреба и потреба чланова његовог породичног домаћинства. Све остали плодови и друге користи ствари припадају власнику ствари, ако се на тај начин не омета право употребе. Могуће је да се право употребе подудари са плодуживањем ако су такве потребе имаоца права употребе и чланова његовог породичног домаћинства. Ове потребе процењују се објективно, независно од остале имовине имаоца права употребе.

Право становања овлашћује свог имаоца да ради становања употребљава туђу стамбену зграду или њен део намењен за становање. Ималац права становања није овлашћен да употребљава остале делове непокретности и покретне ствари изузев када су намењени за становање или имају својство припатка. Право становања, али ни право вршења становања, не може се правним послом пренети на друго лице с обзиром да је то врста права употребе.

По својој природи титулар права становања не може бити правно лице. Становање се везује за физичко лице. Наиме, титулар права становања становање обавља лично или са члановима свог породичног домаћинства. Супторно томе, плодуживалац може правним послом пренети другом лицу извршавање својих овлашћења.¹³

2. Предмет

а) *Ствари*

Предмет права личних службености су постојеће непотрошне ствари тј. оне које се могу користити или употребити без повреде њене суштине: покретна непотрошна ствар, непокретност, а изузетно и потрошна ствар (неправо плодуживање).¹⁴ Правним послом (тестаментом или уговором) може се установити право личне службености и на стварима које ће тек настати. Ствари које су предмет плодуживања могу бити индивидуално одређене али и на стварима одређеним по роду, ако се оне (издвајањем, обележавањем и сл.) могу индивидуализовати.¹⁵ Ове могу чинити збирну ствар (скуп покретних ствари), или више не-

13 Види, на пример, члан 243 ЗСП.

14 Према уопштеним одредбама члана 581 ФГЗ, плодуживање може бити основано на свим врстама покретних и непокретних ствари. Члан 745 Швајцарског грађанског законика прописује да плодуживање може да се успостави „на намештају, непокретностима, правима или на имовини“. Види: Бартош Милан, *op. cit.*, стр. 114.

15 Види: Лазаревић Драгољуб, *Службености и суседско право*, Београд, 2011, стр. 308 и Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 10.

покретности, али предмет могу бити покретне и непокретне ствари једновремено. Збирна ствар је често предмет плодуюживања или употребе на делу имовине привредног друштва. Параграф 1035 НГЗ изричито регулише плодуюживање на збирној ствари. Кад је плодуюживање установљено на збирној ствари, плодуюживалац и власник ствари су у обавези да сачине попис (инвентар) ствари. Списак потписују обе стране и у њему се означава дан предаје ствари.¹⁶ Свака страна има право да захтева јавну оверу потписа. Такође, свака страна има право да захтева да списак ствари буде сачињен од стране надлежног органа или јавног бележника. Предмет права личних службености правног лица нису стамбена зграда или њен део намењен за становање с обзиром да правно лице не може, по својој природи, стећи личну службеност. Титулар права личне службености овлашћен је да се служи послужном ствари у складу са њеном наменом, али тако да се очува супстанца (садржај) ствари која је предмет личне службености. Изузетак од овог правила постоји у случају неправог плодуюживања.

Личне службености могу постојати на целој послужној ствари, или на идеалном делу ако је то могуће с обзиром на садржај службености и природу предмета. Уколико је лична службеност установљена на целој послужној ствари њен предмет су и припаци оптерећене ствари или права. Личне службености су дељиве те могу постојати и на сувласничком (идеалном) делу покретне или непокретне ствари, ако је то могуће с обзиром на садржај службености и природу предмета. Сваки сувласник има право на судржавину ствари, а идеални део на ствари се, у правном промету, сматра самосталном ствари. Лична службеност на сувласничком делу непокретности протеже се на посебни део (нпр.: пословне просторије у етажној својини), као што се службеност на посебном делу непокретности протеже на с њом повезан сувласнички део. Својина на посебном делу непокретности (етажна својина) произлази и остаје неодвојиво повезана с одговарајућим сувласничким делом (идеалним делом) непокретности на којем је успостављена, те се може само заједно са њим пренети или оптеретити. Сходно томе, кад је лична службеност успостављена на сувласничком делу непокретности (као што је, на пример, земљиште под зградом и за редовну употребу зграде) она се протеже и на посебни део непокретности (пословну просторију, гаражу, гаражна мјеста или другу самосталну просторију).

Када је плодуюживање конституисано на потрошним ствари-ма или на праву које не даје плодове¹⁷ (на пример, главница која није

16 Члан 373 Нацрта Законика; члан 238 ЗСП и члан 208 ЗВХ, предвиђају могућност сачињавања пописа и процене свих ствари које су предмет плодуюживања.

17 Види члан 241 ЗСП.

дата у банку на штедњу да би текла уговорна камата) настаје неправо плодуживање (*quasi ususfructus*)¹⁸. На потрошним стварима, међутим, није могућа ни неправо право употребе.¹⁹ Неправо плодуживање може бити конституисано на главници која је дата на штедњу у банци. У том случају неправи плодуживалац има право да захтева само камате. Потрошне ствари или право прелази, као предмет неправог плодуживања, у својину односно имовину неправог плодуживаоца. Послужна ствар је новчана вредност ствари која ће се бившем власнику вратити након истека плодуживања. Тако, правно лице као неправи плодуживалац може стећи плодуживање на привредном друштву или другом привредном субјекту (предузетнику – продавници мешовите робе које су намењене продаји).

Неправо плодуживање се разликује од уговора о зајму. Кауза зајма са каматом је стицање камате од стране зајмодавца, а ако је зајам без камате кауза је у намери зајмодавца да учини добротворство. Кауза неправог плодуживања је да се имовински обезбеди неко лице. Зајмопримац је дужан вратити зајмодавцу у примреном року исту количину ствари, исте врсте и квалитета (види члан 562 ЗОО). Неправо плодуживање престаје истеком времена за које је основано, а најкасније престанком овлашћеног лица. За разлику од зајма, после престанка неправог плодуживања, плодуживалац је у обавези да врати новчану вредност потрошне или отуђене ствари.²⁰

б) Права

Предмет личних службености може бити и право које даје плодове или друге користи – главница на коју тече камата, акције акционарског друштва итд.

Завешталац може тестаментом одредити да правно лице (после његове смрти) стекне на његовој заоставштини као целини или њеном делу право плодуживања или право употребе²¹, на пример: на пословним зградама и просторијама, машинама, сликарској галерији, на ауторском праву, неком праву индустријске својине (да се користи његовим патентом итд). Правно лице може стећи ствари и права из за-

18 Рајачић Чедо, *Сиварно право*, Загреб, 1956, стр. 356 и 357.

19 Види: Gavella Nikola, Josipović Tatjana, Igor Gliha, Belaj Vlado и Stipković Zlatan, *Сиварно право*, Загреб, 1998, стр. 666; члан 212 став 2 ЗВХ; 242 ЗСП.

20 Види: Gavella Nikola, Josipović Tatjana, Igor Gliha, Belaj Vlado и Stipković Zlatan, *op. cit.*, стр. 662).

21 Види: Перић Живојин, *Сиварно право*, Београд, 1920, стр. 273; Пишкулић Звонимиор и Ђерђ Имре, *op. cit.*, стр. 90; Лазић Мирослав, *op. cit.* стр.,13; Лазаревић Драгољуб, *op. cit.*, стр. 309.

ставштине на основу тестаментa као универзални стицалац (наследник) или сингуларни стицалац (легатар). Плодоуживање може бити конституисано уговором на одређеним непотрошним покретним и непокретним стварима које се могу користити односно употребљавати, али и на правима и потрошним стварима. Тако, предмет плодуживања и употребе правних лица су, поред права својине на стварима, и: реални терети, закуп, имовинска права из ауторског права и права индустријске својине, право на потраживањима (ако је потраживање обезбеђено заложним правом, плодуживање се простире и на заложно право, као акцесорно право у односу на потраживање), потраживања из хартија од вредности, цивилни плодови који проистичу из банкарских и берзанских послова, плодуживање на уделу у ортачком друштву, командитном друштву или друштву с ограниченом одговорношћу.²²

Параграф 1046 НГЗ посебно регулишу плодуживање које има за предмет потраживање из осигурања. На потраживању према осигурачу плодуживаоцу припада плодуживање према прописима који важе за плодуживање са каматом. Ако се догоди осигурани случај власник ствари или плодуживалац могу да захтевају да се осигурана сума искористи за поправку ствари или набавку нове.

в) *Заоставштина или њени делови*

Тестатор може тестаментом конституисати право плодуживања на одређеним стварима и правима у корист правног лица. У том случају се правно лице појављује као легатар и може од наследника кога легат терети захтевати испуњење легата. Легатар, према томе, има облигациони захтев према дужнику легата.²³ Кад дужник легата испуни своју обавезу – преда ствари плодуживаоцу или му пренесе право које је предмет плодуживања (ако је ствар непокретна нужан је упис у земљишну књигу, а за тај упис мора постојати правни основ), настаје плодуживање и добија стварноправни карактер. Завешталац може тестаментом одредити оснивање самосталне задужбине – која ће имати својство правног лица. Она ће настати ако су кумулативно остварене следеће претпоставке: 1) да је завешталац у тестаменту наредио оснивање самосталног правног лица – задужбине; 2) да је завешталац одредио средства (имо-

22 Бабић Илија, Медић Душко, Хашић Енес, Повлакић Мелиха, Велић Лариса, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево, 2011, стр. 616 и 617; Лазић Мирослав, *Личне службености*, Ниш, 2000, стр. 11 и 12; Gavella Nikola, Josipović Tatjana, Igor Gliha, Belaj Vlado и Stipković Zlatan, *op. cit.*, стр. 662.

23 Види: Бабић Илија, *Наследно право*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 144 и 145; чл. 141 и 145 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995 и 101/2003.

вину) за ту намену; 3) да је у тестаменту одређен дозвољени циљ који ће се том имовином постићи. Све претпоставке не морају бити садржане у једном него у два или више тестаента. Средства за постизање циља задужбине завешталац може оставити одређивањем задужбине као наследника или легатара или корисника налога (види члан 118 Закона о наслеђивању). Ако је одређена за наследника задужбина то својство стиче у моменту смрти оставиоца иако још није стакла правну и пословну способност, ако је касније стекне.²⁴

IV Оснивање и стицање личних службености

Личне службености се могу основати правним послом, одлуком суда, одлуком органа управе или на основу закона.

Правни посао може бити уговор или тестамент. Уговор или тестамент морају имати за циљ преношење (стицање) права личне службености. Ако се личне службености оснивају на стварима оне се изводе из права својине послужне ствари, а када се оснивају на неком другом праву (праву индустријске својине, ауторском праву или праву сродном ауторском праву итд.) изводе се из права титулара коме то право припада.²⁵ Уговорне стране својом вољом одређују садржину права личне службености. Уговор о оснивању службености може бити теретан или добротин (уговор о поклону, уговор о уступању и расподели имовине за живота). По правилу, споразум о личним службеностима се уноси у самостални (главни уговор) у виду посебне одредбе, али може представљати и главни уговор. Када се споразум о оснивању личних службености уноси у главни уговор он мора бити закључен у форми предвиђеној за тај уговор. Ако се уговором оснива право личне службености на непокретности тада уговор мора бити не само писан, а потписи уговарача оверени у суду (види члан 4 Закона о промету непокретности²⁶).

У правној литератури и појединим законима коју регулишу личне службености наводи се да је за преношење личних службености довољно да је уговор закључен у писаном облику.²⁷ У случају да се на покретним стварима уговором оснива лична службеност, правило је да се он закључује неформално, осим када је закон прописао посебну форму (законска форма) или су је стране уговориле (уговорна

24 Види: Бабић Илија, *op. cit.*, стр. 150 и 151.

25 Види, на пример: чл. 188 ст. 1 ЗСП.

26 *Службени гласник РС*, бр. 42/98 и 111/09.

27 Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 46 и чл. 188 ст. 4 ЗСП.

форма).²⁸ Чини се да је правнотехнички коректно формулисана одредба члана 386 Нацрта Законика којом је предвиђено да се на стицање и пренос права плодуживања на покретној и непокретној ствари сходно примењују одредбе о стицању права својине, а да се на стицање и пренос плодуживања права сходно примењују одредбе о стицању оног права на које се плодуживање односи.

Тестамент, као једностранни правни посао, пуноважан је ако је предузет у било којој форми прописаној чл. 84–111 ЗОН.

Право личне службености стиче се (*modus acquirendi*) на покретним стварима уписом у земљишни регистар на основу сагласности за упис од стране власника ствари (*clausula intabulandi*), а на покретним стварима предајом ствари стицаоцу личне службености.²⁹

Плодуживање на предметима из заоставштине, без обзира на то да ли се плодуживање стиче на основу наслеђивања (универзална сукцесија) или легата (сингуларна сукцесија) нема стварноправни карактер све док се покретне ствари не издвоје, односно не изврши деоба ствари, када се њиховом предајом стицаоцу (или уписом у земљишни регистар) плодуживање стиче (добива стварноправни карактер).³⁰ Правно лице (нпр.: задужбина) као легатар, у моменту делације, стиче облигационо право – да захтева од оног коме је наложено испуњење легата да га испуни (члан 145 ЗОН-а). Када је правно лице корисник налога, а корист се састоји у личној службености, тада између правног лица и обавезног лица не настаје облигациони однос. Стога оно не може истицати никакав захтев према обавезном лицу (наследнику, легатару) изузев што може поднети тужбу за утврђење престанка права лица које није испунило налог (чл. 132–134 ЗОН). Уколико је правно лице тестаментарни наследник стиче правни основ за право плодуживања или право употребе у тренутку смрти тестатора (в. чл. 206 и 212 ЗОН).

Параграф 1059 а НГЗ предвиђа специфичну универзалну сукцесију – „ако се имовина правног лица преноси путем универзалне сукцесије на другога, тако исто и право плодуживања прелази на правног следбеника, изузев ако је пренос изричито искључен“.

Лична службеност може бити основана одлуком суда. Ова могућност изричито је предвиђена у корист брачног друга на стварима и правима које су наследили наследници другог наследног реда, али и у корист родитеља оставиоца који наслеђују са брачним другом, а на стварима

28 Види чл. 28, 67, 69 и 70 ЗОО.

29 О предаји покретне ствари стицаоцу, у извршењу правног посла потпуније види: Бабић Илија, „Стицање права својине на покретним стварима на основу правног посла“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010.

30 Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 15 и Лазаревић Драгољуб, *op. cit.*, стр. 341.

и правима које је наследио брачни друг – види чл. 23–25 и чл. 31–36 ЗОН). Орган управе може основати личну службеност у корист корисника експропријације³¹, својим решењем (непотпуна експропријација). Ако се лична службеност оснива одлуком суда или органа управе начин на који је титулар права личне службености овлашћен да се служи послужном ствари или правом, одређује се том одлуком.

Законско плодуживање прописано је у члану 128 ЗОН. Наиме, кад је наследник постављен под ракидним условом или роком, он има положај „уживаоца заоставштине“. У том случају наследник за оставиоцеве дугове, легате и налоге одговара само стварима и правима из заоставштине.

У правној литератури оправдано се истиче да се право личне службености може стећи одржајем и по правилима о стицању права својине од невласника (важи само за покретне ствари),³² аналогно правилима који важе за стицање права својине.³³

V Права и обавезе титулара личних службености

1. Права плодуживаоца

Право плодуживања овлашћује плодуживаоца: 1. да се служи (користи) послужном ствари или правом, са циљем прибирања плодова, у складу са наменом, ствари или права 2. да ствар држи као непосредни држалац и 3. да ствар односно право употребљава. Плодуживалац се служи послужном ствари и убира од ње природне, индустријске и цивилне плодове. Обим овлашћења плодуживаоца се, приликом њеног оснивања, може уговором, тестаментом, одлуком суда или органа управе ограничити. Плодуживалац се послужном ствари може служити у складу са њеном основном наменом, с тим што мора очувати супстанцу ствари (*rerum substantia*). Тако плодуживалац не стиче право својине на стаблима јабука и крушака које је ишчупао ветар јер оне представљају супстанцу ствари.

Плодуживалац и цивилне плодове стиче одвајањем, а не у тренутку кад је приход доспео. Као одвојени сматрају се они цивилни плодови који су и убрани (исплаћени) – тј. остварени у времену док је

31 Корисници експропријације одређени су чланом 8 Закона о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/1995.

32 Види: Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Службено право*, Београд, 2001 и Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 51–55.

33 Види: о стицању права својине одржајем – чл. 28–30, а о стицању права својине од невласника – чл. 31 ЗОСПО.

плодоуживање постојало. Може се догодити да је плодуживање престало, али да је плодуживалац унапред убрао цивилне плодове. После престанка плодуживања цивилни плодови припадају власнику ствари, односно права, иако су доспели за време трајања плодуживања.

Плодуживалац стиче право на сав приход од ствари или права које су предмет плодуживања. Он има право на оне плодове и користи од ствари које би могао стицати и сам власник. Уколико принудни прописи забрању стицање плодова и других користи власнику ствари та забрана се протеже и на плодуживаоца (на пример: вађење угља, руде итд.). Налаз блага у послужној ствари није приход послужне ствари. Благом се сматрају новац, драгоцености и друге ствари од вредности које су биле скривене тако дуго да се више не може утврдити ко им је власник.³⁴

Као строго лично право оно је неутуђиво и ненаследиво. Ипак, плодуживалац је овлашћен правним послом пренети другом лицу извршавање својих овлашћења (на примјер, стан издати у закуп). На друго (физичко или правно лице) плодуживалац може пренети сва овлашћења коришћења (служења) послужном ствари, држања и употребе или извршавање само појединих овлашћења.

2. Права титулара употребе

Ималац права употребе је овлашћен да ствар држи, употребљава и користи, без промене њене намене и без задирања у супстанцу ствари, што су овлашћења и плодуживаоца. За разлику од плодуживаоца ималац права употребе има ограничено право на држање, употребу и коришћење послужних ствари – у границама својих личних потреба и потреба чланова свог породичног домаћинства. Ималац права употребе, по правилу, не убира све плодове и друге користи ствари него само оне који су у границама његових личних потреба и потреба чланова његовог породичног домаћинства. Све остали плодови и друге користи ствари припадају власнику ствари ако се на тај начин не омета право употребе. Могуће је да се право употребе подудари са плодуживањем ако су такве потребе имаоца права употребе и чланова његовог породичног домаћинства. Ове потребе процењују се објективно, независно од остале имовине имаоца права употребе. Ималац права употребе овлашћен је да употребљава и користи послужну ствар у границама својих потреба које одговарају његовом узрасту, звању, занимању и величини породичног домаћинства, при чему се под потребом имаоца права употребе подразумевају и потребе његовог породичног домаћинства.

34 Види потпуније, Бабић Илија, „Налаз скривеног блага“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LVI/2010, стр. 37–57.

Право употребе које има за предмет једна ствар или више ствари простире се и на припатке тих ствари. Оно се не може поделити на више лица по аликвотним (идеалним) дијеловима, као код плодуживања. Правило је, наиме, да право употребе има једно лице, потребе чланова породице сматрају се као личне потребе имаоца права употребе. Али, ако је право употребе основано за више лица оно им припада заједнички.

Ималац права употребе има право на државину. Државина ствари или права које чине предмет употребе је основна претпоставка да би ималац права употребе могао употребљавати и користити ствари или права и прибирати њене плодове. Пошто обим употребе и коришћења послужних ствари код права употребе зависи од личних потреба имаоца права употребе и потреба чланова његовог породичног домаћинства, непреносиво је не само право употребе него и њено извршавање.

3. Обавезе титулара личне службености

Правно лице као титулар личне службености је у обавези да очува супстанцу ствари³⁵ односно права која је предмет личне службености³⁶. Оно нема право да правно а ни фактички располаже са ствари односно правом (не може га отуђити, уништити, битније променити). Према предмету личне службености правно лице се мора понашати као добар привредник.³⁷ Он је у обавези да осигура предмет личне службености од уобичајеног ризика који му може претити,³⁸ а сноси све трошкове текуће употребе и искоришћавања послужне ствари.³⁹ Титулар личне службености је у обавези да о свакој знатнијој промени предмета плодуживања обавести власника и да врати ствари и права које су предмет личних службености.⁴⁰

35 Члан 578 ФГЗ изричито одређује обавезу плодуживаоца „да сачува супстанцу ствари“. Исто решење усвојили су, нпр.: чл. 234 ЗСП и чл. 205 ЗВХ. Види: Рајачић Чедо, *op. cit.*, стр. 353.

36 Члан 1142 Грчког грађанског законика прописује да службеност плодуживања овлашћује свог титулара да „конплетно користи ствар неког другогa ид а прибира плодове“, али „и да сачува супстанцу ствари у потпуности“. Члан 404 став 1 Нацрта Закона предвиђа да титулар личне службености користи или употребљава предмет службености тако „не мењајући послужно добро ни његову намену, а, ако је тако уговорено, са могућношћу преноса овлашћења трећем лицу“. Види: Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 78–80; Бартош Милан, *op. cit.*, стр. 115; Перић Живојин, *Службено право*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1920, стр. 274–283.

37 Види: чл. 404 ст. 1 Нацрта Законика.

38 Ова обавеза изричито је прописана и за хипотековану непокретност чланом 17 став 3 Закона о хипотеци, *Службени власник РС*, бр. 115/2005. Види и Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 84.

39 Види: чл. 381 ст. 1 Нацрта Законика и чл. 235 ст. 5 ЗСП.

40 Види: Перић Живојин, *op. cit.*, стр. 287 и чл. 374 Нацрта Законика.

4. Права и обавезе имаоца послужне ствари или права

Ималац послужног добра (власник ствари или ималац неког другог права) које је га је теретним правним послом оптеретио личном службеношћу одговара за правне и материјалне недостатке који се покажу на ствари.⁴¹ Иако је државину ствари или права пренео на титулара личне службености ималац послућног добра може правно располагати са ствари или правом које је оптерећено правом личне службености. Власник ствари, истина, има голу својину (*nuda proprietas*) на ствари јер је оптерећена личном службеношћу, али она му омогућава правно располагање са ствари. Док лична службеност траје, власник ствари не сме узнемиравати титулара личне службености у вршењу његовог права (*in non faciendo*).⁴² Власник ствари или ималац другог права које је предмет плодуживања дужан је да сноси трошкове ванредног одржавања ствари, али му припадају и ванредни приходи од ствари.⁴³ Он је овлашћен и да врши надзор над вршењем права личне службености.⁴⁴

После престанка личне службености власник ствари или ималац права овлашћен је да да захтева да му се ствар преда поново у државину (пренесе неко друго право). Ово истовремено представља и обавезу титулара личне службености.⁴⁵ Титулар личне службености, према одредбама члана 240 ЗСП, дужан је да врати ствар у стању у коме ју је примио, док члан 393 Нацрта Законика предвиђа да се ствар враћа „у пописаном стању, а ако попис није извршен, враћа га у стању у каквом би било да да је искоришћавано у складу са његовом природом и на уобичајен начин и редовно одржавано“.

VI Престанак личних службености

Лична службеност престаје истеком времена на које је била основана, али и истеком времена на које је било установљено право својине из којег је изведена. Такође, она престаје и кад се испуни раскидни услов под којим је лична службеност била конституисана или на које је било основано право својине из којег је изведена. Пропашћу послужне

41 Према одредбама члана 121 ЗОО, код уговора са накнадом, сваки уговарач одговара за материјалне и правне недостатке свог испуњења. На ове обавезе преносиоца примењују се одредбе о одговорности продавца за правне и материјалне недостатке (в. чл. 478–515 ЗОО).

42 Види: Перић Живојин, *op. cit.*, стр. 288.

43 Види, нпр.: члан 236 ЗСП.

44 Види: Лазић Мирослав, *op. cit.*, стр. 94 и члан 375 Нацрта Законика.

45 Члан 751 Швајцарског грађанског законика обавезује држаоца (титулара личне службености) „да врати ствар чим престане плодуживање“.

ствари или њеним стављањем изван промета престаје и лична службеност („*Usus fructus est ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est*“ – Плодоуживање је право чији предмет је ствар, па кад пропадне ствар, престаје и право (Celsus – D. 7, 2). Лична службеност се може поново успоставити уколико се ствар врати у пријашње стање (на примјер: кућа запаљена ударом грома је поправљена).

Лична службеност престаје одрицањем њеног титулара од плодуживања, због невршења, консолидације у у другим случајевима одређеним законом. Лична службеност, као непреносиво право (правним послом може се предвидети преносивост овог права), престаје престанком титулара личне службености. Ако је над привредним друштвом, које је предмет личне службености, отворен стечај, престаје његов субјективитет, а самим тим и плодуживање.⁴⁶ Правна лица су, теоријски, бесмртна те се оправдано поставља питање до када траје лична службеност правног лица?

Српски грађански законик је трајање личне службености правног лица везао за његово трајање.⁴⁷ Такво решење преузето је из Аустријског грађанског законика,⁴⁸ а усвојено је у параграфу 161 НГЗ и пар. 558 Предоснове Грађанског законика из 1934.

Римско право је одређивало да се лична службеност правног лица гаси после 100 година. Исти рок прихватило је и швајцарско право,⁴⁹ док према одредбама члана 169 Општег имовинског законика лична службеност правног лица траје 50 година.⁵⁰ Француски грађански законик одредио је да личне службености правног лица трају највише 30 година, а под његовим утицајем, Нацрт Законика, у члану 369 став 1 предвиђа да ово право, ако је плодуживалац правно лице, траје најдуже 30 година.⁵¹

46 Престанак привредних субјеката отварањем стечаја регулисано је Законом о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

47 „Ако ли је дана (лична службеност – примедба аутора) једној задрузи или општини, онда таква траје, докле год иста задруга или општина постоји“ (пар. 392 ст. 2 СГЗ).

48 „Лична службеност, коју је задобила каква општина или друго морално лице, траје догле, докле морално лице постоји“ (пар. 529 АГЗ in fine).

49 Види чл. 749 ст. 2 ШвЗО.

50 „Ако је уживалац какав нелични имаоник, претпоставља се да његово преаво траје док год сам опстоји... Ипак пошто је педесет година трајало, право уживања престаје за све друге неличне имаонике осим куће“ (чл. 169 ст. 2 Општег имовинског законика).

51 Види потпуније: Станковић Обрен и Орлић Миодраг, *op. cit.*, стр. 225 и 226; Лазивић Мирослав, *op. cit.*, стр. 125 и 126; Лазаревић Драгољуб, *op. cit.*, стр. 347 и 348.

Ilija BABIĆ, PhD

Dean and Professor at the Faculty for European Law and Political Studies, Novi Sad, Singidunum University, Belgrade

PRIVATE EASEMENT HELD BY A LEGAL ENTITY

Summary

A private easement is a limited and untransferable right to use another's property or right that authorizes a person to use that property and right for a specific purpose according to their intended purpose and without affecting essential elements of that property and right. A legal entity, according to its legal nature, can acquire the right of usufruct (ususfructus) and the right of use (usus), but not the right of habitation (habitatio) of a natural person. An usufructuary is authorized by a legal transaction to confer to another legal entity or natural person the performance of its authorizations.

The object of usufruct may be movable non-consumable property, immovable property, and exceptionally consumable property (quasi ususfructus). The object of private easement can also include the right to enjoy the fruits and income of the property. Testator can create by will the hereditary right of usufruct in favour of natural person as a heir or legatee.

Private easement can be created by a legal transaction, court decision, decision of a administrative body and by law. It can be acquired by an acquisitive prescription and according to rules for acquisition of the right of property occupied by nonowner analogously to rules for acquisition of the right of property. The right of usufruct is acquired according to provisions related to acquisition of the right of possession related to that usufruct.

The right of usufruct authorizes an usufructuary to: 1. use the property (or right), 2. to hold it as its direct holder and 3. to enjoy the property. An usufructuary acquires the right to use and enjoy the fruits of another's property by its separation from owner's property, while a holder of the right to use comes into possession of that property only when he collects its fruits for himself.

Private easement can be terminated in numerous ways: by the expiration of the period for which it was constituted; by the fulfillment of any resolatory condition; by the termination of the right of the person constituting the usufruct, if not otherwise stated; by the total loss of the thing in usufruct or prohibition by law of its sale; by renunciation of the usufructuary; by non-execution of usufruct; by merger of the usufruct and ownership in the same person, and other law-stipulated cases.

Key words: *private easement, held by a legal entity, the right of usufruct, the right of use, the object of usufruct.*

др **Марија КРВАВАЦ**
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са
привременим седиштем у Косовској Митровици

УРЕДБА РИМ I ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – УЈЕДНАЧЕНА ПРАВИЛА ЕВРОПСКОГ КОЛИЗИОНОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

Резиме

Од оснивања Евројске заједнице државе уговорнице су међународним уговорима уређивале међународно процесно и колизионо право. У том периоду су ступила на снагу само два унификациска међународна документа у области евројској грађанској процесној права и колизионој права за уговоре. Ступањем на снагу Уговора о Евројској заједници у амстердамској верзији 1999. године уредбе ЕЗ постају главни извори евројској међународној приватној права, односно реулисања приватноправних односа са међународним елементом. За доношење аката на подручју грађанских предмета који су повезани са земљама чланицама надлежан је Савет ЕУ.

Уредба бр. 593/2008 Парламента и Савета Евројске уније о праву меродавном за уговорне обавезе (Уредба Рим I), која је ступила на снагу 17. децембра 2009. садржи посебно правило о одређивању меродавној права за уговоре у случају када странке нису изабрале меродавно право, које ће несумњиво уједначити одлуке националних судова о меродавном уговорном праву.

Кључне речи: Уредба Рим I, уговор, меродавно право, земља чланица, комуникаријација.

Након закључивања Римских уговора 1957. године приступило се, између осталог, уједначавању права земаља чланица конвенцијским правилима. Приступајући унификацији Комисија Европске заједнице је пошла од предуслова неопходних за уједначавање националних правила, односно од сличних становишта држава чланица у погледу тога шта се њом жели постићи, као и од правних захтева којима се мора удовољити применом одређеног колизионог решења. Као резултат унификацијске активности под окриљем ЕЗ усвојена је Европска конвенција о међусобном признању трговачких друштава и правних лица; Бриселска конвенција о судској надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима,¹ проширена Луганском конвенцијом из 1988. године и на земље Европског слободног тржишта уз два Протокола о одређеним питањима надлежности и о извршењу и тумачењу конвенције по Европском суду из 1968. и 1971. године; Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године, уз Протокол о тумачењу конвенције по Европском суду из 1988.г.

Амстердамским уговором о Европској заједници из 1997. године напушта се конвенцијски систем уједначавања права.² Овим уговором је даља унификација европског права поверена Савету Европе која подразумева и уједначавање правила међународног приватног и међународног процесног права инструментима европског секундарног законодавства. Савет Европе је надлежан да доноси мере у области правне сарадње у грађанским стварима између држава чија је сврха уједначавање колизионих правила и правила о надлежности држава уговорница. Тиме је створен правни основ да Бриселске конвенције буду преточене у Уредбу бр. 44/2001 о судској надлежности, признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима (Брисел I);³ Уредбу бр. 1347/2000 о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним предметима и у поступку о родитељској одговорности за заједничку децу брачних другова,⁴ дерогирану новом Уредбом бр. 2201/2003 о надлежности признању и извршењу одлука у брачним предметима и поступку о родитељској одговорности за заједничку децу брачних другова (Брисел II).⁵ Поред тога, Уредбом бр. 864/2007 Парламента и Савета ЕУ уни-

1 OJ L 299 31. 72, p. 32, OJ C 027 26. I, 98. p. 1. Подаци о конвенцијама: <http://www.europa.eu.int>.

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

3 OJ L 012 16.1.2001. p. 1.

4 OJ L 160 30.6.2000. p. 19.

5 OJ L 338 23.12.2003.

фикована су колизиона решења међународног деликтног права држава чланица.⁶ Овај акт је познат као Рим II Уредба, пошто је предходно усвојена ревизија Римске конвенције и преточена у Рим I Уредбу бр. 593/2008 о праву меродавном за уговорне обавезе.⁷

Рад на стварању комунитарног међународног приватног права тек предстоји, у оквиру којег је и актуелна припрема колизионе регулативе у брачноимовинским и наследним предметима.

I Европска колизиона правила предвиђена Римском конвенцијом о меродавном праву за уговорне обавезе

Усклађивање правних норми на пољу приватног права Европске уније карактерише секторални приступ. Пре хармонизације материјалног уговорног права дошло је до прилагођавања међународног приватног права земаља чланица.

Унификацији европског међународног приватног права значајно је допринела претходна активност Хашке конференције за међународно приватно право на доношењу низа међународних уговора у сфери приватноправних односа са међународним елементом.⁸ Треба поменути и конвенције које су од утицаја на метерију међународног приватног права као што су Европска конвенција о држављанству и, посебно, Конвенција о заштити права човека и темељних слобода.⁹ Посредно, на изградњу европских одредаба колизионог права, пресудан утицај је имало доношење националних колизионих одредаба. Унификација права уопште, а тиме и међународног приватног права, произилази из одредаба Римског уговора о оснивању Европске заједнице, од чијег усвајања је прошло више од пола века. Реч је у првом реду о унификацији трговачког статусног права и правила о егзекватури судских и арбитражних одлука.¹⁰ На подручју колизионог уговорног права 19.7.1980. године усвојена је Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе у циљу уједначења колизионих решења за уговорне обавезе држава чланица. Уз конвенцију су 1988. године потписана и два Протокола о

6 OJ L 199/40.

7 OJ L 177/6.

8 Европска конвенција о сазнању страног права (1968); Европска конвенција о укидању потребе легализације исправа које издају дипломатски или конзуларни представници (1971); Европска конвенција о имунитету држава (1972); Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старатељству над децом и поновном успостављању односа старатељства (1980); Европска конвенција о стечају (1990).

9 Конвенција (1950) је на снази у, безмало, свим европским земљама.

10 Чл. 54 (г) и 220.

њеном тумачењу. Протоколи су ступили на снагу 2004. године чиме је омогућено одређеним судовима држава чланица да траже тумачење конвенције од Суда Европских заједница.¹¹ До доношења Уредбе Рим I конвенција се примењивала без обзира на то да ли је једна уговорна страна има пребивалиште или седиште у држави уговорници, тако да је било довољно да се спор решава у једној од држава уговорница. Римска конвенција је примењивана у предметима између свих држава чланица, од којих су неке у целости прихватиле конвенцијска решења актима унутрашњег међународног приватног права, док се у другим унутрашњим међународним приватним правом утврђивала примена конвенције.¹²

Римска конвенција је садржала веома модерна колизиона решења за уговорне обавезе. За њено тумачење је израђен и извештај о конвенцији од стране знаменитих теоретичара међународног приватног права *Giuliana* и *Lagardea*, који је заједно са конвенцијом уврштен у Службени лист Европске заједнице.¹³

Конвенција уређује питање меродавног права за уговорне односе, док се сам појам уговорног односа имао утврђивати у духу и смислу конвенције.¹⁴ Она се не примењује на лична стања физичких лица, осим на питање неспособности и на питања заступања; на уговорне односе из брачног и наследног права као и обавезе издржавања према ванбрачном детету; на уговорне обавезе из хартија од вредности; на уговоре о арбитражи и уговоре о судској надлежности као и на процесна питања; на уговорне односе из права трговачких друштава; на уговорне односе из труста; на уговорне односе из приватног осигурања ако је осигурани ризик на подручју државе уговорнице.¹⁵ У односу на друге међународне уговоре конвенцијом је уређено да она не дира у колизиона решења за уговорне обавезе у посебним подручјима која су регулисана посебним актима Европске заједнице или у унутрашњем праву држава чланица. Поред тога, конвенција не дира у примену међународних уговора у којима је држава земља уговорница или ће то тек бити.¹⁶ Конвенцијска решења су се имала примењивати без обзира на то да ли одредбе упућују на надлежно право једне од држава уговорница или на право неке треће земље.¹⁷

11 Чл. 2 Првог протокола и чл. 3.1.

12 Тако у Белгији, Данској, Луксембургу, Немачкој, Великој Британији.

13 M. Giuliano, P. Lagarde, „Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligation“, O. J. C., 1980, стр. 282.

14 A. V. Daisey, J. H. C. Morris, *Conflict of Laws*, Oxford, 2000, стр. 1204.

15 Чл. 1 ст. 2 до 4.

16 Чл. 20 и чл. 21.

17 Чл. 2.

Сходно одредбама Римске конвенције уговорни статут се односио на низ питања, као што су моменат закључења уговора, правне ваљаности или ваљаности појединих одредаба уговора, као и на питања тумачења уговора, испуњења уговорних обавеза, последица делимичног или потпуног неиспуњења уговорних обавеза, различитих начина престанка уговорних обавеза, ништавости уговора.¹⁸ Према праву меродавном за уговорне односе, односно према уговорном статуту, има се оцењивати и законска презумпција и терет доказивања у сфери материјалноправних прописа.¹⁹

Конвенцијом је искључена примена установе *renvoi* тј. узвраћања и упућивања на даље право у односу на све случајеве одређивања меродавног права.²⁰ У погледу примене конвенције у државама са нејединственим правним поретком предвиђено је да се свако правно подручје има посматрати као држава у процесу одређивања меродавног права.²¹

1. Одлучујуће чињенице за одређивање меродавног права према Римској конвенцији јесу, пре свега, аутономија воље као најсврхисходнији колизиони инструмент за уговорне обавезе и карактеристична уговорна престација, која представља темељ колизионих решења модерних европских правних система. Странке могу изабрати меродавно право за своје уговорне обавезе на изричит начин или тако што ће избор меродавног права произилазити из уговорних одредаба и околности случаја,²² односно на прећутан начин. При томе би требало узети у обзир чињеницу да је уговорена надлежност суда или арбитраже одређене државе, примену правних израза одређеног права и сл.

Материјална ваљаност споразума о избору права подлеже меродавном изабраном праву.²³ За питања уговорне способности, конвенцијом је у погледу уговорана између особа које се налазе у истој држави а физичко лице је било способно по праву те државе, предвиђено да се исто не може позвати на своју неспособност по праву друге државе,²⁴ сем ако је друга уговорна страна знала у тренутку закључења уговора за њену неспособност или је била намерна.

Између изабраног права и уговора не мора постојати *конексивитет*, а допуштено је и тзв. *цепање уговора* тако да странке могу под-

18 Чл. 8 ст. 1, чл. 10 Конвенције.

19 Чл. 14 ст. 1.

20 Чл. 15.

21 Чл. 19 ст. 1.

22 Чл. 3 ст. 1.

23 Чл. 8 ст. 1.

24 Чл. 11.

вргнути уговор у целини меродавном праву или само један његов део.²⁵ Као меродавно, странке могу изабрати само право одређене државе, с тим што је предвиђена и могућност накнадног избора меродавног права и то било као измена већ извршеног избора меродавног права, било као први избор права.²⁶ При томе, свака измена меродавног права мора бити у складу са одредбом члана 11а, тако да не могу бити на штету права трећих лица. Од примене правила изабраног права може се одступити ако би таква промена била очигледно у супротности са јавним поретком државе форума.²⁷ Конвенцијом је омеђено поље примене меродавног права у односу на *принудне прописе*. Наиме, страначки избор страног права не утиче на примену права државе форума који се уговором не могу искључити тј. принудних прописа.²⁸ На одредбу да дејство могу производити и принудни прописи оне државе са којом чињенично стање има најближу везу Велика Британија, Ирска, Луксембург и Немачка су ставиле резерву. Конвенцијска решења не ограничавају само примену правила *lex fori* која принудно уређују чињенично стање, без обзира на право меродавно за уговор.²⁹ Следеће ограничење се односило на заштиту потрошача и послопримца, у погледу чињенице да се избором права ове уговорне стране не могу лишити заштите коју дају принудни прописи државе редовног боравишта потрошача и државе чије право је супсидијарно меродавно у односу на послопримца.³⁰ На крају указујемо на конвенцијско ограничење у погледу принудних правила *legis situs* када се ради о облику уговора поводом непокретности.³¹

2. Иако је аутономија воље целисходан инструмент за избор меродавног права странке ретко одређују меродавно право за међусобне уговорне обавезе. У том случају конвенцијом је било предвиђено да се има применити право државе са којом је уговор у најближој вези.³² За уговоре код којих је изражена карактеристична престација меродавно право гравитира држави у којој се она остварује. Конвенција повезује карактеристичну престацију са оним правним поретком с којим у релевантно време тј. у време закључења уговора уговорна страна остварује територијалну везу.³³ Када се ради о непосредној престацији конвенција упућује на редовно боравиште носиоца, а ако је реч о трговачком друшт-

25 Чл. 3 ст. 1.

26 Чл. 3 ст. 2.

27 Чл. 15.

28 Чл. 3 ст. 3.

29 Чл. 7 ст. 1 и ст. 2.

30 Чл. 5 ст. 2 и чл. 6 ст. 1.

31 Чл. 9 ст. 6.

32 Чл. 4 ст. 1.

33 Чл. 4 ст. 2.

ву или удружењу на место главне управе, док се код пословне делатности упућује на главно пословно место. Одступање од примене права носиоца карактеристичне престације било је предвиђено у случају када се карактеристична престација не може утврдити и ако из свих околности произилази да уговор има ближу везу са неком другом државом. Од карактеристичне престације, као одлучујуће чињенице за одређивање меродавног права, одступиће се увек када се утврди да постоји ближа веза са правом неке друге државе; уколико је предмет уговора стварно право на непокретности или право коришћења непокретности, а странке нису изабрале меродавно право примењује се *lex rei sitae* као право у најближој вези.³⁴ За уговор о превозу робе важи претпоставка да остварује најближу везу са државом у којој превозник има главно пословно седиште у време закључења уговора, ако се у њој налази место укрцаја, искрцаја или главно пословно место пошиљаоца с тим што је ова презумпција оборива.³⁵ Супсидијарна конвенцијска колизиона решења у односу на потрошачке уговоре односе се на меродавност права редовног боравишта потрошача, а за уговоре о раду права државе у којој се обавља рад – *lex loci laboris*. Кад послодавац не обавља редовно рад у једној држави или обавља рад на отвореном мору меродавно је право државе пословног места у коме је послопримац запошљен.³⁶

3. Престанак уговорних обавеза подлеже, према конвенцији, уговорном статуту.³⁷ Меродавно право за уступање потраживања обухвата оцену права за обавезе цедента и цесионара тј. уступиоца и примаоца и дејства уступања према дужнику. За прве је меродавно право које је по конвенцији меродавно за њихов уговор, док је за дејства уступања према дужнику предвиђена примена права меродавног за уступљено потраживање.³⁸ Према праву меродавном за уступљено потраживање има се ценити преносивост потраживања, постојање и садржина потраживања, однос између примаоца и дужника, ослобађајуће дејство дужникове чинидбе, што указује на тенденцију заштите дужника.

За законску суброгацију, односно овлашћење треће особе да захтева намирење као нови поверилац од дужника, меродавно је право којим се уређују обавезе плаћања треће особе према старом повериоцу.³⁹ Садржај потраживања код уступања, као и код суброгације, и питања застарелости регулишу се по праву које је меродавно за само потраживање.⁴⁰

34 Чл. 4 ст. 3.

35 Чл. 4 ст. 4.

36 Чл. 5 ст. 3 и чл. 6 ст. 2.

37 Чл. 10 ст. 1 д).

38 Чл. 12 ст. 1 и ст. 2.

39 Чл. 13 ст. 1 и ст. 2; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2001, стр. 469.

40 M. Duitoit, *Commentaire de la loi du 1987, 2001*, стр. 469.

Уговорном статуту подлеже и пребијање и то само ако су потраживања подвргнута истом меродавном праву, док се у супротном конвенцијска правила не би могла применити, односно примењивала би се национална унутрашња међународна приватна права држава чланица.

Ипак, комбинација секторног приступа и колизионоправних решења убрзо се показала као лоша, тако да се у први план истиче да је колизионо правни приступ за поједине секторе уговорног права неадекватан. Наиме, Одбор за економска и социјална питања је на тему „потрошач на тржишту осигурања“ изнео критику да је створено незамисливо клупко упуства и норматива о степеновању.⁴¹ То исто важи и за Римску конвенцију којом се колизионоправно решење зауставило на пола пута.⁴²

II Меродавно право за уговоре према европским колизионим правилима након Уговора из Амстердама

Проблематика одређивања уговорног статута уз деликтни статут⁴³ слони за нејинтересантније у доктринарним расправама. У процесу уједначавања националних правила, односно комунитаризације европског међународног приватног права Комисија Европске заједнице дала је приоритет управо уједначавању правила о праву меродавном за уговорне и вануговорне обавезе. У ту сврху Комисија је оформила групу стручњака која је припремила Нацрт конвенције о меродавном праву за уговорне и вануговорне обавезе. Доношењем Римске конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе земље чланице су јасно изразиле разлику у ставовима поводом колизионе регулативе вануговорних обавеза.

Након Уговора из Амстердама реформа европских колизионих правила донела је знатне промене на подручју одређивања меродавног права за уговоре. Наиме, Уредба Рим II о праву меродавном за уговорне обавезе, које је заменила Римску конвенцију о меродавном праву за уговорне обавезе, по први пут је увела посебна правила о одређивању ме-

41 С 95/79 sub. 2.3.1.2.3. и извештај одбора за право и унутрашње тржиште Европског парламента о приближавању приватног и трговачког права земаља чланица од 16.11.2001 (А5-0384/2001 коначно) који се односи на саопштење комисије о Европском уговорном праву од 11.7.2001. (КОМ 2001 398 коначно) и уговоре о осигурању (9/14) о томе, да међународно приватно право више не представља примерен инструмент за унутрашње тржиште, које је већ у таквој мери интегрисано.

42 О. Lando, *Правила европској уговорној њрава*, у радном документу Генералне дирекције за науку Европског парламента „истраживање правила приватног права у ЕУ у погледу дискриминације и стварања Европског грађанског законика“.

43 Р. Kahn, О. Freund, *Delictual Liability and the Conflict of Laws*, Collected Courses of the Hague Academy of International law, 1968, II, стр. 37.

родавног права за поједине уговоре. До уласка Србије у Европску унију на одређивање меродавног права за уговоре примењиваће се одредбе Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља који је, истина, сада у процесу измене.⁴⁴ Уредбе ЕУ се непосредно примењују у државама чланицама од дана њиховог ступања на снагу и не уносе се у унутрашње право.

Уредба бр. 593/2008 Савета и Европског парламента о праву меродавном за уговорне обавезе темељни је извор колизионих правила за све уговорне обавезе у ЕУ. Уредба је ступила на снагу 17. децембра 2009. године и њоме су по први пут строго постављена правила за одређивање меродавног права за поједине уговоре.⁴⁵ Она је заменила Римску конвенцију која је представљала међународни уговор а не правни акт Европске заједнице. Уредбом Рим I се прописује да је примарно меродавно за уговорне односе оно право које су странке изабрале (чл. 3(1) Уредбе). Тиме се најважнија улога даје чврсто утемељеном начелу страначке аутономије у међународном приватном праву уговорних обавеза.⁴⁶ Члан 3 Уредбе Рим I који одређује питање слободе избора меродавног права не разликује се значајно у садржају у поређењу са чланом 3 Римске конвенције који је уређивао исто питање.⁴⁷ Према општеприхваћеном тумачењу странке могу изабрати било које право па чак и ако оно нема никакве везе са уговором.⁴⁸ Једино што је важно јесте да изабрано право мора бити „право у техничком смислу а не општа начела или било који сет необавезујућих правила“. Странке могу одредити да ће за различите делове уговора меродавна бити различита права а могу одредити меродавно право чак и након што је главни уговор закључен, ако тај избор не утиче на права трећих.⁴⁹

Избор меродавног права може бити изричит и прећутан. Сходно Уредби избор мора бити изричит или „недвосмислено произилазити из уговорних одредаба или из околности случаја“ („*clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case*“). Та формулација се само незнатно разликује у односу на ону из Римске конвенције којом је

44 Службени лист СФРЈ, бр. 43/82 и 72/82.

45 OJ L 177, 4.7.2008, р. 6–16.

46 Преамбула Уредбе (тач. 11) „Слобода странака да изаберу меродавно право треба да буде једно од темељних начела састава колизионих правила за уговорне обавезе.“

47 P. Lagarde, A. Tenenbaum, *De la convention de Rome au règlement Rome I, Revue critique de droit international privé*, 2008, стр. 735; H. Heiss, *Party Autonomy, Rome I Regulation, the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, 2009, стр. 1–17.

48 Такво схватање аутономије странака везује се за пресуду у случају *Vita Food Products inc. v. Unus Shipping Co Ltd.*

49 Члан 3 ст. 1 и чл. 3 ст. 2 Уредбе Рим I.

било одређено да избор мора бити изричит или мора „довољно сигурно излазити из уговорних одредаба или из околности случаја“ („*demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case*“). Формулација којом се уређује прећутни избор меродавног права промењена је због неуједначености праксе према Римској конвенцији. У тумачењу ове одредбе у односу на остале судове држава ЕУ приметна је знатна флексибилност немачких и британских судова.⁵⁰ Формулација да договор странака о надлежном суду може бити само један од фактора који указују на прећутан избор меродавног права даје неке одреднице о прећутном избору права, али не даје недвосмислена упутства како одредити да постоји прећутан избор.

У случају непостојања изричитог или прећутног избора меродавног права суд ће одредити меродавно право на темељу члана 4 Уредбе. Одредба овог члана разликује се од онога што је било прописано Римском конвенцијом, највише по томе што за одређене врсте уговора поставља посебна, строга правила. На темељу члана 4 Уредбе Рим I суд ће одређивати меродавно право на следећи начин:

1. За поједине врсте уговора меродавно право унапред је одређено строгим правилима(ст. 1); стога ће суд прво одредити о којем се уговору ради те уколико за тај уговор постоји посебно правило, применом тог правила одредити меродавно право.

Посебна правила постоје и за уговор о купопродаји као и за уговор о дистрибуцији:

- a) за уговор о купопродаји робе меродавно је право државе редовног боравишта продавца;

...

- b) за уговор о дистрибуцији меродавно је право државе редовног боравишта дистрибутера.

2. За остале уговоре упућује се на право карактеристичне чинидбе (ст. 2).
3. Када је очигледно да је уговор уже повезан са неком другом државом а не оном одређеном према ст. 1 и 2 примениће се право те државе (чл. 3).

Када се меродавно право не може утврдити применом става 1 и 2 меродавно ће бити право државе која је у најужој вези са уговором (ст. 4).⁵¹

50 Green Paper of 14 January 2003 on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, COM (2002) 654 final.

51 Ротар Д. Зграбљић, „Право мјеродавно за уговоре о дистрибуцији“, *Право у јосјо-дарсјиву*, бр. 3/2010, стр. 782.

Строга правила за неке уговоре почивају на начелу карактеристичне престаације (уговор о купопродаји) или пак на начелу најуже везе, док за трећу групу правила (уговор о франшизингу и уговор о дистрибуцији) није потпуно јасно зашто се европски законодавац одлучио баш за такво решење.

1. Посебна правила Уредбе Рим I за уговор о дистрибуцији

За разлику од Римске конвенције Уредба Рим I предвиђа посебно правило о одређивању меродавног права за уговоре о дистрибуцији. До усвајања Уредбе Рим I национални судови нису имали строго одређено колизионо правило, већ је било нужно утврђивати која од две уговорне стране врши карактеристичну чинидбу тј. са којом је државом уговор у најужој вези. Насупрот томе, примењујући Уредбу Рим I судови морају да категоризују уговор, па тек након тога исти подвргнути одређеном строго постављеном колизионом правилу, без улажења у питање која уговорана страна врши карактеристичну престаацију.

Пракса европских националних судова говори да судови различитих земаља различито посматрају карактеристичну чинидбу. Тако, француски, енглески и италијански судови „центар гравитације“ виде у престаацији произвођача везујући дистрибуцију примарно за пренос робе.⁵² С друге стране, немачки, холандски, аустријски и шпански судови су као меродавно одређивали право дистрибутера изјашњавајући се у прилог томе да пренос робе није суштина дистрибуције. Судови су неретко истраживали који елементи уговора су најважнији за странке, за економску сврху тог уговора, динамику извршења уговора.⁵³ Треба истаћи да су судови полазили од традиционалног схватања карактеристичне чинидбе, према којем је карактеристична чинидба на страни оне уговорне странке која врши неновачану престаацију. Ово, имајући у виду да сваки уговор о дистрибуцији обавезно прати уговор о купопродаји у којем дистрибутер плаћа робу произвођачу, те да је тежиште односа између дистрибутера и произвођача на произвођачу. Европски законо-

52 M. Ancel, „The Rome I Regulation and the Distribution Contracts“, *Yearbook of Private International law*, бр. 10/2008, стр. 225.

53 Примера ради у предмету *Print Concept*, где је енглески суд требао да одреди меродавно право за уговор о дистрибуцији, *Lord Justice Tuckey* закључио је да су заступници обеју страна врло упорно настојали да докажу да је управо њихова странка имала многобројне додатне обавезе, изван оних које су директно уговорне, а све у циљу да увере суд да је тежиште уговора на њиховој страни те би меродавно право требало бити управо њихово право. Италијански *Corte di cassazione* у предмету *Otto Kogler* сматрао је да се карактеристична чинидба треба одређивати обзиром на све околности случаја, те посебно не треба улазити у одређивање врсте уговора о којем се ради.

давац је Уредбом јасно прописао да је тежиште уговора о дистрибуцији на страни дистрибутера, што је у складу са праксом судова који су и пре усвајања Уредбе тежиште стављали на обавези дистрибутера. С друге стране уговор о дистрибуцији је најчешће у најближој вези са државом дистрибутера у свим својим елементима те је мања вероватноћа да дође до активирања клаузуле одступања и до примене другог меродавног права, што ће заједно довести до уједначеног одређивања меродавног права за уговоре на подручју Европске уније.

Примедбе које би се могле ставити у односу на решења Уредбе на пољу права уговора о дистрибуцији јесу пре свега непостојање јасне дефиниције уговора који би се могао сматрати уговором о дистрибуцији. Приликом категоризације уговора судови не могу да се позивају на национално право, а опет нити један други извор европског права нема јасну и недвосмислену дефиницију. Уредба Рим I утврђује само да се ради о уговорима о пружању услуга, али таква квалификација је без јасних смерница о садржају уговора.

Осим тога, уз уговор о дистрибуцији се уобичајено закључују додатни уговори о купопродаји робе између дистрибутера и произвођача. Власништво над робом која се дистрибуира преноси се посебним купопродајним уговором. Опште колизионо правило Уредбе Рим I за такве уговоре увек је право продавца као носиоца карактеристичне престације (чл. 4(1)б). Оваква ситуација у пракси реално би довела до тога да у истом спору постоје два различита меродавна права – за садржину уговора о дистрибуцији право државе седишта дистрибутера, а за права и обавезе из уговора о купопродаји право државе седишта произвођача (као продавца у купопродајном уговору). Суд има могућност да у таквом случају примени клаузулу одступања из члана 4(3) Уредбе Рим I, на основу које се од строгих колизионих правила може одступити „ако из околности случаја произлази да уговор има очигледно ужу везу са неком другом државом“. Суд ЕУ је у спору *Intercontainer Interfrigo v Balkenende and MIC*⁵⁴ закључио да суд може применити клаузулу одступања када из околности произлази да је уговор уже повезан с правом друге државе, чиме је остављен дискрециони простор судовима да одлучује које је право уже повезано са уговором, без обзира на уношење синтагме „очигледно ужа веза“. Имајући у виду да је сваки уговор о купопродаји између дистрибутера и произвођача уско повезан с уговором о дистрибуцији постоји добра основа да суд одлучи да је за та два уговора меродавно једно исто право.

54 C-133/08 *Intercontainer Interfrigo SC(ICF)v Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*(2009).

III Меродавно право за уговоре према колизионим правилима у српском праву

Значај решавања сукоба закона код уговора произилази из различитости материјалноправних норми националних права. И поред евидентних напора усмерених на то да овај институт учини што поузданијим разлике нису отклоњене делимичном унификацијом. С друге стране, решавање сукоба закона код уговорних односа има заједничке карактеристике на општем нивоу.

Општи принципи и норме којима је уређено питање сукоба закона код уговорних односа садржани су у кодификацији међународног приватног права, односно у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља РС, познатијем као Закон о међународном приватном праву (ЗМПП), док су посебне норме део Закона о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП)⁵⁵ и Закона о облигационим и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (ЗООСВС).⁵⁶ ЗМПП предвиђа да је за уговор меродавно право које су странке изабрале ако тим законом или међународним уговором није другачије одређено. Према Закону о поморској и унутрашњој пловидби, уговор о пловидбеним односима подлеже праву које су странке изабрале.⁵⁷ Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају налаже да се одредбе тог закона о уговорима о превозу путника и ствари не примењују на односе који настају у међународном ваздушном саобраћају, ако су странке уговориле примену неког другог права.⁵⁸ Најзад, када је реч о имовинским односима брачних другова, уколико колизионе норме меродавног права предвиђају да брачни другови могу изабрати меродавно право за брачно-имовински уговор, то право ће бити меродавно.⁵⁹ За разлику од неких упоредних права, наш ЗМПП није регулисао питање тренутка до кога се уговорне странке могу споразумети о избору меродавног права и да ли је могућа измена једном учињеног избора.⁶⁰ Судска и арбитражна пракса иду у прилог томе да је за све учеснике, свакако, најбоље да тај избор учине пре или у току самог закључења уговора, али нема сумње да странке могу изабрати меродавно право и накнадно, те да могу уговорити измену већ споразумно изабраног меродавног права новим споразумом. Осим тога,

55 Службени листи СРЈ, бр. 12/98, 44/99, 73/00; Службени гласник РС, бр. 85/05, 101/05.

56 Службени листи СРЈ, бр. 12/98, исправке 15/98.

57 Чл. 19 ЗМПП; чл. 1038 ЗПУП.

58 Чл. 185 ст. 1 ЗООСВС.

59 На основу чл. 37 ст. 1 ЗМПП; чл. 37 ст. 2 ЗМПП.

60 Нпр. швајцарски ЗМПП у чл. 116/3.

наш законодавац није изричито предвидео да избор меродавног права може бити изричит и прећутан, што не представља предмет расправе али је неопходно да се предстојећом изменом српског колизионог законодавства судовима пружи више јасних смерница у погледу прећутне аутономије воље.

Извори колизионих норми у нашем праву не постављају правило којим се ограничава могућност избора примене различитих меродавних права на разне делове уговора. Сходно ЗПУП и ЗООСВС, примениће се принцип најближе везе и друге одлучујуће чињенице на уговор ако избор меродавног права није правно ваљан „на цео уговор или неки од односа који проистичу из уговора“. Доктрина је сагласна у томе да посебно колизионоправно упућивање треба да се односи на целине уговора које су самосталне, које могу да се одвоје од осталих целина и којима су уређена посебна питања из уговорног односа.

За уговоре код којих странке нису извршиле избор меродавног права избор врши законодавац или суд, конкретно за сваки појединачни случај. Постављајући колизиона решења у одсуству аутономије воље законодавац се руководио општим начелом међународног приватног права принципом најтешње повезаности правног односа и потенцијално меродавног права, тако да упућује на примену оног права са којим је уговор у најближој вези,⁶¹ при чему принцип најближе везе не поставља као правну синтагму. ЗМПП принцип најближе везе одређује као специјалну клаузулу одступања у случају када одлучујуће чињенице колизионих норми за одређивање меродавног права за садржину уговора не одражавају стварну повезаност конкретног уговора са територијом неке државе.⁶²

У одсуству колизионоправне аутономије воље странака и ако посебне околности случаја не упућују на неко друго право ЗМПП предвођа посебна колизиона решења за деветнаест уговора, базирајући тачку везивања на носиоцу карактеристичне престације, као што је то место пребивалишта тј. седишта продавца из уговора о купопродаји, посредника из уговора о посредовању итд.⁶³ Српски законодавац је посебно издвојио и уговоре који се односе на непокретности, везујући их колизионо за њихово место налажења.⁶⁴ Дејства уступања потраживања или

61 О томе уопште: P. Lagarde, *Le proximaté dans le droit international privé contemporain, recueil des cours*, 1986, стр. 9.

62 М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право (ојшћи гео)*, Београд, 2004, стр. 152.

63 Чл. 20 ЗМПП. Из арбитражне и судске праксе: Одлука Т-287/90 Спољнотрговинске арбитраже ПКЈ од 18. марта 1992. г.; Пресуда Вишег привредног суда Пж. 44/2001 од 31. јануара 2001. г. и др.

64 Чл. 21 ЗМПП.

преузимања дуга према дужнику, односно повериоцу који нису учествовали у уступању, подлежу праву меродавном за потраживање односно дуг, док се на акцесорни правни посао има применити право меродавно за главни посао уколико није друкчије одређено.⁶⁵ Право предвиђено чланом 20 ЗМПП, у одсуству аутономије воље, меродавно је у односима уговорних странака за одређивање часа од ког стицалац или преузималац покретности има право на производе и плодове ствари, као и за одређивање часа од ког они сnose ризик у вези са стварима.⁶⁶

Српско колизионо законодавство у области уговорног права по својим решењима улази у ред модерних правних система. Ипак, било би целисходно да закон предвиђа критеријум за одређивање меродавног права начелно за све уговоре у одсуству аутономије воље. Поред тога законодавац би требао да редефинише принцип аутономије воље и то посебно прећутне аутономије воље. Када је реч о корективној функцији принципа најближе везе наш ЗМПП би могао бити допуњен решењем које би представљало комбинацију решења швајцарске и аустријске кодификације међународног приватног права у погледу клаузуле одступања од примене редовно меродавног права.

Marija KRVAVAC, PhD

**Professor at the Faculty of Law University of Priština situated in
Kosovska Mitrovica**

ROME I REGULATION – UNIFORM RULES OF EUROPEAN COLLISION CONTRACT LAW

Summary

From the creation of the European Union the contracting states have regulated international procedural law and conflict of laws by international contracts. According to contracts on European Union in the version of Amsterdam from 1997 it was determined that this subject is regulated by the panel. In fact, it is regulated by European secondary law. The European Commission has jurisdiction in a domain of civil cases that are connected to the member states.

65 Чл. 24 и чл. 25 ЗМПП. Из домаће судске праксе: Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду од 11. јула 2000. г. и др.

66 Чл. 22, у вези са тим и чл. 23 ЗМПП.

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of June 17, 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), which entered into force on December 17, 2009. for the first time introduces a strict rule on determining law that governs contracts, in the case of absence of a choice of law. This provision will most definitely unify the decisions of the national courts on the law governing contracts within the European Union.

Key words: *Regulation Rome I, contract, applicable law, member state, communitarisation.*

Nataša HADŽIMANOVIĆ, PhD
Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and
International Private Law, Hamburg

NON-POSSESSORY PLEDGE – WHAT IS THE ROLE OF THE REGISTER?

Summary

The non-possessory pledge has become part of the legal regime of many a country. This is a modern tendency worldwide. The non-possessory pledge usually requires registration. It has been often said that the register provides for protection. The register, however, protects the interests of the secured creditor only to a very limited extent. The register cannot provide for strong protection for creditors of the secured creditors either. Nor can it strongly protect the creditors of the debtor. What are then the true reasons for providing for a register? With the registration the time of the establishment of the non-possessory pledge can quickly and easily be evidenced, which shows the rank of the security. A deed issued by a notary public has the same effect. However, it would most probably be more costly (if the costs of establishing and maintaining a register are disregarded) and less quick. These disadvantages might suffice to justify the establishment of a register, if the legislator of a country decides to provide for a non-possessory pledge.

Key words: *non-possessory registered pledge, register, comparative law.*

I New Age of the Registered Non-Possessory Pledge

The registered non-possessory pledge has become part of the legal regime of many a country.¹ This is a modern tendency worldwide, and more than one legislative guide on secured transactions contains model rules for this form of security.² All countries, which formed part of Yugoslavia some decades ago, have introduced it into their modernized legal systems.³ Tran-

- 1 It is known not only for example in the U.S. (H. C. SIGMAN, *Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: a basis for comparison*, in: E.-M. KIENINGER (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 54 et seq.) and, under the influence of Art. 9 UCC (Uniform Commercial Code), also in Australia, Canada, and in New Zealand, but also in Spain (E. CORDERO LOBATO, *Prenda sin Desplazamiento e hipoteca mobiliaria*, in: M. E. LAUROBA/J. MARSAL (ed.), *Garantias reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona 2006, p. 77 et seq.) and France as well as in transition countries like for instance Bulgaria, Hungary (N. CSIZMAZIA, *Reform of the Hungarian Law of Security Rightd in Movable Property*, *Juridica International XIV/2008*, p. 183 et seq.), Poland, Romania, Russian Federation, Slovakia, The Czech Republic, and The Ukraine.
- 2 Article 9 of the Uniform Commercial Code (see J.-H. RÖVER, *Secured Lending in Eastern Europe, Comparative Law of Secured Transactions and the EBRD Model Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, N 6.14 et seq.), has been a fountain of inspiration for various model laws, e.g. the EBRD and the UNCITRAL model laws. It shows the aim to simplify the law on securities by providing one model. Art. 6 of the EBRD Model Law on Secured Transactions also contains the non-possessory pledge and shows a similar tendency like Art. 9 UCC, in: <http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/secured.pdf>. See for further modern guides also the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, N 12, in: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf. See also DCFR IX. – 1: 101 (I)(a), 2: 103, 3:102 (I), in: http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. See on the UNCITRAL Legislative Guide G. McCORMACK, *The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions – Functionalism and Form*, in: L. THÉVENOZ/CH. BOVET (ed.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2006, p. 43 et seq., S. V. BAZINAS, *Key Policy Issues of the UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, in: L. THÉVENOZ/CH. BOVET (ed.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2006, p. 19 et seq., B. FOËX, *Les types et la creation de sûretés selon le Guide Législatif de la CNUDCI, Quelques enseignements pour le droit Suisse* and B. FOËX, *Opposabilité, registre et priorité: Les Chapitres V à VII du Guide Législatif de la CNUDCI*, in: L. THÉVENOZ/CH. BOVET (ed.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2006, p. 63 et seq and p. 73 et seq. For an overview over the significance of the EBRD Model Law for the EBRD and the transition countries F. DAHAN/J. SIMPSON, *The European Bank for Reconstruction and Development's Secured Transaction Project: a model law and ten core principles for a modern secured transactions law in countries of Central and Eastern Europe (and elsewhere)*, in: E.-M. KIENINGER (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 98 et seq.; J.-H. RÖVER, (No. 2), p. 63 et seq.; see also B. REICH, *Das stille Pfandrecht der Niederlande, Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung?*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen 2006, p. 96 et seq.
- 3 See M. POVLAKIĆ, *Aufbau und Funktion der Register für Mobiliarsicherheiten in Südosteuropa*, *Evropski Pravnik* (2008), p. 29 et seq.

sition countries in general were forced to do so. Otherwise they would not have been able to obtain credit for instance from the EBRD. In contrast to this, the *Acquis Communautaire*, which has to be implemented by those transition countries aspiring EC-membership, did have no such influence. This is because, so far, there have been taken almost no measures⁴ by the European Community to harmonize the differing⁵ substantive rules within the field of security rights.

However, the non-possessory pledge is not a complete novelty for the countries, which in earlier times had formed Yugoslavia.⁶ Nor is it a com-

- 4 One instrument for harmonization in this field is the Directive 2002/47/EC of 6 June 2002 on financial collateral arrangements; see for a short overview H. BEALE, *Secured Transactions*, *Juridica International* XIV/2008, p. 97; see with regard to harmonization within the EU also K. KREUZER, *Conflict-of-Laws Rules for Security Rights in Tangible Assets in the European Union*, in: H. EIDENMÜLLER/E.-M. KIENINGER (ed.), *The Future of Secured Credit in Europe*, *European Company and Financial Law Review*, Special Volume 2, De Gruyter, Berlin 2008, p. 301. For an overview of the existing EU property law S. VAN ERP/B. AKKERMANS, *European Union property law*, in: CH. TWIGG-FLESNER (ed.), *European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, p. 174 et seq. For the recent developments of the DCFR S. VAN ERP/B. AKKERMANS, *European Union property law*, in: CH. TWIGG-FLESNER (ed.), *European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, p. 180 et seq. and S. VAN ERP, *European property law: A methodology for the future*, p. 2 et seq., in: <http://ssrn.com/abstract=1734633>.
- 5 See for a short overview over the differences within the countries of the EC and the need for harmonization E.-M. KIENINGER, *Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study*, in: E.-M. KIENINGER (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 9 et seq., p. 20 et seq. Please note, however, that the French law on security rights described by the aforementioned author has been changed substantially in 2006 by the “Ordonnance n° 2006–346 du 23 mars 2006, JORF du 24 mars 2006, relative aux sûretés”. The rules have been imported into the *Code civil* (gage: art. 2333–2354; nantissement de meubles incorporels: art. 2355–2366; la propriété retenue à titre de garantie: art. 2367–2372; privilèges sur les meubles).
- 6 In 1990 the Yugoslav Act on Judicial Execution of 1978 (*Zakon o izvršnom postupku, ZIP, Službeni List SFRJ 20/1978*) introduced with art. 251a-f a non-possessory pledge for movable and immovable assets without registration requirement to be established in court and based on agreement; the Serbian Act on Judicial Execution of 2004 (*Službeni glasnik 125/2004*) still contains comparable rules, see art. 268 et seq. ZIP; however, the law now provides for publicity, art. 76 para. 1 ZIP. See for more details with regard to Serbian law N. TEŠIĆ, *Registrovana Zaloga*, *Službeni Glasnik*, Beograd 2007, p. 204 et seq. In Croatia the development of the non-possessory pledge has taken a rather peculiar turn, as the legal norms inherited from Yugoslav times have been extended and a number of separate legislative Acts, one of which has undergone changes quite frequently (*Ovršni Zakon*, see for the latest changes *Narodne Novine 139/2010*), are applicable to the non-possessory pledge. This makes the Croatian law on the non-possessory pledge rather tricky. See T. JOSIPOVIĆ, *Nova Stvarnopravna Osiguranja Tražbina u Republici Hrvatskoj*, in: T. JOSIPOVIĆ (ed.), *Stvarnopravna Uređenja Tranzicijskih Zemalja – Stanje i Perspektive – Sachenrechtliche Regelungen in den Reformländern – Aktueller Stand und Perspektiven –*, Sveučilišna tiskara, Zagreb 2009, p. 438 et seq.

pletely new phenomenon in legal history. It has had a long tradition⁷. The only relatively new aspect about it is the registration requirement⁸. However, as non-possessory pledges in different legal regimes worldwide do not always require public registration for their effectiveness vis-à-vis third parties (see Art. 3–237 para. 1 NBW⁹ [*Nieuw Burgerlijk Wetboek*], § 9–324 UCC and, to a certain extent, also § 9–201 [a] UCC), I shall analyse the function of the reg-

- 7 See for the development of *pignus* and *hypotheca* in Roman law, which both – in contrast to modern concepts, which would differentiate the two – did not require the debtor's dispossession W. HROMADKA, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert*, Böhlau Verlag, Köln/Wien 1971, p. 18 et seq. They were, therefore, the base for the development of the non-possessory pledge during the period of the *Ius Commune*, see W. HROMADKA, *Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, ZSR (Zeitschrift für Schweizerisches Recht) I 89 (1970), p. 127. See for a brief historical overview W. J. ZWALVE, *A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods*, in: E.-M. KIENINGER (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 38 et seq.
- 8 JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI'S PGB written in the 1850-ies, which became known well beyond the borders of Zurich as it showed its author's great skills and the spirit of FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY'S *Historische Rechtsschule*, contained rules on the non-possessory pledge, which required registration (§§ 874, 890 PGB). These rules inspired for instance those of the Civil Code of Schaffhausen (1863–65). The father of the Swiss Civil Code, Eugen Huber, however, was prevented to introduce a non-possessory pledge inspired by Bluntschli's ideas; see for Eugen Huber's concept of the non-possessory *Fahrnispfandverschreibung* E. Huber, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Zweite, durch Verweisungen auf das Zivilgesetzbuch und etliche Beilagen ergänzte Ausgabe (1914), Zweiter Band, Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900, in: M. Reber/Ch. Hurni (Ed.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch*, Bd. II, Stämpfli, Bern 2007, N 1955 et seq. For the debate in the Commission of the Experts see U. FASEL, *Sachenrechtliche Materialien, Von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912*, Basel/Genf/München 2005, p. 579 et seq.; see with regard to the *Fahrnisverschreibung* also the explanations in the *Botschaft* of 1904 of the Swiss Federal Executive (*Bundesrat*) U. FASEL, (No. 7), p. 1165 et seq.; see furthermore the parliamentary debates of 19 June 1906 (within the *Nationalrat*), U. FASEL, (No. 7), p. 1392 et seq., and of 11 December 1906 (within the *Ständerat*) U. FASEL, (No. 7), p. 1515 et seq. BLUNTSCHLI had been one of the teachers of VALTAZAR BOGIŠIĆ in Munich and they later on discussed some aspects regarding the artfully drafted General Property Code, which BOGIŠIĆ was preparing for Montenegro. However, BLUNTSCHLI'S death in 1881 deprived BOGIŠIĆ of his further advice, see M. LUKOVIĆ, *Valtazar Bogišić and the General Property Code for the Principality of Montenegro: Domestic and Foreign Associates*, *Balkanica* XXIX 2008, p. 184.
- 9 S. VAN ERP, *Globalisation or Isolation in New Dutch Property Law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared*, *Electronic Journal of Comparative Law* 2003, p. 6, <http://www.ejcl.org/75/art75-2.PDF>. The Dutch NBW introduced with the non-possessory pledge a "fiducia-ban", which, however, has not been respected by the Hoge Raad, see W. H. M. REEHUIS, *Omvang en werking van het Nederlandse fiducia-verbod*, *J. S. Afr. L.* 66 (1997), p. 66 et seq. See also J. H. M. VAN ERP/L.P.W. VAN VLIET, *Real and Personal Security*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 6.4, December 2002, p. 119, p. 126.

ister and answer the question, whether a register for non-possessory pledges is necessary at all.

II Nature of the Registered Non-Possessory Pledge

Non-possessory pledges just like for instance suretyship guarantees are personal securities.¹⁰ This means that the secured creditor who wants to enforce his security depends entirely on the reliability of the debtor. That makes his position, when compared to the one of a creditor with a real security, e.g. a mortgage or a possessory pledge, relatively weak. And, as a rule, the creditor who is secured with a non-possessory pledge is also in a weaker position than the creditor who has a claim against the provider of the suretyship guarantee. This is because the suretyship guarantee entitles the secured creditor to a claim against the security provider.¹¹ In contrast, the non-possessory pledge, if provided by the debtor and not by a third party, gives the secured creditor only a privileged position (priority) with regard to a part of the debtor's assets in the insolvency (reinforced personal security¹²). The non-possessory pledge, therefore, only provides for protection against other creditors.¹³

One might think that the register could somehow compensate for the weakness of the security. Why else would the world so often insist on publicity¹⁴ whenever non-possessory securities are at stake? However, the register is

10 Usually the definition is related to the classical personal securities like the suretyship guarantee U. DROBNIG, *Principles of European Law, Study group on a European Civil Code, Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2007, p. 88. Generally, and in contrast to the here discussed concept, “real” securities are defined to be those charging “things” (including rights like for instance debts); see J. S. ZIEGEL, *The EBRD Model Law on Secured Transactions – Some Canadian Observations*, in: J. BASEDOW/K. J. HOPT/ H. KÖTZ (ed.), *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, p. 210. However, this concept has not been undisputed, see W. HROMADKA, (No. 6), ZSR I, p. 126; usually the definition is related to the classical personal securities like the suretyship guarantee U. DROBNIG, *Principles of European Law, Study group on a European Civil Code, Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2007, p. 88.

11 For this reason in Roman law the suretyship guarantee has always been the preferred personal security, W. HROMADKA, (No. 6), *Entwicklung*, p. 24 et seq.

12 W. HROMADKA, (No. 6), ZSR I, p. 126.

13 J. ZWALVE, (No. 6), p. 39 et seq.; W. HROMADKA, (No. 6), ZSR I, p. 127.

14 J. ZWALVE, (No. 6), p. 43; see also the ideas of the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), CH. VON BAR/E. CLIVE (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier. European Law Publishers, Munich 2009, Section 3, p. 5494 et seq. H. BEALE, *The Future of Secured Credit in Europe: Concluding Remarks*, in: H. EIDENMÜLLER/E.-M. KIENINGER (Ed.), *The Future of Secured Credit in Europe*, *European Company and Financial Law Review*, Special Vol-

no such compensation. Only reliable observation systems providing effective control could convert the non-possessory pledge into a stronger security, i.e. a real security¹⁵. But such systems would be too expensive, time consuming and, therefore, of little practical value. Even criminal sanctions¹⁶ cannot change the nature of the security.

Why is this?

The non-possessory pledge encumbers movable assets. Movable assets, however, can be removed, destroyed, damaged, hidden, and exported into another country¹⁷ without the secured creditor being in the position to interfere. He lacks control, and therefore, he lacks the protection related to the possession of movable assets (possessory security) and the one related to the immovability of realty, where, for the creditor in order to be protected, it is sufficient to register the right (mortgage). That is why the non-possessory pledge even though it encumbers a movable asset never gains the quality of a real security. Thus, only a creditor, who is convinced of the debtor's honesty will accept to be secured with a non-possessory pledge, i.e. a (reinforced) personal security.

ume 2, De Gruyter, Berlin 2008, p. 385 et seq. However, even where registration is a rule, exceptions are allowed: Art. 9 UCC allows for exceptions to the publicity requirement ("super priority") with regard to the "purchase-money security interest" (§ 9-324[a] UCC); see J. J. WHITE/R. S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5th ed., West Group, St. Paul, Minnesota 2000, p. 846 et seq. To a certain extent also § 9-201 (a) UCC is an exception to the publicity rule; The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions provides also for exceptions, see Recommendation No. 34 (b), No. 39 et seq., p. 471 et seq., in: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-1g/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf. However, the significance of publicity has also been disputed for instance by German scholars; see R. STÜRNER, *Perfection and Priority of Security Rights, Commentary*, in: H. EIDENMÜLLER/E.-M. KIENINGER (ed.), *The Future of Secured Credit in Europe*, European Company and Financial Law Review, Special Volume 2, De Gruyter, Berlin 2008, p. 168.

- 15 Banks always insist on contractual control rights vis-à-vis their debtors; however, such control rights are no "full-time" observation systems and, therefore, do not provide for full control.
- 16 Roman Law rendered it a crime to transfer property without the disclosure of the charges with which the property was encumbered D. 47,20,3,1 (ULPIANUS).
- 17 See for the problems, which security rights in movables encounter (i.e. the extinction due to the difficulties of many States to convert foreign security rights into a fully functional and equivalent domestic security right), when the movable asset is exported, CH. VON BAR/U. DROBNIG, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, a Comparative Study*, Sellier. European Publishers, Munich 2004, N 524 et seq. U. DROBNIG, *The Recognition of Non-Possessory Security Interests Created Abroad in Private International Law*, p. 289 et seq., in: Z. PETERI/V. LAMM (ed.), *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Akademiai Kiado, Budapest 1981; K. KREUZER, (No. 4), p. 298 et seq.; H. BEALE, (No. 4), p. 96 et seq.

III Peculiarities of the Register: Inaccuracy

What then is the function of the register if it cannot convert the non-possessory pledge into a real security? If it does not protect the secured creditor in the way possession can protect him, does it protect other persons, e.g. the creditors of the debtor or the creditors of the secured creditor or third parties, who want to acquire the movable assets or the secured debt or, at last, does it protect the debtor himself from accepting too heavy a burden?

The answer is rather disappointing.¹⁸

The register is, even when it is run by civil servants, never as accurate as the land charge register (*Grundbuch*). This has firstly to do with the nature of the charged object, which is movable and therefore removable, destroyable etc. Even the duty to renew the registration from time to time¹⁹ could not prevent the inaccuracy which is caused by the nature of the charged object usually in combination with the unreliability of the possessor. Secondly, if the law allows for property acquisitions based on good faith,²⁰ this, too, makes the register inaccurate. Thirdly, if it is for the parties to make the registration, errors and delays are inevitable. Fourthly, parties will all too often tend not to register a non-possessory pledge at all or to do so only later, when forced by the debtor's upcoming illiquidity.²¹ This is because parties do not want to make public business information and the law very often lacks the necessary severeness to force them to do so anyway. And if the law-maker decides not to render public the creditor's or debtor's name in the register or decides to

18 This opinion seems not to be (openly) shared by the STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), (No. 13), p. 5495 et seq. nor can it be found in the chapter concerning the registry system in The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 475 et seq., in: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf. But see B. FOËX, (No. 2), *Opposabilité, registre et priorité*, p. 83 with regard to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, who writes that the register can only show that a security right probably exists. However, this is only a part of the truth. The other part is that no inscription is also only maybe an indicator for the fact that no security right exists.

19 See for this idea Recommendation No. 69 of The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/e/Terminology-and-Recs.18-1-10.pdf>.

20 See for instance DCFR IX. – 6:102.

21 In Switzerland this frequent omission, which has never been sanctioned by the Federal Court, the *Bundesgericht*, has led to problems with the retention of property (*Eigentumsverbehalt*), see P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12th ed., Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2002, p. 909; W. Scherrer, Art. 715/716 ZGB N70 et seq., in: R. Haab/A. Simonius/W. Scherrer/D. Zobl (ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd.: Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641 bis 729*, 2nd ed., Schulthess, Zurich 1977.

allow for the concealment of the exact data of the encumbered movable asset in order to protect their sound business interests,²² this, too, will deprive third parties of relevant information.²³ However, the register should not shed full light on the debtor's financial situation anyway.²⁴ Needless to say that the register cannot protect the debtor from too heavy a burden. However, other provisions (consumer protection law, insolvency law, debt enforcement law or the law on secured credit²⁵) can do so.

In brief, the following scenarios related to the inaccuracy of the register are possible:

-
- 22 See H.-J. LWOWSKI, "Quiet" Creation of Security Interests or Filing, in: H. EIDENMÜLLER/ E.-M. KIENINGER (ed.), *The Future of Secured Credit in Europe*, European Company and Financial Law Review, Special Volume 2, De Gruyter, Berlin 2008, p. 178 et seq.
- 23 Under Croatian law information on debtor and creditor as well as on the encumbered asset seems to be available to anyone, see art. 3 para. 6 of the Act on the Register related to Debts Secured by Judicial and Notarial Securities Encumbering Movable Assets and Rights of 2005 (*Zakon o upisniku sudskih i javnobilježnjičkih osiguranja tražbina vjetrovnika na pokretnim stvarima i pravima*, *Narodne Novine* 121/2005). The same seems to be true with regard to Serbian law: art. 58, 59, 62 of the Act on the Registered Pledge on Movable Assets of 2003 (*Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar*, *Službeni glasnik* 57/2003, 61/2005). However, the name of the creditor is not a possible search entry (see for the search engine of the Serbian agency: <http://www.apr.gov.rs/eng/Registers/Pledges/Search.aspx>) or the provided information does not contain the name of the creditor, the name of which in combination with the description of the encumbered asset, however, can be entered to get search results (see for details of the Croatian solution: <http://zaloznaprava.fina.hr/WEB-upzapKorisnickadok24082006.pdf>). See also DCFR IX. – 3:308, 3: 317, and 3:318 as well as Recommendation No. 53 (c) and No. 64 UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, where the register, albeit it allows only for searches for entries filed against individual security providers or for entries containing descriptions of the encumbered assets, provides, once the result of the search is given, the name and contact details of the creditor. See for the problems connected to the asset-based searching United Nations commission on international Trade Law, Working Group VI (Security Interests), Nineteenth session, New York 11–15 April 2011, *Draft Security Rights Registry Guide*, A/CN.9/WG.VI/WP.46/Add.1 of 7 February 2011: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V11/805/98/PDF/V1180598.pdf?OpenElement>. According to art. 33 of the Draft model regulations on the registration of security rights in movable assets of UNCITRAL, search criteria shall only be the grantor identifier, the serial number of a serial number assets or the initial registration number.
- 24 R. Stürner, *Risikoauslagerung und Informationen in der kompetitiven Marktgesellschaft – Einige Bemerkungen zu systemimmanenten Schwächen des Informationsmodells*, in: A. Heldrich/J. Prölss/I. Koller et al. (ed.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Beck, Munich 2007, p. 1491 et seq. However, due to economic insecurity within the transition countries, there are agencies which can provide potential creditors with daily up-dated information on the bank accounts of potential debtor companies, if such companies have an account on a bank, which has a link to the agency, see for Croatia: <http://www.fina.hr/Default.aspx?art=8964>.
- 25 See H. BEALE, (No. 4), p. 99.

- 1) Non-possessory pledge has been registered – it stays registered, even though debt no longer exists – new debt has been formed – secured creditor and/or provider of the non-possessory pledge have become insolvent.
- 2) Non-possessory pledge has been registered – it stays registered, even though movable has been exported, destroyed, etc. – secured creditor and/or provider of the non-possessory pledge have become insolvent.
- 3) Registration has been made with an error – it erroneously relates to a more/less valuable object.
- 4) Non-possessory pledge has not been registered, even though the parties have agreed on a security – provider of the security becomes insolvent – non-possessory pledge becomes registered just in time before the insolvency.

What are the consequences of all this?

IV Consequences of the Inaccuracy of the Register

1. Position of Second Security Taker and Acquirer of the Chattel respectively

If no pledge exists, a wrong registration shall not render it valid.

Therefore, third parties, to whom the claim has been assigned, shall not be able to acquire *bona fide* a non-existing security.

And if there is no registration (or it is impossible to search for the encumbered chattel or the debtor due to an error), third parties can, as a rule, assume that the chattel is not encumbered and that it belongs to the vendor. However, it is necessary in certain situations (e.g. if goods are sold by a merchant, who trades with such goods;²⁶ or goods have very little value) to free purchasers from the obligation to search for an entry in the register, as it otherwise would hinder the trade flow. This is not always detrimental to the secured creditor's interest, as the debtor is paid and can, therefore, pay back his debt.²⁷

²⁶ See art. 23 para. 6 of the Serbian Act on the Registered Pledge on Movable Assets.

²⁷ U. Drobnig, *Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten?*, *Gutachten für den 51. Juristentag*, in: *Verhandlungen des einundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Stuttgart 1976, Bd. I (Gutachten), Teil f, Beck, Munich 1976, F. 29.

2. Position of Creditors of the Secured Creditor and the Debtor respectively

If no pledge exists, creditors of the secured creditor, who trusted in their debtor's protected position (scenarios 1–3), as a rule, should not be able to rely on a wrong registration either. This is, because it would in most cases be inadequate to render valid a wrong registration just for the *bona fides* third parties have. And if the law provides that the secured creditor's name stays concealed vis-à-vis third parties (for the already mentioned business policy reasons) even though properly registered, the creditors lack information in any case, albeit not protection.

If there is no registration, even though the parties have agreed on a non-possessory pledge, (which – as the parties want it – is to be registered only just in time should the debtor become illiquid – scenario 3), the creditors of the debtor might, if the movable asset is of big value, get the wrong impression that there is no need to ask for security or that they will later on be able to get a secured position. The correct way to try and inhibit the parties' abusive secrecy, is to provide for a remedy comparable to an *Actio Pauliana*.²⁸ The US-law is a good example for such a concept:²⁹ the remedy should render invalid the non-possessory pledge (to the detriment of the *prima facie* secured creditor and his creditors), which is registered right before or some time before the debtor becomes illiquid under two presuppositions: 1) the debtor has been provided with a credit by a non-secured creditor which has not been paid back and 2) the debtor and the secured creditor cannot prove that they have registered the security right after the agreement on a credit and security. The law would presume abusiveness and it would be for the parties to prove the contrary. This solution is, in my opinion, prefer-

28 Under Swiss law the *Actio Pauliana* in its current form (especially the general rule) lacks sufficient severeness; and it does not render void the *titulus* of the “attacked” transaction, but only provides for the duty to return a good; see H. PETER, *Art. 285 SchKG* N 10, in: L. DALLÈVES/B. FOËX/N. JEANDIN (Ed.), *Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Geneva/Munich 2005; D. STAEHELIN, *Art. 285 SchKG* N 8 et seq, in: A. STAEHELIN/T. BAUER (ed.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Unter Einbezug der Nebenerlasse, SchKG III, Art. 221–352, Nebenerlasse*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Geneva/Munich 2005. Art. 717 para. 2 of the Swiss Civil Code is no good help either.

29 11 USC (United States Code) § 544 (a) provides for the strong-arm power of the insolvency trustee, as it allows the trustee to avoid the security right, which, as long it has not been perfected (§ 9–203 [a] and [b] UCC), is valid *inter partes* and, to a certain extent, even vis-à-vis unsecured creditors (§ 9–201 [a] UCC). Exceptions to this strong-arm power rule are made, when the parties to the contract have done everything to get the perfection of the security right done, see 11 USC §§ 546 (b), 362 (b)(3), § 9–317 (a)(2) (B) UCC.

able to the one provided by Art. 8.1 of the EBRD Model Law on Secured Transactions,³⁰ which requires registration within 30 days after the date of the charging instrument in order to create the security (it also shows a different concept of creation of the security right). This is, because the parties will almost always be able to write the required dates, even when the facts are different, and it is difficult to prove that the parties abusively postponed the entry. An analogous solution like the one here suggested should be taken into consideration, where there is a wrong entry instead of no entry.³¹

It has to be noted here that even with the possessory pledge creditors of the debtor are not entirely protected. The fact that charged objects cannot stay in the debtor's possession, can only to a certain extent shed light on the debtor's liquidity. The dispossession has only a limited effect: it does not inform on leased objects in the possession of the debtor, which can also lead to a wrong impression on the debtor's creditworthiness; it does not inform on other debts of the debtor;³² and it cannot prevent the debtor from giving away, destroying etc. a valuable object in the future, the existence of which was taken into consideration when the credit was provided. In addition, many Civil Codes do not consequently enough insist on the dispossession (see for instance Art. 888 para. 2 Swiss Civil Code).³³ And courts very often tolerate the development of clandestine non-possessory pledges.³⁴

30 “In order to obtain registration of a registered charge as referred to in Article 6.2 a registration statement must be presented at the charges' registry not later than 30 days after the date of the charging instrument as defined in Article 7.3.6. If a registration statement is not presented by that date the charge is not created.”

31 See for a somewhat different concept The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. It states that the consequences of an incorrect statement or insufficient description should, as a rule, not render ineffective the registered notice, p. 479, in: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf. The registration should only become ineffective (and therefore the security would not be opposable vis-à-vis third parties), when it would seriously mislead a reasonable searcher; however, as the secured creditor's name is not a search criterion anyway, in this respect accuracy is never necessary for the registration to become effective, see N 36, in: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V11/805/98/PDF/V1180598.pdf?OpenElement>.

32 D. Girsberger, *Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?*, SJZ (Schweizerisches Juristenzeitung) 93 (1997), p. 102; L. Aeschlimann/B. Foëx, *Sûretés mobilières: limites et réforme du droit suisse*, in: L. Thévenoz/Ch. BOVET (ed.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Zurich/Basel/Geneva 2006, p. 18 et seq.

33 See with regard to Swiss law W. HROMADKA, (No. 6), ZSR I 89 (1970), p. 157 and for Austrian law W. HROMADKA, (No. 6), ZSR I 89 (1970), p. 137.

34 Art. 717 para. 2 of the Swiss Civil Code renders a non-possessory pledge only invalid, if the judge is convinced of the abusiveness of the lack of the dispossession. See for clandestine non-possessory pledges under Swiss law D. GIRSBERGER, (No. 30), p. 101 et seq. W. Wiegand, *Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand*, in: W. Wiegand (ed.), *Mobiliarsicherheiten, Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht*, Stämpfli, Bern 1998, p. 97

3. Consequences of Corrective Mechanisms to Prevent Partly the Inaccuracy of the Register

Due to the manifold causes for inaccuracy within the register, there are but few corrective mechanisms: one is a remedy comparable to the *Actio Pauliana*. Another is the duty to renew the registration periodically. The first one might be more effective.

It could have the following effect: If the debtor feels forced to register the pledge due to the remedy comparable to the *Actio Pauliana*, this might hinder him to charge his chattel with a non-possessory pledge, since he might feel his business interests (secrecy of credit needs) in danger. If possible, he might provide for securities, which require no registration (e.g. assignment of debts). All in all this would, in general, lead to less credits or to credits without securities.

If the remedy, which should work like a severe *Actio Pauliana*, should not have the wished effect, the debtor will provide frequently for a non-possessory security without it being registered. As creditors will become aware of such a potential danger, they will, whenever possible, ask for security. That way the number of secured credits will rise and non-secured creditors will hardly ever get anything in the insolvency proceeding. In Germany this situation has occurred and been called “*Konkurs des Konkurses*” (insolvency of the insolvency), and it has led to changes in the German law of insolvency. However, as the root of the problem has not been eradicated, not much has changed since then.

V Conclusions

The secured creditor lacks protection due to the mobility of the security object and the rules on the *bona fides* acquisition. Therefore, the register protects the interests of the secured creditor only to a very limited extent. The register cannot provide for strong protection for creditors of the secured creditors either. Nor can it strongly protect the creditors of the debtor. However, even a possessory pledge has only limited effects in that respect.

What are then the true reasons for providing for a register? With the registration the time of the establishment of the non-possessory pledge can quickly and easily be evidenced, which shows the rank of the security.³⁵

et seq., G. Walter, *Sicherungsrechte heute – Probleme und Lösungsansätze*, in: H. Honsell (ed.), *Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, Schulthess, Zürich 2003, p. 146 and B. Foëx, *Sûretés mobilières: propositions pour une réforme*, ZSR II (2007), p. 297.

35 J.-H. RÖVER, (No. 2), N 6.18; see also The UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, p. 103, in: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_

A deed issued by a notary public has the same effect. That is why the Dutch regulation provides it as an alternative (Art. 3–237 para. 1 NBW). However, it would most probably be more costly (if the costs of establishing and maintaining a register are disregarded³⁶) and less quick. These disadvantages might suffice to justify the establishment of a register, if the legislator of a country decides to provide for a non-possessory pledge.

др *Наташа* ХАЏИМАНОВИЋ
виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и
међународно приватно право, Хамбург, Немачка

БЕЗДРЖАВИНСКА ЗАЛОГА – КАКВА ЈЕ УЛОГА РЕГИСТРА?

Резиме

Бездржавинска zaloга је постојала део јавног уређења великог броја земаља. Ово је модерна тенденција широм света. Бездржавинска zaloга уобичајено захтева регистрацију. Често се каже да регистар обезбеђује заштити. Међутим, регистар штити интересе обезбеђених поверилаца само до одређеног степена. Регистар не може да обезбеди снажну заштиту повериоцима обезбеђених поверилаца, Такође, он не може да заштити у јединости ни повериоце дужника. Који су онда јавни разлози за постојање регистра? Са регистрацијом се брзо и једноставно утврђује време успостављања бездржавинске zaloге, а то указује рани обезбеђења. Исправа издава од стране јавног бележника има исти ефекат. Међутим, она би највероватније била скупа (ако се занемаре трошкови успостављања и одржавања регистра) и спорна. Ови недостаци су довољни да оправдају успостављање регистра, ако се законодавац одлучи да уведе бездржавинску zaloгу.

Кључне речи: бездржавинска регистрована zaloга, регистар, упоредно право.

Ebook_Suppl_SR_IP.pdf. See also B. REICH, (No. 2), p. 195 et seq. with regard to the Dutch non-possessory pledge. A. VENEZIANO, *Mobiliarsicherungsrecht im zukünftigen akademischen gemeinsamen Referenzrahmen*, in: M. Schmidt-Kessel (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung*, sellier. european law publishers, Munich 2009, p. 134.

36 See with regard to the costs A. VENEZIANO, (No. 33), p. 133 and H. BEALE, (No. 4), p. 102, which – in Canada and New Zealand – do not seem to be too high.

Ружа УРОШЕВИЋ
судија Управног суда, Београд

ЗАШТИТА ПРАВА ПОНУЂАЧА И ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА У ПОСТУПЦИМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

Резиме

Са њочетком примене новој Закона о јавним набавкама¹ обезбеђена је свеобухватна заштитна права понуђача и јавног интереса у свим фазама поступка јавних набавки. Понуђач може остварити заштиту у првом степену пред наручиоцем јавне набавке, а ако је незадовољан одлуком наручиоца, поступак заштите права може наставити пред самосталним и независним органом Републике Србије – Републичком комисијом за заштиту права у поступцима јавних набавки. Против одлуке Републике комисије се не може изјавити жалба, али се може покренути тужбом уравни спор. Уравни спор се може покренути пред Управним судом и када Републичка комисија није донела и доставила одлуку у законом предвиђеним роковима.

Кључне речи: *јавна набавка, Републичка комисија, наручилац, заштитна права понуђача, заштитна јавног интереса, уравни спор, поступак, уравни спор.*

I Заштита права у управном поступку

1. Активна легитимација

Заштита права понуђача и јавног интереса у управном поступку остварује се подношењем захтева за заштиту права. Захтев за заштиту

¹ Службени гласник РС, број 116/08.

права може да поднесе свако лице које има интерес да закључи уговор о конкретној јавној набавци. То може бити понуђач који је преузео конкурсну документацију или поднео понуду, али и потенцијални понуђач који је на други начин дошао у посед конкурсне документације, или на други начин сазнао за спровођење поступка јавне набавке. Битно је да подносилац захтева у време подношења захтева за заштиту права понуђача мора имати релевантан интерес за закључење конкретног уговора.

У случају повреде јавног интереса, захтев за заштиту права може поднети Управа за јавне набавке, јавни правобранилац и државни орган или организација која је овлашћена да врши надзор над пословањем наручиоца.

Имајући у виду да појам „јавни интерес“ у правној теорији спада у групу неодређених појмова, мишљења сам да постојање јавног интереса треба ценити из угла делатности Управе за јавне набавке која, између осталог, обезбеђује услове за економичну, ефикасну и транспарентну употребу јавних финансијских средстава за јавне набавке и подстицање конкурентности и равноправности понуђача у поступцима јавних набавки.

2. Рокови за подношење захтева

Захтев за заштиту права се подноси наручиоцу јавне набавке који о захтеву одлучује у првом степену. Зависно од тога шта се оспорава захтевом за заштиту права, утврђени су и рокови за подношење захтева, са одређеним изузецима.

Уколико се захтевом оспорава било која радња наручиоца, захтев се може поднети током целог поступка. Изузетак представља случај када се после истека рока за подношење понуда или пријава, захтевом оспоравају радње наручиоца предузете у поступку јавне набавке, а подносиоцу су разлози за подношење захтева били познати пре истека рока за подношење понуда или пријава. У том случају се радње наручиоца могу оспоравати само пре истека рока за подношење понуда или пријава. Други изузетак се односи на радње које се могу оспоравати у истом поступку јавне набавке, по поновљеном захтеву истог подносиоца захтева. У овом случају се поновљеним захтевом не могу оспоравати оне радње наручиоца за које је подносилац захтева знао или могао знати приликом подношења првог захтева.

Садржина јавног позива или конкурсне документације се може оспоравати само пре истека рока за подношење понуда. Важно је напоменути да у овом случају захтев за заштиту права мора бити примљен од стране наручиоца у том року, без обзира на начин достављања. То

значи да се не примењују одредбе Закона о општем управном поступку² (у даљем тексту: ЗУП) према којима се дан предаје писмена пошти сма-тра даном предаје органу коме је писмено упућено.

Против одлуке наручиоца јавне набавке о признавању квалификације подносиоцима пријаве, одлуке о обустави поступка јавне набавке и одлуке о избору најповољније понуде, може се поднети захтев за заштиту права у року од осам дана од дана пријема одлуке.

У случају да наручилац спроводи преговарачки поступак без објављивања јавног позива, обавештење о донетој одлуци о избору најповољније понуде доставља ради објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“, па се рок од осам дана за подношење захтева за заштиту права у овом случају рачуна од дана објављивања обавештења у „Службеном гласнику Републике Србије“.

3. Одлучивање наручиоца по захтеву

Законом о јавним набавкама (у даљем тексту: Закон), је детаљно уређен поступак по захтеву за заштиту права, с тим што се на питања поступка, која нису уређена овим Законом, примењују правила општег управног поступка.

Сагласно наведеном, у Закону је прецизно наведено да захтев за заштиту права садржи:

- 1) назив и адресу подносиоца захтева и лице за контакт;
- 2) назив и адресу наручиоца;
- 3) податке о јавној набавци која је предмет захтева, односно о одлуци наручиоца;
- 4) повреде прописа којима се уређује поступак јавне набавке;
- 5) чињенице и доказе којима се повреде доказују;
- 6) потврду о уплати таксе из члана 116 став 1 овог закона;
- 7) потпис подносиоца.

У случају да поднети захтев не садржи неке од наведених података, наручилац је дужан да без одлагања позове подносиоца захтева да у року од три дана допуни захтев, односно да га уреди тако да наручилац по њему може да поступи. Последица непоступања, или неблаговременог поступања по позиву за допуну захтева, је одбацивање захтева закључком наручиоца.

Уколико је захтев од почетка био уредан, или је у поступку по позиву наручиоца уређен, односно допуњен, наручилац испитује поднети

² *Сл. лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001.

захтев, односно проверава да ли је поднет благовремено и од овлашћеног лица, тј. лица које има активну легитимацију у поступку заштите права. Неблаговремен захтев, као и захтев изјављен од неовлашћеног лица, наручилац ће одбацити закључком.

Против закључка којим је одбачен захтев за заштиту права као неуредан, неблагоприятан или изјављен од неовлашћеног лица, подносилац захтева може, у року од три дана од дана пријема закључка, поднети жалбу Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: Републичка комисија), и копију жалбе истовремено доставити наручиоцу.

После претходног испитивања захтева, уколико су испуњени услови за доношење мериторне одлуке по захтеву, наручилац о захтеву одлучује решењем. Наручилац ће усвојити захтев у случају да је захтев основан и у целини или делимично поништити поступак јавне набавке, односно одбити захтев у случају да је захтев неоснован. Све до доношења мериторне одлуке по захтеву за заштиту права, подносилац захтева може писменим путем обавестити наручиоца да повлачи захтев. У том случају ће наручилац донети закључак којим ће обуставити поступак заштите права. Законом није предвиђено да се против овог закључка може изјавити жалба Републичкој комисији, али није предвиђено ни да је жалба искључена.

Одредбом члана 212 став 1 ЗУП-а, који се у поступку заштите права сходно примењује на основу одредбе члана 105 став 5 Закона, прописано је да се против закључка може изјавити посебна жалба само када је то законом изричито предвиђено, а одредбом члана 121 став 5 ЗУП-а, да је против закључка којим се обуставља поступак допуштена посебна жалба.

Како Закон не садржи одредбе о жалби на закључак о обустављању поступка, сматрам да у овом случају има места сходној примени одредаба ЗУП-а, с тим да би у том случају рок за подношење жалбе био три дана од дана пријема закључка, као и у осталим случајевима у којима је жалба против закључка предвиђена, односно као рок у коме се може тражити наставак поступка заштите права пред Републичком комисијом.

Закон је предвидео и тзв. „ћутање управе“ као могућност. Наиме, наручилац је дужан да, у случају када доноси мериторну одлуку, ту одлуку образложи и достави подносиоцу захтева у року од десет дана од дана пријема уредног захтева за заштиту права. Уколико наручилац „ћути“, односно у року од десет дана не донесе и не достави решење којим је усвојио или одбио захтев за заштиту права, подносилац захтева може у року од наредна три дана наставити поступак пред Републичком комисијом. Поступак се покреће подношењем писменог изјашњења

о наставку поступка Републичкој комисији, о чему се истовремено обавештава наручилац. Међутим, уколико би подносилац захтева пропустио да се у року од укупно 13 дана изјасни да жели да настави поступак пред Републичком комисијом, сматра се да поступак заштите права није ни започет, што значи да се наручилац, као првостепени орган, ослобађа обавезе да одлучи по поднетом захтеву за заштиту права.

Слична ситуација је предвиђена и у случају када је захтев за заштиту права одбијен као неоснован. Решење којим се одбија захтев мора да садржи и позив подносиоцу захтева за заштиту права да се најкасније у року од три дана од дана пријема решења писмено изјасни да ли ће наставити поступак пред Републичком комисијом, као и обавештење да ће наручилац донети закључак о одбацивању изјашњења, ако га подносилац захтева достави после истека рока за изјашњење. Разлика је у томе што се у овом случају изјашњење доставља наручиоцу, а копија изјашњења Републичкој комисији и што у случају пропуштања рока за достављање изјашњења, наручилац доноси закључак којим се изјашњење одбацује. Против тог закључка је допуштена жалба Републичкој комисији у року од три дана од дана пријема.

Остаје нејасно зашто није обезбеђен наставак поступка пред Републичком комисијом и у случају када је захтев за заштиту права усвојен и делимично поништен поступак јавне набавке, а подносилац је тражио да се поступак у целини поништи.

4. Одлучивање Републичке комисије

Републичка комисија одлучује о поднетом захтеву за заштиту права на основу писменог изјашњења подносиоца захтева о наставку поступка, било због тога што наручилац уопште није донео никакву одлуку по његовом захтеву, било због тога што је незадовољан одлуком наручиоца којом је његов захтев одбијен као неоснован. Приликом одлучивања Републичка комисија је везана границама поднетог захтева, али по службеној дужности води рачуна и о повредама за које подносилац није знао или није могао знати, а које су од утицаја на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке.

Међутим, Републичка комисија одлучује и као другостепени орган, али само по жалби изјављеној против закључка наручиоца.

Одлучивање у наставку поступка се не сматра одлучивањем по правном леку, већ наставаком поступка који је започет пред првостепеним органом и наставља се пред другостепеним органом. У ситуацији када првостепени орган-наручилац, није донео одлуку по захтеву подносиоца, делује логично да се омогући подносиоцу да заштиту права

захтева од другостепеног органа и да одлука другостепеног орган буде коначна. Међутим, у ситуацији када је првостепени орган-наручилац донео мериторну одлуку, којом је одбио захтев за заштиту права, противно свим правилима управног поступка, наставља се поступак пред другостепеним органом, по истом захтеву по коме је већ донета одлука. При том, имајући у виду да се наставља поступак по захтеву за заштиту права, а не одлучује по правном леку изјављеном против одлуке првостепеног органа, другостепени орган доноси нову одлуку по захтеву као да претходне одлуке наручиоца нема. Одлука наручиоца којом је захтев одбијен се не уклања из правног промета, већ се у истој правној ствари, по истом захтеву, доноси нова одлука, али од стране другог органа.

Због свега наведеног Републичка комисија доноси врло специфичне одлуке.

Имајући у виду да се пре Републичком комисијом наставља поступак на основу изјашњења о наставку поступка, Републичка комисија је дужна да најпре утврди да ли је изјашњење поднето благовремено. Ако по захтеву за заштиту права одлучује у случају када наручилац није донео одлуку у законом прописаном року, Републичка комисија мора да оцени и да ли је захтев уредан, благовремен и изјављен од овлашћеног лица. Уколико утврди да је захтев за заштиту права, односно изјашњење, поднет неблаговремено, ако га је поднело лице које нема активну легитимацију и ако подносилац захтева није у остављеном року допунио захтев, односно није га допунио у складу са позивом за допуну захтева, закључком ће одбацити захтев за заштиту права. Републичка комисија, као и наручилац, закључком обуставља поступак ако подносилац пре доношења одлуке одустане од захтева за заштиту права.

Међутим, када мериторно одлучује о захтеву, било да га усваја и у целини или делимично поништава поступак јавне набавке, било да га одбија као неоснован, Републичка комисија одлучује решењем.

У поступку по жалби изјављеној против закључка наручиоца, Републичка комисија одлучује закључком када одбацује жалбу као недопуштену, неблаговремену или изјављену од неовлашћеног лица, а решењем када потврђује закључак наручиоца или поништава закључак наручиоца и налаже даље поступање наручиоца по поднетом захтеву за заштиту права.

Како се из претходног излагања види, за предузимање појединих радњи у поступку заштите права од стране подносиоца захтева и наручиоца, предвиђени су веома кратки рокови. Стога је разумљиво и оправдано да и за Републичку комисију важе законом прописани, такође веома кратки рокови, за доношење и достављање одлука у поступку заштите права.

Наиме, о захтеву за заштиту права Републичка комисија је дужна да одлучи решењем у року од 15 дана, а о жалби против закључка наручиоца у року од 8 дана од дана пријема комплетне документације. Рок од 15 дана за одлучивање по захтеву се може, у нарочито оправданим случајевима, продужити на 20 дана, о чему се обавештавају подносилац захтева и наручилац.

Решење, односно одлуку донету по жалби, Републичка комисија је дужна да достави подносиоцу захтева, наручиоцу и изабраном понуђачу (ако је захтев поднет после доношења одлуке о избору најповољније понуде) у року од десет дана од дана доношења решења, односно одлуке. После достављања странкама у поступку, одлука Републичке комисије се доставља Управни за јавне набавке-посебној организацији која обавља стручне послове у области јавних набавки, а ради објављивања на Порталу јавних набавки. О донетој одлуци наручилац је дужан да обавести све учеснике у поступку јавне набавке.

За разлику од ранијег Закона, који је у члану 144 став 8 искључио могућност вођења управног спора, одредбом члана 118 став 5 и 6 важећег Закона је прописано да се против одлуке Републичке комисије не може изјавити жалба, али се може покренути управни спор. Управни спор се може покренути против Републичке комисије и када, у законном прописаним роковима, није донела и доставила одлуку по захтеву, односно жалби.

II Управно-судска заштита

Обзиром на релативно кратак временски период (2009. и 2010. година) у коме се примењује нови Закон који предвиђа судску заштиту у управном спору, судска пракса се углавном односи на решавање процесних питања, и то становишта примене два процесна закона: Закона о управним споровима³ (у даљем тексту: стари ЗУС), који је важио до 30.12.2009. године и Закона о управним споровима⁴ (у даљем тексту: нови ЗУС) који је ступио на снагу и примењује се од 30.12.2009. године, а који се у појединим процесним решењима битно разликују.

Управни спор се покреће тужбом која се подноси Управном суду у седишту или одељењима Управног суда у Новом Саду, Крагујевцу или Нишу, према пребивалишту, односно седишту тужиоца. Тужба се подноси у року од 30 дана од дана достављања одлуке Републичке комисије, ако је одлука донета. Ако Републичка комисија није донела одлуку о захтеву за заштиту права у року од 15 дана, односно у року од 20 дана

3 Службени лист СРЈ, бр. 46/96.

4 Службени гласник РС, бр. 111/09.

у нарочито оправданим случајевима, нити одлуку по жалби против закључка у року од 8 дана од дана пријема потребне документације, и донету одлуку није доставила у року од 10 дана наручиоцу, подносиоцу захтева и изабраном понуђачу (ако је захтев за заштиту права поднет после доношења одлуке о избору најповољније понуде) тужба због „ћутања управе“ се подноси по правилима Закона о управним споровима по истеку додатног рока од 7 дана по поновљеном тражењу подносиоца захтева-жалбе да се о његовом захтеву-жалби одлучи.

Наиме, у закону нису прописани рокови за подношење тужбе у случају да Републичка комисија не донесе одлуку по захтеву, односно жалби. Међутим и стари и нови ЗУС прописују услове и рокове за подношење тужбе због „ћутања управе“. Према одредбама члана 24 старог ЗУС-а, ако другостепени орган није у року од 60 дана или у законом одређеном краћем року донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у даљем року од 7 дана по поновљеном тражењу, странка може покренути управни спор као да јој је жалба одбијена. На начин из става 1 овог члана може поступити странка и када по њеном захтеву није донео решење првостепени орган против чијег акта није дозвољена жалба. Ако првостепени орган против чијег акта је дозвољена жалба није у року од 60 дана или у законом одређеном краћем року донео решење по захтеву, странка има право да поднесе захтев другостепеном органу. Против решења другостепеног органа странка може покренути управни спор, а може га под условима из става 1 овог члана покренути и ако овај орган не донесе решење.

Нови ЗУС на нешто другачији начин уређује услове за покретање управног спора због „ћутања управе“, и то тако што их поопштрава. Наиме, у члану 19 прописује да ако другостепени орган, у року од 60 дана од дана пријема жалбе или у законом одређеном краћем року, није донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у даљем року од 7 дана по накнадном захтеву странке поднетом другостепеном органу, странка по истеку тога рока може поднети тужбу због недоношења захтеваног акта. Ако првостепени орган по захтеву странке није у року предвиђеном законом којим се уређује општи управни поступак, донео решење против кога није дозвољена жалба, а не донесе га ни у даљем року од 7 дана по накнадном захтеву странке, странка по истеку тога рока може поднети тужбу због недоношења захтеваног акта. У члану 22 став 3 прописује да се уз тужбу поднету због „ћутања управе“ прилаже копија захтева, односно жалбе, копија захтева о накнадном тражењу из члана 19 закона и доказ о предаји ових поднесака надлежном органу. Према одредби члана 26 став 1 тачка 3) судија појединачно ће решењем одбацити тужбу ако утврди да уз тужбу због „ћутања управе“ нису приложени сви докази.

Наведена законска решења имају за последицу да ће суд, уколико је тужба због „ћутања управе“ поднета у време важења старог ЗУС-а, а тужилац уз тужбу није приложио све доказе из којих произлази испуњеност наведених услова за подношење ове тужбе, наложити тужиоцу да уреди тужбу и достави све доказе. У случају да тужилац не поступи по налогу суда тужба ће бити одбачена као неуредна или преурањена-превремена. Уколико је тужба поднета после ступања на снагу новог ЗУС-а, а тужилац уз тужбу због „ћутања“ није приложио све доказе, тужба ће бити одбачена у поступку претходног испитивања од стране судије известиоца, без давања налога за уређење. Уколико судија известилац пропусти да одбаци тужбу, то ће учинити веће Управног суда.

Чини се корисном напомена да тужба због „ћутања управе“ никада не може бити неблаговремена. Ово стога што је рок за доношење одлуке по захтеву за заштиту права и по изјављеној жалби утврђен у корист подносиоца и обавезује Комисију, а у случају да Комисија не поштује своју законску обавезу, подносиоцу је дата могућност да у свако време тражи заштиту пред судом, наравно по протеклу прописаних рокова за доношење одлуке.

Управни спор се, сагласно одредби члана 118 став 6 Закона, може покренути против одлуке Републичке комисије. То може бити решење, којим је Републичка комисија одлучила о захтеву за заштиту права или у меритуму о жалби изјављеној против закључка наручиоца, или закључак којим се одбацује захтев-жалба, односно обуставља поступак. То неспорно даље значи да се не може поднети тужба против решења првостепеног органа-наручиоца, па ће таква тужба у управном спору бити одбачена као недопуштена.

Међутим, у управном спору се јавило као спорно питање активне легитимације у управном спору. Није спорно да странке из управног поступка могу бити тужиоци у управном спору, као и да право на подношење тужбе, по законом прописаним условима, имају надлежни јавни тужилац и надлежно јавно правобранилаштво, али је спорно какав је правни положај наручиоца јавне набавке.

Тешко је рећи да се наручилац може сматрати првостепеним органом у односу на Републичку комисију за заштиту права у поступцима јавних набавки, будући да је она образована као самосталан и независан орган Републике Србије, која за свој рад одговара Народној скупштини и обезбеђује заштиту понуђача и јавног интереса у поступцима јавних набавки. Међутим, наручилац јавне набавке је свакако онај који одлучује о захтеву за заштиту права у поступку јавних набавки у првом степену и који се не може појавити као тужилац у управном спору у

коме се оцењује законитост одлуке Републичке комисије донете поводом одлуке наручиоца. Стога је Управни суд, налазећи да наручилац нема активну легитимацију у управном спору поводом заштите права у поступку јавних набавки, тужбе наручиоца јавних набавки одбацивао као изјављене од неовлашћених лица.

„По оцени навода тужбе, одговора на тужбу и свих списа ове управне ствари Управни суд је нашао да тужбу ваља одбацити, јер тужилац нема легитимацију за подношење тужбе.

Из списка предмета произилази да је решењем број 02–07–186 од 18.09.2009. године општина З. П., сагласно датом овлашћењу надлежног Министарства, одлучујући о захтеву за заштиту права заинтересованог лица одбила захтев за заштиту права заинтересованог лица З.З. „М. Г.“ из З. П., улица Арсенија Чарнојевића број 21, поднет у преговарачком поступку без објављивања, а који се односи на конкурсне услове везане за кадровски капацитет понуђача, чији је предмет набавка огрева за потребе школа, манастира и угроженог становништва на територији АП Косова и Метохије, број 4/2009, као неоснован. Незадовољно решењем заинтересовано лице ЗЗ „М. Г.“, З. П. је поднело захтев за заштиту права Комисији за заштиту права Управе за јавне набавке Републике Србије која је дана 09.10.2009. године донела решење којим је усвојен је захтев за заштиту права подносиоца захтева ЗЗ „М. Г.“ З. П. и делимично поништен преговарачки поступак без јавног објављивања јавне набавке огрева (огревног дрвета, угља и лож уља) за потребе школа, манастира и угроженог становништва на територији Републике Србије, АП Косово и Метохија, обликованог по партијама, број ј.н. 04/2009, наручиоца Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд и то у фази припреме дела конкурсне документације у којем је дефинисан услов о располагању довољним кадровским капацитетом. Незадовољан овим решењем тужилац је поднео тужбу Врховном суду Србије.

Према чл. 12 Закона о управним споровима („Службени лист СРЈ“, бр. 46/96), тужилац у управном спору може бити физичко лице, правно лице или друга странка ако сматра да је управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес. Дакле, тужиоци у управном спору могу бити само субјекти, који могу бити носиоци права и обавеза по којима је решавано у управном поступку. У конкретном случају је очигледно да се оспореним решењем, којим је усвојен захтев за заштиту права подносиоца захтева ЗЗ „М. Г.“, З. П., и делимично поништава преговарачки поступак без јавног објављивања и јавне набавке огрева за потребе школа, манастира и угроженог становништва и на територији Републике Србије, АП Косово и Метохија, наручиоца Република Србија, Министарства за Косово и Метохију, Београд – овде тужиоца и то у делу дефинисаних услова о располагању довољним ка-

дровским капацитетом, не дира у његово субјективно право или правни интерес заснован на закону. Због тога, тужилац се не може сматрати субјектом из чл. 12 Закона о управним споровима, тј. исти не може имати активну легитимацију за покретање управног спора, јер је исти наручилац посла.⁵

Републичка комисија је колегијални орган кога чине председник и четири члана које бира и разрешава Народна скупштина на предлог Владе. Председник заступа и представља Републичку комисију и руководи њеним радом. Републичка комисија одлучује на седницама које води председник или члан кога он овласти. За пуноважно одлучивање на седници потребно је присуство већине од укупног броја чланова Републичке комисије, а одлуке се доносе већином гласова од укупног броја чланова. Пословником комисије за заштиту права⁶ уређен је начин рада и одлучивања, као и друга питања од значаја за рад комисије. Иако донет у примени претходног Закона о јавним набавкама,⁷ овај Пословник је још увек на снази и у члану 15 регулише поступак одлучивања. Према наведеном, поступак одлучивања по захтевима за заштиту права, жалбама и предлозима наручиоца за наставак активности у поступку јавне набавке, почиње тако што члан Комисије који поступа по предмету (известилац) извештава Комисију о садржини предмета, излаже чињенично стање, а затим образлаже предлог одлуке. Потом председник Комисије отвара расправу о предмету. По окончању расправе председник Комисије ставља на гласање предлог одлуке. О одлучивању по захтеву за заштиту права, жалбама и предлозима наручиоца за наставак активности у поступку јавне набавке, води се посебан записник који потписују сви присутни чланови Комисије и који обухвата и белешку о гласању.

Овакво поступање је у свему у складу са одредбама члана 69 ЗУП-а којима је прописано да када решава колегијални орган у управној ствари, о већању и гласању се саставља посебан записник, а када је у поступку по жалби једногласно одлучено, не мора се састављати посебан записник о већању и гласању, већ се о томе може ставити само забелешка на спису.

Међутим, и поред свега наведеног, Комисија за заштиту права је пропустила да сачини записник о већању и гласању приликом одлучивања о захтеву тужиоца за заштиту права, због чега је Врховни суд Србије тужбу уважио и оспорено решење поништио, уз налог да се у поновном поступку отклоне ове повреде правила поступка.

5 Пресуда Управног суда III-2 У 13360-10 (2009) од 2.7.2010. године.

6 Службени гласник РС, бр. 85/2004.

7 Службени гласник РС, бр. 39/2... 101/05.

„Поред тога повређена је и одредба члана 69 став 1 ЗУП-а. Том одредбом прописано је да кад у поступку решава колегијални орган, о већању и гласању саставља се посебан записник. Кад је у поступку по жалби једногласно одлучило, не мора се састављати записник о већању и гласању, већ се о томе може саставити само забелешка на спису. Ставом 2 члана 69 прописано је да се, у записнику о већању и гласању, уписује, поред података о личном саставу колегијалног органа, означење предмета о коме се ради и кратак садржај онога што је решено, као и издвојена мишљења, ако их је било. Тај записник потписује лице које председава и записничар.

Имајући у виду да је оспорено решење донео колегијални орган – Комисија за заштиту права Управе за јавне набавке Републике Србије, а да у списима предмета нема посебног записника о већању и гласању, то је према оцени овог суда, почињена повреда правила поступка, коју је тужени орган у поновном поступку дужан да отклони.“⁸

Одредбом члана 201 став 2 ЗУП-а је прописано да решење које је донео колегијални орган потписује председавајући, ако законом или другим прописом није другачије одређено. Стога је Управни суд, у случају када је решење Комисије за заштиту права потписало неко друго лице, уместо председника чије је име и презиме означено у решењу, а у списима нема доказа да је председник овластио то лице да води седницу и решење потпише, санкционисао ове повреде правила поступка уважавањем тужбе и поништавањем оспореног решења.

„Из оспореног решења и списка предмета се види да је решење донела Комисија за заштиту права Управе за јавне набавке Републике Србије, као колегијални орган, а да је на месту за потпис овлашћеног службеног лица туженог органа – председника Комисије, решење потписало друго лице, чији је потпис нечитак, уз наводе „за председника“, а потпис је оверен печатом туженог органа. У уводу оспореног решења тужени орган се позвао на одредбу члана 117 став 2 тачка 1 Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 116/08), којом је прописано да Републичка комисија решењем усваја захтев за заштиту права и, у целини или делимично, поништава поступак јавне набавке уколико је захтев за заштиту права основан, као и на одредбу члана 116 Закона, којом је прописан начин сношења трошкова у поступку при одлучивању Комисије.

Према одредби члана 196 став 3 Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/01), писмено решење, између осталог, садржи потпис службеног лица и печат органа. Одредбом члана 197 став 1 истог закона је прописано да увод решења садржи

8 Пресуда Врховног суда Србије У. 6777/09 од 5.11.2009. године.

назив органа који доноси решење и пропис о надлежности тог органа, а одредбом члана 201 став 2 тог закона је прописано да решење које је донео колегијални орган потписује председавајући, ако законом или другим прописом није друкчије одређено.

Како оспорено решење није потписао председавајући колегијалног органа који је решење донео, чији су име и презиме означени, већ неко друго лице, суд је нашао да су при доношењу оспореног решења учињене битне повреде правила поступка из члана 196 став 3 у вези члана 201 став 2 Закона о општем управном поступку, које је у поновном поступку потребно отклонити. Овлашћење другог лица или пропис који то одређује, за доношење и потписивање решења, по ставу суда, мора да буде означено у уводу решења, сагласно одредби члана 197 став 1 у вези члана 285 Закона о општем управном поступку, јер решење може да потпише само службено лице које је законом овлашћено да га донесе, а уколико је то овлашћење пренело на друго лице у складу са законом, број и датум тог овлашћења морају да буду означени у уводу решења.

Са изнетих разлога, Управни суд је, имајући у виду да оспорено решење садржи такве недостатке у облику и саставним деловима, који акт чине очигледно незаконитим, применом одредбе члана 28 став 1 у вези члана 40 ст. 2 Закона о управним споровима, одлучио као у диспозитиву пресуде.⁹

III Закључак

Сагласно изнетом у овом реферату, могу се извести следећи закључци у погледу заштите права у управном и судском поступку у предметима јавних набавки:

1) заштита права понуђача и јавног интереса у поступцима јавних набавки остварује се подношењем захтева за заштиту права наручиоцу, који одлучује у првом степену;

2) поступак заштите права се може наставити пред Републичком комисијом за заштиту права у поступцима јавних набавки, на основу изјашњења о наставку поступка или поводом жалбе изјављене против закључка наручиоца јавних набавки;

3) приликом доношења одлука по захтевима за заштиту права примењују се правила поступка прописана Законом о јавним набавкама, а на питања која нису уређена тим законом, примењују се правила поступка прописана Законом о општем управном поступку;

4) на поступак судске заштите примењују се у целини правила поступка прописана Законом о управним споровима.

⁹ Пресуда Управног суда 10 У 17922/10 од 10.2.2010. године.

Ruža UROŠEVIĆ
Judge of the Administrative Court

PROTECTION OF THE BIDDER'S RIGHTS AND PUBLIC INTEREST IN THE PUBLIC PROCUREMENT PROCEEDINGS

Summary

Implementation of the new Law on public procurement provides comprehensive protection of the bidders rights and protection of public interest in every stage of public procurement procedure. From one side the bidders are protected before employers, and from the other side if they are not pleased with employers decision they have a right to proceed the procedure before independent body of the Republic of Serbia – Commission for the protection of rights in public procurement. The bidders can not appeal against the Commission decision, but they have a right to initiate procedure before Administrative court in order to protect their rights. The procedure before Administrative court can be initiated even if the decision of Commission has not been passed and delivered within the statutory time limits.

Key words: *public procurement, Commission for the protection of rights in public procurement, bidder, protection of bidder rights, protection of public interest, administrative procedure.*

Зорица ТУЦАКОВ
судија Привредног суда у Београду

КАМАТА КОД УГОВОРА О КРЕДИТУ

Резиме

Пуноважност уговора о кредитџу зависи ујраво од ијре јрађења уговорних елеменајта овој конкретной јословной односа, џе ујраво се од јшоја, како су они јосјављени, односно јод чијом мелодијом и ритмом су усјоличени у јоједине уговорне клаузуле, одређује ход уговора јо ошјрици јуноважностџи, ја је из јшој разлоја само један јојрешан корак довољан да се исји ујвор сјройошја у амбис јравне нишја-восји. Значај уговора о кредитџу у једном друшјву, односно јривреди, нејојребно је јосебно елаборирати, али на овом месју јребало би најоменујти само да кредитјни однос јредсјавља ону врсју облијационих односа који исјовремено може бијти и „анђео сјасијељ“ који ће нам донетји мир и решење јроблема, али и „ђавољи изасланик“ који долази са намером не само да нас јокори, већ и као ојуномоћени ловац на душу однесе нашу вољу, а јонекад и цео наш живој у зајвор времена. Имајући у виду најред наведено, камајта као један од сушјинских елеменајта кредитјной јословной односа бијно дејтерминише настјанак, одвијање и јашење конкретной уговорной односа. Сјшоја, смајрамо важним да се изнова освежи дефиниција јојма цене кредитје, како се исја ујвара, џе да се на један нов начин сајледа и мојућностј једносјране измене услова кредитја у јојледу камајта којима банке као даваоци кредитја несумњиво јриказују своју надмоћ у живоју, али и како да исју надмоћ јретворимо у једнакостј у јраву.

Кључне речи: камајта, камајне клаузуле, ојраничења ујварања камајте, једносјране измене камајне сјшоје.

I Појам камате

Каматна стопа код кредита, као што то уосталом бива код сваког правног посла при обрачунавању накнаде у виду цене за коришћење новца, представља уговорен однос између главнице кредита и накнаде за њено коришћење, који се изражава у процентним поенима најчешће за једну пословну годину. У том погледу, потребно је разликовати фиксну или непроменљиву каматну стопу и променљиву или варијабилну каматну стопу током периода важења уговорног односа, али и уочити разлику између тржишне и вантржишне каматне стопе, узимајући у обзир услове који владају на кредитном тржишту у погледу кредитне марже.

II Каматне клаузуле

Цена кредита се као нужно сусреће и у економској теорији и банкарству. У економском смислу она се дефинише као трошак пуштања кредита у течај, односно као цена новца као капитала, док се у банкарском смислу правнотехнички под овај појам подводи збир свих издатака које корисник кредита има у вези са сервисирањем кредита – камате, трошкови, провизије за добије гаранција или осигурања, као и све остале посебне накнаде. Такође, мора се имати у виду да камату као цену кредита чини неколико елемената: најпре њу чине стварни трошкови које давалац има у погледу одобравања и каснијег одржавања уговора о кредиту, затим кредитна маржа као део остварене камате који је представља накнаду коју прибавља давалац кредита на име опортунитетног трошка који настаје пласирањем средстава баш у предметни кредитни однос а не у неки други, али камата у себи поседује и заштитну клаузулу у погледу очувања вредности капитала којом се неутралише утицај промењених околности којима је новац као ствар која кружи на тржишту подложен.

Заштитне клаузуле вредности код каматних стопа представљају аналогну примену заштитних клаузула вредности код новчаних обавеза. Разлог за примену ових клаузула у области кредита налази се у томе што кредитни ризици промене вредности новца у времену, као и ризици специфични за кредит доводе до уговарања променљиве, клизне каматне стопе. На тржишту новца и капитала камате обично нису константна вредност већ имају одређено кретање у зависности од вредности новца, те уколико је валута у којој је кредит одобрен стабилна у том тренутку, као и у перспективи, каматна стопа по којој се нуди тржишту овакав кредит је нижа, а са евентуалним додатним јачањем валуте може ићи у

додатно смањење. Такође, у обрнутом случају, нестабилна валута кредита, а нарочито она код које њена вредност има тенденцију пада, може бити понуђена само тржишту по вишим каматним стопама, наравно, са додатним условом да уколико вредност додатно падне каматна стопа ће реципрочно томе бити увећана. Оваква констатација је последица чисто економске логике, односно, последица ситуације да стабилне валуте мање траже јер ће јачањем валуте обавеза бити ревалорисана, док се нестабилне траже више, јер ће са опадањем вредности висина обавезе бити девалвирана.

Најчешће, поред класичних клаузула које иду за тим да вредност дату у домаћој валути вежу за кретање вредности интервалутног курса те валуте са одређеном изразито стабилном валутом,¹ а које су саме по себи довољно јасне, клаузула прилагођавања каматне стопе је тзв. *roll-over* клаузула по којој се уговора каматна стопа чији ће се пресек правити на сваких шест месеци, обзиром да исти период према искуствима банкарског тржишта одговара периоду за утврђивање евентуалних трајнијих осцилација на тржишту новца и капитала. Дакле, датуми када се врши прилагођавање каматних стопа у складу са уговором су прецизирани унапред, а стопа се коригује аутоматским довођењем у ниво са одређеном тржишном стопом, а што је и један од типичних примера одредивости код кредита. Посебна варијанте наведене клаузуле могу се односити на широк круг посебних даваоца и корисника кредита, од којих су најпознатије *LIBOR* и *EURIBOR*, клаузуле понуђене лондонске међубанкарске стопе, односно у другом случају стопе коју прописује Европска централна банка. Без обзира која од ове две клаузуле је стипулисана у уговору о кредиту, обзиром да је разлика само у организацији која је одређује, уговорена каматна стопа биће сваких шест месеци прилагођавана, односно изједначена са каматном стопом понуђеном на шестомесечне депозите на лондонском, односно европском интербанкарском тржишту прворазредним корисницима, а која ће се утврдити на два банкарска радна дана пре наступања следећег шестомесечног каматног периода уговореног кредита. Дакле, основ ове клаузуле је променљивост каматне стопе која се усклађује са важећом каматном стопом за шестомесечне депозите које међусобно нуде банкарци на лондонском, односно европском тржишту признајући једни другима при потражњи депозита статус прворазредног комитента, с тиме да се прецизно одређује дан усклађивања, а који пада два банкарска радна дана пре дана изједначавања. Ово је посебно важно јер је управо наведена прецизност која се добија уговарањем овакве клаузуле довела до

1 Најчешће је то валута ЕУРО или амерички долар, или швајцарски франак, или чак кретање цене злата које је клаузула је била често у употреби, рецимо, у условима светске економске кризе када свака валута губи свој кредибилитет.

тога да се у општем смислу код уговарања озбиљних кредитних послова стипулише баш она, обзиром да се чак у складу са банкарском праксом унапред зна и тачан час када се врши салдирање референтне каматне стопе за један каматни период.²

Ако желимо да дефинишемо који део камате доноси даваоцу кредита (банци) профит и тиме мотив за учешћем на кредитном тржишту, јасно је да то представља каматна маржа. Каматна маржа представља разлику између тржишне и уговорене каматне стопе изражену у проценту повишења уговорене каматне стопе тзв. *over margin rate*, а тражи се од корисника, иако он по правилу није непосредно упознат који део уговорене камате представља кредитну маржу, коме давалац кредита не придаје прворазредни значај, или од корисника који послује у условима повишеног ризика, или у условима високе тражње неке валуте.³ Дакле, упрошћено речено каматна маржа треба да даваоцу кредита пружи допунску накнаду за повишени степен ризика, те да представља одговор даваоца кредита на повећану тражњу исказану од стране корисника кредита за кредитним новцем. У пракси, каматна маржа је предмет споразума посебних интербанкарских организација која делују на одећеном кредитном тржишту, при чему се мора имати у виду да на овако договорену каматну маржу има утицај и централна банка, као највиша банкарска организација на одређеној територији са улогом мониторинга стања функционисања тржишта на истом простору. При томе, потребно је навести да постоје и негативне каматне марже, које дају снижену уобичајену каматну стопу кредита, и то код бенефицираних (субвенционисаних) кредита за развој тачно опредељених привредних токова.

III Ограничења приликом уговарања камате

Ограничења тржишне каматне стопе појављују се као непосредна, законска или договорена у асоцијацијама финансијских организација, али и посредна, нпр. путем ограничења есконтне стопе.⁴ Посредна ограничења путем регулисања есконтне каматне стопе зависе од степе-

- 2 Наиме, обично се узима време у 11,00 часова као уравнотежено доба дана, када се понуда и потражња за кредитним средствима налазе на средњој висини, обзиром да су прва јутарња каматна стопа у 9,00 часова и коначна у 17,00 часова често депресиране или апресиране због утицаја тражње за кредитима на врло кратке рокове.
- 3 Нпр. уколико је уговорена ЕУРИБОР заштитна кредитна клаузула каматна стопа се формира на индексацији ЕУРИБОР+КМ, где КМ представља кредитну маржу, а вредност добијена наведеним збиром уговорену каматну стопу.
- 4 Посредним ограничењима се не штити примарно корисник кредита од евентуално високих камата, већ се штите неки други интереси као што је то рецимо случај код

на монетизације кредитних односа и развијености тржишта хартија од вредности, обзиром да висини есконтне стопе која се формира на истом тржишту директно утиче на висину каматне стопе. Ово из разлога што повећавањем нивоа есконтне каматне стопе, ималац хартије од вредности задржавају их очекујући повољнију стопу па је као последица тога маса кредитног новца мања, а при повећавању есконтне стопе, супротно овоме, маса кредитног новца потребног за покриће есконта повећава се. Последица оваквих кретања, имајући у виду да се кредитни новац ствара паралелно са текућим новцем, повишење есконтне стопе значи смањење притиска на новац у оптицају, па се следствено томе, обзиром да каматне стопе зависе од масе понуђеног, односно траженог новца јавља зависност каматних стопа од регулисања есконтне стопе.

Непосредна законска ограничења која се односе на материју камата и каматних стопа у општем смислу регулишу најпре максималну каматну стопу, забрањују анатоцизам приликом каматног обрачуна, али и превиђају санкцију ништавости за оне уговоре о кредиту који су закључени под зеленашким условима. У том погледу правну регулативу ствара и Закон о облигационим односима. Наиме, одредбом чл. 141 ЗОО прописано је да је уговор ништав ако је неко користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговорио за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другоме дао или учинио, или се обавезао дати или учинити, те ће се уколико странка која сматра да је оштећена на овакав начин у благовременом року⁵ затражи правну заштиту као правна последица на овакав уговорни однос применити одредбе Закона којима се уређују последице апсолутне ништавости уговора. Затим, одредбом чл. 399 ст. 1 ЗОО-а прописује се максимална камата код правних послова између физичких лица где се она своди на стопу која се у месту испуњења уговора наплаћује на штедне улоге по виђењу,⁶ док закон у ставу 2 истог члана прописује могућност да се посебним законом уредити пословање између правних лица, и то кроз закон о банкарском пословању и кроз деловање централне банке. Поред тога, чл. 400 ст. 1 Закона о облигационим односима на императиван начин прописано је да је ништава одредба уговора којом се предвиђа да ће на камату, када доспе за исплату, почети да тече камата, ако не буде исплаћена, али је истим чланом само у ставу 3 про-

есконтне каматне стопе када се штити превелика осцилација цене хартија од вредности на берзанском тржишту.

5 Видети чл. 141 ст. 4 Закона о облигационим односима.

6 Одредбом чл. 399 ст. 4 Закона о облигационим односима прописано је да ако је уговорена камата већа од дозвољене, примениће се највећа дозвољена стопа камате.

писано да се ова забрана неће односити на кредитно пословање банака и других банкарских организација.

Када говоримо о обрачуна камата уобичајено је да се он код средњерочних и дугорочних кредита врши шестомесечно, а приписивање камате главници годишње, када се ненаплаћена камата, наравно само ако је тако унапред уговорено, заједно са главницом узима као нови износ кредита, а у ком случају се овакво углавничење камате назива капитализацијом камате. У самој техници обрачуна камата примењује се метод каматних бројева на следећи начин: износ главнице помножи се са бројем дана доспелости, а добијени износ се потом подели са дивизором⁷ те помножи са уговореном каматном стопом.

IV Пуноважност је дно стране измене кредитних услова

Из свега напред наведеног у погледу одређења појма камате остаје као спорно да ли је и и како дозвољена могућност да се унапред уговори да је једна странка у уговорном односу овлашћена да без претходне споразумне измене уговора и кроз споразумевање са супротном страном приступи измени досадашњег уговорног односа. Наиме, у време почетка кредитне ере никоме није било ни на крају разума да се буни против уговорних одредаба које су се позивале на опште услове пословања даваоца кредита (свакако у најчешћем случају одређене банке) из једног једноставног разлога, односно из разлога што је ситуација настајања широке кредитне делатности била повољна и пожељна како би се могло што активније саучествовати у свеопштој трци за разним материјалним добрима. Тек накнадно јавили су се гласови незадовољства прво због постојања разлике између општих кредитних услова банке у одређеној земљи, поготову ако је иста у транзиционом периоду,⁸ са кредитним условима у земљи која представља земљу матицу исте банке, али затим и тиме што се оспорава суштински значај питања зашто би се поскупљење новца на светском тржишту капитала односило на неки уговор о кредиту без страног елемента, обзиром да није без значаја чињеница по којој дужника из кредитног односа не треба да интересује где је и под којима условима давалац кредита као поверилац прибавио

7 Дивизор представља број уговорених дана у обрачунавању пословне године, а у различитим кредитним системима се различито третирају исти периоди обрачуна. Нпр. по немачком методу узима се година као 360 дана а месец као 30 дана, у француском методу година се узима као 360 дана а месец према стварном броју дана или енглеском методу где се као година узима 365 дана а месец према стварном броју дана.

8 Период који у најопштијем смислу представља прелазак конкретне земље са једног економског, политичког, социјалног и културног система на други.

средства, јер би у противном банка као давалац кредита била само посредник у пружању кредитних услова, што свакако не представља њену улогу у предметном уговорном односу. Следствено томе, постављају се као спорна питања да ли су у складу са позитивним прописима уговорне одредбе према којима се странка унапред и у целости предаје на вољу даваоцу кредита⁹ (банци) овлашћење да изврши корекцију каматне стопе повећањем, или евентуално каква друга овлашћења¹⁰ без потребе давања другој уговорној страни било каквог образложења, а још мање добити сагласности исте или имати објашњење за неку околност која је објективизирана и која се не може сврстати у кривицу даваоца кредита као повериоца. При томе, треба имати на уму да се не мисли на ситуацију одредивости у којој једна уговорна страна само примењује постојеће реалне показатеље, какав је нпр. показатељ стопе инфлације у одређеној земљи, него на ситуацију у којој фактори који утичу на висину каматне стопе зависи само и искључиво на једној уговорној страни која га овакву могућности и стипулише.

Постоје неколико аспеката из којих би требало сагледати проблем једностраних измена услова кредита. Са аспекта Закона о заштити потрошача имајући у виду да примењено на један замишљени уговор о кредиту готово је потпуно сигурно да се као правило догађа да је уговор формуларан и да га је припремила банка, као и да се о појединачној одредби којом давалац кредита себи даје право да у складу са својим актима практично мења каматну стопу и трошкове и евентуално неке друге услове кредитног посла није посебно преговарало. У том погледу, мора се приметити да практично када је Закон о заштити потрошача применљив постоји прилично изгледна могућност да странка, најчешће физичко лице, вансудским или судским путем постигне утврђење да се појединачна одредба уговора било из основног текста, било из општих услова пословања, која је противна принципима установљеним законом ништава, при чему ништавост тих одредби не значи ништавост целог уговора, те целокупних одредаба општих услова пословања, већ само и искључиво конкретне једне одредбе.

Главни аспект ништавости напред наведене одредбе уговора о кредиту налази се у Закону о облигационим односима. Овај пропис ствара врло јасан дух који као својврстан семафор указује у којем правцу треба тумачити одређене одредбе овог Закона. Овако одређен дух је прецизно конкретизован у читавом низу одредби, а посебно у онима који прописују равноправност странака, једнакост узајамних престација као

9 У овом случају може се радити и о даваоцу лизинга код уговора о лизингу који је близак уговорни однос са уговором о кредиту.

10 Нпр. овлашћење за превремени раскид уговора о кредиту.

и у императивно прописаној санкцији ништавости било којих уговорних одредаба који су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.

При томе, тешко је, ако не и немогуће, да су у уговорном односу по основу уговора о кредиту уговорне стране равноправне у складу са одредбом чл. 11 ЗОО-а.

Тешко је, ако не и немогуће, тврдити да су у уговорном односу по основу уговора о кредиту могло бити савесности и поштења из чл. 12 ЗОО-а на оној страни уговорног односа ко једнострано повећава каматне приносе путем неутемељеног повећања каматне стопе, што другим речима значи да та уговорна страна води рачуна само о својим интересима. Наравно то не важи у случају када се оваква промена везује за околности на које било која од уговорних страна није могла утицати.

Тешко је, ако не и немогуће, тврдити да су у уговорном односу по основу уговора о кредиту примењује начело решавања спорова на миран начин из чл. 19 ЗОО-а када се код овог пословног односа сарадња своди на једнострано обавештење о повећању претходно уговорене каматне стопе, а о аналогiji на страни дужника-корисника кредита нема ни говора.

Тешко је, ако не и немогуће, тврдити да су у уговорном односу по основу уговора о кредиту код којег се након пуштања кредита у течај, односно након регуларног ток кредитног односа, каматна стопа од стране даваоца кредита-банке¹¹ повећа и за више од 50%¹² није прекршено начело забране злоупотребе права из чл. 13 ЗОО-а.

Могло би се и даље набрајати, али и према наведеним примерима потпуно је јасно да су у конкретном случају прекршена готово сва начела из чл. 10 до 25 ЗОО-а. Потпуно је јасно да банке као даваоци кредита, односно као повериоци, све или готово све своје проблеме из свог пословања на тржишту преваљују на своје комитенте, а имајући у виду да је кључни проблем на овом месту у уговорној одредби која не само да допушта било какво повећање, него не тражи ни аргументацију за исто. Такође, оваква уговорна одредба једнако је незаконита било код потписивања уговора, било након одређеног периода извршења уговора.

Применом наведених одредаба Закона о облигационим односима којима се уређују општа начела у облигацијама засигурно је да би одредба којом банка као давалац кредита себи даје право да у складу

11 И то, како је то на пример код нас случај, од стране оне исте банке која остварује добит неупоредиво већи од оног који остварује централна банка у матичној држави.

12 Поготову ако се ради о кредиту индексираним у CHF.

са својим актима, односно у складу са општим условима пословања, једнострано мења каматну стопу и трошкове и уопште услове кредитног односа подлеже истима, односно санкцији ништавости. Истовремено, није битно хоће ли конкретна банка као давалац кредита у конкретном случају заиста и злоупотребити своја уговорна овлашћења, него је битно да јој сам уговор даје такву могућност.¹³ Нико, баш ниједан правни субјект не заслужује положај у којем мора пасивно чекати како ће банка као давалац кредита поступити, и хоће ли и колико повећати његове обавезе кроз увећање каматне стопе. При томе, треба се имати у виду да аргумент да су уговорне стране споразумеле и на такав уговор пристале не може имати било какво утемељење, обзиром да се њиме штити само појединачни интерес, док се санкцијом ништавости коју овде заснивамо и бранимо штити јавни интерес, интерес друштва, у ком погледу никакав уговор нити накнадно сагласност не може конвалидирати.

На ово месту, мора се имати у виду и аспект зеленаштва из чл. 141 Закона о облигационим односима. За разлику од санкције ништавости у напред наведеним случајевима, ништавост уговора са кореном у зеленашком деловању, полазећи од законске дефинице зеленашког уговора, упућује нас на закључак да се у овој ситуацији ради, принципијелно, о већ насталој ситуацији, а не само о могућности настанка такве ситуације.¹⁴ Иначе, уколико занемаримо ову околност, по правилу приликом оцене уговора кредита са клаузулом која даје једнострана овлашћења банци као даваоцу кредита сви остали услови за испуњеност услова са примену санкције ништавости из разлога зеленашења биће испуњени – онај који вапи за кредитом најчешће је у тешкој материјалној ситуацији, стању нужде, односно у релацији зависности са даваоцем кредита или лакомислен.¹⁵ Ипак, из наведеног не треба извести закључак да су описане уговорне одредбе увек апсолутно ништаве по основу елемената зеленаштва него само да постоје индиције такве квалификације, и да у сваком конкретном случају треба водити рачуна и вршити провере да ли је поједина одредба уговора о кредиту ништава или није.

13 Примера ради уколико у неком уговору о раду стоји одредба која послодавцу даје право да на било какав начин злоставља свог радника или га чак лиши живота, свакако би иста одредба била ништава и нико не би имао уопште право да се пита да ли је и како таква одредба примењива у пракси.

14 У смислу да није довољно постојање само зеленашке уговорне одредбе да би дошло до санкције ништавости, већ је потребно да је она и искоришћена.

15 Постојање лакомислености може се посредно наћи и у чињеници да корисник кредита олако пристаје на све услове које му банка износи у процесу преговарања – кредитне конструкције.

Zorica TUCAKOV
Judge of the Commercial Court in Belgrade

LOAN RATE IN LOAN AGREEMENT

Summary

The validity of the loan agreement depends precisely on the game of construction contracting elements of the particular business relationship, and just from that, how they are placed, and under whose melody and rhythm are enthroned in certain contract clauses, the contract determines the pace at the edge of validity. Therefore, only one false step is sufficient for the same contract to fall down into the abyss of legal nullity. It is unnecessary to elaborate the significance of the loan agreement in a society or economy but at this point it is worth mentioning only that the loan is the kind of contractual relationship that can simultaneously be a “savior angel” who will bring us peace and solving problems, and “devil’s envoy” that comes with the intention not only to conquer us, but also as an authorized hunter to take away the soul of our will, and sometimes our whole life in jail time. Bearing in mind the above, interest as one of the essential elements of credit business relationship essentially determines the appearance, conduct and closure of a particular contract. Therefore, we consider it important to define once more loan rates how it is agreed on, and find a new way to look at the possibility of unilateral changes in credit conditions in terms of interest rates that banks as lenders clearly showing their dominance in their lives, and how that the same superiority change into the equality in law.

Key words: *loan rate, loan rate clauses, limit of contracting loan rates, unilateral changes in interest rates.*

др Мирјана КНЕЖЕВИЋ
ванредни професор на Економском факултету Универзитета у
Крагујевцу

ПОСЛОВИ СНАБДЕВАЊА ЕЛЕКТРИЧНОМ ЕНЕРГИЈОМ

Резиме

У овом чланку аутор размајра бројна питања везана за послове снабдевања електричном енергијом на српском тржиштју. На првом месту аутор се бави питањем либерализације тржишта услуга уопште, која утиче и на правну регулативу тржишта електричне енергије. Посебно се поставља питање постојаности постојеће законске регулативе у енергетском сектору обзиром на то да она не даје одговор на многа питања, већ само поставља смернице. Важећи Закон о енергетици се не бави реструктурирањем, односно реорганизацијом постојећих енергетских субјеката на јасан начин. У циљу ошклањања недостигака донет је Нацрт Закона о енергетици као резултат прелиминарног зајничког процеса реформи и задовољења потреба заинтересованих тржишних учесника у енергетском сектору. Остварене промене на тржишту електричне енергије значајно су утицале а и даље утичу на суштинску уовору о снабдевању електричном енергијом који је у великом проценту законски регулисан. Само његов незнатан део је остављен да буде регулисан од стране самих уговорних страна. Са аспекта потрошача, највећа промена је увођење категорије квалификованих потрошача и брисање категорије великих тарифних потрошача. Привредни субјекти који се законом сврставају у одређену категорију потрошача, имају право да самостално бирају свој изворница струјом. Право избора се још увек не користи из разлога што је цена електричне енергије

ниска. На домаћем тржишту трговци стварају нису конкуренција једни другима, али је извеснији развој конкурентској понашања у будућности.

Кључне речи: *тржишне електричне енергије, уговор о продаји електричне енергије, учесници у пословима продаје електричне енергије, значај јавних предузећа за снабдевање електричном енергијом.*

I Увод

Дефинисањем електричне енергије као робе одређеног квалитета која због свог значаја у савременом животу подлеже прописима, стандардима, квалитету, доводи до јачања тржишног деловања и понашању када је у питању продаја и промет такве врсте робе.

Обављање делатности на тржишту енергије врши се и организује у складу са циљевима развоја енергетских делатности и потребама купаца за обезбеђивањем квалитетног и сигурног снабдевача енергијом, уз поштовање принципа конкурентности и једнаког правног положаја свих субјеката на том тржишту. У таквим делатностима постоји природни монопол тако да нису атрактивне за улагање привредним субјектима у приватном сектору због великог ризика улагања, присуства јавних овлашћења, постојања високих стандарда итд. Као значајан сегмент економске политике сваке тржишне економије, конкуренција на тржишту електричне енергије пружа могућност избора потрошачима и штити их истовремено од евентуалних активности које могу да смање њихова права, настојећи при томе да не угуши развојне подстицаје и потенцијале, утиче на формирање реалне цене електричне енергије. На тај начин крајњи потрошач добија могућност да бира добављача тј. произвођача или дистрибутера од којег ће да купи електричну енергију по нижој, повољнијој цени.

Код преноса и размене електричне енергије, Србија је значајна земља у региону, а успостављање и функционисање унутрашњег енергетског тржишта југоисточне Европе, чији је члан и Србија има практичан значај за све државе овог региона из разлога стварања услова за трговину енергијом ван државних граница.

II Правна регулатива

Европске интеграције захтевају отварања тржишта електричне енергије, стварање хармонизованог, на правним тековинама ЕУ заснованог права продаје електричне енергије.¹

¹ Директива 2003/54/ЕЗ.

Србија се као потписница Уговора о енергетској заједници Југоисточне Европе,² налази у процесу либерализације тржишта електричне енергије, са преузетом обавезом укидања монопола и стварања услова за настанак конкурентског тржишта електричне енергије. Важећа домаћа легислатива тржишта електричне енергије садржи решења Директиве 96/92/ЕЗ и 2003/54/ЕЗ.

Првом Директивом је установљен правни оквир за постизање либерализације на европском тржишту електричне енергије. Упоредним развојем унутрашњег електричног тржишта створена су нова права за потрошаче, произвођаче, операторе преноса и снабдеваче електричном енергијом.

Директива 2003/54/ЕЗ наставља процес са захтевом изградње ефикасних контролних механизма за правичну и потпуну примену постављених правила кроз Директиву.³

Законодавом регулативом је постављен темељ тржишта електричне енергије у Србији, са увођењем тржишног деловања и конкурентског понашања свих учесника на тржишту. Успостављање конкурентног тржишта електричне енергије је имплементирање Уставног начела које гласи да: „Сви имају једнак положај на тржишту. Забрањени су акти којима се суиорито закону, ораничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополској или доминантној положаја.“⁴ Реформски Закон о енергетици,⁵ је први закон који целовито регулише односе у енергетици. Закон је, упркос манама које има представљао значајан корак у смеру оздрављења енергетског сектора Србије. Закон о енергетици уводи у енергетски сектор институције: Агенцију за енергетику Републике Србије и Агенцију за енергетску ефикасност. Поред ових тела, Закон предвиђа и могућност за оснивање оператора преносног система, односно засебног предузећа за пренос електричне енергије.

Закон о енергетици из 2004. године је био први корак реформе српског законодавства у области енергетике. Започети процеси реформе енергетског сектора имали за циљ стварање либерализованог тржишта електричне енергије и увођење конкуренције на тржиште, што је праћено реструктурирањем и власничком трансформацијом електропривредних компанија. Економски ефекти либерализације

2 Уговор о енергетској заједници Југоисточне Европе: <http://www.energy-community.org>.

3 Д. Марковић-Бајаловић, „Јавни сектор привреде у праву конкуренције ЕУ“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1999, стр. 747.

4 Члан 84 Устава РС.

5 Закон о енергетици, донет 22. јула 2004. године ступио је на снагу 1. августа 2004. године, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004.

тржишта електричне енергије се рефлектују на област смањења цене електричне енергије, повећање инвестиција у сектору, као и смањивање енергетске зависности земље.

Важећи закон у време када је донет представљао је водећи реформски закон, али поред тога има недостатке који се испољавају у области регулације енергетског тржишта. У циљу отклањања тих недостатака донет је Нацрт Закона о енергетици којим је извршена потпуна либерализација тржишта, тако да купци електричне енергије и гаса у Србији, осим домаћинстава добијају право избора снабдевача од 1. јануара 2015. године. Нацртом је предвиђено и да од 1. јануара 2012. године цену струје и гаса одређује Агенција за енергетику Србије уместо Владе Србије која је сада надлежна за то. Нацрт представља резултат претходно започетих процеса реформи и задовољења потреба заштите самих потрошача и тржишног понашања у енергетском сектору. Купац према Нацрту Закона о енергетици постаје слободан у погледу избора сопственог снабдевача енергијом.

III Тржиште електричне енергије

У Србији и у југоисточној Европи и даље нема развијеног унутрашњег тржишта електричне енергије и поред усвојених закона и постојање одговарајуће законске регулативе.⁶ На тржишту електричне енергије постојао је монопол као оптимално решење за снабдевање крајњих корисника електричном енергијом, због њене специфичности и ограничења саме производње, тј. постојала је само једна државна компанија која се истовремено бавила и производњом и дистрибуцијом електричне енергије до крајњег потрошача. Последица постојећег монопола на тржишту електричне енергије је нереална цена електричне енергије коју плаћа крајњи купац.

Основни циљ примене правила конкуренције на тржишту електричне енергије је стварање услова који ће гарантовати једнакост свих привредних субјеката, учесника на тржишту. На конкурентском тржишту треба да се примењују антимонополски прописи без изузећа на све учеснике на тржишту, све привредне субјекте, чак и на оне који су у својини државе.⁷

6 У Европи постоји више од 60 трговаца струјом, од којих је 14 добило и српску лиценцу за рад. Све велике електропривреде образовале су трговачке куће, потпуно независне које тргују на отвореном тржишту и на берзама у Лајпцигу, Амстердаму, Бечу и Љубљани.

7 С. Шкорић, „Јавна предузећа и злоупотреба доминантног положаја на тржишту“, *Право и привреда*, бр. 9–12/2009, стр. 38.

На тржићу електричне енергије се одвија процес реформи који је праћен променама правне регулативе. Реформа тржишта електричне енергије се одвија као резултат преузете обавезе Републике Србије за либерализацију тржишта електричне енергије.

Према Нацрту Закона о енергетици тржиште електричне енергије обухвата:

- билатерално тржиште електричне енергије,
- балансно тржиште електричне енергије,
- берзу електричне енергије.

Организовање тржишта електричне енергије на територији Србије, уз поштовање принципа јавности и недискриминације, врши оператор преносног система, а берзе електричне енергије – оператор берзе електричне енергије.⁸ Правилима о раду тржишта ближе се уређују: модел тржишта електричне енергије, балансна одговорност учесника на тржишту и балансно тржиште електричне енергије.

Учесници на тржишту електричне енергије су: произвођач електричне енергије, снабдевач, крајњи купац који има право слободног избора снабдевача, оператори преносног и дистрибутивног система, оператор берзе електричне енергије.

Балансна одговорност учесника на тржишту се одређује закључењем уговора о балансној одговорности или уговора о преносу балансне одговорности. На овај начин се регулише финансијска одговорност за одступање количина произведене, односно преузете електричне енергије на свим местима примопредаје од количина електричне енергије које су одређене уговорима о продаји.

Снабдевач је балансно одговорна страна за места примопредаје крајњег купца који купује електричну енергију по уговору са потпуним снабдевањем. На балансном тржишту електричне енергије оператор преносног система купује и продаје електричну енергију од учесника на тржишту ради балансирања и обезбеђења сигурног рада система.⁹ Учесће на балансном тржишту уређује се уговором који оператор преносног система закључује са учесником на тржишту електричне енергије, у складу са правилима о раду тржишта електричне енергије.

На берзи електричне енергије важе прописана правила којима се ближе уређује организација и рад оператора берзе електричне енергије, услови и начин пословања учесника на берзи електричне енергије и други услове којима се обезбеђује функционисање берзе електричне

8 Нацрт Закона о енергетици, члан 77.

9 Нацрт Закона о енергетици, члан 85.

енергије у складу са законом. Оператор берзе електричне енергије дужан је да обезбеди тајност комерцијалних и пословних података учесника на тржишту, као и других података који су им доступни у обављању делатности.

Развој берзе електричне енергије у Србији а и у југоисточној Европи треба да допринесе либерализацији тржишта електричне енергије, већој сигурности снабдевања, као и транспарентности цена струје. Појединачна тржишта у југоисточној Европи су мала и неопходно је њихово удруживање ради стварања целовитог, интегрисаног прописима повезаног тржишта електричне енергије. Берза електричне енергије треба да обједини подељено тржиште у целој југоисточној Европи и изгради неутралну, регионалну, прекограничну берзу електричне енергије. Укључивање не само државних институција из електроенергетике, као што су Електропривреда Србије и Електромреже Србије, већ и трговаца електричном енергијом, довело би до стварања тржишта електричне енергије. Разлози слабе развијености тржишта електричне енергије су:

- дефицит електричне енергије у југоисточној Европи;
- електрична енергија из западне и централне Европе продаје, се балканским земљама, али не и обрнуто;
- неусаглашена правна регулатива и не утемаљена у пракси.

Очекује се промена ситуације са јачањем интегрисаног тржишта електричне енергије региона као и развојем унутрашњег тржишта јачањем и изградњом нових електропроизвођачких капацитета, производњом вишкова електричне енергије на тржишту, итд.¹⁰

IV Уговор о продаји електричне енергије

Уговором о продаји електричне енергије се на билатералном тржишту електричне енергије врши куповина и продаја електричне енергије директно између учесника на основу уговора о продаји електричне енергије. Овим уговором се количина електричне енергије одређује на основу остварене потрошње купца на месту примопредаје (потпуно снабдевање) или може бити унапред одређена за сваки обрачунски период (период трговања).¹¹

Уговор о продаји електричне енергије је уговор о продаји продаји и као такав је регулисан Законом о облигационим односима, али због

10 Очекује се изградња више електрана у региону: „Колубара Б“ у Србији, нуклеарка „Белене“ у Бугарској, „Черне воде“ у Румунији, „Марица Исток 3“ у Бугарској, нова електрана на Косову и Метохији и већи број мањих електрана.

11 Нацрт Закона о енергетици, члан 81.

своје специфичности и посебно регулисан законском регулативом у енергетици.

Уговор о снабдевању електричном енергијом мора да садржи следеће одредбе:

- уговорне стране;
- енергетски подаци (као што су нпр. снага);
- начин и рокови испоруке;
- категорија куповине;
- тарифни ставови и њихова примена;
- посебни трошкови испоруке;
- место испоруке;
- начин прикључка и плаћање;
- време трајања уговора, начин и услови престанка уговора;
- случајеви у којима постоји могућност ограничења испоруке договорене снаге електричне енергије;
- висина уговорене казне у случају мале испоруке или прекида испоруке електричне енергије, односно непреузимања договорене количине електричне енергије од купца;
- случајеви ослобођења од плаћања уговорне казне (виша сила и друге околности за ослобођење које не зависе од купца и продавца).

Цена из уговора о продаји електричне енергије се утврђује у зависности од уговорних страна и цена уговора за снабдевање. Тарифни потрошачи електричне енергије се снабдевају електричном енергијом по тарифној цени одобреној од стране надлежног органа. Цена у уговору у којем се као уговорна страна јавља квалификовни купац није прописана и зависи од тржишне понуде и потражње електричне енергије.

V Учесници у пословима продаје електричне енергије

Уговорне стране код уговора о продаји електричне енергије су они субјекти који испуњавају услове у зависности од нивоа законске квалификације да испуњавају различите услове за снабдевање електричном енергијом. Због тога поред склапања уговора за снабдевање електричном енергијом основно је да се одреде стране уговора.

Карактеристике страна уговора за снабдевање електричном енергијом су законски одређене. За разлику од других уговора о продаји, код уговора за снабдевање електричном енергијом као уговорна страна може

да се јави само само онај субјект који испуњава законом прописане услове.

На организованом тржишту електричне енергије учествују: произвођачи електричне енергије, енергетски субјект за снабдевање електричном енергијом тарифних купаца, трговци електричном енергијом и квалификовани купци електричне енергије.

На основу уговора о продаји електричне енергије куповина и продаја електричне енергије врши се директно између енергетских субјеката или на организованом тржишту електричне енергије.

1. Снабдевач електричном енергијом

Снабдевач електричном енергијом може да буде: произвођач, трговац електричном енергијом, дистрибутер на мало, оператор преносног система за директне потрошаче

Произвођач електричне енергије је енергетски субјект који обавља делатност производње електричне енергије.¹² Произвођач електричне енергије може да буде законом одређен произвођач, дистрибутивни произвођач или независни произвођач. Електропривреда Србије представља законског произвођача електричне енергије који има обавезу да обезбеди потребне количине електричне енергије за целокупне потребе тарифних потрошача. Произведену електричну енергију продаје снабдевачима тарифних потрошача на мало, Електро mreжи Србије по прописаној цени.

Вишак произведене електричне енергије законски произвођач може да прода на тржишту електричне енергије по тржишној цени.

Дистрибутивни произвођач део своје производње продаје по прописаној цени, а део по тржишној цени, док независни произвођач може да снабдева квалификованог потрошача по тржишној цени.

Произвођач електричне енергије као вршилац одређене делатности мора да поседује лиценцу, за разлику од произвођача електричне енергије који је производи искључиво за своје потребе и који је не мора поседовати пре коришћења преносног или дистрибутивног система. За послове трговине електричном енергијом, поред испуњења законских услова који се односе на добијање лиценце и регистрацију привредног субјекта, неопходно је и добијање од стране „Електро mreжа Србије“ права прекограничног преноса струје. Право се не може закупити на дужи период и односи се на ограничене количине електричне енергије на месечном нивоу.¹³ Електро mreжа Србије има и посебно важну улогу

12 Закон о енергетици, члан 80.

13 Нпр. тарифа за трансфер струје из Мађарске у Србију је осам евра по мегават-часу и то само уколико је велики интерес трговаца. У супротном се пренос не наплаћује.

у интеграцији српског електроенергетског сектора у европске оквире, јер поседује лиценце за пренос електричне енергије, управљање преносним системом и организовање тржишта електричне енергије.

Повлашћени произвођачи електричне енергије у процесу производње користе обновљиве изворе енергије или отпад. Произвођач који у процесу производње електричне енергије користи ветар је повлашћени произвођач без обзира на снагу.¹⁴ Они имају право приоритета на организованом тржишту електричне енергије у односу на друге произвођаче који нуде електричну енергију под једнаким условима као што је: право на подстицајне мере, првенство при откупу укупно произведене електричне енергије, при преузимању електричне енергије у преносни или дистрибутивни систем.

Трговац електричном енергијом је лице које поседује лиценцу за вршење делатности трговине електричном енергијом и снабдевање електричном енергијом квалификованог потрошача. Трговац електричном енергијом купује електричну енергију и може да је продаје квалификованом потрошачу, законском произвођачу електричне енергије, лицу које врши функцију трговинског посредника за продају електричне енергије. Трговац снабдева квалификованог потрошача по тржишној цени.

Оператор преносног система обавља делатност управљања преносним системом, организовања тржишта електричне енергије на територији Републике Србије. Оператор преносног система је дужан да омогући приступ треће стране систему на принципу јавности и недискриминације. Цене приступа и коришћења преносног, транспортног или дистрибутивног система утврђује Оператор система уз претходно прибављено мишљење Агенције и прибављену сагласност Владе Републике Србије.¹⁵

Оператор преносног система не може да тргује електричном енергијом, осим у случају обезбеђивања системских услуга, балансирања и надокнаду техничких губитака у преносном систему. Он има посебну улогу на тржишту електричне енергије. Са изменама законске регулативе Електро mreжа Србије не снабдева директно велике тарифне потрошаче нити снабдевача тарифних потрошача. Електро mreжа Србије са целокупном количином електричне енергије, са могућношћу за снабдевања потрошача који преузимају електричну енергију директно од високонапонске мреже, да се снабдевају са слободног тржишта електричне енергије.

Остале функције оператора преносног система су: вршење дужности преноса електричне енергије и оператора електроенергетског система. Поред тога има обавезу да одржава оперативну функционалност

14 Нацрт Закона о енергетици, члан 64.

15 Закон о енергетици, члан 36.

преносне мреже што значи сигурно, безбедно и континуирано и квалитетно преношење електричне енергије као и одржавање, развијање и проширивање преносне мреже.

Као оператор електроенергетског система, управља електроенергетским системом у Републици Србији при чему врши управљање и оперативно планирање производње електричне енергије законских произвођача и произвођача електричне енергије са којима је склопљен уговор за набавку електричне енергије и могућност намене за тарифне потрошаче. Електро мрежа Србије уз сагласност са Законом о енергетици врши пренос електричне енергије и за додатну услугу наплаћује пренос електричне енергије.

Дистрибутер електричне енергије је привредни субјект који обавља делатност дистрибуције електричне енергије и одговара је за одржавање, функционисање и развој дистрибутивног система, његово усклађивање са потребама купаца. У обављању своје делатности, дистрибутер електричне енергије испоручује електричну енергију купцима на подручју на којем обавља ту делатност. Утврђује са енергетским субјектом за снабдевање тарифних купаца електричном енергијом годишњи биланс потреба тарифних купаца и закључује уговор са тарифним купцима којима испоручује електричну енергију.

Поред делатности управљања дистрибутивним системом преко оператора, обавља и делатност трговине на мало електричном енергијом за потребе купаца. У Нацрт Закона о енергетици се уводи појам оператора дистрибутивног система, где суштинске разлике и нема.

Дистрибутер као снабдевач електричном енергијом малих тарифних потрошача, на тржишту електричне енергије врши следеће функције: оператор дистрибутивног система, вршилац дистрибуције електричне енергије, снабдевач малих тарифних потрошача.

Снабдевач електричном енергијом малих тарифних потрошача сагласно закону купује електричну енергију од законског произвођача и од дистрибутивног произвођача електричне енергије, и потребан преносни и дистрибутивни капацитети законске услуге за потребе малих тарифних потрошача електричне енергије, прикључују се андистрибутивну мрежу по одобреној и цени Агенције.

Снабдевач електричном енергијом малих тарифних потрошача врши улогу оператора дистрибутивног система електричне енергије, и са тим се обавезује да да управља дистрибутивним системом електричне енергије према начелима недискриминације и транспарентности и дугорочног планирања развоја дистрибутивног система. Дужан је да прикључи на дистрибутивну мрежу све потрошаче који су поднели захтев за прикључење, као и да одржава, унапређује и проширује дистрибутивну мрежу електричне енергије.

Са изменама Закона о енергетици сви потрошачи електричне енергије који су директно повезани на преносну мрежу и чија је годишња потрошња већа од прописане стичу својство квалификованог потрошача. Супротно томе, потрошачи који нису директно повезани на преносну мрежу остају тарифни потрошачи и снабдевају се електричном енергијом од снабдевача електричном енергијом малих тарифних потрошача.

2. Потрошачи електричне енергије

На тржишту електричне енергије препознају се следећи видови потрошача: директан потрошач, тарифни потрошач, квалификовани потрошач. Директан потрошач електричне енергије је потрошач који прима електричну енергију из система испоруке директно из преносне мреже. Тарифни потрошачи електричне енергије су потрошачи који купују електричну енергију по прописаним тарифама, односно по регуларној цени.

Квалификовани купци електричне енергије су потрошачи који слободно купују електричну енергију од трговаца електричном енергијом или из увоза по сопственом избору без било којих ограничења. Увођење категорије квалификован потрошач представља прву реформу ка либерализацији тржишта електричне енергије. Законом о енергетици се уводи и појам квалификованог купца чиме се ствара могућност конкурентског понашања на тржишту електричне енергије. Купац постаје слободан у погледу избора сопственог снабдевача енергијом.

Услови за стицање статуса квалификованог купца су прописани законом, а односе се на количину годишње потрошње енергије.¹⁶ Потрошачи који троше више од прописаних количина годишње добијају слободу да изаберу ко ће их убудуће снабдевати енергијом. У условима дерегулисаног тржишта електричне енергије, када електрична енергија постаје роба као и свака друга роба, она мора задовољити одређен квалитет који је дефинисан од стране потрошача електричне енергије као купца. Потрошачи и произвођачи електричне енергије морају да задовоље прописане стандарде квалитета електричне енергије. Купац има право да захтева у случају техничких или других сметњи у испоруци енергије, чији узрок није на објекту купца, да се исте отклоне у примереном року.¹⁷

16 Купац електричне енергије има правни статус квалификованог купца ако је његова укупна потрошња енергије на свим мерним местима за годину дана била изнад потрошње која је као минимална утврђена на годишњем нивоу за стицање статуса квалификованог купца.

17 Закон о електричној енергији, члан 60.

Купац је дужан да енергију користи под условима, на начин и за намене утврђене уговором о продаји енергије, као и да омогући овлашћеним лицима приступ мерним уређајима и инсталацијама, као и месту прикључка ради читавања, провере исправности, отклањања кварова, замене и одржавања и обуставе испоруке енергије.

VI Значај јавних предузећа за снабдевање електричном енергијом

Енергетски субјекти су до доношења Закона функционисали као јавна предузећа. Закон је створио могућност настајања нових енергетских субјеката, независних од државе или постојећих вертикално интегрисаних предузећа. Новина Закона је могућност обављања енергетске делатности од стране јавних и других облика предузећа, дела предузећа и предузетника не само у трговини већ и у производњи електричне енергије, уз претходно добијање енергетске дозволе и лиценце за обављане жељене делатности.

Основни циљ је да се у погледу делатности преноса електричне енергије и управљања преносним системом оснује засебно предузеће, што би и било у складу са директивама ЕУ којима се регулише тржиште електричне енергије. Основна делатност овог субјекта је управљање преносним системом и омогућавање приступа треће стране систему. Основни принципи по којима би оператор система пословао је принцип јавности и недискриминације. Приликом уговарања приступа користиће се регулисани приступ треће стране, који подразумева одређивање услова приступа систему унапред, при чему би ови услови били јавни и важили за све.

Значај јавних предузећа у енергетској делатности је знатан и постоји њихово велико присуство у развијеним тржишним привредама. Јавна предузећа, одређена као привредни субјекти који обављају делатност од јавног интереса,¹⁸ основана од стране државе или јединице локалне самоуправе, обављају промет роба и услуга које су од изузетног значаја за живот и рад људи у једном друштву.

Послују на начин да пружају могућност доступности такве робе свим грађанима под једнаким условима. Уколико се потпуно ослањамо на препоруке ММФ и Светске банке неспорно је да правац којим идемо води ка приватизацији великих јавних система, међу њима и електропривреде. Ако се постави питање приватизације енергетског сектора добија се алтернативни одговор, бирамо или државни или

18 С. Шогоров, „Положај субјеката јавног сектора привреде у праву конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 3–6/1995, стр. 400.

приватни монопол. Многа јавна предузећа због карактера делатности представљају природне државне монополе и не могу у целини да се приватизују, тако да је држава приморана да задржи контролни власнички удео. Електропривреда Србије треба да остане у државном власништву.

Укидање монопола и успостављању јавно-приватног партнерства је циљ даље реформе јавних предузећа која се спроводи кроз раздвајање дистрибутивних мрежа (електро-пренос, телекомуникације, нафтовод, гасовод, железничка инфраструктура) како би се свим произвођачима, дистрибутерима, продавцима и купцима, омогућио приступ мрежи под истим условима.

VII Закључак

Србија има важно место на регионалном тржишту електричне енергије због географског положаја који заузима. Енергетски систем Републике Србије оптерећен је неискоришћеним енергетским потенцијалима, нагомиланим трошковима производње и увоза електричне енергије што доприноси сталном расту цена електричне енергије. Као резултат преузетих обавеза либерализације тржишта електричне енергије јављају се промене у законској регулативи. Постојећа законска регулатива у енергетском сектору не даје одговоре на многа питања, већ поставља смернице, тако да важећи Закон о енергетици се не бави реструктурирањем, односно реорганизацијом постојећих енергетских субјеката на јасан начин.

Остварене промене на тржишту електричне енергије значајно су утицале а и даље утичу на суштину уговора о снабдевању електричном енергијом који је у великом проценту законски регулисан. Само његов незнатан део је остављен да буде регулисан од стране самих уговорних старна. Са аспекта потрошача, највећа промена је увођење категорије квалификованих потрошача и брисање категорије великих тарифних потрошача. Привредни субјекти који годишње потроше више од три милиона киловат-часова, имају право да самостално бирају свог испоручиоца струјом, али сви се и даље снабдевају из Електропривреде Србије, због ниске цене. Право избора се још увек не користи из разлога што је цена електричне енергије ниска.

На домаћем тржишту трговци струјом нису конкуренција једни другима, али је изванредан развој конкурентског понашања у будућности. Кад цена електричне енергије достигне реални ниво, створиће се услови за тржишно пословање свих учесника на тржишту електричне енергије. Привредни субјекти који су добили српску лиценцу за трговину елек-

тричном енергијом моћи ће да понуде своје услуге. Обезбеђујући здраву конкуренцију, држава пружа могућност избора потрошачима и штити их од евентуалних активности које могу да смање њихова права, настојећи при томе да не угуши развојне подстицаје и потенцијале свих учесника на тржишту електричне енергије. Реформе које следе ће највероватније утицати на отварање тржишта електричне енергије за конкуренцију да би се повећала укупна конкурентност.

Дугогодишње запостављање инвестирања у постојеће енергетске објекте је довело до раста и нагомилавања губитака произвођача електричне енергије. Чести су били случајеви прекида испоруке електричне енергије због хаварија на енергетском објекту или преносном систему што је проузроковало велике штете посебно у индустријским производним капацитетима. Из тих разлога неопходна су капитална улагања у обнављање и боље искоришћење постојећих и развој нових извора електричне енергије.

Mirjana KNEŽEVIĆ, PhD

**Associate Professor at the Faculty of Economics, University of
Kragujevac**

ELECTRICITY SUPPLY OPERATIONS

Summary

In this paper, the author discusses various issues related to power supply operations within Serbian market. In the first place, author focuses on service market liberalization issues, given the fact that this market affects the legislation related to electricity supply market. A special attention is given to completeness of the existing legislation with regards to the sector of energy, given the fact that this legislation fails to observe many issues, while at the same time it provides no more than guidelines. The current Energy Law does not take into account restructuring, or reorganisation, of the existing energy players in a comprehensible manner. A draft Energy Law was passed in order to remove the shortcomings of the law, and it emerged as the result of a previously started reform processes as well as the result of the need to protect consumers, and to introduce market behavior into the energy sector. Changes which took place in the electric energy market have strongly affected and have been affecting the Agreement on supply of electric energy. The Agreement is largely regulated by law, while its smaller portion is left to the contractual parties to mutually specify in more de-

tail. From a consumer's perspective, the largest change refers to the introduction of category of qualified consumers and to deleting the category of major tariff consumers. Economic entities which are listed by law within a certain category of annual consumers are entitled to selecting their supplier of electric energy on their own free will. This right has not been enforced as yet because the price of electric energy is still low. Suppliers of electric energy do not compete one another in home markets, but it is likely that competitive behavior will emerge in the future.

Key words: *electric energy market, agreement on electric energy supply, players in electric energy sales activities, the importance of state-owned companies in electric energy supply.*

**Јелена БРКИЋ, мастер
асистент Факултета за европске правно-политичке студије,
Универзитет Сингидунум**

ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА РЕТЕНЦИЈЕ У НАШЕМ ПРАВУ

Резиме

Право ретенције се у нашем праву јавља као стипално присутиан инстипиуит. Одредбе о ius retentionis срећемо у грађанским и тиріовачким законницима који су се примењивали на теритијорији наше државе, али ни у важећој реіулативи развој класичних и увођење нових средстава обезбеђења иоітраживања ово право не чине сувишим. Такође и у Нацртиу Законика о својини и друіим стипварним правима и Преднацртиу Грађанскоі законика Реіублике Србије, чије је усвајање најављено, право ретенције налази своје место. Кроз истіоријски приказ домаћих іройиса који уређују ову форму обезбеђења, можемо закључити да је оно присутино у различитим іранама нашеі правноі сиптема. Управо іа чињеница се надовезује на іроблемаітику њеіове правне ірироде. Да ли је право ретенције стипварно или облиіационо право, стипална је дилема правне ітеорије. Иако за многе ова дискусија и данас остіаје сіорна, ми ћемо ірихваіити двојну іприроду ius retentionis у нашем праву, јер је реч о инстипиуити који у свим облицима ісіољава и стипварне и облиіационе каракітерістике. Мишљења смо да је ітакво одређење у складу и са њеіовом сврхом, која не би била остіварена када би ісіољавао само неке од ітих елемената, а коју ће задржити и іо реіулативи de lege ferenda.

Кључне речи: *ius retentionis, іојам, правна іприрода, стипварно право, облиіационо право.*

І Уводне напомене

Право ретенције¹ је овлашћење повериоца да задржи дужникову ствар док му потраживање не буде намирено, а у развијенијим облицима даје му се и право да своје потраживање оствари продајом предмета осигурања.² У свом развоју, нормирано од стране римског претора па до модерног законодавца, право задржавања је нашло своје теоријско оправдање и практичну корисност.

Присутност овог института у нашем праву и у предратном и у важећем законодавству, потврђује његову оправданост како са етичког становишта и идеје правичности, тако и са економског аспекта и остварења циља ефикасне наплате потраживања. О њему говоре и грађански законици који су важили на подручју наше државе, Српски грађански законик из 1844. године³ и Аустријски грађански законик из 1811. године⁴, а чије су одредбе у виду правних правила примењиване и после 1946. године на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.⁵ Право ретенције су у овом периоду предвиђали и прописи из меничног права, адвокатуре, као и закони из области трговачког права. У позитивном праву, опште правило о праву ретенције је предвиђено у Закону о облигационим односима⁶, док Закон о основама својинскоправних односа⁷, Закон о меници⁸ и Закон о чеку⁹ регулишу посебне случајеве

- 1 „У правној терминологији употребљавају се, сем израза право ретенције, још и ови називи, „право задржавања“, „право задржања“ и „право придржаја.“ Смисао назива је у томе да ово право може имати само онај поверилац који дужникову ствар има у рукама.“ Миодраг Орлић, Обрен Станковић, *Сиварно право*, Београд, 1996., стр. 260. За означавање овог појма у тексту, аутор ће користити термине „право ретенције“, „право задржавања“, „право задржања“ и „право придржаја“ као синониме.
- 2 Силвија Петрић, *Институције права ретенције у хрватском и ујоредном праву*, Сплит, 2004, стр. 15.
- 3 *Грађански законик Краљевине Србије (Збирка Закона)*, Издавачко и књијарско предузеће Геца Кон, Београд, 1934, у даљем тексту: СГЗ.
- 4 *Аустријски грађански законик*, превео др Драгољуб Аранђеловић, Београд 1921., у даљем тексту: АГЗ.
- 5 Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 86/46, 105/46, 96/47), у даљем тексту: Закон о неважности.
- 6 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), у даљем тексту: ЗОО.
- 7 Закон о основама својинскоправних односа (*Службени листи СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени листи СРЈ*, бр. 29/96), у даљем тексту: ЗОСПО.
- 8 Закон о меници (*Службени листи СРЈ*, бр. 46/96).
- 9 Закон о чеку (*Службени листи СРЈ*, бр. 46/96).

права ретенције. Такође у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима¹⁰ и Преднацрту Грађанског законика Републике Србије¹¹, право ретенције налази своје место.

Одређивање правне природе је најсложенији правни проблем везан за институт ретенције. Да ли је право ретенције стварно или облигационо право, стална је дилема наше правне теорије. И поред различитих гледишта, међу теоретичарима преовлађује заједнички став да је правна природа права ретенције спорна, јер је у питању институт који испољава и облигационоправне и стварноправне карактеристике. При томе не треба занемарити ни чињеницу да досадашњи законски прописи нису дефинисали његову правну природу, што је у Нацрту учињено па се „право задржавања“ сврстава у право залог.¹² Због теоријског и практичног значаја које ово питање има, аутор ће у раду, служећи се историјским и догматским методом, настојати да одреди правну категорију *ius retentionis* у нашем праву, односно да подвуче границу која ово право сврстава у стварно или облигационо. У том циљу објаснићемо и појам овог института, анализирајући прописе који су се примењивали на подручју наше државе, регулативу *de lege lata* и *de lege ferenda*.

II Појам права ретенције у нашем праву по прописима до доношења ЗОО-а

У овом периоду право ретенције се одређује као овлашћење повериоца да задржи извесну ствар у својој фактичкој власти и да је не враћа сопственику све док не буде био намирен у својој тражбини.¹³ Таква дефиниција је узрокована правилима којима је овај институт био регулисан у грађанском праву, а по којима је поверилац, ако дужник не испуни свој дуг, могао једино да задржи дужникову ствар у својој државини, без овлашћења намирења из њене вредности. У бившем СГЗ право задржавања се признаје савесном купцу ствари, све док му сопственик не надокнади трошкове које је имао око ње.¹⁴ За разлику од римског

10 *Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд 2007, у даљем тексту: Нацрт.

11 Влада Републике Србије – Комисија за израду Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, *Друга књига: Облигациони односи*, Београд, 2009., доступно на адреси: www.mpravde.gov.rs, 1. марта 2011. године.

12 Чл. 453 ст. 4.

13 Милан Бартош, *Основи приватног права*, Београд, 1961, стр. 128.

14 Пар. 220 ст. 2 СГЗ: „А ако је купац покретну ствар прибавио од лица и на начин, по коме се он није могао посумњати о поштењу продавца, онда као савестан купац дужан је ствар, но само тако повратити, ако би му сопственик накнадио оно што је за њу дао и на њу потрошио.“

права, ово право није имао сваки савесни држалац¹⁵, а из формулације текста, произилази да се ово овлашћење могло вршити само ако су у питању покретне ствари.¹⁶ С обзиром на недовољну прецизност текста, сматрамо да под право ретенције у СГЗ, не треба подводити оне одредбе, где се оно јавља као једно од овлашћења у оквиру неког ширег права, као што је залога. Због тога, не бисмо се сложили са мишљењем неких аутора¹⁷ да параграф 817 по коме „ухваћена у штети животиња остаје у залози за накнаду...“, треба сматрати посебним случајем права задржавања, већ ћемо следити став оних писаца који ову ситуацију сматрају законском залогом.¹⁸ Право ретенције у СГЗ није било начелно нормирано, већ се могло вршити у законом прописаним случајевима као овлашћење задржавања туђе ствари. У новелираном тексту АГЗ, право ретенције је регулисано на општи начин.¹⁹ Ова правила су у нашем правном систему, нашла своју примену и у послератном периоду на основу Закона о неважности. Право задржавања је било регулисано и Законом о адвокатури²⁰, као право адвоката да намири учињене трошкове и доспеле награде из готовине странке, под условом да између њих нешто друго није уговорено.

Што се тиче трговачког права ретенције, у овом периоду оно је нашло примену на основу правних правила предратних трговачких законика – Трговачког закона који је важио у Хрватској и Славонији и као

15 Лазар Марковић, *Грађанско право*, Београд, 1929, стр. 320–321; Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1955, стр. 199. У нашој теорији постоји и супротан став по коме ово право треба признати свим савесним држаоцима, као и савесним купцима, в.: М. Бартош, *нав. дело*, стр. 128; Лазар Урошевић, *Кријичке ситуације из области права*, Београд, 1926, стр. 195.

16 „То што приписује § 220 за покретне ствари, то изгледа не вреди и за непокретне ствари, према општем пропису § 204.“ Л. Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са крајким објашњењима*, Београд, 1921, стр. 128.

17 А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1968, стр. 193.

18 Радмило Лоренц, *Право задржања*, Београд, 1966, стр. 25; Михаило Константиновић, *Облигационо право – општи део*, Београд, 1952, стр. 143; Чедомир Рајачић, *Стварно право, групе и типове део-предавања*, Загреб, 1956, стр. 304.

19 Трећа новела из 1916. године: „Ко је обавезан да изда једну ствар, може је задржати као обезбеђење за своје приспеле тражбине због трошкова учињених за ствар или због штете коју му је ствар проузроковала, с тим дејством да може бити осуђен на повраћај само кад му се плати оно што он потражује.“ Да би се вршило право задржавања било је потребно да је повериочево потраживање доспело и утуживо и да поверилац има одређену дужникову ствар у својој државини. Иако је ово правило у тексту нашло место под насловом „заложно право на покретним стварима“, преовлађује став по коме оно није ограничено само на покретне ствари него се односи на све ствари, значи и на непокретности, в.: М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 263; Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 54; С. Петрић, *нав. дело*, стр. 114.

20 Закон о адвокатури (*Службени лист ФНРЈ*, 1957), чл. 46. Ове одредбе су изгубиле важност доношењем Општег закона о адвокатури и другој правној помоћи (*Службени лист СФРЈ*, бр. 15/70).

законски чланак XXXVII у Војводини и Међумурју, Трговачког закона за Босну и Херцеговину и аустријског Општег трговинског законика, који је важио у Словенији и Далмацији.²¹ За разлику од ретенције грађанског права, у трговачком праву овај институт није био само средство притиска на дужника, већ и средство намирења потраживања једнако као и залога, али уз услов подизања тужбе и исхођења извршног наслова.²² Ретинент-трговац²³ могао је право задржавања да врши ради наплате доспелог потраживања, насталог из трговачког посла са дужником, без потребе конекситета.²⁴ Може се приметити да су решења трговачког права у регулисању права ретенције била савремена и прилагођена потребама пословног промета. Ипак трговачка ретенција има ужу област примене него грађанска у погледу субјеката, јер обе стране морају бити трговци и у погледу објекта, пошто могу бити задржане само покретне ствари и хартије од вредности.²⁵

За право ретенције овог периода, значајан је и Закон о меници.²⁶ Приликом регулисања ретенције меничног права, законодавац је прихватио решења која су постојала у трговачким законима. Према Закону о меници ималац менице има право придржаја на покретним стварима, новцу и хартијама од вредности меничног дужника који су законитим путем дошли у његове руке и са којима може располагати, али и право намирења из истих, јер се прописује да „право придржаја има исто дејство као и право залог“. Тиме се право ретенције меничног повериоца изједначава са заложним правом у погледу правних дејстава, али је ретинентово право намирења, за разлику од права заложног повериоца у привредном праву, условљено писменим пристанком дужника и постојањем правоснажне пресуде.

III Појам права ретенције у нашем праву по регулативи *de lege lata* и *de lege ferenda*

У важећем праву, право ретенције је у виду општег правила регулисано у ЗОО и састоји се из два овлашћења: овлашћења повериоца

21 Владимир Капор, Зоран Антонијевић, *Привредно право – Послови робној промету*, Београд, 1961, стр. 57.

22 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 27.

23 О томе Михаило Вуковић, „Право трговачке ретенције“, *Споменица Мауровићу – ирилози посвећени Ивану Мауровићу*, Београд, 1934, стр. 227.

24 В.: Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 70–87; Драгољуб Стојановић, *Сиварно право*, Београд, 1968, стр. 184; В. Капор, З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 56; Златан Стипковић, „Право ретенције и неки слични институти“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, бр. 3/72, стр. 289.

25 Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 184.

26 Закон о меници (*Службени лист ФНРЈ*), бр. 104/46), чл. 87–89.

да задржи дужникову ствар и овлашћења намирења потраживања из вредности задржане ствари.²⁷ Ретенција се дефинише као право повериоца да за своје доспело потраживање задржи дужникову ствар која му се нашла у рукама и да се, пошто благовремено обавести дужника о својој намери, наплати из вредности задржане ствари.²⁸ Ова решења су јединствена за привредно и грађанско право, за разлику од ранијих прописа, и омогућавају сваком ретиненту право намирења. Да би поверилац могао да се служи овим правом потребно је да је његово потраживање доспело, утуживо и да се ствар налази у његовој непосредној државини, под условом да није изашла из дужникове државине против његове воље и да је поверилац није добио на посуду и чување.²⁹ Према заступљеном ставу у нашој теорији³⁰, предмет права ретенције могу бити и покретне ствари и непокретности које се налазе у правном промету. Ипак ретенција непокретности не може се у свему изједначити са ретенцијом покретних ствари, јер се у првом случају ретинент не може намирити из вредности задржане ствари.³¹ Као објект овог права изузети су и они предмети који се не могу имовински изразити и који су по закону везани за личност дужника.³² Ретинент је овлашћен да задржи дужникову ствар за обезбеђење било ког потраживања према дужнику, без потребе постојања конекситета. Уколико су испуњени наведени услови, право ретенције у првом реду овлашћује повериоца да одбије враћање ствари дужнику, све док му овај не исплати дуг. Тим приговором ретинент може да се служи и против захтева трећег лица,

27 Чл. 286 ст. 1: „Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је док му не буде исплаћено потраживање.“ Чл. 289 ст. 2: „Поверилац који држи дужникову ствар по основу права задржавања има право да се наплати из њене вредности на исти начин као заложни поверилац, али је дужан пре него што приступи остварењу наплате да о својој намери благовремено обавести дужника.“

28 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 260.

29 В.: М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 261–265; Зоран Рашовић, *Стварно право*, Подгорица, 2002, стр. 441–447; Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2009, стр. 246; Борис Визнер, *Коментар Закона о облигационим односима, Ойћи гео*, књига друга, Загреб, 1978, стр. 1139–1148; Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактор Слободан Перовић, Београд, 1995, стр. 670; Јосип Студин, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ, Београд, 1980, стр. 726–729; Милан Ведриш, Петар Кларић, *Грађанско право*, Загреб, 1988, стр. 417–418.

30 В.: фусноту 28. Супротно: Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактор С. Перовић, Београд, 1995, стр. 671.

31 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 262; Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *нав. дело*, стр. 246. Супротно: З. Рашовић, *нав. дело*, стр. 444–445.

32 Тако према чл. 287 ст. 2 поверилац не може задржати пуномоћ добијену од дужника, а ни друге дужникове исправе, легитимације, преписке и остале сличне ствари.

које је након настанка права ретенције стекло неко право на ствари, на основу кога захтева њену предају. Ако се у овом правном дејству право ретенције покаже као неефикасно, ретинент стиче право да се намири из вредности задржане ствари на исти начин као и заложни поверилац, пошто благовремено обавести дужника о својој намери. То значи да у поступку намирења, ретинент, као и заложни поверилац, има првенство пред обичним повериоцима, док се у односу на остала привелегована потраживања ранг одређује према тренутку настанка његовог права. Разлика између ретенције у грађанском и привредном праву, и поред јединствене регулативе, посредно долази до изражаја, јер заложни поверилац из привредноправног односа може да приступи продаји заложене ствари и без обраћања суду, док залогопримац у грађанском праву, сходно начелу официјелности, мора да захтева од суда такву одлуку.³³

У ЗОО регулисан је и посебан случај права ретенције код уговора о угоститељској остави.³⁴ Овом одредбом се одступа од решења да право задржавања не припада повериоцу коме је дужник предао ствар на чување. Такође за разлику од општих правила, да би се вршило право задржавања потребно је да постоји правни конекситет, односно да је угоститељ дошао до детенције ствари на основу истог уговора на основу кога је и његова тражбина настала.³⁵ Посебан случај права ретенције, регулисан је и у ЗОСПО³⁶, а према коме савесни држалац има право да задржи ствар док му се не надокнади износ нужних и корисних трошкова које је имао у вези са одржавањем ствари. За вршење овог права у ЗОСПО се тражи и савесност држаоца и материјални конекситет, односно да су трошкови чије потраживање поверилац захтева учињени за исту ствар која је и објект ретенције. Пошто ЗОСПО не регулише све услове за настапак и вршење овог права, у погледу питања која нису посебно уређена примењиваће се правила ЗОО. При томе, право ретенције по овом закону постоји и као средство притиска у рукама држаоца-невласника у односу на дужника-власника, али и као средство намирења потраживања из задржаних ствари у случају да дужник не жели да измири своју обавезу према држаоцу ствари.³⁷ Посебан случај права ретенције регулисан је Законом о меници³⁸, као и Законом о чеку

33 В.: ЗОО, чл. 289, чл. 980 и чл. 981.

34 ЗОО, чл. 728: „Угоститељ који прима госте на ноћење има право задржати ствари које су гости донели, до потпуне наплате потраживања за смештај и остале услуге.“

35 Илија Бабић, *Уговор о угоститељској остави*, Сарајево, 1988, стр. 142.

36 В.: ЗОСПО, чл. 38 ст. 7.

37 З. Рашовић, *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, Подгорица, 2007, стр. 512.

38 В.: Закон о меници, чл. 87–89.

којим је предвиђено да се одредбе о праву придржаја меничног повериоца примењују и на имаоца чека.³⁹

Пратећи законске активности у нашем праву *de lege ferenda*, право ретенције налази своје место и у законским пројектима⁴⁰, који су усмерени на целовито регулисање материје грађанског права. У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије право задржавања је предвиђено у виду општег правила, али и као посебно право угоститеља код уговора о угоститељској остави.⁴¹ Овај институт чини и круг стварних права предвиђених Нацртом Законика о својини и другим стварним правима.⁴² У Нацрту се овај институт спомиње у делу којим се регулише залога, где се прописује да су залоге: ручна залога, регистрована залога, право задржања, залога права и хипотека⁴³, али се детаљно регулише другим одредбама у глави „Г“ као „право задржања“.⁴⁴ По оба законска текста, ретенција задржава своју двоструку функцију средства притиска и намирења потраживања. Међутим, док се у Преднацрту Грађанског законика преузимају одредбе ЗОО, у Нацрту су садржана нова решења која дају одговор на спорна питања, анализирана у нашој досадашњој правној теорији и судској пракси. Тако законодавац експлицитно прописује да предмет права задржања поред покретних ствари и хартија од вредности, могу бити и непокретности, као и случајеве ако задржана ствар потиче од невластника и стицање права ретенције одржајем.⁴⁵ Такође, новина је и изричито искључивање потребе постојања конекситета да би се ово право вршило, као и могућност да се његова примена отклони уговором. Карактеристичне су још неке одредбе, које не налазимо у важећим законским текстовима, а посебно она по којој се право ретенције сврстава у право залог, а којом законодавац по први пут у нашем праву одређује правну категорију овог института. Разлика би била у делу којим се регулише својинска заштита, а где се савесном држаоцу признаје право на накнаду нужних и корисних трошкова које је уложио у туђу ствар, али му се изричито не даје право да је задржи док му се исти не надокнаде.⁴⁶ У погледу осталих услова за

39 В.: Закон о чеку, чл. 23 ст. 13.

40 При Министарству финансија и економије Србије 2003. године је формирана радна група за израду Нацрта Закона о својинским односима, чија је коначна верзија завршена 2006. године, док је при Министарству правде 2006. године формирана радна група за израду нацрта новог Грађанског законика Републике Србије, в.: Душан Николић, *Увод у сисџем грађанској љрава*, Нови Сад, 2008, стр. 110–111.

41 В.: Преднацрт Грађанског законика, чл. 322–325 и чл. 965.

42 Нацрт законика, чл. 2.

43 Нацрт, чл. 453 ст. 4.

44 В.: Нацрт, чл. 535–540.

45 В.: Нацрт, чл. 537 ст. 1 и чл. 538 ст. 1.

46 В.: Нацрт, чл. 204.

вршење овог права, који се односе на доспелост потраживања и врсту ствари, решења су истоветна садашњим.

IV Правна природа права ретенције у нашем праву

Једно од најчешће постављаних питања везаних за институт права ретенције, јесте питање његове правне природе. У оквиру ове проблематике, посебно доминира дилема да ли је *ius retentionis* стварно или облигационо право. У домаћој правној науци, неки теоретичари овом проблему приступају поредећи ово право са њему сличним институти-ма, али се директно не изјашњавају о његовој правној природи⁴⁷, док га други изричито сврставају у облигационо⁴⁸, или стварно.⁴⁹ Овај проблем добија посебну тежину, ако узмемо у обзир и разноликост прописа којима је ово право код нас регулисано, при чему само формално-правни метод у разјашњењу овог питања није довољан. Будући да је правна природа сваког института одређена његовом структуром и ефектима које испољава⁵⁰, настојаћемо да овај проблем разјаснимо одређујући које облигационоправне и стварноправне карактеристике преовлађују у тим елементима.

Како је и по СГЗ и по АГЗ, као његовом изворнику, грађанска ретенција била само средство притиска на дужника, по овим решењима *ius retentionis* је испољавало претежно облигационоправне карактеристике. Ретиненту је недостајало овлашћење продаје задржане ствари и могућност следовања, а конекситет и детенција су били постављени као стално присутан услов за вршење и опстанак права. У ретинентовом овлашћењу да супротстави своје право сваком лицу, препознајемо и стварноправне елементе овог института. Међутим, за разлику од других стварних права, која делују *erga omnes* и *contra omnes* независно да ли њихов титулар има фактичку власт на ствари, ово дејство је код ретенције условљено постојањем непосредне државине, јер титулар нема могућност следовања. По правилима трговачких законика, трговачка ретенција се приближава стварним правима, јер је поверилац био овлашћен да се намири из вредности задржане ствари са правом првен-

47 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 268–269; З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица, 2002, стр. 448–452; Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *нав. дело*, стр. 245–246.

48 М. Вуковић, *Основи стварној права*, Загреб, 1950, стр. 200; Војислав Спаић, *Основи грађанској права – стварно право*, Сарајево, 1960, стр. 290; А. Гамс, *Основи стварној права*, Београд, 1968, стр. 193; Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1968, стр. 185; И. Бабић, *Основи имовинској права*, Београд, 2008, стр. 284–285.

49 Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1155; Д. Медић, *Заложно право*, Бања Лука, 2002, стр. 56.

50 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 412.

ства, без услова конекситета, што је чини блиском и залози. Међутим „свако право намирена из задржане ствари није још и заложно право“.⁵¹ Повериоци у привредном праву имали су, према посебним правилима трговачког права, овлашћење да се намире из задржаних ствари⁵², али само док исте имају у својој државини, без правног средства помоћу кога би ово право могли да врше и када се те ствари нађу код других лица. Управо тај недостатак следовања, говори у прилог релативности трговачке ретенције. С друге стране, неки аутори право придржаја имаоца менице виде као једно стварно право⁵³, пошто по самом закону оно има исто дејство као и право залог. Ипак за разлику од права залогопримца, ово овлашћење је код меничног повериоца условљено писменим пристанком дужника. Доношењем ЗОО и усвајањем монистичког концепта при регулативи овог института, грађанска ретенција се изједначила са трговачком. Иако начелно нормиран прописом облигационог права, овај институт је и у грађанском праву попримао стварноправна обележја кроз функцију намирена потраживања и првенственог ранга у наплати. Приметне су још неке стварноправне карактеристике, као што је ретинентово овлашћење да супростави своје право задржавања свима, али и његова недељивост. Ипак немогућност следовања, услед које је ретинент спречен да врши своје право када изгуби непосредну државину на задржаној ствари, не говоре у прилог његовог апсолутног дејства. То је по мишљењу већине аутора најзначајнија карактеристика која ретенцији даје печат облигационоправног института.⁵⁴ По важећем ЗОСПО ово овлашћење недостаје и савесном држаоцу туђе ствари, иако му је право задржавања признато законом који уређује стварна права.

Упоредујући прописе који регулишу право задржавања у нашем правном систему, можемо закључити да оно у свим својим облицима испољава елементе и апсолутних и релативних права, независно да ли егзистира као јединствен, или посебан институт грађанског и трговачког права. Стога, ако бисмо покушали да одредимо његову правну природу упоређивањем стварноправних и облигационоправних елемената који у конкретном случају преовлађују, тешко бисмо дошли до тачног одговора. Пре свега, јер ниједан од тих елемената не искључује други, као и што апсолутно дејство неких ефеката права задржавања не негирају његову релативну природу. Због тога ћемо у одређивању правне природе *ius retentionis* у нашем праву, следити мишљење оних аутора по којима је то „право које лежи на замишљеној граници између стварних

51 Ч. Рајачић, *нав. дело*, стр. 285.

52 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 267.

53 Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 131.

54 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 437.

и тражбених.⁵⁵ Уосталом, нема разлога не признати праву задржања природу у којем се срећу и облигационоправни и стварноправни елементи, јер је овај институт настао због потребе да се реши један правни проблем, а очито се могао решити само спајањем својства стварних и облигационих права у једном овлашћењу.⁵⁶

Мишљења смо да ће овај институт у нашем правном систему и *de lege ferenda* задржати своју двојну природу, иако се у Нацрту сврстава у право залоге. Но упоређујући друге предложене одредбе, не можемо извести закључак о чистој стварноправној природи овог института, јер поверилац нема право следовања, као и могућност намирења код непокретности.

V Закључна разматрања

Корене права ретенције налазимо још у римском праву. *Ius retentionis* је динамичан институт, који је у свом развоју мењао разне облике, најпре кроз дејство *exceptio doli*, преко овлашћења задржавања дужникове ствари и на крају као средство намирења. У нашем правном систему право ретенције налази своје место и у предратним законима и у важећем праву. Реч је о значајном институту који своје оправдање налази у начелу савесности и поштења и једнакости странака. Као законом установљен вид легалне самозаштите, право ретенције испољава предности у односу на друге форме обезбеђења потраживања, јер се може вршити на основу закона, без потребе претходног уговарања његове примене. По тој карактеристици оно је слично и законском заложном праву. Ипак постојање законске залогe предвиђено је само за повериоце из одређених уговора, док право ретенције припада сваком повериоцу када су испуњени одређени услови. Иако у правној теорији није спорно да стране могу уговорити право задржавања, основни облик овог права остаје законско право ретенције. Међутим, поред значаја које му законодавац даје, право ретенције није довољно разрађено ни у нашој теорији ни у судској пракси. Такође повериоци се ретко одлучују за ово средство, јер је њихово право зависно од фактичке власти на ствари, а постоји и незнање о таквом овлашћењу због чега се оно често схвата као самовласт и израз примитивне правде. Због недовољне законске прецизности и уређености овог института у нашем праву, стално се јављају исте дискусије. Поред анализе круга потраживања која се обезбеђују овим правом, његовог предмета, постојања конекситета и могућности задржавања ствари у власништву трећих лица, посебну пажњу добија

55 Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 137.

56 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 439.

питање његове стварноправне или облигационоправне природе. Иако за многе ова дилема и данас остаје спорна, ми ћемо прихватити двојну природу *ius retentionis*, јер је реч о праву које у свим облицима испољава и стварне и облигационе карактеристике.

У предложеним законским текстовима, чије је усвајање најављено, налазимо прецизније и детаљније одредбе о праву ретенције. Мишљења смо да ће таква регулатива и експлицитно уређивање неких до сада спорних питања дати овом институту и већу практичну вредност. Ипак и сада је у привредном праву његов значај више изражен, него у грађанском, због трајних пословних веза и поверења које је на њима засновано. У настојању да да одговор на многа питања, којима се до сада бавила правна теорија и судска пракса, законодавац *de lege ferenda* ово право сврстава у право залог. Но, тиме се не мења његова двојна правна природа, јер по осталим одредбама оно испољава и карактеристике облигационих права. Овакав закључак следи, ако узмемо у обзир и формално-правни метод, пошто одредбе о праву ретенције налазимо и у Преднацрту Грађанског законика, у делу којим су уређени облигациони односи, али и у кругу стварних права предвиђених Нацртом. Чини нам се да је такво одређење у складу и са сврхом овог института, која не би била остварена када би испољавао само неке од тих елемената.

Jelena BRKIĆ, M.A.

Assistant, Faculty of European Legal and Political Studies, Singidunum University

NOTION AND LEGAL NATURE OF RETENTION IN OUR LAW

Summary

Retention right is an always present legal principle in our law. Provisions from ius retentionis can be found in civil and commercial codes that used to apply in the territory of our state, but also new laws for development of classical and implementation of new security instruments do not make this right redundant. Retention right has its place also in the Draft of the Code on Property and other Property Law Institutes and the Pre-Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, whose passing is announced in the future. Through the historical overview of domestic acts regulating this type of security instruments, we can conclude it is present in various branches of our legal system. That fact follows

the problems of its legal nature. Whether retention right belongs to Property Law or Law of Obligations, is a constant dilemma within legal theory. Although this issue is still disputable to many, we will accept the dual nature of ius retentionis in our law, for it is a principle that shows both property and obligation features in all of its forms. It is our opinion that such determination is in accordance with its purpose, that would not be achieved if only some of the elements were shown, and which it will keep in accordance with de lege ferenda.

Key words: *ius retentionis, notion, legal nature, property law, law of obligations.*

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ, мастер
судијски помоћник Привредног суда у Пожаревцу

ПРОБЛЕМИ У РЕАЛИЗАЦИЈИ ВАНСУДСКЕ ХИПОТЕКЕ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Циљ овој рада јесте указивање на актуелне проблеме у реализацији вансудске хипотеке у нашем правном систему, који су преважно узроковани преузимањем решења из система оштите права. Морица као средство обезбеђења изражавања на неокрећностима у систему оштите права има битне разлике у односу на хипотеку, јер код хипотеке не долази до преноса својине на неокрећности која је предмет обезбеђења са власника приликом закључења уговора о хипотеци, што јесте случај код морица приликом закључења уговора о обезбеђењу. Узроци проблема у реализацији вансудске хипотеке у нашем праву јесу разлике између морица и хипотеке.

Кључне речи: *обезбеђење изражавања, хипотека, морица, вансудска реализација хипотеке.*

I Значај хипотеке у привредним односима и законодавне реформе стварноправног обезбеђења потраживања у нашем правном систему

Кредитна способност привредних друштава у савременим условима тржишне привреде од великог је значаја приликом одобравања кре-

дита. Како би се добио повољнији кредит са нижом каматном стопом, или како би се икако добио кредит већег износа неминовно је да кредит прати неко средство обезбеђења. Јемство, уговорна казна, банкарска гаранција и друга облигациона средства обезбеђења потраживања нису поуздана колико и стварна средства обезбеђења, обзиром да су стварна средства везана за ствар која је предмет обезбеђења, на којој поверилац има право следовања и право првенственог намирења, те је још у античком Риму јасно изражен став да су стварна средства обезбеђења потраживања боља и ефикаснија од личних.¹ Развој друштва и привреде није могућ без инвестиција, док инвестиције практично нису могуће без кредитирања, те како кредитори нису вољни давати кредите без адекватних средстава обезбеђења, то је неопходно створити јасан и ефикасан систем обезбеђења потраживања.

Податак Кредитног бироа Удружења банака Србије из фебруара 2010. године говори да су банке одобриле 1,4 билиона динара кредита привреди и становништву у Србији, то јест око 14 милијарди евра, те су од овог износа привредници дужни банкама око 10 милијарди евра. Како је заложно право у Србији већ заузело значајан део у обезбеђењу зајмова, обзиром да је већина зајмова праћена давањем одређеног стварног средства обезбеђења, то је неопходно постојање јасног система заложног права, нарочито хипотекарног, који на адекватан начин штити права заложног повериоца, али и права заложног дужника. Правни систем Републике Србије у области заложног права претрпео је значајне измене доношењем Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар² и Закона о хипотеци.³ Новим законодавним решењима уведена је у наш правни оквир регистрована залога као врста бездржавинског обезбеђења потраживања, која се може и вансудски реализовати ако се тако уговори, као и непосредно извршна вансудска хипотека. Нова законодавна решења унела су у наш правни систем стварноправног обезбеђења потраживања доста добрих ствари, али не и само њих, јер решења преузета из система општег права⁴ немају своју традицију у нашем праву, те значај теме постоји, јер се правни систем заложног права у нашој држави управо развија и у фази је стицања свог

1 *Plus cautionis in re est quam in persona*, Pomponius, Digesta, 50.17.25.

2 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006), ступио је на снагу 7.6.2003. године, а у примени је од 1.1.2004. године.

3 Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/2005, даље у фуснотама: ЗОХ), ступио је на снагу 4.1.2006. године, а у примени је од 25.2.2006. године.

4 О застарелости термина англосаксонски правни систем и англо-амерички правни систем, те актуелности термина систем општег права видети Небојша Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, бр. 1/2008, стр. 64 фн. 1.

јасног карактера, који ће се оформити доношењем Законика о својини и другим стварним правима.⁵

Закон о хипотеци увео је бројне могућности за брже и повољније намирење хипотекарног повериоца, које до сада у нашем законодавном систему нису постојале. Непосредно извршава хипотека⁶ постоји у нашем правном систему још од 1990. године када је измењен Закон о извршном поступку из 1978. године.⁷ Судско-уговорна хипотека која се стиче у поступку обезбеђења потраживања постоји и у актуелном Закону о извршном поступку,⁸ који омогућава установљење непосредно извршиве хипотеке, али само намирење из хипотековане непокретности није могуће остварити вансудским путем. Најважнија новина Закона о хипотеци јесте могућност вансудског намирења хипотекарног повериоца без претходног стицања извршне исправе кроз парнични поступак. За разлику од решења која су била прописана Законом о основама својинскоправних односа,⁹ која су у претежној мери штитила дужника, обзиром да је реализација хипотекарног права била знатно отежана, новим законом дошло се до изразитог убрзања намирења хипотекарног

- 5 Одлуком Владе Републике Србије од 16.11.2006. године отпочело се и са израдом нацрта Грађанског законика, док је ранијим решењем Министарства финансије и економије Владе РС од 27.10.2003. године већ отпочето са израдом нацрта Законика о својини и другим стварним правима, али за сада није најјаснији однос између израде ових нацрта. Упоредити Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Рај на изради грађанској законика Републике Србије*, Београд 2007, стр. 7; Владимир Водинелић, „Основно о Нацрту Стварноправног законика Србије 2006“, *Избор судске праксе* бр. 11/2007, стр. 5 фн. 9; Милош Живковић, „О увођењу неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије“, у: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазих (уредници), *Актуелна питања грађанске кодификације*, Ниш, 2008, стр. 196 фн. 4.
- 6 Под непосредно извршивом хипотеком подразумевамо ону хипотеку за чију реализацију није потребно претходно добијање извршне исправе у парничном поступку, али се сам поступак намирења остварује у судском извршном поступку. Видети Милош Живковић, „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, доступно на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/nastava.htm>, 30.12.2009, стр. 2; Милош Живковић, „Country Report Serbia“, доступно на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/nastava.htm>, 30.12.2009, стр. 11.
- 7 Видети чл. 251а–251ђ Закона о извршном поступку, (*Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93, 24/94, 28/2000); Милош Живковић „О реформи реалних обезбеђења у југословенском праву“, у: *Будимпештански симпозијум – Дојринос реформи стварној права у државама југоисточне Европе*, Бремен 2003, стр. 310.
- 8 Закон о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004, даље у фуснотама: ЗИП).
- 9 Закон о основама својинскоправних односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005). Последњим изменама из 2005 године престали су да важе чланови о хипотеци (63–69) од дана 25.2.2006. године, када се отпочело са применом ЗОХ.

повериоца. Нова решења имају и своје мане, а основна јесте могућност угрожавања правне сигурности у вансудском поступку намирења хипотекарног повериоца који је овлашћен да изврши продају оптерећеног добра без икакве контроле од стране суда. Одредбе Закона о хипотеци у вези вансудског намирења хипотекарног повериоца нису довољно јасне, обзиром да је уведен систем реализације хипотеке по угледу на реализацију моргица у систему општег права, што се у пракси и показало као манљивост закона.

II Појам хипотеке и разликовање хипотеке од установе моргиц система општег права

Хипотека је стварно право које овлашћује свог титулара да се због одређене новчане суме коју му дугује дужник наплати из оптерећене непокретности принудном продајом на начин одређен законом.¹⁰ Према нашем Закону о хипотеци хипотека је заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој својини се непокретност налази.¹¹ Заједничка садржина наведених дефиниција хипотеке јесте да је хипотека по својој суштини стварно право уновчења непокретности. Право располагања хипотекарним добром најпре је само потенцијално, а исто се претвара у актуелно право по доспелости потраживања које обезбеђује хипотека.¹²

Постоје схватања да је европско-континенталној установи хипотеке еквивалентна установа система општег права *mortgage* (моргиц).¹³ Поред сличности¹⁴ хипотеке са моргицом између ових установа постоје и битне разлике, због чега сматрам чак и да је неадекватан превод појма *mortgage* на нашем језику као хипотека.¹⁵ Моргиц је у сушти-

10 Драгољуб Стојановић, Димитар Поп Георгиев, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд, 1983, стр. 176.

11 Чл. 2 ЗОХ.

12 Д. Стојановић, Д. Поп Георгиев, *нав. дело*, стр. 176.

13 Yoram Keinan, *The Evolution of secured transactions*, 2001, доступно на адреси: http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2004/02/10/000265513_20040210164359/Rendered/PDF/wdr27827.pdf, 15. децембар 2009, стр. 40.

14 Обе установе за предмет обезбеђења имају непокретности.

15 На наш језик *mortgage* се преводи као хипотека, заложно право, заложена имовина, залог. Видети Мортон Бенсон, *Речник Енглеско-Српскохрватски*, Београд, 1989; Сузана Ров, *Сезамов Енглеско Српски речник*, Зрењанин 2007. Неки од наших правних писаца праве разлику између термина хипотека и моргиц, те хипотеку на енглески

ни фидуцијарно средство обезбеђења на непокретностима, где се на зајмодавца преноси право својине на непокретности дужника, те дужник може искупити своју непокретност уколико благовремено врати дуг због кога је право на непокретности пренесено на повериоца.¹⁶ У Енглеској се све до доношења *Law of Property Act*¹⁷ право које је дужник имао на непокретности преносило на повериоца (*mortgagee*) док је дужник (*mortgagor*) имао право да откупи своју непокретност (*right to redeem*) у року од 6 месеци од дана закључења овог уговора о обезбеђењу, док се у садашњости рок враћања зајма уређује уговором о обезбеђењу којим се на повериоца преноси право закупа од 3.000 година.¹⁸

У систему општег права приликом реализације моргица поверилац у случају дужникове доцње има законско право продаје вансудским путем. Сматрам да установа моргиц није ни близу еквивалентна хипотеци, јер нема конституисања заложног права, те се сам поверилац ставља у позицију изузетне моћи у којој не само да има знатно већа права од хипотекарног повериоца, већ је и сам начин вршења ових права знатно олакшан. У случају доцње дужника поверилац има две опције од којих је једна законско право продаје (*power of sale*) када купцу преноси сва права на непокретности које је дужник имао на истој, а не само право закупа које је на њега пренесено, док је друга опција коришћење института *foreclosure* (форкложр) који представља право да тражи од суда поништај дужниковог права на откуп непокретности након чега стиче сва права на непокретности које је имао дужник.¹⁹ Институт *foreclosure* је кроз историјски развој моргица производио изузетно неправичне последице по дужнике јер је у случајевима када је оптерећено добро било много веће вредности од обезбеђеног потраживања долазило до изузетног богаћења зајмодавца. Дужник није могао продати непокретност обзиром да је иста приликом закључења уговора о обезбеђењу прелазила у својину зајмодавца, нити је од суда могао тражити продају све до доношења *Law of Property Act* 1925. године који је дао овлашћење суду да у оваквим случајевима одреди судску продају како не би долазило до

језик преводе коришћењем термина *hypothec*, а не термином *mortgage*, видети М. Живковић, „Country Report Serbia“, стр 1.

16 Roger J. Smith, *Property Law*, London – New York, 1998, стр. 539.

17 Енглески Закон о непокретностима, *Law of Property Act*, 1925.

18 Видети R. J. Smith, *нав. дело*, стр. 539–540. Ефекат преноса права дугорочног закупа је у суштини исти као и ранији пренос свих права на непокретности које је дужник имао обзиром на дужину трајања закупа. Поверилац и пре доцње дужника, чак и уколико дужник не прекрши ниједну своју обавезу може пренети на треће лице право дугорочног закупа, у ком случају ће дужник остати практично без своје непокретности уколико је купац савестан, док ће му поверилац бити одговоран само на облигационоправној равни.

19 Видети R. J. Smith, *нав. дело*, стр. 561 и даље.

неправичног богаћења повериоца, те би вишак цене добијен продајом непокретности по намирењу зајмодавца припао дужнику.

Ни у правном систему САД се приликом обезбеђења потраживања не конституише заложно право на непокретној ствари дужника, те сама својина има функцију обезбеђења потраживања.²⁰ Додуше у правном систему САД својина на непокретности се са дужника преноси на на треће лице (*trustee*) које именује поверилац.²¹ Хипотека као заложно право на непокретним стварима код кога се залагање постиже уписом у јавне књиге док оптерећена непокретност остаје у државини дужника,²² остала је у континенталном правном систему на основама које је развило римско право, с тим што је установљавањем јавних регистара отклоњен недостатак публицитета овог права који је постојао у старом Риму.²³

Сам историјски развоја моргица и хипотеке континенталног права показује јасне разлике ових установа обзиром да је моргиц производ класичног фидуцијарног система обезбеђења који је у данашњици нешто ублажен, али и даље представља фидуцијарно средство обезбеђења, док је хипотека представљала чисто заложно право од свог постанка па до данас.

III Вансудска хипотека и проблеми у њеној реализацији

Циљ прописивања вансудске хипотеке био је убрзање поступка намирења, али се у пракси није дошло до жељеног резултата. По Закону

20 Упоредити Y. Keinan, *нав. дело*, стр. 30 фн. 108.

21 У праву САД се не разликује јасно заложно право и право обезбеђења обзиром да је битан само интерес обезбеђења потраживања без обзира на начин којим се он постиже, стављањем својине у сврху обезбеђења потраживања или конституисањем заложног права. Обезбеђење потраживања на непокретности дужника постиже се на два начина, први је *mortgage* који је сличан хипотеци јер код њега не долази до преноса својине са дужника, док се код успостављања другог облика обезбеђења путем *deed of trust* преноси својина са дужника на треће лице (*trustee*) које именује поверилац. Видети Michael R. Diamond, *Real Estate Law*, Albany – New York, 1998, стр. 186. Оба инструмента обезбеђења на непокретностима у САД имају битне разлике у конституисању и реализацији у односу на хипотеку а који су превасходно узроковани непостојањем правне евиденције на непокретностима, те ова средства обезбеђења настају и престају у формалном поступку пред органима федералних држава по образцима који су стандардизовани од стране државних агенција.

22 Миодраг Орлић, „Заложно право“, у: Светислав Ристић (уредник), *Енциклопедија имовинској права и права удруженој пара*, Београд, 1978, стр. 957.

23 За разлику од континентално правног система код којих је публицитет хипотеке од великог значаја нарочито у земљама које су усвојиле земљишнокњижни систем, у Енглеској су регистри о непокретностима (на подручјима за која постоје) отворени за јавност тек 1988, али се из регистра не може видети износ обезбеђеног потраживања због којег је успостављен моргиц или цена која је плаћена за куповину непокретности обзиром да регистар не садржи ове податке, вид. R. J. Smith, *нав. дело*, стр. 210.

о основама својинскоправних односа хипотекарни поверилац морао је водити парнични поступак ради добијања извршне исправе, а касније је добијену извршну исправу могао реализовати продајом хипотековане непокретности само у судском извршном поступку. Како је већ речено изменама Закона о извршном поступку из 1990 године, омогућено је конституисање судско-уговорне хипотеке чији је циљ био „*йрескакање йарнице*“ добијањем непосредно извршне хипотеке која се мора реализовати судским путем.²⁴ Поступак намирења без претходног стицања извршне исправе кроз парнични поступак био је предвиђен и нацртом Закона о хипотеци,²⁵ којим се од стране суда сопственику хипотековане непокретности остављао рок до шест месеци да сам прода хипотековану непокретност, те уколико он то не би успео право продаје прешло би на повериоца.²⁶

Да би хипотека имала својство извршне вансудске хипотеке потребно је да уговор о хипотеци поред обавезне садржине из чл. 12 Закона о хипотеци, садржи и додатне одредбе у смислу чл. 15 ст. 3 Закона о хипотеци.²⁷ Ако дужник не исплати дуг о доспелости хипотекарни поверилац из веродостојне исправе или извршне исправе прописане чланом 15 Закона о хипотеци, послаће опомену у писменој форми истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке (ако су различита лица), чиме се покреће поступак вансудског намирења.²⁸ Уколико у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности упутити опомену о продаји непокретности.²⁹ Поверилац истовремено са опоменом о продаји шаље регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипотекарне продаје у корист повериоца који садржи копије опомене о продаји непокретности и уговора о хипотеци, изјаву повериоца да дужник није испунио дуг и доказе да су прва опомена и опомена о продаји послате дужнику и власнику непокретности.³⁰

24 О непосредно извршној хипотеци видети фн. б.

25 Миодраг Орлић, „Нацрт закона о хипотеци – трећи нацрт“ (даље у фуснотама: НЗОХ), *Правни живоић*, бр. 11/2005. Видети чл. 51–55 НЗОХ. Трећи нацрт Закона о хипотеци професора Миодрага Орлића је и основица за регулисање хипотеке у нацрту Грађанског законика Републике Србије.

26 Поступак намирења код „свечане“ хипотеке веома је сличан поступку намирења фидуцијарног повериоца у праву Републике Хрватске. Упоредити чл. 51–54 НЗОХ и чл. 273–279 Овршног закона РХ, *Народне новине*, бр. 57/96, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08. Видети N. Gavella et al., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, стр. 796–802, 850.

27 Видети чл. 12 и чл. 15 ст. 3 ЗОХ.

28 Чл. 29 ст. 1 ЗОХ.

29 Чл. 30 ЗОХ.

30 Чл. 31 ст. 1 ЗОХ.

Регистар непокретности у року од седам дана од пријема захтева за забележбу, мора извршити забележбу хипотекарне продаје у корист повериоца и доставити решење о забележби хипотекарне продаје повериоцу, дужнику и власнику непокретности.³¹ Забележба и решење хипотекарне продаје садрже изричито овлашћење да хипотекарни поверилац, када решење постане правноснажно, али не пре истека рока од 30 дана од дана издавања решења, може у своје име продати непокретност, као и забрану продаје хипотековане непокретности од стране власника.³² Ова одредба изазвала је велике проблеме у пракси приликом реализације хипотеке обзиром да у нашем правном систему не постоји могућност стицања својине на непокретностима само на основу уговора, већ се својина стиче тек уписом купца у јавне регистре непокретности као власника. Упис се у јавним регистрима може издејствовати само против онога ко је уписан у регистру као власник.³³ Како по одредби чл. 31 ст. 3 т. 1 Закона о хипотеци хипотекарни *поверилац* *заложену непокретност* *продаје у своје име*, произлази да нема књижног претходника, те купац не може бити уписан као власник у јавним регистрима непокретности. Мишљења сам да су проблеми у реализацији вансудске хипотеке настали због неадекватног правног трансплантирања реализације моргица јер се није водило рачуна о различитости система општег права у погледу преноса својине на непокретностима, који је узрокован неразвијеношћу или потпуним непостојањем правне и фактичке евиденције о непокретностима.³⁴

31 Како регистар непокретности забележбу хипотекарне продаје врши искључиво на основу изјаве повериоца да дужник није испунио дуг, те како висину доспелог нелаћеног износа обезбеђеног потраживања регистар сазнаје из опомене о продаји у доктрини је овај систем намирења назван и „*намирњем на часну реч повериоца*“, видети М. Живковић, „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, стр. 18.

32 Чл. 31 ст. 3 ЗОХ.

33 § 21 правних правила Закона о земљишним књигама (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 146/1930 и 281/1931–90) прописано је да су уписи допуштени једино против онога, који је у време поднесене молбе у земљишној књизи уписан као власник земљишта или ималац права у погледу којег има да се врши упис, или који буде бар у исто доба као такав укњижен или предбележен. Одредбом чл. 85 ст. 1 Закона о државном премеру и катастру (*Службени гласник РС*, бр. 72/2009 и 18/2010) прописано је да су уписи у катастру непокретности дозвољени само против лица које је у тренутку подношења захтева за упис већ уписано у катастар непокретности као ималац права у погледу којег се упис захтева или је предбележено као ималац тог права (уписани претходник).

34 У праву Сједињених Америчких Држава приликом преноса права на непокретностима прибавилац врши најпре истраживање правног основа (*title search*) прениоца за период 15–60 година уназад преко специјализованих адвокатских фирми, те уколико постоји непрекинути низ преноса прибавилац своје јавне исправе на основу којих стиче права на непокретностима полаже у регистру исправа о преносу својине (*grantor-grantee index*), али о непоузданости оваквог система преноса својине

Други значајан проблем у реализацији вансудске хипотеке проистиче из чл. 49 ст. 2 т. 2 Закона о хипотеци. Одредбом чл. 49 ст. 1 Закона о хипотеци прописано је да хипотека престаје и кад је на основу веродостојне исправе или извршне исправе у складу са овим законом предмет хипотеке продат вансудским путем и кад је поверилац намирен или кад је поверилац намирен на основу накнадног уговора из чл. 27 закона. У тачки 1 става 2 истог члана прописано је да се испис врши на захтев купца предмета хипотеке, док је у тачки 2 прописано *да њрава доцнијих хийојшекарних ѡверилаца остиају резервисана*. Хипотека као књижно право престаје тек екстабулацијом из јавног регистра, без обзира ако обезбеђено потраживање престане раније или дође до пропасти хипотековане непокретности.³⁵ Тумачењем члана 49 ст. 2 т. 2 Закона о хипотеци у пракси земљишнокњижних одељења основних судова и Републичког геодетског завода дошло се до става да се хипотеке нижег реда приликом вансудске продаје не бришу уколико се из цене добијене продајом исте не могу намирити.³⁶ Сходно наведеном ретки су купци приликом вансудске продаје непокретности која је оптерећена и са хипотеком нижег ранга, јер исти могу купити само непокретност са већ постојећим теретима, што доводи до потпуне неделотворности вансудске хипотеке. Како је законом установљена ништавост клаузуле забране даљег залагања већина хипотекарних дужника је успоставила хипотеке нижег ранга и то у корист такозваних „*повезаних лица*“.³⁷

Са наведених разлога повериоци обезбеђени вансудском хипотеком сада реализују исту у судском поступку, иако судско намерење из цене предвиђа велики број привилегованих потраживања.³⁸ Оваква

(који је доста сличан тапијском систему) говори податак да се врши осигуравање права својине у корист купца или зајмодавца приликом обезбеђења потраживања (*title insurance*) у случају да је постојало неко стварно право на непокретностима које приликом истраживања правног основа преносиоца није откривено (ово је уједно и изузетак од правила да се осигурање уговара за будући неизванстан догађај), видети М. Diamond, *нав. дело*, стр. 69 и даље. У Енглеској постоји раздвојен систем регистрације одређених права као што је то право повериоца моргица, док је систем регистрације права на непокретностима (*registration of title system*) постао обавезан за целу територију Енглеске тек од 1990, али је и до данас велики број својинских права на непокретностима нерегистрован јер за већи део територије не постоји ни фактичка евиденција непокретности, те се својина и даље на одређеним подручјима преноси путем преноса исправа о својини (*title deeds*) које има претходник, видети R. J. Smith, *нав. дело*, стр. 205 и даље; N. Gavella, *нав. дело*, стр. 196.

35 Видети чл. 43–45 ЗОХ.

36 Видети Врховни касациони суд, *Билѡен Врховној касационој суда*, бр. 1/2010, 2010, стр. 111 и даље.

37 О повезаним лицима видети чл. 125 Закона о стечају (*Службени ѡласник РС*, бр. 104/2009).

38 Више о привилегованим потраживањима и реду намерења код судске продаје, видети чл. 140 ЗИП.

чињеница говори о тоталном краху прописивања вансудске хипотеке јер повериоци обезбеђени истом практично не могу реализовати своје право вансудским путем.³⁹ Закључком Врховног касационог суда од 4.10.2010. године заузет је став да се мора омогућити судска реализација вансудске хипотеке.⁴⁰ Проблем који настаје приликом вансудске продаје непокретности која је оптерећена и са хипотеком нижег ранга, обзиром да купци могу купити непокретност само са већ постојећим теретима нижег ранга, је такође последица неадекватне трансплантације моргица у наше право. Код моргица се својинска овлашћења на непокретности преносе на повериоца или на треће лице, те не може доћи до накнадног оптерећења непокретности без сагласности повериоца који је први установио моргицу у своју корист, па код моргица не може доћи до проблема који је актуелан код нас.

Уколико се у наше законодавство уведе земљишни дуг или фидуција, који су предвиђени у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима, или свечана хипотека предвиђена у нацрту Грађанског законика, вансудска хипотека би изгубила свој значај и потребу за постојањем, обзиром да би повериоци који лакше и брже желе намирење доспелих потраживања првенствено уговарали ова стварноправна средства обезбеђења потраживања. Уколико вансудска хипотека опстане у законодавним реформама нашег стварног права које предстоје, она се мора реформисати у делу реализације права хипотекарног повериоца, тако што би се захтевало да се пред судом утврди доспелост и висина обезбеђеног потраживања, након чега би била могућа вансудска продаја на којој би поверилац продавао оптерећено добро у име власника, како би се увела правна сигурност у коришћењу овог института.

39 Више о тоталном неуспеху намирења вансудске хипотеке у пракси видети Врховни касациони суд, *нав. дело*, стр. 111 и даље.

40 „Како се повериоци обезбеђени вансудском хипотеком не могу намирићти у вансудском поступку, мора им се омогућити јавни јуџи који је једино могућ а њо је намирење у судском извршном поступку по правилима прописаним у ЗИП, ње успахом гарантовано јраво на имовину захтева од суда да овим повериоцима омогући судско намирење и да извршну вансудску хипотеку смајра извршном исправом из чл. 30 стп. 1 њи. 3 ЗИП“, наводи се између осталог као образложење закључка. Видети Врховни касациони суд, *нав. дело*, стр. 112–113.

Srđan STOJILKOVIĆ, M.A.

Judicial Assistant of Economic Court in Požarevac

ISSUES ABOUT REALIZATION OF EXTRAJUDICIAL HYPOTHEC IN JURIDICAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The goal of this paper is indication on actual issues in realization extrajudicial hypothec in our juridical framework, which is banner caused by takeover solutions from common law system. Mortgage as instrument of securing transactions on estate in common law system have important differences in relation to hypothec, because among hypothec, there is no transfer of title on estate which is subject of securing, from proprietor in moment of closure hypothec contract, which is the case of mortgage in security agreement. Differences between mortgage and hypothec are causes of issues in realization extrajudicial hypothec in our juridical framework.

Key words: *secured transactions, hypothec, mortgage, extrajudicial realization of hypothec.*

ПРАВО ПОТРОШАЧА

др Дара МИЛЕНОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ЗАШТИТА ПРАВА ПОТРОШАЧА ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Доношење Закона о заштити потрошача из 2010. године Републике Србија настоји да успостави законитиу, деловитну и дуготрајну заштитиу права крајњих корисника роба и услуга. У том смислу овим Законом је успостављен систем који се састоји од државних органа и самосталних независних организација (удружења, савези) чији је циљ изградња и системско остваривање активне заштите потрошача. Да би се то остварило, неопходно је обезбедити механизме за његову примену – што је био један од највећих недостатака старијег Закона о заштити потрошача из 2005. године. У том смислу нови Закон је у први план ставио вансудско решавање потрошачких спорова. Вансудским решавањем потрошачких спорова потрошачима се настоји обезбедити брзо, ефикасно и јефтино решавање спорова. Међутим, то не значи да Законом о заштити потрошача није предвиђено и судско решавање спорова које је дуготрајније, скупије, са неизвесним исходом за потрошача – што има за последицу да он врло ретко покреће спор.

Кључне речи: потрошач, потрошачки спор, вансудско и судско решавање потрошачких спорова.

I

Споразумом о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту: ССП), који је Скупштина Републике Србије ратификовала 2008. године започео је процес интеграције – стицања пуноправног статуса државе чланице Европске уније. Из ратификованог споразума произашла је, поред осталих, и обавеза Републике Србије да изврши целокупни поступак прилагођавања српског правног система систему права Европске уније у поступку стицања пуноправног статуса државе чланице у тој асоцијацији. Одредбама члана 78 Споразума предвиђено је да ће уговорне стране сарађивати како би усагласиле стандарде заштите потрошача у Србији са стандардима у заједници. Делотворна заштита потрошача је битна како би се обезбедило нормално функционисање тржишне економије, а сама заштита зависи од развоја административне инфраструктуре која обезбеђује надзор над тржиштем и спровођење закона у овој области. Битно је потрошачима у циљу заштите њихових права омогућити приступ правди у случају спора. У том смислу било је нужно извршити неопходне измене и допуне Закона о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП). Закон о заштити потрошача из 2005. године показивао је низ слабости, посебно кад је у питању његова примена. Може се генерално оценити да су највећи проблеми били у спровођењу Закона. Због недовољне организованости у процесу спровођења, често се радило на опортунистички начин (од случаја до случаја) уместо да постоји јединствена политика, којом би се на систематски начин регулисала област заштите потрошача, односно њихова права.¹ Делегација Европске комисије дала је препоруку да се новим законом обухвати комплетна регулатива ЕУ у области заштите потрошача. Међутим, треба истаћи да директиве ЕУ представљају само заједнички минимум права и одговорности, остављајући при том могућност да се права потрошача просуђују не само према одредбама које оне садрже, већ и према националном законодавству дотичне државе чланице, ако оно обезбеђује бројнија и шира права. То треба протумачити тако, да ЕУ не инсистира на потпуној унификацији правила о заштити потрошача, већ само на поштовање минимума његових права који је прописан обавезним директивама и уредбама. Но, не треба заборавити ни значај судске праксе, а посебно деловање Европског суда правде. Он је признао принцип заштите потрошача као основу искључења одговорности држава за доношење мера којима се ограничава слобода кретања робе. Међутим, заштита потрошача призната је само као оправдање за недискриминацијска правила.

1 М. Ђорђевић, „Усаглашено обележавање и директиве новог приступа“, у: *Зборнику – Нова законска решења у области заштите потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 105.

Истицањем принципа заштите потрошача, Европски суд правде је кроз судску праксу одредио оквир, у којем је позивањем држава на заштиту потрошача прогласио допуштењем ограничењем основних европских слобода, полазећи притом од испитивања „нужности“ и „пропорционалности“ националних правила. Захтевао је да држава изабере средство које најмање ограничава слободну трговину међу државама чланицама. Јер, трговина на јединственом тржишту ЕУ не сме да буде спутавана мерама државе која само привидно истиче принцип заштите потрошача, а њен стварни (реални) циљ је фаворизовање националних производа.² Такво понашање држава је супротно успостављању јединственог тржишта. Њиме се угрожава конкурентност производа који су доступни на тржишту, стварају монополи, што онемогућава економски развој, заштиту потрошача и њихову могућност избора роба (врсте, квалитета и цене) и услуга. Продаја производа се не сме забрањивати, ако је потрошач адекватно заштићен одговарајућим означавањем. То је „златно правило“ које омогућује слободно кретање роба и доприноси стварању јединственог тржишта. У нашим условима то значи унапређивање привредног система наше земље, успостављање слободне конкуренције на тржишту, убрзани економски развој, атрактивност националног тржишта за страна улагања и друге облике међународне привредне сарадње, подизање конкурентске способности домаћих произвођача, подизање квалитета живота грађана.

Наш нови Закон о заштити потрошача донет је 2010. године, а примењује се од 1. јануара 2011. године.³

II

Основни циљ доношења Закона о заштити потрошача из 2010. године јесте адекватна заштита потрошача, као економски слабије уговорне стране, од злоупотребе положаја економски јаче уговорне стране – компанија, са којима потрошачи свакодневно закључују уговоре. Тај циљ је нужно постићи у случајевима када се на тржишту појављују трговци који имају монополистички положај (каква је ситуација на нашем тржишту). У таквим ситуацијама, када је новим Законом о заштити потрошача обезбеђена широка палета права потрошача, нужно је да се обезбеди механизам за њихову примену, како она не би остала *nudum*

2 А. Пошћић, „Заштита потрошача у контексту слободе кретања робе“, у: *Зборнику – Заштита потрошача и умањивања у европском и хрватском праву – изазови међународног тржишта роба и квалитета*, Правни факултет, Свеучилишта у Ријеци, 2005, стр. 385–414.

3 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 73/2010.

ius, а интереси потрошача незаштићени. Управо из тог разлога Закон о заштити потрошача из 2010. године посебну пажњу посвећује облицима заштите права потрошача (четири главе – XI, XII, XIII и XIV). Предмет наше пажње у раду јесу начини заштите права потрошача.

III

У глави XI („Стратегија и систем заштите потрошача“ – чл. 124–131) регулисана су питања стратегије и институционална заштита потрошача. Стратегијом заштите потрошача (у даљем тексту: Стратегија) утврђују се дугорочни циљеви и активности неопходне ради целовитог остварења политике заштите права и интереса потрошача и акциони план за реализацију стратегије. Акциони план реализује се годишњим оперативним плановима, које доноси Влада. На предлог Министарства надлежног за послове заштите потрошача Влада доноси стратегију за период од пет година.

Носиоци система заштите потрошача јесу Министарство у области заштите потрошача и други органи и организације у оквиру своје надлежности, удружења и савези удружења чија је област деловања остваривање циљева заштите потрошача, привредне и професионалне коморе и други учесници на тржишту. Наведени субјекти међусобно сарађују у циљу развоја система и остваривања права и интереса потрошача. У циљу унапређења система заштите потрошача и сарадње надлежних органа, организација и других носилаца заштите потрошача, Влада образује Национални савет за заштиту потрошача (у даљем тексту: Национални савет). Национални савет чине представници министарстава и других државних органа и носилаца јавних овлашћења, удружења и савеза за заштиту потрошача, привредних и професионалних комора и других учесника на тржишту, као и независни стручњаци из области заштите потрошача. Законом су регулисани послови који су у надлежности Националног савета. Међутим, једно значајно питање није регулисано Законом – а то је питање накнаде за рад члановима Националног савета, што сматрамо недостатком у регулисању питања ове институције. У тржишним условима привређивања, делатност овог органа је значајна за унапређење система заштите потрошача, тако да његови чланови морају бити адекватно награђени за свој рад. У супротном, то ће дестимулативно утицати на њихов рад и квалитет истог.⁴

У циљу заштите својих права и интереса, потрошачи могу оснивати удружења и савезе.⁵ Удружења и савези су самостални у остваривању

4 Закон о заштити потрошача, чл. 124–126.

5 Закон о заштити потрошача, чл. 127–131.

циљева заштите потрошача и дужни су да се руководе искључиво интересима потрошача. Сматра се да удружење или савез заступа колективне интересе потрошача, ако се циљ њиховог удруживања или деловања односи на питања од интереса за већи број потрошача. У том смислу, удружење или савез има овлашћење да заступа интересе потрошача у: 1) саветодавним телима у области заштите потрошача; 2) поступцима судског и вансудског решавања потрошачких спорова; 3) поступцима пред другим државним органима.

Удружења или савези, ради уписа у евиденцију удружења коју води Министарство, подносе пријаву истом. У циљу остварења начела транспарентности, Министарство је дужно да податке из евиденције учини доступним јавности на својој Интернет страници. Активности евидентираних удружења или савеза могу се финансирати из буџета Републике Србије. Органи аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе подржавају активности удружења и савеза у складу са својим надлежностима и могућностима. Ради објективности у раду и остварења основног циља организовања (заштита права потрошача, а самим тим и њихових интереса), Законом се изричито забрањује удружењима и савезима да примају бесповратна средства од трговаца и удружења трговаца, осим у случајевима пружања услуга уз накнаду (нпр. обука и сл.).⁶ Морамо похвалити ово решење, али само ако се оно у пракси буде примењивало. Досадашња пракса указује на бројна понашања која су супротна наведеној забрани.

IV

У оквиру VII главе („Накнада штете“) Закон о заштити потрошача из 2005. године врло штуро и неадекватно је регулисао питање решавања потрошачких спорова. Биле су предвиђене две врсте решавања потрошачких спорова, и то: судско (чл. 60) и вансудско решавање спорова (чл. 61). Предност је била дата судском решавању спорова, тако да је то био основни начин заштите потрошача у случајевима настанка потрошачког спора. Потрошач чије је право или интерес било повређено могао је да поднесе захтев за накнаду штете пред надлежним судом. Поред потрошача, тужбу за накнаду штете могла је да поднесе и организација за заштиту потрошача. За повреде права потрошача, односно проузроковану штету мале вредности могла су се образovati арбитражна тела у оквиру локалне самоуправе или коморе за решавање спорова потрошача, у складу са законом. Тешко би се могло рећи, да се применом наведених чланова (60 и 61) могу успешно решавати потрошачки споро-

6 Закон о заштити потрошача, чл. 131 ст. 3.

ви, којих је у пракси све више. Потрошачи и њихови интереси су све незаштићенији, јер се оштећени потрошачи ретко обраћају судовима за заштиту својих права из више разлога: први, поступци пред судом дуго трају; други судови су најчешће неефикасни; трећи, стране у спору су неравноправне (потрошач је најчешће економски слабија, неука и необавештена страна); четврти, због неукости и необавештености потрошач често даје овлашћење заступнику да га заступа пред судом, што утиче на повећање трошкова поступка; пети, с обзиром да су поступци пред судом скупи, а резултат је неизvestан, то потрошачима судска заштита није погодан начин за заштиту права која им по закону припадају.

Повреда права потрошача, односно проузрокована штета мале вредности могла се остварити у поступку вансудске заштите. У нашој пракси вансудско решавање потрошачких спорова је слабо заживело. Практично, одредбе о судском и вансудском решавању потрошачких спорова представљале су законска решења која су се у пракси врло ретко примењивала, тако да је заштита права потрошача била неефикасна.

V

У глави XII („Вансудско решавање потрошачких спорова“) Законом о заштити потрошача из 2010. године одређен је појам потрошачког спора. Сматрамо да је члан 132, којим се одређује појам потрошачког спора прегломазан, стилски лоше урађен и да би га требало поправити. Садржај који се регулише овим чланом требало би уредити са два члана. Одредбама једног члана требало би регулисати питање појма потрошачког спора. Другим чланом требало би регулисати начела битна за вансудско решавање потрошачких спорова. Сматрамо да би у таквом случају текст био прегледнији, прецизнији и јаснији.

Потрошачки спор јесте сваки спор који произлази из уговорног односа потрошача и трговца. Не сматра се потрошачким спором спор који настане услед: 1) смрти, телесне озледе или нарушеног здравља; 2) пружања здравствених или правних услуга; 3) преноса права на непокретностима. Потрошачким спором не сматра се спор чија вредност прелази 1.000.000 динара.

Новим Законом о заштити потрошача је изричито предвиђено, да се потрошачки спор може решити вансудским решавањем потрошачких спорова.⁷ С обзиром да је вансудском решавању потрошачких спорова дата предност, то се Законом предвиђају одређена начела која треба да обезбеде овом начину решавања потрошачких спорова ефикасну, брзу,

7 Закон о заштити потрошача, чл. 132 ст. 4.

једноставну, бесплатну или што јефтинију заштиту потрошача, а стране у поступку вансудског решавања спора морају да буду равноправне.

Често штета, која је за трговца безначајна, може бити за потрошача значајна. С обзиром да је на нашем тржишту све више економски слабијих потрошача, то им треба омогућити накнаду штете у поступку који је за њих најповољнији. Такав поступак подразумева поштовање одређених начела.

Прво, поступак мора бити поверљив и хитан. Страна, која у поступку вансудског решавања потрошачког спора повреди неко од два наведена начела, сноси одговорност за штету која може да настане другој страни као последица таквог поступка.

Друго, стране у поступку вансудског решавања спорова су равноправне. Уношење у законски текст начела равноправности странака, кога се морају придржавати органи надлежни за вансудско решавање потрошачких спорова, је значајно. Међутим, у овом тренутку, с обзиром на стање на нашем тржишту, примена овог начела је утопија, јер се у пракси тешко може применити. Зато се може рећи, да је његово законско установљење у вансудском решавању потрошачких спорова добро решење, али у нашој пракси тешко применљиво.

Препоруком 98/257 утврђују се начела којих се морају придржавати органи надлежни за вансудско решавање потрошачких спорова. Има их више.

Прво, начело независности које се обезбеђује непристрасним деловањем. Ако одлуку доноси појединац, мора да поседује знање, искуство, стручност, да располаже са релативно чврстим мандатом, који му може престати само из оправданих разлога, да буде самосталан у односу на лица која финансирају рад органа итд. Ако се одлука доноси колективно, независност се постиже тако што се орган формира на паритетној основи од потрошача и професионалаца.

Друго, начело транспарентности – информисање потрошача о свим релевантним питањима поступка (прецизан опис спора који се може водити, као и евентуална ограничења за вођење спора, стављају се на увид правила поступка, износи трошкова поступка, дефинишу се правила на којима почива одлука и правна снага одлуке).

Треће, начело легалитета – заштита потрошача врши се у складу са императивним прописима државе у којој је орган основан.

Четврто, начело ефикасности – потрошач може да узме учешће у поступку без адвоката, поступак је бесплатан или су трошкови ниски, одлуке се доносе у кратком року.

Пето, начело контрадикторности – свака страна у поступку има право да изнесе чињенице, да буде упозната са радњама друге стране и са изјавама вештака.

Шесто, начело представљања – стране у спору имају право да учествују лично или да их треће лице заступа или да им помаже током трајања поступка.

Седмо, начело слободе – одлука коју доноси орган обавезујућа је за стране само ако су оне унапред обавештене о њеној обавезности и ако су се са тиме сложиле.⁸

За разлику од Закона о заштити потрошача из 2005. године, који је вансудску заштиту регулисао само одредбама једног члана (чл. 61), Закон из 2010. године је овом питању посветио више чланова – укупно три. Одредбама ових чланова (поред одређивања потрошачког спора и већ наведених начела), регулисана су још два значајна питања: прво, покретање поступка вансудског решавања потрошачког спора; и друго, посредници и арбитри потрошачког спора.

Поступак вансудског решавања потрошачког спора покреће се прихватањем предлога за вансудско решавање потрошачког спора друге стране, у зависности од врсте вансудског поступка у коме се решава потрошачки спор, на основу предлога потрошача, односно удружења или савеза или трговца.⁹

У упоредном праву вансудска заштита потрошача остварује се коришћењем вансудских алтернатива. Оне потрошачу омогућавају да користи начин решавања спорова који пружа више флексибилности од суда. У том смислу вансудска заштита потрошача остварује се уз помоћ различитих органа, а најчешће путем омбудсмана и класичних вансудских начина решавања спорова (арбитража, медијација, концилијација, споразум). Међутим, у пракси се образују посебни органи који су искључиво надлежни за решавање потрошачких спорова. Земље чланице ЕУ обично имају комбинацију више начина решавања спорова потрошача. На пример, у Немачкој се потрошачи могу обратити разгранатој мрежи арбитражних тела, омбудсману, као и медијатору, а међу потрошачима је нарочито популарна судска медијација.¹⁰ Или, хрватским Законом о заштити потрошача¹¹ предвиђено је да, у случају спора између потрошача и трговца, може се поднети пријава Суду части

8 М. Мићовић, *Заштити права потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 202.

9 Закон о заштити потрошача из 2010, чл. 133.

10 А. Фејеш, „Вансудско решавање спорова потрошача у Србији: садашње стање и препоруке за нову законску регулативу“, у: *Зборнику – Нова законска решења у области заштите потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 50.

11 *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 79/2007.

Хрватске господарске коморе, Суду части обртничке коморе или предлог за мирење центру за мирење (чл. 130 ст. 1).

Треба истаћи, да се у пракси заштита права у области куповине роба (са или без гарантног листа) и услуга предност даје директном решавању спорова са продавцем (пружаоцем услуга) путем споразума (договора). Путем споразума постижу се најефикаснији и најбржи резултати међу странкама у спору. Међутим, то је често немогуће, јер захтева висок степен сарадње странака. Споразум иницира потрошач путем приговора (рекламације) на квалитет и количину купљеног производа или квалитет и садржај извршене услуге. Приговор се подноси у продајном објекту у коме је производ купљен, односно услуга извршења, а уз сагласност потрошача и на другом месту које је за то одређено, лицу овлашћеном за пријем приговора. Оно мора бити присутно на том месту током радног времена. Овлашћено лице трговца одлучује о приговору без одлагања, а најкасније у року од петнаест дана од дана подношења приговора. Продавац, односно давалац услуге дужан је да својим актом прецизно утврди начин и услове решавања по примљеном приговору.

Треба истаћи да се вансудско решавање потрошачких спорова у нашој пракси ретко реализовало, мада је било покушаја да се потрошачки спорови решавају при привредним коморама од стране судова части. Разлога због којих су потрошачи ретко користили понуђене начине вансудског решавања потрошачких спорова има више, а навешћемо најчешће и најзначајније. Први, због ситуације на нашем тржишту, које карактерише хаос, монополистичко понашање итд. Други, због тога што је потрошач, по правилу, економски слабија уговорна страна. Трећи, због необавештености потрошача. Због тога законом установљена права потрошача у пракси најчешће нису била примењивана, тако да је њихова делотворност и изостала. Њихова примена би довела до значајног побољшања положаја потрошача, сређенијег и стабилнијег тржишта, економског развоја. Овако, гледајући законски текст, одредбе о правима потрошача дају наду за настанак јединственог тржишта са заштићеним учесницима – потрошачима и условима који обезбеђују привредни развој. С обзиром на речено, навешћемо основна права потрошача.

Прво, право на задовољење основних потреба.

Друго, право на безбедност.

Треће, право на обавештеност.

Четврто, право избора.

Пето, право учешћа – заступљеност интереса потрошача у поступку доношења и спровођења политике заштите потрошача и могућност да преко удружења за заштиту потрошача буде заступљен у поступку усвајања и спровођења политике заштите потрошача.

Шесто, правна заштита – заштита права потрошача у законом предвиђеном поступку у случају повреде његовог права и накнада материјалне и нематеријалне штете коју му причини трговац.

Седмо, образовање – стицање основних знања и вештина неопходних за правилан и поуздан избор производа и услуга, као и знања о основним правима и дужностима потрошача и начину њиховог остваривања.

Осмо – право на здраву и одрживу животну средину.

Међутим, треба истаћи да многа од тих права представљају препоруке, а не права потрошача, јер Србија, као и многе друге државе у којима је ниска куповна моћ потрошача, није у стању да обезбеди реализацију многих од наведених права. То значи да потрошачи немају много разлога да верују у скоро поправљање њиховог положаја. Као економски слабија страна они ће плаћати превисоке цене робе и услуга сумњивог, негарантованог квалитета. И поред наведених права, они ће и даље бити недовољно информисани и на ниском нивоу свести о својим правима.

На поступак вођења и окончања вансудског решавања потрошачког спора, сходно се примењују одредбе закона којима се уређује арбитража, односно посредовање, као и други прописи којима се уређује вансудско решавање спорова.

VI

Наш Закон о заштити потрошача из 2005. године у погледу заштите права потрошача давао је приоритет, односно омогућавао приступ правди потрошачима у случају потрошачког спора, по правилу, правом на судску заштиту (чл. 60). Нови Закон о заштити потрошача из 2010. године предност даје вансудском решавању потрошачких спорова зато: 1) што су то, по правилу, спорови мале вредности; 2) поступци пред судом су дуготрајни и скупи; 3) потрошач је, по правилу оштећена и неука страна, тако да је неопходно да ангажује неко стручно лице да је заступа и штити њене интересе. Имајући у виду наведене разлоге, потрошач најчешће одустаје од судске заштите. Због тога су Европски парламент и Савет усвојили Уредбу 2000/с о мрежи националних тела на територији Заједнице о вансудском решавању спорова потрошача.¹² Међутим, покретање и вођење поступка вансудског решавања потрошачког спора,

12 Council Resolution on Community – wide network of national bodies for the extra – judicial settlement of consumer disputes 2000/c, *OJ C 1551*, 6.6.2000; Commission Recommendation on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for out – of – court Settlement of Consumer Disputes 98/257.

не искључује нити утиче на остваривање права на судску заштиту, у складу са законом.¹³

Од правила вансудског решавања спорова потрошача, Закон о заштити потрошача из 2010. године предвиђа изузетке у одређеним случајевима. Тако, потрошач чије је право или интерес повређен може да поднесе тужбу (мада се у Закону користи синтагма „захтев“, који се подноси другим органима, а тужба се подноси суду) за покретање поступка: 1) забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима; 2) забране непоштеног пословања; 3) за одузимање противправно стечене користи. Тужбу за покретање поступка у напред наведеним случајевима може да поднесе и удружење и савез због повреде колективних интереса потрошача. Поступак по тужби покреће се и води пред надлежним судом у складу са Законом којим се уређује парнични поступак.¹⁴ У наведеним случајевима судски поступак је најефикаснији приступ правди у случају спора. До окончања судског поступка по тужби забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања не може се по истоветној тужби покретати други поступак.

Заштита права потрошача остварује се на основу кондемнаторне тужбе (за осуду на чинидбу – давање, чињење, нечињење или трпљење) и конститутивне тужбе (захтева се промена правног односа – најчешће раскид уговора). За потрошача је најзначајнија кондемнаторна тужба, којом се због повреде права захтева имовинскоправна заштита, односно обавезивање туженог да му надокнади проузроковану штету. На овај начин потрошачи реализују право на обештећење, право да добију правичну накнаду за лажно приказивање својстава производа и услуга, за некавалитетне производе или незадовољавајуће услуге.¹⁵ Оштећени има право на накнаду штете ако докаже да је претрпео штету, да је производ имао недостатак и да постоји узрочна веза између тог недостатка и претрпљене штете.¹⁶ Ако услуга није саобразна уговореној, потрошач може да захтева од трговца да изврши саобразну услугу. Ако је избршење саобразне услуге немогуће или противправно или представља несразмерно оптерећење за трговца, потрошач може захтевати умањење цене или раскид уговора. Ако услуга није саобразна уговореној, на одговорност трговца сходно се примењују одредбе о испоруци робе, њеној саобразности уговору, одговорности за несаобразност и правним последицама несаобразности (чл. 49 до 58 ЗЗП).

13 Закон о заштити потрошача, чл. 135.

14 Закон о заштити потрошача, чл. 140.

15 М. Мићовић, *нав. дело*, стр. 195.

16 Закон о заштити потрошача, чл. 60 ст. 1.

У поступку по кондемпнаторној тужби вредност предмета спора утврђује се у висини укупне вредности робе, односно услуга у случајевима који су садржани у захтеву, а највише у висини од 500.000 динара.

Пре подизања тужбе, потрошач подносилац тужбе дужан је да позове другу страну да спор реше вансудским путем. У том случају сходно се примењују правила о вансудском решавању потрошачких спорова (тзв. претходно упозорење).¹⁷ Тако према хрватском Закону о заштити поверилаца (чл. 132 ст. 1), пре покретања поступка за заштиту колективних интереса потрошача овлашћено лице дужно је трговца или скупине трговаца из истог привредног сектора чије је поступање у супротности са правилима предвиђеним овим Законом, коморска и интересна удружења трговаца која рекламирају противправно поступање и слична понашања претходно писмено упозорити да ће у случају да не прекину с недопуштеним понашањем против њих покренути поступак за заштиту колективних интереса потрошача. На предлог подносиоца тужбе, суд може донети привремену меру којом се налаже трговцу обустава примене неправичних уговорних одредаба у потрошачком уговору или обустава непоштеног пословања у односима са потрошачима. Привремена мера може трајати до доношења одлуке суда по тужби за покретање поступка.¹⁸ Уколико трговац против којег је донета правоснажна судска одлука по покретању тужбе за заштиту појединачних или колективних интереса не поступи по тој одлуци у остављеном року, свако лице које за то има оправдани интерес, може да поднесе суду захтев за доношење мере одузимања противправно стечене користи.

Новим Законом о заштити потрошача предвиђено је публикавање судске праксе у вези поднетих тужби због постојања законом предвиђених разлога за покретање поступка забране неправичних уговорних одредаба и непоштеног пословања. Министарство је дужно да публиковану судску праксу учини доступном јавности на својој Интернет страници. Према хрватском Закону о заштити потрошача (чл. 136а) суд ће наложити туженику да о свом трошку објави целу или део одлуке уколико њено објављивање може допринети да се ублаже или у потпуности искључе штетне последице повреде прописа о заштити колективних интереса потрошача.

Заштита потрошача може се остваривати непосредно и посредно. Непосредна заштита остварује се у поступцима које потрошачи сами покрећу као странке против субјеката који су повредили њихова права. У тим поступцима заштита се реализује *in concreto* зато што поједини потрошачи остварују своја конкретна права према одређеним лицима која су их својим понашањем повредила или угрозила. Заштита потрошача се врши посредно у случајевима у којима се као активна страна

17 Закон о заштити потрошача, чл. 144.

18 Закон о заштити потрошача, чл. 145.

у поступку против субјеката који повређују права потрошача јављају организације потрошача. У тим случајевима остварује се заштита *in abstracto*, јер се сузбијају противправна пракса и поступци којима се могу угрозити права било ког потрошача, чиме се постиже колективна (групна) заштита интереса потрошача.¹⁹ Због тога се колективна заштита остварује путем колективне тужбе. У нашем праву заштита потрошача може се остваривати непосредно и посредно.²⁰ Тужбу за покретање поступка против субјеката који су повредили његова права подиже странка чија су права повређена, али то могу учинити, и тужбу поднети, и удружења и савези због повреде колективних интереса потрошача. У упоредном праву, право на подизање колективне тужбе признаје се удружењима потрошача и управним органима (Велика Британија, Немачка), удружењима потрошача (Италија, Холандија), јавним органима (Данска, Ирска). Тако, према хрватском Закону о заштити потрошача поступак за заштиту колективних интереса потрошача могу тужбом за заштиту колективних интереса потрошача покренути овлашћена лица која имају оправдани интерес за колективну заштиту потрошача, као што су, на пример, удружења за заштиту потрошача, те државна тела надлежна за заштиту потрошача.²¹

Новим Законом о заштити потрошача из 2010. године регулисан је поступак забране неправичних уговорних одредаба и непоштеног пословања члановима 137–146.

VII

У глави XIV („Надзор“) предвиђено је да надзор над применом овог Закона врше надлежна министарства. Она врше инспекцијски надзор преко инспектора надлежних за вршење инспекцијског надзора у одговарајућој области. У вршењу надзора министарства међусобно сарађују, односно међусобно се обавештавају о предузетим мерама, размењују информације, пружају непосредну помоћ и предузимају заједничке мере и активности значајне за спровођење инспекцијског надзора.

У вршењу инспекцијског надзора, надлежни инспектор има сва права, дужности и овлашћења која су прописана Законом о заштити потрошача²² и законима којима се уређује инспекцијски надзор у одговарајућој области. Надлежни инспектор у вршењу надзора проверава да ли трговац у обављању своје делатности испуњава законом предвиђене услове. Мора се приметити да је у нашој пракси рад тржиш-

19 Мићовић, М., *нав. дело*, стр. 196–197.

20 Закон о заштити потрошача, чл. 137.

21 Хрватски Закон о заштити потрошача, чл. 132 ст. 1.

22 Закон о заштити потрошача, чл. 148.

не инспекције, а и неких других (бар до сада), био неефикасан и нетранспарентан што се негативно одразило на заштиту права потрошача.

Ако надлежни инспектор утврди недостатке у пословању трговца, донеће решење којим ће одредити рок у коме је продавац или давалац услуга дужан да отклони утврђени недостатак. Ако продавац или давалац услуга не отклони утврђени недостатак у року који је одређен у решењу инспектора, инспектор ће донети решење о привременој забрани продаје робе, односно пружања услуга до отклањања недостатака због којих је та мера изречена.²³ Против решења инспектора може се изјавити жалба у прописаном року надлежном министру. Жалба не одлаже извршење решења.

Dara MILENOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

CONSUMERS PROTECTION ACCORDING TO THE ACT ON CONSUMERS PROTECTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

By enacting the Act on Consumers Protection in 2010 the Republic of Serbia tried to establish the legal, efficient and long-lasting rights protection for the final consumers of goods and services. In this sense this Act establishes the system that consists of state authorities and autonomous independent organizations (associations, alliances) whose aim is the protection and systemic realization of active consumers protection. To achieve such aim it is necessary to provide the mechanisms for its appliance – what was one of the major defaults of the old Act on Consumers Protection from 2005. In this sense the new Act has put in the foreground the extrajudicial resolving of consumers disputes. The extrajudicial dispute resolving is quick, efficient and cheap. But, this does not mean that the Act on Consumers Protection does not predict the judicial dispute resolving as well, which is longer, more expensive, with the uncertain result for the consumer – the consequence of which is that it is rarely initiated by the consumer.

Key words: *consumer, consumers dispute, extrajudicial and judicial consumers disputes resolving.*

23 Закон о заштити потрошача, чл. 149.

др Душица ПАЛАЧКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

О СУДСКОЈ ГРАЂАНСКОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА ПРЕМА ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

У раду је учињен покушај прекознавања ограниченог броја процесноправних проблема заштитне потрошачких права у судским парничним процесима. Уочена је неопходна дистинкција индивидуалној и колективној модела грађанскоправне заштите, која се мора оклонити, али и низ недостигака свакој од ова два модела појединачно. Недостига је низ процесних гаранција којима би се олакшало и поједноставило остварење права на судску заштиту потрошачких права, посебно по колективним тужбама. Закон не познаје, нпр, посебна правила о пререди доказивања, проширеном дејству правноснажних одлука по колективним тужбама, обавезујућем дејству ових одлука у процесима по индивидуалним тужбама за накнаду штете, а посебно је процесноправно некоректан и стога неприхватљив, несклад предвиђених врста тужби и правних последица које на основу њих суд изриче. Бројни уочени недостаци или неадекватна решења, као и недоследности домаће регулативе у поређењу са регулативом једног броја држава у окружењу, посебно Хрватске, која је у процесу придруживања исеред осталих држава Региона, као и са европском регулативом, учвршћују уверење Аутора да је неопходно прекознати начине на који би се, будућим изменама и дојунама нашег Закона, могао гарантовати виши степен заштите права потрошача у парничним процесима.

Кључне речи: потрошач, потрошачки спор, индивидуална заштита, колективна заштита.

Нови Закон о заштити потрошача Републике Србије¹ не регулише у целини судски поступак заштите потрошача, нити по индивидуалној, нити по тзв. организацијској тужби,² али ни посебности вансудског модела заштите. Овакав законодавни манир упућује на закључак о непотпуности грађанскоправне судске заштите потрошача као економски и правно слабије стране у правном односу.³ Несистематичност приступа, али и неусклађеност и иначе малобројних процесноправних одредаба указује на то да немамо уобличену посебну парничну процедуру за заштиту права потрошача. Посебни поступци су, пак, прихватљив начин увек када се жели постићи заштита одређене категорије субјеката, заштита која је ефикаснија у односу на правила опште парничне процедуре. Непостојање специфичних механизма вансудске заштите, такође је значајан недостатак.⁴ Мада се могу препознати модели заштите по индивидуалној тужби и тужби за заштиту колективних интереса, за ове друге посебно се може рећи да процесноправни механизми не прате у довољној мери материјалноправне.⁵

- 1 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 73/ 2010 (у даљем тексту: ЗЗП РС).
- 2 Израз користи Владимир В. Водинелић, „Тужбе за заштиту од дискриминације“, *Избор судске праксе*, бр. 12/2006, стр. 17.
- 3 О томе више, Маја Станивуковић, „Заштита потрошача у грађанском и међународном праву ЕЗ“, *Зборник радова ПФ у Новом Саду*, XXXVIII, 2(2004), Том II, стр. 510, 511, као и о „конзумеризму“ као политичком покрету у САД. О задацима које треба да испуни законодавна регулатива у овој материји како би се потрошач фаворизовао, видети, Владимир Андрејевић, „Заштита потрошача – шта се регулише новим Законом“, *Агенда, Часопис за јавну управу и локалну самоуправу*, Београд, 2010, бр. 2, стр. 3, 4, доступно на: http://www.palگو.org/files7Agenda2_net.pdf, 22.1.2011.
- 4 Тако, нпр. у Црној Гори, посебан Арбитражни одбор за вансудско решавање спорова потрошача основан је при Привредној комори, чије су надлежности, састав, правила поступка, извршење одлука и др. веома прецизно регулисани одредбама чл. 97–117 Закона о заштити потрошача, *Службени лист РЦГ*, бр. 26/2007 (у даљем тексту: ЗЗП РЦГ), доступно на <http://apos.org.rs/files/zakoni/crnogorski.pdf>, 21.01.2011; У Босни и Херцеговини, пак, процедуре алтернативног решавања спорова су, такође, специфичне, успостављају се и примењују у складу са критеријумима које доноси Омбудсман за заштиту потрошача, видети Закон о заштити потрошача БиХ из 2006. (у даљем тексту ЗЗП БиХ), чл. 100–105, 124, доступно на: [www:// potrosacirs.ba/?p=200](http://www.potrosacirs.ba/?p=200), 21.1.2011.
- 5 Видети Весна Ракић-Водинелић, „Еколошка тужба“, *Зборник „Закон о облигационим односима“*, *Књига о десетогодишњици*, *Правни животи*, Београд, 1988, Том II, стр. 438, о неадекватности процесне регулативе у домену заштите животне средине у којој су, као и у области заштите потрошача потребно штитити колективне интересе. За разлику од нашег Закона, Закон о заштити потрошача Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 79/07, 125/07, 79/09, 89/09 и 133/09 (у даљем тексту: ЗЗП РХ), доступно на: http://www.poslovniforum.hr/potrosac/zakon_o_zastiti_potrosaca_2007.asp, 21.1.2011, одредбама чл. 103–106 и 131–141, веома подробно регулише заштиту ко-

ЗЗП РС, одредбама Дела 12. и Дела 13. говори о заштити права потрошача у „потрошачким и споровима“ и у „*йосйуйцима* за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања“, при чему у оквиру ове друге врсте „*йосйуйака*“ убрјаја поред два поменути и поступак за одузимање противправно стечене користи (чл. 137/1 т. 3).⁶ Уочљива је, већ на први поглед хетерогеност терминологије.

І „Потрошачки спор“

Према одредби чл. 132 ЗЗП РС то је „сваки спор који произлази из уговорног односа потрошача и трговца“, уз искључење оних који су настали услед смрти, телесне озледе или нарушавања здравља, из пружања здравствених или правних услуга и услед преноса права на непокретностима.

Једино конкретно процесноправно правило је лимит према вредности предмета спора, која не сме прелазити 1.000.000 динара.⁷ Приметимо неусклађеност регулативе с обзиром на измене ЗПП РС из 2009,⁸ којима је усвојен нови приступ одређивању релевантних новчаних вредности. Оне се, наиме, одређују у еврима, а обрачунавање се врши према динарској противвредности утврђене суме по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе. Идентичан приступ отклонио би потребу евентуалних усклађивања вредности из ЗЗП РС у случају значајнијих измена курса динара и допринео конзистентности националне регулативе уопште. Једино прихватљиво објашњене лимитирања вредности предмета спор је везано уз наплату судских такси,⁹ с обзиром да Законом одређена гранична вредност ни за ове, као ни за „по-

лективних интереса потрошача, мада је примена управо ових одредби одложена до пријема Хрватске у Европску унију (чл. 155 ЗЗП РХ), доступно на: http://www.poslovniforum.hr/potrosac/zakon_o_zastiti_potrosaca_2007.asp, 21.1.2011. Колективна заштита предвиђена је и ЗЗП РЦГ, одредбама чл. 112/2, и чл. 113, и одредбама чл. 121 ЗЗП БиХ.

6 Чланови 132–136, односно 137–146 ЗЗП РС.

7 За разлику од нашег закона, остали закони држава у окружењу то не чине, а ни критеријум Уредбе о установљавању европског поступка за спорове мале вредности, бр. 861/2007, од 11. јула 2007, доступно на: http://www.apos.org.rs7files/direktive%20Regulativa_861-2007_Postupak_u_predmetima-male_vrednosti.pdf, 24.1.2010, која одредбом чл. 2/1, који као граничну вредност одређује 2.000 евра, није прихваћен.

8 Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку РС, *Службени јласник РС*, бр. 111/2009 (у даљем тексту: ЗЗП 2009).

9 Видети одредбу чл. 21 Закона о судским таксама, *Службени јласник РС*, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – др. закон, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – др. закон и 31/09.

ступке“ из чл. 137 није гранична ни за поступање судије појединца, ни за примену правила о поступцима у споровима мале вредности, ни за изјављивање ревизије у имовинскоправним споровима према ЗПП РС.¹⁰

Према ЗПП РС,¹¹ „потрошача“ је „физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности“. Истовремено, Закон о електронској трговини¹² дефинише потрошача као „свако физичко лице које закључује правни посао на тржишту у сврхе које нису намењене обављању његовог занимања, пословне активности или предузетничке делатности“ (чл. 3 т. 5). Приметимо, такође, да се ове дефиниције разликују међусобно, али и од оних које су употребљене у европској регулативи као и у законима о заштити потрошача држава у окружењу.¹³

10 Видети одредбе чл. 6/1, 38/2 и 48 ЗПП 2009.

11 Одредба чл. 5 т. 1.

12 Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009.

13 Тако, нпр, Директива 1997/7, о заштити потрошача у односу на уговоре закључене на даљину, Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ L 144*, 04/06/1997, доступно на: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997LOOO7:EN:HTML>, 31.1.2011., дефинише потрошача као свако физичко лице које у уговорима на које се односи ова Директива делује у сврхе које нису намењене његовом занимању, пословној активности или професији. Директива 2005/29, о непоштеној трговачкој пракси, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council, of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directive 97/27, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council („Unfair Commercial Practices Directive“), *OJ L 149*722, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149.0022.0038.EN:PDF>, 12.1.2011., додаје овом набрајању и да то не може бити делатност везана уз занат, односно предузетничка делатност. ЗПП РХ дефинише потрошача као свако физичко лице које склапа правни посао или делује на тржишту у сврхе које нису намењене његовој пословној делатности нити обављању делатности слободног занимања (чл. 3/1), а Закон о електроничној трговини Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 173/03, доступно на: http://wmd.hr/zakoni-narodne-novine/detaljnije/zakon_o_elektronickoj_trgovini, 25.2.2011. (чл. 2. т. 8) као „свако физичко лице које склапа правни посао на тржишту у сврхе које нису намењене његовом занимању нити пословној активности или предузетничкој делатности, у складу са одредбама посебног закона“. ЗПП РЦГ, одредбом чл. 2 т. 8, дефинише потрошача као „физичко лице које купује, поручује, прима, користи робе или услуге укључујући и јавне услуге у непословне, односно непрофесионалне сврхе или коме је упућена понуда за робу или услугу“, а ЗПП БиХ, одредбом чл. 1, дефинише потрошача као „свако физичко лице које купује, стиче или користи производе или услуге за своје личне потребе и за потребе свог домаћинства“. За европску регулативу видети, такође, један број дефиниција код, Маја Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 523–526.

У теорији има ставова да би потрошачи, под одређеним условима, могла бити и правна лица. При томе присталице овог става упозоравају да се посебно мора узети у обзир економска и правна сврха уговора и положај потрошача као уговорне стране која је неравноправан пословни партнер супротној страни.¹⁴ Европски суд правде, пак, у предметима који се односе на примену заштитних одредаба Бриселске конвенције, односно Регулative Брисел I, дакле искључиво у решавању питања надлежности за спорове из потрошачких уговора, прихвата рестриктиван приступ одређењу појма потрошача. То је искључиво физичко лице које уговор закључује у „сврхе за које се може сматрати да су изван његове професионалне или профитне делатности“, што је и свеобухватна и стога прихватљива формулација. Пракса Суда искључује и могућности да се специјална правила надлежности примене када тужбу у корист потрошача, али у своје име, поднесе организација потрошача или омбудсман за потрошаче. Потрошач, наиме, мора бити непосредно странка у спору.¹⁵ Оправдање овом ставу изреченом у често цитираној одлуци у предмету *Benincasa*,¹⁶ јесте да ова правила представљају изузетак од укупног конвенцијског режима надлежности, и морају се рестриктивно тумачити, а наглашава се и потреба „аутономног“ тумачења појма „потрошач“, дакле да се национални судови морају руководити принципима европског права.¹⁷ Супротно томе, у случајева када тумачи директиве

- 14 Видети, нпр., N. Misita, *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Sarajevo, Pravni centar, Fond Otvoreno društvo BiH, 1997, стр. 60 и след. Такође, видети и код, Маја Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 523 и 524, о томе да се у дефинисању могу користити два приступа – према природи субјекта и врсти потреба које он задовољава правним послом или на основу тога да ли закључење конкретнoг правног посла спада у обављање пословне делатности или професије тог субјекта. Према првом, потрошач је физичко лице које правним послом задовољава своје личне и породичне потребе, а према другом, појам је шири и обухвата и правна лица уколико ступају у правне послове „за које нису стручна и којима се не баве редовно“. Тако, осигуравајуће друштво које набавља клима уређаје за канцеларије може се сматрати „потрошачем“.
- 15 Видети, нпр., доста цитирану одлуку у случају *Huton, Shearson Lerhman Hutton* (1993) *ECR I-139*, нпр. т. 33, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/p/cgi-bin/form.pl?lang=eng>, 4.2.2011.
- 16 *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl*, (1997) *C 269/95*, доступно на: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995J0269, 4.2.2011., где у одлуци Суд констатује да се не примењују посебна правила о надлежности за потрошачке уговоре ни када је закључен уговор о купопродаји робе која је делом коришћена за личне, а делом за професионалне сврхе, изузев ако је део који је коришћен за професионалне сврхе „занемарљив“ у односу на укупан обим трансакције. Појам потрошача дат је и ранијом пресудом у случају *Di Pinto*, *ECR judgement of 14.03.1991, Case C 361/89, ECR 1991, The definition of consumer in the European Union*, доступно на: http://laweuropa.com/english/index.php?d=tuketicic&mod=Ab_Tuketicinin_2_2, 4.2.2011.
- 17 Видети више, Aleš Galič, „Procesnopravna zaštita potrošača u pravu Evropske unije“, *Европски правник*, бр. 1/2006, стр. 110, као и одлуку, коју Аутор помиње, у случају

које се односе на материјалноправну заштиту потрошача у уговорним односима, Суд је прихватио екстензивнији приступ.¹⁸

Трговац је, према ЗЗП РС, „правно или физичко лице које наступа на тржишту у склопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе“.¹⁹ Мада формулација из чл. 132 ЗЗП РС упућује на закључак да се сви спорови који произлазе из уговорног односа потрошача и трговца сматрају потрошачким, систематика Закона, односно издвајање, као посебних, „поступака“ из чл. 137, за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања, могла би упутити на закључак да у овој категорији спорови нису потрошачки. Како и ове „поступке“ свакако могу покренути и сами потрошачи, а против трговаца, као спорове за заштиту индивидуалних права, односно интереса, реч је о потрошачким споровима.²⁰ Ипак, у овој групи су и спорови за заштиту колективних интереса, који, према пракси Европског суд правде, не би могли да се сврстају у ову категорију.

Проблем неконзистентног одређења појма „потрошачки спорови“ је, свакако, и теоријске природе, али чињеница да за такве спорове ЗЗП РС није предвидео посебна процесноправна решења ни за судску ни за вансудску заштиту, може условити и практичне проблеме. Поменимо само један, који следи упоређењем одредбе чл. 132/4 и одредбе чл. 144/1, односно да ли је, када је у улози тужиоца потрошач који тражи једну од врста заштите из чл. 137/1, претходно вансудско решавање факултативно²¹ или обавезно?²² Ако је, наиме, обавезно, онда је реч о услову

*Henkel, C-167/00, од 1.10.2002, нпр, т. 33 образложења одлуке, доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=en>, 4.2.2011.; Видети, такође, Vesna Tomljenović, „Procesnopravna zaštita potrošačkih odnosa s međunarodnim obilježjem“, у: *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu – izazovi međunarodnog tržišta roba i kapitala*, Rijeka, 2005, стр. 463, 464.*

18 Видети о томе више, Vesna Tomljenović, *нав. чланак*, стр. 456–464.

19 Видети одредбу чл. 5 т. 2 ЗЗП РС; ЗЗП РХ дефинише трговца као „било које особе која склапа правни посао или делује на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у оквиру обављања делатности слободног занимања“ (чл. 3/1), и ЗЗП РЦГ трговац је „лице које продаје робу или пружа услуге потрошачима“ (чл. 2 т. 11), а у ЗЗП БиХ, „свако лице које директно или као посредник међу другом лицима продаје производе или пружа услуге“ (чл. 1 т. 5).

20 Упоређењем формулације са оном из чл. 137/2, да поступке из чл. 137 могу покренути „и“ удружења и савези из чл. 129 ЗЗП РС, заправо би значило да их могу покренути потошачи, а онда и удружења и савези.

21 Формулација „може“ се решити и вансудским путем из чл. 132/4 ЗЗП РС.

22 Формулација да је подносилац захтева „дужан“ да позове други страну пре подношења тужбе да спор реше вансудским путем. Поменимо овде и да је „подношење захтева“ из ове одредбе процесноправно некоректно, односно да би се морало говорити „подношење тужбе“ с обзиром на то да је захтев само један од обавезних делова тужбеног поднеска. На сличан проблем, тако, упозорава и Гордана Станковић, „Методи за судску заштиту потрошача“, у: *Зборник – Og caveat*

допуштености тужбе за покретање парничног поступка, па неиспуњење води одбацивању тужбе?

За ову врсту спорова, односно поступка за њихово решавање, недостају бројна посебна процесноправна решења како би заштита права потрошача била обезбеђена на нивоу европске регулативе, али и регулативе држава у окружењу. Тако, ЗЗП РС одређује, сасвим непотребно, стога што посебни закони углавном дају такве гаранције, да је вансудско решавање потрошачких спорова хитно, али не и да суд мора поступати хитно, недостаје решење о посебној месној надлежности која „привилегује“ потрошача дајући му као тужиоцу могућност да поступак покрене у месту свог пребивалишта,²³ или, нпр. одредбе о терету доказивања²⁴ што би олакшало процесни положај потрошача, а то свакако мора бити циљ ових поступака заштите.

II „Поступци“ из чл. 137 ЗЗП РС

Поменуто је да логика законодавног метода, сасвим неоправдано, указује да ни поступци из чл. 137/1 ЗЗП РС покренути индивидуалним тужбама нису потрошачки спорови. То нарочито следи тумачењем одредбе чл. 144/2, односно да се у поступцима по чл. 137/1 „сходно примењују“ одредбе ЗЗП РС о вансудском решавању потрошачких спорова!? Ипак, већ је речено да управо могућност заштите индивидуалних интереса и у овим поступцима упућује на карактер потрошачких и

emptor go caveat venditor, Крагујевац, 2009, стр. 414, а поводом терминологије Закона о заштити потрошача из 2005, *Сл. гласник РС*, бр. 79/05, односно његовог чл. 60, и „подношења захтева за накнаду штете пред надлежним судом“ од стране потрошача који је штету непосредно претрпео. Такође, наслов „Претходно упозорење“ испред чл. 144 терминолошки није добро одабран, односно није реч ни о каквом „упозорењу“, већ о покушају решавања и ове врсте спорова вансудским путем. Одредба овог члана управо говори о дужности подносиоца захтева, односно, пре би требало рећи, субјекта који има намеру да покрене судски спор, да позове другу страну да спор реше вансудским путем. То је, дакле, нужан услов да би судска заштита била допуштена – уколико вансудско решавање не доведе до резултата. При томе, треба имати на уму карактер споразума који се постиже медијацијом – вансудско поравнање (видети одредбу чл. 16, посебно ставова 4, 5 и 6 Закона о посредовању – медијацији, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005), али и то да се у арбитражном решавању спорова постигнуто поравнање изједначава са оним из судског поступка, видети одредбе чл. 54 и чл. 64 Закона о арбитражи Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006, што може бити проблематично с обзиром на одредбу чл. 135 ЗЗП РС.

- 23 Одредба чл. 47 ЗЗП РС, односи се само на спорове за заштиту права на основу писмене гаранције произвођача и стога је недовољна у овој материји.
- 24 Нпр., по угледу на одредбу чл. 45 Закона о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 227/2009.

када се траже наведене забране неправичних одредаба конкретног потрошачког уговора или одредаба које упућују на непоштено пословање. Независно од тога и када из примене оваквих одредби уговора настане штета, потрошач има право на тужбу, и спор је увек потрошачки.²⁵

У овој групи „поступака“, логиком праксе Суда правде, јесу и спорови који не носе предзнак „потрошачки“. Реч је о ситуацијама када се штите колективни интереси и када поступке покрећу удружења или савези потрошача.²⁶ У теорији налазимо разграничење које полази од тога да ли се заштита потрошача постиже „непосредно“ или „посредно“, односно *in concreto* или *in abstracto*.²⁷ Удружења или савези,²⁸ „подношењем тзв. удружне тужбе остварују апстрактну контролу праксе и уговора трговаца и других особа – неовисно о томе јесу ли том праксом и уговорима *in concreto* тангирана права појединих потрошача“.²⁹ Процесна легитимација у овом случају изричито је призната законом, уз образложење да се одређеном праксом уопштено вређају или угрожавају права припадника одређене групе, а препуштање искључиве иницијативе заштити члановима групе не би постигло ефекат услед ограниченог домета њихових појединачних иницијатива и мање економске и социјалне снаге.³⁰

Према врсти заштите која се захтев реч је најчешће о кондемпнаторним захтевима, захтевима за изрицање налога или забране.³¹ Ово следи и из одредбе чл. 137/1 ЗЗП РС, а то је и смисао Директиве 98/27/ЕЗ³² о судским налозима за заштиту интереса потрошача измењену Директивом 2005/29/ЕЗ³³ о непоштој пословној пракси. Ова Директива

25 Видети о томе, Aleksandra Maganić, „Процесноправна заштита потрошача у Републици Хрватској“, *Зборник – Og caveat emptor do caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 426.

26 О удружењима и савезима видети одредбе чл. 127–131 ЗЗП РС.

27 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, стр. 823.

28 Видети одредбе чл. 127–130 ЗЗП РС, као и Закон о удружењима, *Сл. гласник РС*, бр 51/09.

29 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *нав. дело*, стр. 823.

30 Видети више, Mihajlo Dika, „Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača“, *Hrvatska pravna revija*, listopad, 2003, стр. 37–39.

31 *Ibidem*.

32 Directive 98/27/EC of the European parliament and oh the Conuncil, of 19. May 1998, on injunctions for the protection of consumers interests, *OJ L 166/51*, доступно на: http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/acce_just09:en.pdf, 1.3.2011.

33 Directive 2005/29/EC of the European parliament and of the Council, of 11. May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directive 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the

управо се односе на колективну заштиту, али не даје право носиоцима такве заштите на захтев за одузимање противправно стечене користи, што ЗЗП РС чини, већ само на захтев за изрицање забране, и то хитно и по скраћеном поступку, затим на објављивање одлуке и плаћање пенала за неизвршење у складу са националном нормативом. У том смислу, могло би се рећи да ЗЗП РС даје већи степен заштите у односу на Директиву. Право на накнаду штете, какао је речено, има искључиво потрошач.

Ипак, морамо закључити да постоји несклад врсте заштите („захтева“) из чл. 137 и последица, одлука суда, које су могуће према чл. 143 „Забране“ се морају тумачити као тужба која садржи захтев за осуду на негативно понашање, а право на тужбу је изричито предвиђено само за три врсте кондемпнаторних тужби,³⁴ а не и за преображајне или декларативне. Како декларативна тужба није изричито призната остаје примена законске дефиниције декларативних тужби из чл. 188/2 ЗПП, односно постојање правног интереса *in concreto* на страни удружења и савеза, што је, према ставу теорије, тешко доказиво управо стога што право на тужбу удружењима и савезима треба рестриктивно признавати.³⁵ Могуће је, ипак, по нашем мишљењу, посредно закључити о постојању правног интереса удружења и савеза за заштиту потрошача за декларативне тужбе, с тога што она имају као основни циљ заштиту колективних интереса потрошача. Али, остаје закључак да ЗЗП РС нема конзистентна решења што може створити проблем у пракси. У случају преображајних тужби, које следе из одредбе чл. 143 т. 1, али не и из чл. 137, такође се препознаје недопустива недоследност регулативе. И за ове тужбе потребно је изричито овлашћење закона, које ЗЗП РС не садржи.³⁶ Следио би могући закључак да их треба одбацити.

За разлику од „потрошачких спорова“, за „поступке“ из чл. 137 ЗЗП РС даје неколико специфичних процесноправних решења – процесне претпоставке која се тиче обавезне понуде за вансудско решење, врсте привремених мера (чл. 145), уз лимит вредности предмета спора, што свакако не обезбеђује потпуну заштиту. Одредба чл. 138 односно да се „до окончања поступка по захтеву из чл. 137, не може по истоветном захтеву покретати други поступак“, свакако подразумева други судски поступак, али се може отворити проблем литиспенденције у односу ар-

European Parliament and of the Council („Unfair Commercial Practices Directive“), *OJ L 149/22*, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUri/Serv.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:EN:PDF>, 1.3.2011.

34 Mihajlo Dika, *нав. чланак*, стр. 39.

35 Mihajlo Dika, *нав. чланак*, стр. 39.

36 Видети нпр., Siniša Triva, Mihajlo Dika, *нав. дело*, стр. 408, 409.

битражног суда и државног суда.³⁷ Одредба чл. 138, такође, онемогућава да се о истом предмету спора покрену и воде поступци од стране два различита правна субјекта у улози тужиоца, што је процесноправно проблематично. Поменимо овде решење из чл. 140 ЗЗП РХ, којим се, насупрот томе управо омогућавају индивидуалне тужбе потрошача за накнаду штете, поништење или утврђивање ништавости уговора закљученог под утицајем недопуштеног поступања као и било ког другог поступка за заштиту права која му припадају по овом Закону. Процесноправна логика говори да је недопуштено наставити парницу по доцнијој колективној тужби коју у истој правној ствари подноси други овлашћени субјекат, али не и на начин из поменутог чл. 138 ЗЗП РС.

Могло би се закључити да ЗЗП РС није јасно разграничио индивидуалну и колективну заштиту потрошачких права. Стога су и одредбе Главе 13, према логици закона, применљиве у оба случаја. Но, чини нам се да је заправо било добро, супротно томе, посебно нормирати ову другу, како то чини, пре свих, ЗЗП РХ, државе која је у примени европских стандарда у овој материји морала значајније унапредовати с обзиром на фазу придруживања ЕУ.³⁸ При томе, нису изричито одређене врсте тужби, али је предвиђено које правне последице може изрећи суд (чл. 135), а оне су кумулиране: утврђење акта повреде прописа о заштити потрошача и његово прецизно дефинисање, наредба да прекине са таквим поступањем и, ако је потребно, усвајање мера којима се отклањају последице противправног понашања, и, забрана таквог или сличног понашања убудуће. Смисао одредбе чл. 143 нашег закона, упућује на алтернативно одређење правних последица, што свакако треба изменити.

За суђење у поступцима колективне заштите у РХ поверено је трговачким судовима (чл. 132(ц)), а предвиђено је и више посебних правила месне надлежности у зависности од тога да ли тужени има седиште или подружницу у Хрватској, или, пак, нема. То да наш закон нема правила о посебној месној надлежности је значајан недостатак регулативе. Сличан закључак следи и у односу на недостатак правила о терету доказивања којима би се олакшала процесна позиција потрошача и без којих се за-

37 Видети о литиспенденцији у оваквим ситуацијама Трива, Воргић, Варади, *Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад, 1973, стр. 95; Весна Ракић-Водинелић, Душица Палачковић, „Литиспенденција пред арбитражом и пред државним судом“, *Правни живои*, бр. 9–10, 1994; Душица Палачковић, „Литиспенденција у судском и арбитражном поступку“, *Право и привреда*, бр. 5–6/2001. Поменимо и одредбу чл. 135, код вансудског решавања „потрошачких спорова“ која отвара исти проблем литиспенденције у односу арбитражног и државног суд, о чему у теорији постоје опречни ставови. Ово су још нека процесноправно значајна питања којима се у овом раду не можемо шире бавити.

38 ЗЗП РХ, бројним одредбама чл. 131–141(б), подробно регулише овај тип заштите.

штита свакако не гарантује на највишем нивоу.³⁹ ЗЗП РХ садржи и правило о претпоставци нетачности чињеничних навода изнесених у оквиру пословне праксе трговца, уколико он у року од седам дана од налога суда не достави доказе којима потврђује истинитост оваквих својих навода, а поступци су покренути поводом недопуштене, заваравajuће или агресивне пословне праксе из чл. 107–115 ЗЗП РХ. Даље, ЗЗП РХ (чл. 137), предвиђа и изрицање новчане казне на захтев лица која су овлашћена покренути поступак за заштиту колективних интереса потрошача, за неизвршавања одлуке суда добровољно у остављеном року, као и кашњење у извршењу, за сваки дан прекорачења, а у зависности од озбиљности повреде права потрошача, уз сходну примену правила извршног поступка о новчаној казни као основном средству извршења. Средства се уплаћују у корист Државног прорачуна РХ.

Надаље, потпуност заштите колективних интереса постиже се и проширењем субјективних граница правноснажности одлука донесених поводом оваквих тужби, као и обавезношћу одлуке донесене у поступку заштите колективних интереса потрошача у поступку који потрошач покрене тужбом за накнаду штете проузроковане понашањем туженог, што такође, није предвиђено у ЗЗП РС.⁴⁰

Значајан недостатак ЗЗП РС је, свакако, и то да нема одредбе о обавези доношења прописа којим би се одредила правна лица која су овлашћена за подношење колективних тужби, а на основу Уредбе бр. 2006/2004, о сарадњи између националних тела одговорних за надзор над спровођењем прописа о заштити потрошача, што ће свакако морати у процесу придруживања бити измењено и ова тела одређена.⁴¹

39 ЗЗП РХ, такође, подробно регулише терет доказивања у зависности од предмета спора. Тако, у случају уговора склопљеног на даљину, трговац, односно оператор средства даљинске комуникације је дужан доказати да је потрошачу доставио претходно обавештење и писану потврду претходног обавештења и да се придржавао рокова за испуњење уговора (чл. 133/1), а у случају спорова поводом уговора о продаји финансијских услуга склопљеног на даљину, трговац је дужан доказати да је испунио обавезу претходног обавештавања потрошача и да је потрошач пристао на закључење уговора, односно на то да му трговац почне пружати уговорене услуге пре истека рока за једнострани раскид уговора, и да ће се, чак, одредба уговора да терет доказивања у овом случају лежи на потрошачу сматрати недопуштеном пословном праксом (чл. 133/2, 3).

40 Видети одредбе чл. 138 и 138(а) ЗЗП РХ, односно да одлука којом се усваја захтев оваквих тужби обавезује туженог да се у будућности уздржава од истог или сличног противправног понашања у односу на све потрошаче који могу, такође, захтевати и принудно извршење одлуке, и о обавезујућој снази одлуке за остале судове.

41 Regulation (EC) No 2006/2004 of the european parliament and the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities for the enforcement of consumer protection laws (the regulation on consumer protection cooperation), *OJ*

III Закључак

Новим Законом о заштити потрошача Републике Србији учињен је покушај свеобухватног регулисања низа материјалноправних, али и процесноправних проблема ов специфичне области правних односа. И док су материјалноправном делу Закона високи стандарди добрим делом остварени, у процесноправном погледу, односно посебно када је у питању грађанскоправни модел заштите применом правила парничне процедуре, то, свакако није случај. При томе је значајан, мада је и једини проблем, да нису јасно разграничени судски поступци заштите права потрошача по индивидуалним и по колективним тужбама. У систему заштите по индивидуалној тужби недостају важне процесноправне гаранције потрошачима, какве су нпр, посебна правила месне надлежности, привремене мере, посебна правила о терет доказивања.

Надаље, у систему колективне заштите права, који се само препознаје, недостаје низ специфичних правила – о овлашћењу надлежним органима државе да одреде ограничен број тела надлежних за покретање ових поступака (усвајајући регулативу ЕУ), о терету доказивања, о проширеном дејству правноснажности пресуда, о обавезујућој снази одлуке по колективној тужби у поступку који потрошач покреће индивидуалном тужбом за накнаду штете, о евентуалним санкцијама за неизвршавање судске одлуке и др. Недопустива је, такође, неусклађеност између врста тужби које су допуштене и правних последица које на основу њих суд може изрећи. Ови и низ других недостатака свакако ће условити проблеме у пракси, а онда неопходност измена и допуна овог Закона у блиској будућности.

L 364, 9.12.2004, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L2004:364:0001:0011:EN:PDF>, 30.3.2011. на основу ове Уредбе Влада Републике Хрватске је донела Уредбу о одређивању правних особа овлашћених за подношење тужбе у вези са забраном коришћења непоштенних уговорних одредаба у потрошачким уговорима, доступно на: http://hidra.srec.hr/arhiva/263755195/narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2009_10_124_3052.html, 30.3.2011.

Dušica PALAČKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

ABOUT JUDICIAL CIVIL CONSUMER PROTECTION ACCORDING TO THE LAW ON THE CONSUMERS PROTECTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The new Law on the consumers protection of the Republic of Serbia represents an attempt to regulate a set of both substantive and procedural issues in this specific field of law in a more comprehensive way. And while in the domain of substantive law high standards have been achieved in an enviable extent in procedural domain this is not the case, especially when it comes to the civil law model of consumer's protection (the rules of litigation procedure). The considerable problem, among others, lies in the fact that there is no clear boundary between the court proceedings related to consumers protection when individual and collective law suits are filed. In the case of an individual consumer's lawsuit some important procedural measures that guarantee the consumers' rights are missing, such as particular rules on local jurisdiction and burden of proof, as well as on resorting to temporary measures.

As for the system of the collective protection of consumers' rights, which is only recognized, some specific rules are missing related to: the authority of relevant state bodies to restrict the number of organs which may file the lawsuit (by adopting the EU regulation), burden of proof, extended scope of effect of the judgments' enforceability, binding judgment reached in a collective lawsuit in the case filed by an individual consumer, sanctions for unenforced court judgments, etc. There is also a big discrepancy between types of lawsuits allowed to be filed and the legal consequences they may produce by their court ruling. These and some other deficiencies will certainly entail some major problems in practice that will eventually lead to the modification of this Law in future.

Key words: *consumer, consumer lawsuit, individual protection, collective protection.*

др Драјан ВУЈИСИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ПРАВУ СРБИЈЕ

Резиме

Заштити потрошача развија се интензивно у Евројској унији задњих тридесетак година и једна је од њених службених политика. Интереси потрошача морају бити заштићени у сваком семенју тржишта, у сваком сектору у којем потрошачи делују. Евројска унија и њене државе чланице имају подељену законодавну надлежност у области заштите потрошача. Право заштите потрошача у Евројској заједници постоји као низ јојединачних аката (углавном директива), док свака држава чланица има својствене прописе о заштити потрошача у којима су имплементирана и правила Евројске заједнице, али који такође садрже и група правила која се тичу односа између потрошача и трговаца.

Споразумом о стабилизацији и придруживању између Евројских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године, истакнута је важност усклађивања срјског законодавства са законодавством заједнице, као и њеова делотворна примена. Обавеза усклађивања домаће законодавства с правном тековином Евројске заједнице изискује и усклађивање срјског права с оним семенјом *acquis-a* који се односи на заштиту потрошача. Као последица тога 2010. године донет је и нови Закон о заштити потрошача.

У раду су посебно обрађена и питања појма потрошача и основних права потрошача. Рескриптивна дефиниција потрошача у већини директива и закона и исто таква примена у пракси Евројског суда правде предмет су бројних анализа у правној науци и овом раду.

Кључне речи: потрошач, заштита потрошача, права потрошача.

I Развој заштите потрошача у Европској унији

Заштита потрошача део је стратешког циља Европске уније (ЕУ) за побољшање квалитете живота свих њених грађана. Унија води рачуна о томе да интереси потрошача буду укључени у законодавство ЕУ у свим релевантним подручјима политике. Будући да јединствено тржиште и јединствена валута отварају трговинске границе, како расте употреба Интернета и електронске трговине те како се сектор услуга шири, важно је да сви грађани у ЕУ (а близу их је 500 милиона) у 27 држава чланица имају користи од исте високе заштите потрошача.

Спровођење заштите потрошача у ЕУ заснива се на начелима хоризонталности, супсидијарности и минималног усклађивања. Начело хоризонталности значи да захтев за заштитом потрошача треба узети у обзир при дефинисању и спровођењу свих политика које имају крајњи утицај на ту категорију грађана (на потрошаче). Начело супсидијарности налаже да се мерама заштите потрошача национална законодавства надопуњују ако је то нужно, док, по основу, начела минималног усклађивања државе чланице могу задржати или увести строжа правила заштите потрошача која су у складу с правом ЕУ. Подручје заштите потрошача данас укључује развијање законодавне праксе и осталих мера, укључивање интереса потрошача у остале европске политике, допуну политика заштите потрошача држава чланица, јачање потрошачких удружења, њихово активно учествовање у процесу одлучивања, и др.

Заштита потрошача уврштена је као засебна политика ЕУ Уговором из Мастрихта. До тада се она развијала без изричите уговорне надлежности углавном као део пројекта стварања унутрашњег тржишта. Основ законодавства у подручју заштите потрошача представља Резолуција Већа од 14. априла 1975. године о прелиминарном програму Европске економске заједнице за заштиту потрошача и политици информисања.¹ Она је помињала пет категорија основних права потрошача: право на заштиту здравља и сигурности, право на заштиту економских интереса, право на информисање и образовање, право на накнаду и правну помоћ и право на представљање. Оквир за развој заштите потрошача од 1990. године представљали су трогодишњи акциони планови Европске комисије (1990–1993; 1993–1995; 1996–1998; 1999–2001). Као један од закључака спровођења последњег акционог плана произашла је потреба за стратешким и дугорочним приступом проблему заштите потрошача, који представља потом усвојени документ Стратегије политике заштите

1 *Official Journal C 92, 1975.*

потрошача 2002–2006.² Мере и акције за остваривање циљева садржаних у овом документу садржи Зелена књига о заштити потрошача у ЕУ.³ У сврху све већег задовољења права потрошача, Комисија је 13. марта 2007. усвојила нову Стратегију политике заштите потрошача за период 2007–2013.⁴ Стратегија је поставила нове изазове, улоге, приоритете и активности потрошачке политике ЕУ за то раздобље. Визија Комисије је да се до 2013. године постигне један, једноставан сет правила за добробит потрошача и трговаца подједнако. Приоритети стратегије су: а) повећање поверења потрошача на унутрашњем тржишту оснивањем јединственог регулаторног окружења које једнако спроводи политике на европском тржишту и ефикасно штити потрошаче, б) јачање позиције потрошача на тржишту кроз развој средстава за образовање потрошача, активно помагање потрошачке организације ЕУ, и њихово укључивање у доношење политика; в) обезбеђење да се потрошачка питања узимају у обзир у свим политикама ЕУ; г) комплементарна потрошачка политика држава чланица; г) прикупљање података везаних уз потрошњу за подршку развоја нових предлога закона и других иницијатива.

Поред поменутих програма и планова, битан моменат у развоју заштите потрошача у ЕУ и генерално посматрано постизању два основна циља: подизање и осигурање високог нивоа заштите потрошача, и отклањање препрека слободном кретању робе и услуга на заједничком тржишту које произлазе из различитих правила држава чланица о заштити потрошача, представља доношење бројних директива. Познаваоци *евројској љрава заштитије љотрошача*⁵ на различите начине и помоћу различитих критеријума препознају директиве ЕУ којима се уређује заштита потрошача. Једни говоре о непосредним и посредним директивама које уређују заштиту потрошача; други, о директивама које се односе на општу сигурност (заштита здравља и сигурности потрошача), директивама које се односе на економске интересе потрошача и директивама које се односе на правну заштиту потрошача; трећи, разликују директиве које регулишу потрошачке уговоре од осталих.⁶

2 COM (2002) 208 final објављен у ОЈ С 137, 8.6.2002.

3 COM (2001) 531 final, 2.10.2001.

4 COM (2007) 99 final, 13.03.2007.

5 У правној литератури постоје различита схватања да ли можемо квалификовати право заштите потрошача ЕУ посебном граном права. По једнима, то није могуће због парцијалности уређења, хетерогености правних правила, ширине подручја друштвеног живота на које утиче (М. Баретић, „Заштита потрошача у европској заједници – I део“, *Хрватска љравна ревија*, бр. 7/2002, стр. 97). Други су, пак супротног мишљења (Д. Леђић, „Заштита потрошача“, *Зборника радова Правној факултету у Ријеци*, 2005, стр. 10).

6 *Ibid.*

За потребе овог рада, *само*, таксативно биће наведене најзначајније тзв. потрошачке директиве: Директива о заштити потрошача у случају уговора склопљених ван пословних просторија,⁷ Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организовања путовања,⁸ Директива о одредбама које се противе начелу савесности и поштења (неправичним одредбама) у потрошачким уговорима,⁹ Директива о заштити потрошача код склапања уговора о продаји на даљину,¹⁰ Директива о заштити потрошача при истицању цена производа понуђених потрошачима,¹¹ Директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама,¹² Директива о продаји на даљину финансијских услуга намењених потрошачима,¹³ Директива о непоштеној пословној пракси привредних субјеката према потрошачима на унутрашњем тржишту,¹⁴ Директива о уговорима о потрошачким кредитима,¹⁵ Директива о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, дугорочних производа за одмор, препродаје и размене,¹⁶ Директива о

7 Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises – *OJ* 1985 L 372.

8 Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours – *OJ* 1990 L 158.

9 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts – *OJ* 1993 L 95.

10 Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts – *OJ* 1997 L 144.

11 Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1988 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers – *OJ* 1988 L 80.

12 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees – *OJ* 1999 L 171.

13 Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC – *OJ* 2002 L 271.

14 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business to consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council („Unfair Commercial Practices Directive“) – *OJ* 2005 L 149.

15 Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC.

16 Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts.

општој сигурности производа,¹⁷ Директива о одговорности за неисправан производ,¹⁸ Директива о судским и управним забранама за заштиту потрошача,¹⁹ Уредба о сарадњи у заштити потрошача.²⁰

II Развој заштите потрошача у Србији

Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије (ССП) из 2008. године, истакнута је важност усклађивања српског законодавства са законодавством заједнице, као и његова делотворна примена. Србија се обавезала да ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Такође, и да обезбеди да важеће и будуће законодавство буде правилно примењено и спроведено.²¹ Обавеза усклађивања домаћег законодавства с правном тековином Европске заједнице изискује и усклађивање српског права с оним сегментом *acquis-a* који се односи на заштиту потрошача.²² Као последица тога 2010. године донет је и нови Закон о заштити потрошача (ЗЗП).²³

Међутим, нетачно би било правно уређење заштите потрошача и развој заштите потрошача у Србији везати само за ССП и доношење ЗЗП из 2010. године.

Прво, Законом о облигационим односима из 1978. године (ЗОО)²⁴ у нашем праву је потрошачима пружена правна заштита. То је учињено одредбама чл. 542–551 ЗОО, којима је уређен уговор о продаји с оброчном отплатом цене. Иако се не користи термин *йойирошач*, из чињенице

17 Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety, *OJ* 2002 L 11.

18 Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the member States concerning liability for defective products – 85/374/EEC – *OJ* 1985 L 210; такође, и Directive 1999/34/ EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products – *OJ* 1999 L 283.

19 Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests – *OJ* 1998 L 166.

20 Regulation EC 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of October 2004 on cooperation between national authorities responsible for enforcement of consumer protection laws – *OJ* 2004 L 364.

21 Чл. 72 ССП.

22 Чл. 78 ССП.

23 *Сл. гласник РС*, бр. 73/2010.

24 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85...

да је заштита предвиђена тим одредбама резервисана само за *куице њојединце* јасно се назире да је реч о посебном правном уређењу за потрошаче. У наведеним одредбама ЗОО присутни су елементи потрошачког правног уређења, као што су право на једностранни безразложни одустанак од уговора (чл. 544 ст. 2), ништавост одредби неповољних за купца (чл. 551), и др. Ове се одредбе примењују и на уговоре о финансијском лизингу и уговоре о (потрошачком) зајму. ЗОО је оцењен и од домаће и од стручне јавности као закон испред свога времена. Доказ за то су и поменуте одредбе ЗОО које су у то време садржавале сада већ класичне елементе потрошачког законодавства које су у Европској заједници на готово идентичан начин уређене десет година након доношења ЗОО.²⁵ И одредбе које се односе на одговорност продавца и права купца у случају материјалних недостатка ствари (чл. 478–500 ЗОО), или гаранције продавца за исправно функционисање продате ствари (чл. 501–507 ЗОО), такође садрже елементе потрошачког правног уређења.

Друго, пре доношења Закона о заштити потрошача 2010. године, у нашој земљи су доношена два закона истоветног назива. Први, 2002. године²⁶ а други 2005. године.²⁷ Закон из 2002. године донет је као савезни закон. Међутим, због уставних промена извршених 2003. године, овај закон, у међувремену је на основу Уставне повеље постао закон држава чланица – Србије са једне стране и Црне Горе са друге. Како су државе чланице имале надлежност за регулисање области заштите потрошача, обе су у току 2004. године припремиле нове законске нацрте који су заменили Закон о заштити потрошача из 2002. године.²⁸ У Србији је тако 2005. године донет Закон о заштити потрошача. Овај закон није могао бити дугог века. На то су поред, поменутог, ССП и одатле преузетних обавеза, динамизма у развоју заштите потрошача, утицали и недовољно потребна доследност у имплементацији директива ЕУ, недореченост у појединим питањима, термилошке конфузије, претерани нормативни сукоб закона.

Треће, у Србији је постоји и низ других посебних закона који се односе (и) на заштиту потрошача: Закон о општој безбедности производа, Закон о безбедности хране, Закон о јавном здрављу, Закон о стандардизацији, Закон о хемикалијама, Закон о дувану, Закон о огла-

25 М. Баретић, „Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе“, *Зборник радова Ог caveat emptor go caveat venditor*, Правни факултет у Крагујевцу, 2009, стр. 74–75.

26 *Сл. лист СРЈ*, бр. 37/2002.

27 *Сл. лист РС*, бр. 79/2005.

28 М. Станивуковић, „Правна заштита потрошача у Србији – како се ослонити на искуства Европске заједнице и суседних земаља“, *EU monitoring project in Serbia and Montenegro* (2004), стр. 3.

шавању, Закон о електронској трговини, Закон о амбалажи и амбалажном отпаду, Закон о ракији и другим алкохолним напицима, Закон о техничким захтевима за производе и оцењивању усаглашености производа с прописаним захтевима, Закон о туризму, и др.

III Потрошач

Потрошач се, са мањим језичким али не и смисленим разликама, у бројним тзв. уговорним потрошачким Директивама ЕУ дефинише као физичко лице које у правним пословима делује у сврху која је ван његове делатности, пословања или професије.²⁹

Према Уредби о меродавном праву за уговорне обавезе (Рим I) и Уредби о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима (Бриселска уредба или Брисел I) потрошач је, такође, физичко лице које уговор закључује у сврху која се не може приписати његовој пословној или професионалној делатности.³⁰

У првој пресуди Европског суда правде о појму потрошача у случају *Bertrand v. Paul Ott* из 1978. године, суд је, тумачећи првобитни текст Бриселске конвенције, изрекао, да се онај ко делује у сврху пословне или професионалне делатности не може позивати на посебну надлежност за потрошачке уговоре.³¹

У смислу поменутих Директива ЕУ, Уредбе Рим I и пресуде Европског суда правде о потрошачу се говори ако су кумулативно испуњени

29 Директива за заштиту потрошача у случају уговора склопљених ван пословних просторија, Директива о одредбама које се противе начелу савесности и поштења (неправичним одредбама) у потрошачким уговорима, Директива о продаји на даљину финансијских услуга намењених потрошачима, Директива о уговорима о потрошачким кредитима, Директива о заштити потрошача код склапања уговора о продаји на даљину, Директива о одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и пратећим гаранцијама, Директива о појединим правним аспектима услуга информатичког друштва на унутрашњем тржишту, а нарочито електронске трговине, Директива о заштити потрошача при истицању цена производа понуђених потрошачима, Директива о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, дугорочних производа за одмор, препродаје и размене, Директива о непоштеној пословној пракси привредних субјеката према потрошачима на унутрашњем тржишту.

30 Види, чл. 6 Уредбе 593/2008 Европског Парламента и Савета од 17. јуна 2008. године о меродавном праву за уговорне обавезе (Рим I); чл. 15 Уредбе ЕЗ о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима (Бриселска уредба или Брисел I) – бивши чл. 13 Бриселске конвенције о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким предметима из 1968. (Бриселска конвенција).

31 ЕСП 21.6.1978, 150/77, *Ott*, 1978, стр. 1431.

следећи услови: да је реч о физичком лицу и да то лице закључује правни посао или делује на тржишту у сврхе које нису намењене његовој пословној или професионалној делатности.

Изузетак представљају директиве (пре свега, оне које се не односе на потрошачке уговоре), истина у мањини, које дају шири појам потрошача, односно обухватају под појмом потрошача не само физичко лице.³² У Директиви о туристичким пакет аранжманима, потрошач се одређује као лице које узима или је сагласан да узме аранжман („главни уговарач“), или било које лице за чији се рачун главни уговарач сагласи да купи аранжман („други корисници“) или неко друго лице коме је главни уговарач или неко од корисника уступио аранжман („прималац“).³³ На овај начин одриче се својстава потрошача као физичког лица и његовог деловања које није у пословном или професионалном циљу. Субјективно подручје примене ове директиве обухвата „сваког, ко резервише путовање са пакет аранжманом“, чиме се покушава прилагодити околностима, да се приликом резервације велике суме новца плаћају унапред, што би, код истовременог непознавања страног правног система, доводило до одустајања од уговора.³⁴ Из тог разлога су заштићени и они, који резервишу путовање у сврху пословне делатности, тако да и пословна путовања спадају у подручје примене ове директиве.³⁵ Директиве о одговорности за производе са недостатком и о општој безбедности производа садрже дефиницију произвођача, али не и друге стране, која се сматра ‘оштећеним’ или ‘потрошачем’. Овај приступ се може објаснити свесношћу да поједине мере треба да обухвате широке економске категорије, како би обухватиле оне који делују у професионалном својству: примарни фокус ових директива је општа одговорност произвођача за производ, тако да се не могу ограничити обавезе произвођача на било коју одређену категорију потрошача. Било би непрактично и морално неприхватљиво да се пропишу другачији степени безбедности или поузданости производа у складу са употребом датог производа од стране купца.³⁶ Такође, Директива о обмањујућем и упоређујућем оглашавању проширује заштиту на потрошаче схваћене

32 E. Hondius, „The Notion of Consumer. European Union versus Member States“, *Sydney Law Review*, vol. 28/89, стр. 98.

33 Види, чл. 4 ст. 2 Директиве Савета 90/314/ЕЕЗ од 13. јуна 1990. године, о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања.

34 Види, Разлог разматрања бр. 9 Директиве о пакет аранжманима за путовања.

35 З. Мешкић, „Хармонизација Европског потрошачког права – Зелена књига 2007. године“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, год. 46, 3/2009, стр. 555.

36 P. Nebia, *Unfair Contract terms in Europe: A study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, 2007, стр. 71.

у ширем смислу; опет, то је због тога што је сама директива оправдана потребом да се обезбеди праведно тржисте за све економске субјекте.

И многе земље чланице ЕУ, као и оне које на то претендују, следећи законодавца ЕУ предвиђају заштиту потрошача само за физичка лица, под условом да не делују у сврхе своје делатности, пословања или професије. Наш ЗЗП је имплементирајући потрошачке директиве ЕУ прихватио рестриктивно одређење потрошача као физичког лица које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.³⁷ Изузетак су неке земље које нису увеле овако ограничење и/или чији га судови не примењују рестриктивно. Разлог томе је да се, на овај начин, правна лица искључују од заштите, без обзира да ли делују у оквиру своје пословне делатности или не. Тако се не само малим и средњим предузећима, него и непрофитним друштвима, и уопште свим правним лицима одузима заштита коју уживају потрошачи. Издвајање свих правних лица из подручја примене критикује се, јер зашто би једно мало, непрофитно друштво располагало са више пословног знања него појединци, који стоје иза тог друштва и несумњиво испуњавају услове дефиниције потрошача.³⁸ У аустријском праву правну заштиту уживају и правна лица под условом да потрошачки правни посао није из делатности предузећа; француски судови, упркос скорашњим рестриктивним одлукама Касационог суда, традиционално усваја ширу дефиницију потрошача; италијански законодавац је, такође, делимично проширио заштиту у корист трговаца на мало; белгијска Комисија за реформисање закона о потршачима (1995. године), предложила је да се прошири појам потрошача на нека правна лица – правно лице није потрошач, осим уколико се утврди да нема, нити треба да има, стручност да стекне или користи робу или услуге.³⁹ Наш ЗЗП из 2005. године прихватио је био ширу концепцију појма потрошача, одређујући га као свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства, али и привредно друштво, предузеће, друго правно лице и предузетник, када купује производе или користи услуге за сопствене потребе (чл. 2 ст. 1 и 2).

Европски суд правде (ЕСП) је у случају *Idealservice* из 2001. године изричит да се потрошачке директиве (конкретно Директива о непоштеним клаузулама) искључиво примењују на физичка лица, не улазећи у дискусију око сврхе деловања друштва *Cape Snc*, које се позивало на прописе за заштиту потрошача, а које је купило од једног предузећа аутомат за пиће, који су искључиво користили радници друштва.⁴⁰ У

37 Чл. 5 т. 1 Закона о заштити потрошача.

38 З. Мешкић, *нав. дело*, стр. 555 и тамо коришћена литература.

39 Е. Hondius, *нав. дело*, стр. 94.

40 ЕСП 22.11.2001, С-541/99 и С-542/99, *Idealservice*, 2001, I-9049.

Idealservice, генерални заступник наводи да је систем заштите, уведен Директивом, заснован на идеји да је потрошач у слабој позицији наспрам продавца или добављача, како према својој преговарачкој моћи, тако и према нивоу знања. То води до потрошача који је сагласан са условима унапред сачињеним од стране продавца или добављача, без могућности да утиче на контекст услова. Намера да се заштити категорија лица у слабој позицији, и само та категорија лица, је потврђена у два-наестом излагању и члану 3 Директиве, по којој су само уговорни услови, о којима се није појединачно преговарало, обухваћени Директивом. Правна лица и компаније се не налазе у тој слабој позицији и стога нема потребе да им се додели заштита. У обиму у којем је заштита ограничена на потрошаче који делују ван своје делатности или професије, нема дискриминације правних лица. Међутим, може се тврдити да је само по себи ограничење на потрошаче који делују ван свог пословања или професије дискриминишуће и да заштита треба да се прошири и на услове уговора о којима се није појединачно преговарало, независно од статуса страна.⁴¹

Проблем за многа законодавства је шта урадити са малим привредницима, односно предузетницима. Они су по много чему у сличном положају као и потрошачи, пошто нису упућени у многа питања. Зашто не проширити заштиту потрошача на њих у случајевима када је трансакција неподударна са привредниковим занатом или професијом.⁴² За ову могућност се залагао генерални заступник у случају *Di Pinto*,⁴³ али ЕСП није прихватио његов приступ. ЕСП се у предмету *Di Pinto*, одлучио против проширења заштите на нетипичне уговоре малих предузећа.⁴⁴ У овом је случају власник малог предузећа закључио уговор ван пословних просторија о продаји свог предузећа. Упркос јединствености таквог искуства за предузетника и величини његовог предузећа, суд је меродавним сматрао „просечно искусног предузетника“, који треба да зна вредност предузећа и значај уговора о његовој продаји.⁴⁵

Француски судови су често усвајали појам потрошача који је шири од онога у праву ЕУ. Тако, на пример, *Cour de Cassation* је сматрао да привредник као правно лице може да ужива правну заштиту када год делује у области ван свог пословања или способности: у случају, који се тиче инсталирања алармног система, компанија је била ‘у истом стању незнања као и било који други потрошач’, упркос чињеници да

41 P. Nebia, *нав. дело*, стр. 83.

42 E. Hondius, *нав. дело*, стр. 96.

43 France v Patrice Di Pinto case C–361/89: (1991) ECR I–1189 (1993) CMLR 399.

44 E. Hondius, *нав. дело*, стр. 96.

45 P. Nebia, *нав. дело*, стр. 72.

је била правно лице које је деловало у сврху даље производње роба и услуга.⁴⁶ У складу са *Di Pinto* пресудом, међутим, касније су уследиле две пресуде *Cour de Cassation* из 1996. год. које су одбиле да прошире заштиту, фабрици у вези са уговором закљученим за снабдевање водом, и компанији у вези са уговором о кредиту закљученим за финансирање куповине њеног ИТ система. Сматра се да се закон не примењује на уговоре 'који су у вези са професионалном активношћу обављаном од стране једне од странака'.⁴⁷

Првобитно проширење дефиниције потрошача у земљама чланицама Уније, имало је за циљ да заштити мала предузећа при кориштењу услуга, које нису део основне пословне делатности предузећа. Ова идеја заснивала се на чињеници да предузетници у оваквим случајевима нису компетентнији од заштићеног просечног потрошача. Иако рестриктивна интерпретација ЕСП-а у случају *Pinto*, делује неправедном, поставља се питање, којом би се формулацијом успешно и правично могли разграничити типични од нетипичних уговора за свако поједино предузеће, као и како подвући црту између малих и великих привредника.⁴⁸ Како „деловање изван области пословне компетентности“ тако и „без непосредне везе са главном пословном делатности“ захтевале би судску проверу у сваком поједином случају. ЕСП избегао је правну несигурност и неједнаку националну судску праксу, што би била цена за виши степен правичности у решавању овог правног питања.⁴⁹ Такође, треба имати у виду и да је заштита потрошача понекад праћена и неким општијим нормама које се подједнако примењују и на предузетнике, односно правна лица.⁵⁰

У погледу статуса оних који купују робу или услуге које треба да служе како у пословне тако и у приватне сврхе, ЕСП се изјашњавао у предмету *Gruber v Bay Wa*,⁵¹ када је упитан да ли фармер, који је купио цреп за покривање крова своје фарме, што је такође било место његовог становања, јесте или није потрошач (у сврхе посебних правила о надлежности потрошачких уговора према члану 13 Бриселске конвенције, сада Уредбе 44/2001). Суд је пресудио да то зависи од тога која је сврха, приватна или професионална, претежна, и утврдио да статус потрошача може само бити додељен ако је веза између намене за коју су роба или услуге употребљени и делатности и професије

46 *Cour de Cassation*, 28. April 1987, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1987, стр. 537.

47 *Cour de Cassation*, 3. January and 30. January, P. Nebia, *нав. дело*, стр. 75.

48 E. Hondius, *нав. дело*, стр. 95.

49 З. Мешкић, *нав. дело*, стр. 561.

50 E. Hondius, *нав. дело*, стр. 96.

51 C-464/01 (2005) ECR I-439.

дотичног лица занемарљиве и ‘толико благе да су маргиналне’, за шта потрошач сноси терет доказа.⁵² ЕСП је на овај начин противуречио заговорницима искључивог коришћења предмета уговора у приватне сврхе али је употребио формулацију, која је постала предмет критика из више разлога. Прво, није јасно шта ‘занемарљива’ или ‘маргинална’ веза значи у пракси: да ли би се куповина аута, који би се 70% користио за личне потребе, а 30% за професионалну употребу, сматрала, или не би, ‘потрошачким уговором’? Друго, овакво решење подразумева да је могуће да се направи разлика између професионалне и некомерцијалне употребе роба или услуга. Док поменуто може да се уради у случају аута или компјутера, немогуће је да се учине такве разлике на случај, рецимо, доктора који своју медицинску праксу спроводи код куће: да ли би уговор о снабдевању водом или струјом био сматран потрошачким уговором? У којој мери је могуће сматрати да је веза са професијом ‘занемарљива’?⁵³

Постоје други показатељи који би, у овој врсти случаја, требало да се употребе при одлучивању да ли постоји, или не постоји потрошачки уговор. Бављење бизнисом често подразумева да то лице углавном има јаку преговарачку моћ, може да приступи продавницама које продају само трговцима/трговцима на мало, у могућности је да поврати порез на додату вредност за учињену куповину, и сл. У тим случајевима онај који одабере да ужива овакве бенефиције не би требало да ужива, у исто време, бенефиције везане за статус потрошача; приликом одлучивања да ли да примени правила о потрошачима, суд би требао да истражи овакве ствари.⁵⁴

Проблем је, дакле, с једне стране, како када уговор истовремено услужује приватне и професионалне потребе, одредити пропорције уговора унутар сваке категорије. Још већи је проблем како сврстати једно лице истовремено у категорију потрошача и непотрошача у односу на један исти уговор (и док би било могуће утврдити пропорцију коришћења роба или услуга у приватне и професионалне потребе, теш-

52 *Ibid.*, para 39.

53 *Law Commision and Scottish Law Commision* констатује да дефиниција потрошача као „појединца који склапа уговор за сврхе које нису везане за било који његов посао“ потпуно искључује да би се мешовити уговор могао сматрати као потрошачки, у случају када купац купује првенствено за приватну употребу, али са намером да то повремено користи и у пословне сврхе. Комисија је препоручила да се потрошач дефинише као појединац који улази у уговор сасвим или већински за сврхе које нису у вези са његовим послом. То значи да странку која улази у уговор са циљем који је само случајно у вези са његовим послом, не треба третирати да делује као потрошача, *Law Commision and Scottish Law Commision, Unfair Terms in Contracts, A Joint Consultation paper Law Commision Consultation paper no 166.*

54 P. Nebia, *нав. дело*, стр. 74.

ко би било сврстати једно лице као потрошача и непотрошача, односно као лице које ужива и као лице које не ужива заштиту потрошача у односу на један исти уговор).

За овај правни проблем не постоје прописи нити у потрошачким директивама нити у већини националних правних система који се баве питањима заштите потрошача. Једино је у Директиви о одговорности за неисправне производе у чл 9 lit. б (II) наведено „претежно коришћење у сврху приватне употребе или потрошње“. Поједине државе (Аустрија, Белгија) изричите су да заштиту потрошача пружају само при искључиво приватном коришћењу ствари или услуга. И у делу правне науке се, такође, сматра да је овакав приступ заступљен и у потрошачким директивама ЕУ.⁵⁵

IV Основна права потрошача

1. Право на заштиту здравља и сигурности

Сигурносни стандарди ЕУ убрајају се у најстроже на свету. Усклађивањем с правом ЕУ, они постају део нашег правног поретка. Произвођачи су дужни да стављају на тржиште само производе који задовољавају високе сигурносне стандарде утврђене прописима техничког законодавства и нормама. Осим опших правила о сигурности производа, која се примјењују на све производе, посебни прописи предвиђају сигурносне стандарде за одређене групе производа, као што су играчке, козметика, електрични уређаји и сл. Мада ниједан систем сигурности не може гарантовати потпуну сигурност производа односно непостојање ризика за потрошаче, европски систем сигурности производа предвиђа механизме заштите потрошача у случају несигурних производа на тржишту. Они ће се у најкраћем могућем року повући с тржишта. Ако би одређени потрошачи били оштећени неисправношћу производа, имају право на накнаду штете према посебним правилима о одговорности за неисправан производ.

Сигуран производ је сваки производ који у нормалним или разумно предвидљивим условима употребе не представља никакав ризик или незнатан ризик спојив с употребом производа и који се сматра прихватљивим и складним с високим нивоом заштите сигурности и здравља људи. Сматра се да је одређени производ сигуран ако испуњава захтеве техничких прописа, а ако нема одговарајућих техничких прописа, ако испуњава захтеве домаћих норми којима су преузете европске

55 3. Мешкић, *нав. дело*, стр. 559.

норме. У осталим случајевима складност производа с опшним сигурносним захтевима процењује се с обзиром на: норме израђене у држави чланици ЕУ у којој је производ стављен на тржиште, препоруке Европске комисије с упутствима за оцену сигурности производа, правила добре праксе у подручју сигурности производа која су на снази на дотичном подручју, тренутни ниво науке и технике, сигурност коју потрошачи могу објективно очекивати.

Осим што имају дужност да стављају на тржиште само сигурне производе, произвођачи су дужни да обавесте потрошаче о уобичајеним и предвидљивим ризицима употребе њиховог производа. Ако произвођачи и дистрибутери знају или би требали знати да производ који су ставили на тржиште представља за потрошаче ризике неспојиве с општим сигурносним захтевима, морају одмах обавестити надлежне органе и тела и по потреби производ повући с тржишта.

2. Право на обавештавање

Како би могао употребити робу и услуге које му се нуде на тржишту, како би могао у потпуности бити свестан основних карактеристика робе и услуге као и бити упознат са својим правима и обавезама при куповини производа или услуге, потрошач мора од трговца добити све потребне информације. Дужност обавештавања потрошача обвезује трговца како у предуговорном процесу тако и у процесу испуњавања уговора. ЗЗП, уређен је низ случајева у којима су трговци дужни да дају потрошачу релевантне информације. Трговац је у сваком случају дужан обавестити потрошача о цени производа или услуге, основним карактеристикама производа или услуге као и осталим условима продаје. Информације морају бити јасне, видљиве и читљиве. У погледу сваког производа, трговац мора обавестити потрошача о: произвођачком називу производа, имену под којим се производ продаје, типу и моделу производа и ознаци мере производа, ако је то битно обележје производа, датуму производње и року употребе, ако је прописано, за домаће производе, називу и седишту произвођача и земљи порекла, за увозне производе, називу и седишту увозника, називу произвођача и земљи порекла. Трговац је такође дужан да обавести потрошача о неким посебним правима и обвезама које потрошач има на основу уговора: право на једностран, безразложни раскид уговора, трошковима доставе производа, и др.

3. Право на једностран раскид уговора

Понекад потрошач има право да једнострано раскине уговор, без обзира на разлоге. У случају да раскине уговор, потрошач мора вратити производ, има право на повраћај новца и не сме сносити никакве негативне последице раскида. Право на једностран раскид уговора потрошач има код уговора на даљину, уговора који се закључују изван пословних просторија трговца, уговора о временски подељеном коришћењу непокретности (тајм-шеринг). Право на једностран раскид уговора временски је ограничено и износи 14 дана од закључења уговора, У свакој случају кад је ЗЗП за потрошача предвиђено право на једностран раскид уговора, трговац мора обавестити потрошача о постојању тог права. У супротном, рок за раскид уговора се продужава, односно почиње да тече од тренутка када потрошач прими обавештење о праву на једностран раскид уговора.⁵⁶ У случају спора, трговац је дужан доказати да је обавестио потрошача о његовом праву на једностран раскид уговора.

4. Право на заштиту од неправичних уговорних одредаба

Трговац нема право да злоупотреби своје знање, искуство и пословну вештину како би обвезао потрошача неправичним уговорним одредбама.

Неправичном уговорном одредбом сматра се одредба уговора које за последицу имају значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача, околност да извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога, околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао, која је противна захтеву јавности у поступању трговца, која је у супротности са начелом савесности и поштења. Неправичне уговорне одредбе су ништаве.

Уговорне одредбе које се, између осталог, сматрају су одредбе чији је предмет или последица искључење или ограничење одговорности трговца за случај смрти или телесних повреда потрошача услед чињења или нечињења трговца, искључење или ограничење права потрошача да покрене одређени поступак или да употреби одређено правно средство за заштиту својих права, и др.

Уговорне одредбе за које се претпоставља да су неправичне ако се не докаже другачије су одредбе чији је предмет или последица ограничење или искључење права потрошача према трговцу или трећој страни у

⁵⁶ Закон о заштити потрошача, чл. 35, 111.

случају потпуног или делимичног неиспуњења било које уговорне обавезе трговца, укључујући ограничење или искључење права потрошача да пребије потраживање које има према трговцу са потраживањем које трговац има према потрошачу; давање овлашћења трговцу да задржи све што је примио од потрошача у случају да потрошач повреди уговорну обавезу или одбије да закључи уговор, ако исто право није гарантовано потрошачу; обавезивање потрошача који је повредио уговорну обавезу да трговцу плати накнаду у износу који значајно премашује износ претрпљене штете; право трговца да једнострано раскине уговор у било ком тренутку, ако исто право није гарантовано потрошачу; право трговца да на било који начин повећа уговорену цену, ако није уговорено право потрошача да у том случају раскине уговор; и др.⁵⁷

5. Право на саобразност купљене робе с уговором

Потрошач има право да захтева да му буде испоручена ствар која је саобразна уговору односно која нема материјалне недостатке. Ако ствар не би била подобна за намену за коју је потрошач набавља, односно ако на други начин не би била у складу са уговором, потрошач има право да захтева предају нове ствари без недостатка или поправку ствари, снижење цене, као и да раскине уговор. Трговац је одговоран за несаобразност робе уговору која се појави у року од две године од дана преласка ризика на потрошача. Ова права представљају минимум правне заштите која припада потрошачу тако да се не могу уговором искључити или ограничити. Жели ли произвођач или трговац када производ има материјални недостатак потрошачу пружи више права или му омогућити правну заштиту у дужем периоду, може то учинити путем гаранције.⁵⁸

6. Право на заштиту од непоштене пословне праксе

Трговац је дужан у односима с потрошачима поступати поштено и коректно. Дужан је да се уздржава од непоштене пословне праксе, што имплицира уздржавање од употребе силе према потрошачу или било којег другог облика агресивне праксе као и уздржавања од довођења потрошача у заблуду. ЗЗП набраја низ случајева забрањене обмањујуће и насртљиве пословне праксе. Заваравајућа пословна пракса укључује, између осталог, неовлашћено истицање ознаке квалитета, знака од поверења или сличних знакова од стране трговца; позив трговца потро-

57 Закон о заштити потрошача, чл. 46–48.

58 Закон о заштити потрошача, чл. 49–58.

шачу да учини понуду за куповину неког производа по одређеној цени, ако трговац у намери да потрошача наведе на куповину неког другог производа одбија да покаже потрошачу производ на који се оглас односи или одбија да прими наруџбину или да испоручи производ у примереном року или покаже потрошачу оштећени узорак производа на који се односи оглашавање; неистинита тврдња трговца да ће производ бити расположив у кратком року или да ће бити расположив у кратком року под одређеним условима, с циљем да се потрошач наведе да одлуку о куповини донесе без одлагања, односно да му се ускрати прилика или време потребно за доношење разумне одлуке; и др. Насртљива пословна пракса укључује између осталог, стварање утиска код потрошача да не може да напусти просторије док не закључи уговор; посета потрошачу, у његовом стамбеном простору, без његове претходне сагласности; вишеструко обраћање потрошачу, противно његовој вољи телефоном, факсом, електронском поштом или другим средством комуникације на даљину, и др.⁵⁹

Dragan VUJISIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

PROTECTION OF CONSUMERS IN THE LAW OF EUROPEAN UNION AND THE LAW OF SERBIA

Summary

Protection of consumers has been developing intensively in the European Union for the past thirty years and it represents one of its official policies. Interests of consumers have to be protected at any segment of the market, in any sector in which the consumers act. The European Union and its states-members' have divided legislative competence in the field of protection of consumers. The law of protection of consumers in the European Union exists as a set of individual legal acts (mainly directive), while each state-member has its own regulations on protection of consumers with implemented the regulations of the European Union, but including also other rules concerning relationships between consumers and traders.

The Agreement on Stabilization and Joining between European communities and their states-members and Republic of Serbia from 2008 points out

59 Закон о заштити потрошача, чл. 19–25.

the importance of adjusting the Serbian legislative with the legislative of the Community, as well as its efficient application. The obligation to adjust the local legislative with the legislative tradition of European Community necessitates also adjusting the Serbian law with that segment of acquis which is related to the protection of consumers. The new law on Consumers passed in 2010 is a result of this.

The paper specifically deals also with the concept of consumers and consumers' basic rights. Restrictive definition of consumers in most of the directives and laws and the same application in the practise of European Court are the subject of numerous analyses in legal science and in this paper.

Key words: consumer, protection of consumers, rights of consumers.

др Милена ЈОВАНОВИЋ ЗАТТИЉА
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

МЕРЕ КОЛЕКТИВНЕ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА – PRO ET CONTRA*

Резиме

Колективна заштитна представља моћност асоцијација да оштражују одштету услед овореде индивидуалних интереса потрошача. Обзиром на мнооброне димензије идентитета потрошача, дешко је разлучити шта су њихови колективни интереси и ко их све може представљати. Проблем у признавању групе одштете је, углавном, последица незадовољавајуће концептуализације колективних интереса. Када је подносилац одштетног захтева асоцијација, пракса је увек имала проблем да интересе асоцијације раздвоји од интереса који се моћ тумачити као појединачни. Неколико спорних питања изазивају сумњу у оправданост мера колективне заштите потрошача, али и начина на који су потрошачке асоцијације, као репрезент њихових интереса, у стању да то учине. Остаје нејасно да ли се оне развијају као приватни чувари, подстицани на деловање од стране европских институција или су основане од стране државе како би изражавале вољу и мишљења својих оснивача.

Кључне речи: колективни интерес, заштитна потрошача, квалификовани идентитет, асоцијација, колективна тужба.

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу: „Заштитна мањинских права у европском правном простору“.

I Уводна разматрања

Државе чланице обезбеђују процедуру судске забране како би заштитиле колективне интересе потрошача, што је резултат имплементације Директиве 98/27/ЕЗ у њихове националне законе (даље: Директива о судским забранама).¹

Главни разлог усвајања ове Директиве била је потреба да се потрошачка права, установљена правилима Заједнице у протеклих тридесет година, ефикасно спроводе. Директива је, заправо, уведена како би одговорила на празнину у спровођењу постојећих закона о заштити потрошача. Недостатак брзих правних лекова и немогућност надокнаде штете значило је за потрошаче потребу за новим приступом.

У складу са овим циљем, Директива обезбеђује забрану пословања којим се повређује колективни интерес потрошача, без потребе доказивања конкретне штете нанете потрошачима понаособ. Она се сматра важним механизмом за кориговање недостатака на тржишту када је колективна штета већа од збира појединачних губитака.² Стога, Директива предвиђа да тзв. „квалификовани ентитети“³ могу подносити тужбе пред надлежним судом или административним органом у другим државама чланицама. Другим речима, државе чланице су у обавези да прихвате законско овлашћење иностраног квалификованог ентитета који, по националном праву, испуњава услове за вођење спора у случају да повреда колективних интереса потрошача има прекограничну димензију.

Тринаест година по њеном усвајању, расте број европских правних теоретичара који сматрају да је неопходно преиспитати систем заштите потрошача који је постављен Директивом о судским забранама.⁴ У последње време појавиле су се националне иницијативе колективних

1 Council Directive (EC) 98/27 of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, *OJ L 166/51–5*.

2 Опсег примене Директиве о судским забранама је ограничен. Она се генерално не примењује на повреду Закона о заштити потрошача.

3 Под квалификованим ентитетима подразумевамо: 1) ентитете које су унапред одредиле државе чланице у складу са националним прописима; и 2) друге постојеће ентитете чији је примарни задатак заштита интереса његових чланова, која би била призната на *ad hoc* основи. Види: F. Cafaggi, H. W. Micklitz, „Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment“, *ERPL*, бр. 16/2008, стр. 425.

4 M. Taruffo, „Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective“, *Duke J. Comp & Int'l*, бр. 11/2001, стр. 405; W. H. Van Boom, M. B. M. Loos, *Collective enforcement of consumer law in Europe: Securing compliance in Europe through private group action and public authority intervention*, Europa law Publishing, Groningen, 2007, стр. 124.

потрошачких захтева за одштету, које указују на недоследност начина на који се мере ЕУ спровode на националном нивоу⁵ и на чињеницу да недостатак униформности представља препреку квалификованим ентитетима да делују против трговца у другој држави чланици.

II Директива о судској забрани

Директива о судским забранама⁶ има за циљ да хармонизује законе држава чланица којима се штите колективни интереси потрошача. У случају да је прекршај учињен у некој држави чланици, било који квалификовани ентитет из друге државе чланице, коме су повређени интереси под заштитом тог ентитета, може покренути поступак пред судом или овлашћеним административним органом. Као доказ законског овлашћења квалификованог ентитета, суд или административни орган ће узети у обзир листу потенцијално оштећених лица коју је свака држава чланица сачинила, како би утврдили да ли је оправдано предузимање мера у конкретном случају.

Обзиром на присуство различитих мера на националном нивоу, Европски суд треба да обезбеди исти ниво заштите европским потрошачима. Због брзог развоја националних иницијатива Европска комисија је, у својој стратегији потрошачке политике за 2007–2012. годину,⁷ указала на значај ефикасних механизма у случајевима колективних захтева за одштету:⁸ „...да би потрошачи имали довољно поверења приликом куповине ван матичне државе чланице и да би искористи повољности интерног тржишта, потребно је да буду сигурни да, уколико ствари крену лоше, они имају ефикасне механизме да траже одштету. Потрошачки спорови захтевају скројене механизме који не трпе одлагање и трошкове који су пропорционални спорној вредности.“⁹

5 H. Schulte-Nolke (ed.), C. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium, Comparative Analysis*, 2007, European law publishers, стр. 403; C. Poncibo, „The Reform of Directive 98/27EC“, у: *New frontiers of consumer protection / the interplay between private and public enforcement*, 2009, Antwerpen, Intersentia, стр. 284.

6 O.J. 1998, No. L. 166/51.

7 Commission (EC) Communication to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, *EU Consumer Policy Strategy 2007–2012, Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them*, COM (99) 13 March 2007.

8 A. Renda, *Making Antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, Final report, 21 Decembar, 2007, Report for the European Commission, DG COMP, стр. 268.

9 J. Stuyck, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, Final report, 17 January 2007, стр. 266; Civil Justice Council, *Improved Access to Justice – Future Funding of Litigation Costs*, 2007.

У складу са наведеним, Европска комисија је у марту 2007. године сачинила две студије о колективној заштити потрошача. Једна од њих вреднује ефикасност и утицај националног система за колективну заштиту који тренутно постоје у државама чланицама, вршећи процену у којој мери су потрошачи спречени у остваривању права на одштету у оним државама у којима механизми за колективну заштиту не постоје. Њоме се, такође, испитује постојање нелојалне конкуренције и њен негативан утицај на јединствено унутрашње тржиште.¹⁰ Друга студија анализира проблеме са којима се потрошачи суочавају у остваривању права на одштету у случају масовних тужби, као и економске последице које из тога могу настати.

Последњих година европски законописци показали су повећано интересовање за питање како потрошачи могу ефикасно удружити захтеве за одштету које појединачно не могу изнети на суд, због комплексности спора или висине трошкова суђења.

Поједине државе чланице су увеле колективне мере заштите, али чини се да европски консензус не прати амерички пример колективних тужби,¹¹ у смислу јаког противљења пословног света постојању колективне тужбе. Групне тужбе у свом садашњем облику у већини држава чланица ЕУ (као што су Шведска, Данска, Финска и Италија) засноване су на систему укључивања (*opt-in*).¹² То претпоставља да судска одлука обавезује само оне потрошаче који су учествовали (нпр. изјавили да желе да буду заступани и самим тим се везали за пресуду којом се досуђује колективна одштета).¹³ Један од новијих холандских закона уводи принцип искључивања (*opt-out*), што је недавно уведено и у Данској, али само ако је тужилац државни орган.¹⁴

10 Commission (EC), *Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (404) 2 April 2008, стр. 18–20.

11 L. Cohen, *A Consumers' Republic: The Politics of Mass Consumption in Post-war America*, Vintage Books, New York, 2003, стр. 18–51; R. Alderman, *The future of Consumer Law in the US – Hello Arbitration, Bye-bye Courts, so-long Consumer protection*, University of Houston Public Law and Legal Theory Series, 2008, стр. 9.

12 J. Stuyck, *Class Actions in Europe? To opt-in or to opt-out: that is the question*, paper for NYU workshop, Fiesole 13 June 2008, стр. 56; R. Mulheron, „Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England“, *Modern Law Review*, 2007, стр. 552.

13 J. Stuyck, *нав. дело*, стр. 56; J. Simon, „Paper for the Consumer Law Compendium: A New Era for European Consumer Law?“, *European Business Law Review*, Leuven, September, 2007, стр. 139.

14 J. Stuyck, „Public and Private Enforcement in Consumer Protection: General Comparison EU – USA“ у *New frontiers of consumer protection / the interplay between private and public enforcement*, 2009, Antwerpen, Intersentia, стр. 81; C. Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems – A New Framework for Collective for Collective Redress in Europe*, Hart, Oxford, 2008, стр. 213.

Разлози за негативан став према америчком моделу колективних тужби су вишеструки: прво, колективне тужбе фаворизују занимање за неколективне интересе (то су лични интереси асоцијација или адвоката који заступају подносиоце тужбе); друго, скупа процедура утврђивања, која прати колективне тужбе, је непозната националној правној традицији; треће, систем неодређених хонорара заступника, који је за-служан за успех америчких колективних тужби, је противан јавном поретку; четврто, искључивање би било супротно захтеву о правичном суђењу, из разлога што би оно подразумевало да се последице исхода процеса односе на лице које није учествовало у поступку. Ово питање још није разматрано при Европском суду за људска права и мало је вероватно да би систем искључивања могао да наруши принцип на правично суђење.¹⁵

Са становишта предузетника амерички тип колективне заштите не служи потрошачима за добијање одштете (као што се претпоставља), већ је то средство казнене политике како би се фирмама одузео незаконито стечени профит.¹⁶ Модел који подразумева да заступник преузима ризик на основу неодређеног хонорара ствара погодну финансијску подлогу за злоупотребу колективних тужби, укључујући изузимање принципа да трошкове плаћа она страна која изгуби спор, ако се колективне тужбе подносе у име потрошача.

III Проблем мултинационалне парнице у случају колективне тужбе

У одсуству потребног законског оквира, међународни процеси могу наметнути бројна питања пред међународно приватно право: који су судови надлежни, који закони су применљиви и како се пресуда може спровести у другој држави чланици.¹⁷ Међународна заједница је сама по себи сложена, а у случају колективних тужби питање надлежности постаје још комплексније (уколико оштећени европски држављани учествују у америчкој колективној парници или када се ваневропски држављани прикључе колективној тужби државе чланице ЕУ).

Питање везано за судску надлежност је најмање спорно. О територијалној надлежности, у случају међународне парнице, Бриселска регулатива (Регулатива 44/2001) поставља основно правило да се лица

15 S. Weatherill, „The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice“, *Euro-pea Review of Co*, 2006, стр. 136 и даље.

16 N. Reich, „Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights“, *C. M. L. Rev.*, бр. 44/2007, стр. 705–742.

17 W. H. Van Boom, M. B. M. Loos, *нав. дело*, стр. 129.

настањена у држави чланици, које год да су националности, процесуирају сагласно прописима те државе чланице (члан 2(1)).¹⁸

Посебни заштитни конвенцијски систем потрошачу даје право тзв. *forum shopping-a*, односно избора између различитих судова пред којима може тужити другу уговорну страну. Бриселска конвенција допушта потрошачу да, као тужилац, покрене поступак против трговца пред судом државе у којој живи.¹⁹ С друге стране, трговцу као „јачој“ уговорној страни то није допуштено, тако да се поступак против потрошача може покренути само пред судом опште међународне надлежности, односно судом државе у којој се налази потрошачево пребивалиште.²⁰ Потрошачу се, стога, признаје привилегија коју собом носи *forum actoris*, као и правила опште и посебне међународне надлежности предвиђена конвенцијом. Заштитни учинак оваквог решења нема за сврху само поједностављење и убрзање потрошачевог приступа правосуђу, већ има и огроман утицај на коначно мериторно решавање спора. Допуштајући потрошачу да поступак против трговца покрене у држави у којој живи, Бриселска конвенција на индиректан начин доводи до примене права државе потрошачевог пребивалишта, које ће у највећем броју случајева бити за њега најповољније.²¹

У питањима која се тичу уговора, лице настањено у некој држави чланици може бити процесуирано у другој држави чланици у месту извршења спорне облигације.²² У случајевима везаним за деликт и ква-

18 Council Regulation of 22 December 2002 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 2001/44/EC измењена је у Бриселску уредбу 22. августа 2002, а ступила је на снагу 1. септембра исте године. Тако су одредбе Бриселске конвенције преточене у Бриселску уредбу добиле и нову нумерацију.

19 Тужба потрошача против друге уговорне стране може се подићи или пред судовима државе уговорнице на чијем подручју та уговорна страна има пребивалиште, или пред судовима уговорнице на чијем подручју потрошач има пребивалиште (чл. 14 ст. 1).

20 Чл. 14 ст. 2.

21 Види: М. Јовановић-Zattila, „Надлежност у потрошачким споровима“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/2009, стр. 288.

22 Уредба се непосредно примењује у свим државама чланицама изузев Данске. У односу на Велику Британију, Ирску и Данску, Амстердамским уговором (чл. 69 ex чл. 73) установљен је посебан режим. Наиме, Велика Британија и Ирска имају право на тзв. *opt-out*, тј. право неучествовања у поступку усвајања мера према одредби чл. 61 и чл. 65 Уговора о Европској заједници. Истовремено, пружена им је могућност да се накнадно у њега укључе (*opt-in*), што су оне и искористиле 1999. године изјаснивши се да не желе да учествују у поступку доношења одлука на подручју правосудне сарадње у грађанским стварима. Када је о Данској реч режим је нешто другачији у погледу *opt-in* варијанте. Она се може укључити у поступак доношења мера само уколико их накнадно имплементира у своје национално за-

зиделикт, надлежност се одређује према месту у коме је преступ учињен или се могао догодити.

За одређене потрошачке уговоре важи правило да потрошач може започети процес против друге уговорне стране, било пред судом државе у којој тужени има пребивалиште или пред судом у месту где је он настањен, а уколико друга уговорна страна започне процес против потрошача, она то може учинити само у месту пребивалишта потрошача.

Ипак, ако у некој држави административни орган има овлашћење да поднесе колективну тужбу у име потрошача, он, *a priori*, неће имати то овлашћење у другим државама чланицама (Директивом 98/27/EЗ ово право се искључиво признаје органима који су постављени од стране релевантне државе чланице).

На нивоу примене прописа ствари постају још компликованије. Када су укључени потрошачи из различитих држава, могу се примењивати прописи више држава чланица. Ово се односи и на тужбе. Прво, у случају уговорних тужби Римска конвенција²³ биће замењена Римском регулативом.²⁴ Принцип је такав да стране слободно бирају који ће закон примењивати. Код одређених потрошачких уговора (углавном код оних у којима је потрошач пасиван) примењиваће се закон државе у којој је пребивалиште потрошача. Тако се код тужби у које су укључени потрошачи из више држава чланица може примењивати неколико националних закона. Друго, Регулатива 864/2007 (Рим II) указује да је пропис који треба применити везан за државу у којој се штета догодила, без обзира на то у којој је држави извршена радња која је довела до штете и без обзира на државу у којој се могу појавити директне или индиректне последице те радње. Ипак, тамо где је, из чињеничног стања, јасно да је извршени деликт у ближој вези са другом државом примењује се закон те друге државе. Очигледно ближа веза са другом државом може бити заснована на претходној вези између страна, као што је уговор, који је повезан са спорним деликтом. Тако, у случају одговорности за производ, примењује се закон државе у којој је подносилац захтева

конодавство. Види: S. Langrish, „Treaty of Amsterdam: Selected Highlights“, *ELRev*, бр. 1998/23/3, стр. 8–10.

23 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (*OJ L 266*), закључена у Риму 19.6.1980. Чл. 5 ст. 2 Римске конвенције, између осталог, предвиђа да се избором меродавног права који су учиниле странке, потрошачу не сме одузети заштита коју му дају принудни прописи државе у којој има редовно боравиште, ако је закључењу уговора претходила изричита понуда или рекламирање у тој држави и ако је потрошач предузео у тој држави правне радње потребне за закључење уговора.

24 Regulation (EC) No. 593/2008 of the EP and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations („Rome I“), *OJ L 176*, 4.7.2008.

имао пребивалиште у тренутку настанка штете, односно закон државе у којој је производ купљен, ако је рекламиран у тој држави. Уколико то није изводљиво, примениће се пропис државе у којој се штета догодила. Када је у питању нелојална конкуренција примењиваће се закон државе у којој је преступ имао или ће имати утицај на конкуренске односе или на колективни интерес потрошача.

Конечно, питање спровођења може бити проблематично. Према Регулативи 44/2001 пресуде донете од стране неке државе чланице морају се признати и спровести у другим државама чланицама, што се не може применити и у случају исплате одштете.

IV Колективни интерес потрошача

Директива о судским забранама штити колективни интерес потрошача, који је потребно разлучити од мноштва интереса и права појединачног потрошача. Чинећи то, она сугерише да група потрошача добија идентитет који је другачији од идентитета њених чланова, идентитет који има смисла само у контексту односа потрошача једних према другима и према другим учесницима у друштвеном животу. Укратко, потрошачи деле идентитет одвојен и неумањен у односу на њихове идентитете као појединаца.²⁵ Колективни интерес потрошача је опште добро, тако да његова повреда не може угрозити право потрошача као појединца. Пошто се подразумева да се опште добро користи, појединци деле и штету која може том приликом настати.

Обзиром на многобројне димензије идентитета потрошача, тешко је разлучити који су њихови колективни интереси и ко их може представљати. Приговор на усвојену конструкцију у Директиви о судским забранама је да не постоји нарочита сличност интереса међу потрошачима.²⁶ Идентитет потрошача састављен је од широког спектра различитих особина као што су: религија, статус, занимање, етничко порекло и пол, због чега га је тешко установити.²⁷

Усвајање термина „колективни интерес,“ означава могућност асоцијација да потражују колективну одштету услед повреде индиви-

25 R. Keat, N. Whately, N. Abercromble, *Introduction, The Authority of the Consumer*, London, 1994, стр. 8; K. Soper, „Re-thinking the “Good life”“, *Journal of Consumer Culture*, 2007, стр. 205; C. Poncibo, *нав. дело*, стр. 288.

26 Micklitz/Reich/Rott, *Undertstanding EU Consumer Law*, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, стр. 325.

27 Види: F. Trentmann, „Citizenship and consumption“, *Journal of Consumer Culture*, Vol. 7 No 2, 2007, стр. 147–158; J. Q. Whitman, „Consumerism Versus Producerism: A Study in Comparative Law“, *Yale L. J.*, бр. 117/2007, стр. 340.

дуалних интереса потрошача. Колективна одштета представља надокнаду штете нанету грађанима који учествују у потрошњи. Обзиром да је другачија од штете коју претрпи потрошач као појединац, она се такође може посматрати у контексту „казнене одштете“, која је недавно прихваћена као принцип од стране Европске комисије у случајевима повреде европског закона о конкуренцији.²⁸

Проблем у признавању колективне одштете је, углавном, последица незадовољавајуће концептуализације колективних интереса потрошача. У сваком случају, колективни интереси треба да буду покривени одштетама само уколико су захтеви основани.

Када асоцијације потражују одштету у име групе потрошача то не представља посебан проблем (тзв. именовани потрошачи). Тада група оштећених има активну улогу у сачињавању тужбе и веома је заинтересована за процес (нпр. у случају тешких здравствених оштећења насталих употребом хемијских или фармацеутских производа). Тражена одштета ће често бити довољно висока да охрабри оштећене потрошаче да пријаве своје појединачне штете асоцијацији. Асоцијација, као подносилац тужбе, прилаже листу свих оштећених учесника надлежном суду који треба да утврди штету коју је претрпео сваки оштећени.

Ово није могуће у случају веома распрострањене штете, када је тешко утврдити појединачну одштету која може бити минорна и подељена на велики број неименованих потрошача. У том случају одштета ће се доделити потрошачкој организацији, а добијена сума, уместо да се усмери на појединачне подносиоце тужбе оштећене у конкретном случају, одлази у фонд посебно намењен сузбијању такве штете или за неке општије циљеве, као што је промовисање конкретних потрошачких иницијатива.

V Лимити директиве

За разлику од теоријских недостатака, који проистичу из усвајања концепта колективних интереса потрошача, Директива о судским забранама показује и практична ограничења. Прво ограничење односи се на број подносиоца тужбе. Квалификовани ентитети, које установљава ова директива, у великој мери се разликују по броју и утицају у државама чланицама.²⁹ Посебан акценат стављен је на потрошачке организације (попут приватних институција формираних на добровољној основи

28 J. Basedow, „Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law“, у *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007, стр. 231–234.

29 F. Trentmann (ed.), *The Making of the Consumer: Knowledge, Power and Identity in the Modern World*, Berg, Oxford and New York, 2006, стр. 36.

или оних које су основале националне владе, са циљем постизања колективне заштите у име веће групе потрошача).

У већини случајева, организацијама је допуштено да подносе тужбе за заштиту колективних интереса потрошача, само ако испуњавају посебне, законом дефинисане услове који се тичу броја чланова, присутности на територији, унутрашње организације итд. Испуњеност ових услова проверава званични ентитет (као што је Министарство), а затим се акредитована организација укључује на званичну листу. Због строге административне процедуре, мали број званично акредитованих асоцијација може преузети активну улогу у потрошачкој парници. Теоретски посматрано, потрошачи не учествују у значајној мери у овим организацијама, обзиром да су они као појединци превасходно заинтересовани за сопствени интерес, због чега неће правити уступке како би помогли групи у постизању њених циљева. По томе, неки потрошачи покушаће да искористе залагање других и неће учествовати у реализацији општег интереса, очекујући да ће други поднети тај терет. Овај проблем постаје акутан оног тренутка када сви покушају да извуку одређену корист, а нема никога ко би преузео било какву иницијативу.³⁰ У прилог томе говоре и социолошке студије које потврђују релативно малу јавну подршку националним потрошачким организацијама у државама чланицама.

Друго ограничење тиче се домена Директиве о судским забранама (која се примењује на обмањујуће рекламирање, потрошачки кредит, телевизијско емитовање, пакет аранжмане, рекламирање лекова и непоштене услове у потрошачким уговорима),³¹ и недостатка иницијативе у случају захтева за одштету. Европска комисија образложила је да је ова мера креирана како би се спречила штета и да „захтевање судске забране може имати превентивну улогу само ако се она ефикасно и брзо спроводи“.³²

У складу са наведеним, могло би се закључити да неуспешност модела деловања, који је уведен законском мером Заједнице је, пре свега, последица недовољног разумевања појма колективног интереса потрошача. Обично, индивидуални подносилац захтева мора да претрпи правно препознатљиву штету да би се предузеле мере пред националним судовима. Када је подносилац одштетног захтева асоцијација, пракса је увек имала проблем да интересе асоцијације раздвоји од интереса који се могу тумачити као појединачни. То онемогућава судове да

30 A. Sen, „Beyond Self-Interest“, у: *Rational Fools*, Mansbridge (Chicago University Press, Chicago 1990), стр. 25–45.

31 C. Poncibo, *нав. дело*, стр. 300.

32 F. Trentmann, *нав. дело*, стр. 49; T. Wilhelmsson, „Consumer Law in the Environment: From Consumer to Citizen“, *JCP*, бр. 21/1998, стр. 45–70.

одобре одштету за повреду било ког интереса који се може сматрати колективним. Често, овакви интереси имају облик колективног само зато што група људи формира асоцијацију како би решили заједнички проблем: самостално, ни један члан не представља интерес вредан спора, али удруживањем они стварају механизам који се препознаје као „потенцијално рањив интерес“.

Неодлучност судског система између признавања ових бенефиција и подржавања индивидуалног модела заштите, манифестује се противуречним поступцима приликом давања дозволе асоцијацијама. Као последица тога, колективни интереси који су вредни судске заштите остају по страни. Под претпоставком да европске институције имају намеру да Директива о судским забранама стварно има ефекта, потребно је ревидирати концепт о овлашћењима у случајевима заштите колективних интереса потрошача, инвеститора и запослених.³³

Нова коцептуализација је могућа уколико се заснива на признавању идентитета колектива. Колектив има сопствени идентитет који може еволуирати сходно међусобним односима чланова и односа чланова са осталима, али је он јединствен у односу на појединачне идентитете чланова и појединачне проблеме. Ако се изабере приступ теорије система, права разлика између индивидуализма и колективизма се доводи у питање. Теорија система не умањује значај колективног у односу на индивидуално деловање или обрнуто, већ их тумачи као различите форме друштвене функције. Стога је и друштвена реалност правног лица „колективна“, обзиром на то да се организовано деловање, описује као „циклично везивање идентитета и деловања“.³⁴ Конкретно, трговинско право ово препознаје дефинисањем компаније као правног лица, не укључујући посебно директоре, акционаре и запослене. Радно право, такође, признаје јединствен колективни идентитет институционализовањем статуса синдиката. Право је, у овим областима, одговорило на реалност савременог друштвеног живота: пословање и рад дефинитивно захтевају колективне идентитете како би постигли своје циљеве. Из тог разлога, судови уважавају и оне интересе који нису појединачни, дозвољавајући корпорацијама и асоцијацијама да поднесу одговарајући правни лек. То потрошачке организације ставља у раван главних носилаца овлашћења за заштиту колективних интереса потрошача, чиме се ствара правни и политички основ за признање ових организација као представника посебних колективних интереса, у скла-

33 Види: G. Howells, „Collective Consumer Redress Reform“, у: *New frontiers of consumer protection / the interplay between private and public enforcement*, 2009, Antwerpen, Intersentia, стр. 332; F. Cafaggi, H. W. Micklitz, *нав. дело*, стр. 426.

34 O. Dayagi-Epstein, *Representation of Consumer Interest by Consumer Associations – Salvation for the Masses*, *Competition Law Review*, бр. 3/2007, стр. 209.

ду са степеном њиховог организовања и показаном посвећеношћу траженом интересу.³⁵

VI Нужност реформе

Могућност реформе постојећег европског правног простора огледа се и у проширивању овлашћења националних асоцијација и потрошачких организација. Овде се не ради о колективним интересима, као у Директиви о судским забранама, већ о правима одређене групе потрошача који су се удружили због трошкова поступка. Последњих година о овом средству се много дискутује и у САД-у (где су колективне тужбе произашле из заступничких тужби) и у Европској унији.

Данас, успех заступничких парница није израз корпоративне визије друштва као што је било у прошлости, већ се то чини из разлога ефикасности, посебно у случајевима масовног деликта, који укључује велики број индивидуалних тужби. То претпоставља и заступничко деловање од стране потрошачких организација.³⁶ Конкретно, указује се на неопходност увођења механизма који допушта обједињавање појединачних тужби потрошача, посебно оних који су оштећени за релативно малу вредност, а спречени су да поднесу индивидуалне захтеве за одштету због трошкова поступка, неизвесности и ризика исхода.

Заступничко деловање за одштету преузимају ентитети са одређеним карактеристикама као што су потрошачке организације, трговинске асоцијације и државни органи – у име идентификованих „жртава“ или, у посебним случајевима, у име лица која је могуће идентификовати (која не морају бити њихови чланови). Исто тако, могуће је и укључујуће (*opt-in*) колективно иступање, у коме се тужбе појединаца и компанија комбинују у једно деловање.

Ова два типа деловања се међусобно допуњују из два разлога: прво, квалификовани ентитети неће бити у могућности, нити ће бити вољни да процесуирају сваки захтев; друго, важно је да потрошачима није одузето право на индивидуално деловање за потраживање одште-те уколико они то желе. Постоји бојазан да би дуплирање деловања могло довести до прекомерне одштете што би резултирало повредом антимонополског закона. Евидентно је да предложено решење захтева успостављање посебних механизма како би се избегло да се иста штета надокнади више пута.³⁷

35 S. Smismans, *Law, Legitimacy and European Governance Functional Participation in Social Regulation*, OUP, Oxford, 2004, стр. 113–114.

36 O. Dayagi-Epstein, *нав. дело*, стр. 210.

37 R. Mulheron, „From Representative Rule to Class Action: Steps Rather than Leaps“, *Civil Justice Quarterly*, бр. 24/2005, стр. 426; C. Hodges, *нав. дело*, стр. 214.

Међу случајевима националног експериментисања интересантно је поменути нови члан 140-bis Италијанског потрошачког закона („*azione collettiva risarcitoria*“) који сматра прихватљивим да асоцијације траже одштету у име потрошача. Овакво решење оставља судовима могућност да додељују овлашћења и другим организацијама које у довољној мери заступају опште интересе. Оно нема за циљ да искључи потрошаче који, када имају заједнички интерес, формирају *ad hoc* организације са намером да, путем колективних тужби, остваре одштету.³⁸

Модел деловања по члану 140-bis пружа *opt-in* механизам: они потрошачи који желе да искористе повољности овог члана треба да обавесте асоцијацију, писаним путем, о намери да се прикључе колективној тужби. Корисници се могу прикључити тужби у току самог поступка, а и касније, све до одржавања рочишта на коме би стране у спору требало да изнесу своје аргументе. Подносилац захтева може тражити утврђивање права на одштету и доношење решења о повраћају одговарајуће суме сваком кориснику појединачно, у законским оквирима везаним за стандардне уговоре. Тужба се, такође, може подићи због непоштене трговинске праксе и нелојалне конкуренције, под условом да су такве противправне радње угрозиле већи број корисника. На првом рочишту расправља се о прихватљивости захтева. Захтев се проглашава неприхватљивим када се установи да је без основа, када постоји сукоб интереса или кад суд утврди да колективни интерес не заслужује заштиту по овом члану.³⁹

Уколико захтев буде прихваћен, обрачунава се сума која ће се појединачно исплатити потрошачима укљученим у колективну тужбу.⁴⁰ У року од 60 дана од изрицања пресуде, компанија даје понуду за исплату у писаној форми, оверену у писарници суда.

Уколико компанија не достави понуду у предвиђеном року или она не буде прихваћена, врховни суд сазива Комисију за поравнање (*Camera di Conciliazione*) како би се одредила сума коју треба платити потрошачима или корисницима. Они који се нису придружили колективној тужби и даље имају права да подносе појединачне тужбе. Пресуда се односи само на потрошаче који су били укључени у процес давањем овлашћења организацијама.

38 С. Ponicibo, *нав. дело*, стр. 295.

39 Суд је овлашћен да застане са утврђивањем захтева када се исто питање прелиминарно разматра пред независним органом (првенствено пред антимонополским телом). Ако судија процени да је захтев оправдан, онда је страна која је покренула колективни спор у обавези да огласи садржај захтева након чега се процес наставља.

40 Уколико је то могуће, на основу приложене докуменатације, суд утврђује минимални износ који се исплаћује потрошачу.

VII Улога потрошачке асоцијације

У моделу тужбе коју смо претходно разматрали, потрошачке асоцијације су посредници у остваривању интереса појединаца.⁴¹ Оне заступају сопствене интересе, који се могу разилазити са интересима оштећених потрошача које оне треба да представљају. Европска Комисија указала је на ове проблеме и нагласила да колективне тужбе могу бити злоупотребљене од стране потрошачких асоцијација како би оне унапредиле своје интересе, који могу бити различити од интереса појединаца.⁴² Уз то, потрошачи који се одреде да их асоцијације представљају могу имати међусобне конфликте, што чини немогућим заступање групе. Уз то, неки потрошачи су због купљеног производа већ претрпели штету, док су други забринуте да би употреба тог производа могла да им нашкоди у будућности. Евидентно је да је тешко заступати велику групу потрошача који су у различитим позицијама.

Организације су одговорне према потрошачима уколико недоследно спроводе заступништво, али и према произвођацима ако неправедно угрозе њихову репутацију. Под одређеним околностима, оне могу бити одговорне за трошкове парнице. У складу са тим, предложено је да потрошачке организације не треба да буду одговорне за трошкове својих клијената када су њихови захтеви неуспешни, уколико се не утврди да су асоцијације непримерено деловале.⁴³

Потрошачке организације изложене су финансијским потешкоћама услед њиховог различитог начина финансирања. У Француској, од 1992. године, непрофитна потрошачка организација коју је основала држава може тражити одштету у име потрошача само уколико је штету изазвала иста особа и ако штете имају исто заједничко порекло (*action en representation conjointe* члан Л.422–1 француског потрошачког закона).⁴⁴ Ипак, веома мало тужби ове врсте је до сада поднето (укупно 3 тужбе у 20 година). Разлог томе је што механизам има озбиљне недостатке: тешкоће у прибављању пуномоћја, одсуство адекватних средстава оглашавања,

41 Н. Shaefer, „The Bundling of Similar Interests in Litigation – The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations“, *European Journal of Law and Economics*, 2000, стр. 183.

42 Види: Commission (EC), Green Paper, *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM (672), 19 December 2005.

43 BEUC, (BEUC/190/2006), *Damages actions for breach of the EC antitrust rules BEUC position on the Commission's Green Paper*, 21 April 2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/129.pdf.

44 J. Calais-Auloy, *Settlement of Disputes by Judicial Means: Situation in France*, in *III European Conference on Consumer Access to Justice*, доступно на: www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events:media/France_National_Report.pdf.

трошкови вођења колективних парница, тешкоће у управљању великом групом потрошача и ризик од одговорности. Тадашњи француски председник затражио је од владе да сачини предлог закона о колективном потрошачком деловању (*actions de groupe*)⁴⁵ и оформљена је радна група сачињена од министара, потрошачких организација, компанија и адвоката.

Пример нешто скоријег датума долази из Холандије, у коме било која удружена интересна група, чак иако је основана *ad hoc*, има овлашћење да подигне тужбу у интересу својих чланова. Без обзира на све ово, организације се скоро никада не појављују на суду, а један од главних разлога је недостатак средстава за вођење парнице.

Повећање овлашћења асоцијација, сагласно Директиви о судским забранама, доделиће потрошачким организацијама улогу водећих посредника између потрошача и судова. Потрошачки покрет стекао је утицај у централи ЕУ у Бриселу, док је статус организација на националном нивоу различит у свакој од држава чланица у смислу величине, капацитета и подршке.⁴⁶ Европска стратегија потрошачке политике за период 2007–2012. године налаже националним владама да обезбеде подршку својим потрошачким организацијама и омогуће њихово оснивање у новим државама чланицама.

Оно што изненађује је да је јачање потрошачких организација процес који се одвија у смеру одозго на доле, пошто су га започеле европске институције, а не сами потрошачи. То се донекле може објаснити чињеницом да развој потрошачког права ЕУ започиње интеграцијом тржишта. У формирању јединственог унутрашњег тржишта, европске институције су ублажиле инсистирање на регулативама које ограничавају увоз из других држава чланица, а истовремено су учиниле додатни напор како би се избегао ризик угрожавања нивоа потрошачке заштите, изазван индиректним укидањем свих ограничења националне трговине. Међу овим напорима су политичка и економска подршка коју су потрошачке организације добиле и на европском и на националном нивоу.

Док је у прошлости већина потрошачких група у САД-у приватно финансирана, у Европи је уобичајено финансирање ових организација из државног буџета. Још увек није јасно да ли се потрошачке организације

45 О овој теми водила се жучна расправа. Априла 2006. године Парламенту су предата два предлога за увођење колективне заштите у француски правни систем: један од стране социјалиста, а други од стране већинске десно оријентисане партије (УМП). Ипак, нови предлог закона о потрошачима, који је садржао неке одредбе о заштити колективних интереса потрошача, повучен је са дневног реда крајем јануара 2007. године.

46 L. Cohen, *нав. дело*, стр. 44.

развијају као приватни чувари које европске институције подстичу на деловање или су оне основане од стране државе и изражавају погледе и мишљења својих оснивача. Нека питања која се тичу потрошачке парнице, попут финансирања деловања и захтева за заступање у потрошачкој парници, од фундаменталног су значаја за одређивање праве природе потрошачког покрета.⁴⁷ Што је већа спорна сума у питању, то се може очекивати и већи број појединаца који ће преузети одговорност за подношење захтева, па одатле и претпоставка да би они могли да контролишу парницу.

Проширивање овлашћења потрошачких асоцијација у оквиру Директиве о судским забранама одразиће се и на европско друштво. Конкретно, постоје најмање два питања, уско везана за потрошњу, која стоје иза реформи овог института и увођења механизма за колективно деловање потрошача у ЕУ.⁴⁸ Прво питање односи се на улогу коју потрошач-грађанин може имати у децентрализованом спровођењу потрошачког закона ЕУ, док се друго тиче развоја потрошачких организација у европском друштву: постоји ли сагласност да се овим организацијама додели централно место у потрошачкој парници? Евидентно је да одговор има практичне последице: решење проблема је да држава финансира потрошачке асоцијације, али прекомерна њена близина могла би довести до нежељеног степена зависности потрошачких организација у односу на државу и до потребе да се удовољи финансијерима. Ово би за последицу имало губитак подршке од стране оснивача и губитак друштвене улоге ових организација.

Могуће проширење опсега одговорности за распрострањене штете у складу са Директивом о судским забранама (тј. у складу са поменутиим националним механизмима) доприноси јачању позиције потрошача, што проистиче из виђења потрошача као активног учесника на тржишту пре него жртве којој је потребна заштита. Још важније, ефекти новог инструмента неће бити ограничени на домен потрошачког закона ЕУ због приближавања значења појмова потрошач и грађанин.

Традиционално се сматра да грађанин и потрошач припадају различитим областима проучавања. Без обзира на то да ли се њихове одлуке у теорији посматрају као израз њиховог сопственог и аутентичног избора или на исте, ипак, утиче друштво, потрошачи као појединци су најчешће представљани као одани следбеници форми у којима је присутан лични интерес, који или ограничава или у потпуности искључује рефлексивност, друштвену одговорност и културну заједницу као од-

47 I. Ramsay, *Consumer Law and Policy, Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Hart, Oxford, 2007, стр. 25.

48 J. Q. Whitman, *нав. дело*, стр. 342.

реднице грађанства. Само у улози грађанина они могу изаћи из оквира личних интереса и тежити општем добру.⁴⁹

У осетљивој економској легислативи, где је уобичајено инсистирање на значају добробити потрошача, овај појам је битан. Али идеја грађанин-потрошач није ограничена само на економски аспект, обзиром да се она прожима и доводи у везу са многим другим областима права и политике, укључујући социјалну и здравствену заштиту.⁵⁰ Примера ради, међусобни утицај потрошачког права и заштите околине спојили су се у правно учење које наглашава неопходност превазилажења националних граница. Предлаже се замена термина потрошач термином грађанин, који није заинтересован само за личну потрошњу, већ за све аспекте друштвеног живота, као и подржавање идеје развоја конкретних мера којима ће се подићи свест потрошача у односу на окружење.⁵¹

Евидентно, еволуција потрошача у вишу категорију колективног и личног идентитета битна је за потрошачку парницу: потрошач-грађанин покретаће процесе пред судом, не само да би инсистирао на праведности уговорних услова и безбедности производа, већ и како би остварио своја права и опште циљеве праведне трговине.

VIII Уместо закључка

Увођење потрошачких асоцијација, као идеолошког представника, има за циљ да увери пословни свет да је намена механизма колективне заштите усмерена, пре свега, на промовисање интереса потрошача и да неће постати средство којим ће ове организације себи обезбеђивати профит. Потрошачке организације могу бити корисне у постизању овог циља, све док је сврха њиховог постојања колективна заштита потрошача наместо стицања профита. Тим пре, што се њихова легитимност све чешће доводи у питање, као и то да оне могу бити репрезенти читаве потрошачке популације. Проширење овлашћења асоцијација, сагласно Директиви о судским забранама, доделиће им улогу водећих посредника између потрошача и судова. Ипак, остаје неколико спорних питања која изазивају сумњу у оправданост мера колективне заштите потрошача, али и начина на који су потрошачке асоцијације, као репрезенти

49 Ова перцепција се даље поткрепљује теоријском поделом на јавни домен грађанства – и тиче се права, обавеза, партиципације и једнакости – и на лични домен који се искључиво тиче личних интереса потрошача. Та слика се, ипак, односи на апстрактног и егоистичног *homo economicus*-а неокласичне рационалне теорије коју су економисти отворено критиковали. Више о томе: F. Trentmann, *нав. дело*, стр. 54.

50 M. Everson, C. Joerges, *Consumer Citizenship in Postnational Constelations*, European University Institute Working paper LAW No. 2006/47, <http://ssrn.com/abstract/964187>.

51 Micklitz, Reich, Rott, *нав. дело*, стр. 350; T. Wilhelmsson, *нав. дело*, стр. 59.

њихових интереса, у стању да то учине. Остаје нејасно да ли их треба посматрати као квази јавне организације основане од стране европских институција и држава чланица или као приватне чуваре које су основали њихови чланови? Потреба за преиспитивањем система колективне заштите потрошача, постављеним Директивом о судским забранама, указује на практичне проблеме у реализацији циља постављеног пред тзв. квалификоване ентитете.

Milena JOVANOVIĆ ZATTILA, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Niš

COLLECTIVE CONSUMER PROTECTION MEASURES – PRO ET CONTRA

Summary

In this paper the author deals with the problem concerning the collective protection of consumers as envisaged in the Council Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 governing Injunctions for the Protection of Consumers' Collective Interests. The Directive was largely adopted due to the need to more efficiently implement the consumer rights established by the Community legislation in the past thirty years. More specifically, the Directive was introduced as a response to the legal gap related to the implementation of the existing consumer protection legislation. The lack of expedient legal remedies to compensate for the damage sustained by consumers called for a new approach.

In line with the above objective, the Directive provides for the prohibition of such business activities which may violate the collective interest of consumers, without any need to prove the specific damage sustained by each individual consumer. The Directive is considered to be an important mechanism aimed at rectifying the market deficiencies in case when the collective damage is higher than the total amount of individual losses. Thus, the Directive enables "the qualified entities" to file complaints (mass-claims) with a competent court or administrative body in other EU Member States. In other words, Member States are obliged to accept the statutory authorization of a foreign "qualified entity" which, under the national legislation, meets the prescribed requirements on initiating consumer disputes in cases when the violation of consumers' collective interests has an international dimension.

Thirteen years after the adoption of this Directive, there is a growing number of European legal scholars who consider it necessary to reassess the consumer protection system established by the Injunction Directive. Lately, there has been a number of national initiatives concerning collective consumer claims for damages, which indicate a certain inconsistency in the manner the EU measures have been implemented at the national level and point out to the fact that the lack of uniformity is an obstacle for foreign qualified entities to take action against traders in another Member State.

Key words: *collective interest, consumer protection, qualified entity, association, class action.*

др Владимир ВУЛЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ОБЛИГАЦИЈА ОБАВЕШТАВАЊА И ПРИГОВОР НЕСАОБРАЗНОСТИ РОБЕ УГОВОРУ: СТАРО И НОВО У ДОМЕНУ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА*

Резиме

Предмет овој чланка су обавезе продаваца и произвођача, односно права купца регулисана новим Законом о заштити потрошача из 2010. године. Реч је о облигацији продавца да ојаси све есенцијалне недостатке ствари купцу, односно гарантује за уговором наведене особине ствари, будући да је купац слабије информисана и слабија уговорна страна. Са друге стране, купцу је на располагању изв. уговор несаобразности робе уговору, којим може да захтева од продавца да недостатак ствари ојклони или да му преда другу ствар без недостатка, да захтева снижење цене или раскид уговора.

Аутор настоји да укаже на видљив допринос римској класичној права данашњој заштити права потрошача, ослањајући се у првом реду на обавезу продавца у римском праву да гарантује све декларисане особине ствари (*dicta et promissa*), као и на едилска средства којима купци могу раскинути уговор или сразмерно смањити цену (*actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*).

Посебна пажња посвећена је покушајима српској законодавца да хармонизује права потрошача са правом ЕУ, па су анализиране најважније директиве које су послужиле као основ хармонизације (у

* Овај чланак је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

првом реду Директиву о извесним аспектима продаје потрошачке робе и повезаних гаранција). Аутор је извршио и критичку анализу Закона о заштити потрошача из 2005. године, указујући на предности Закона о облигационим односима из 1978., те подржао решења новој Закону о заштити потрошача, за који је настојао да покаже да се темељи на традицији римској права и ЗОО.

Кључне речи: *dicta et promissa*, облигација обавештавања, уговор несаобразности робе уговору, Зелени папир о потрошачкој роби, директиве ЕУ, Закон о заштити потрошача.

Новим Законом о заштити потрошача из 2010. године, регулисан је положај потрошача као слабије уговорне и слабије информисане стране у уговору. Том приликом дефинисане су обавезе продавца и произвођача роба и услуга које се односе на обавезу обавештавања купца о свим особинама ствари. Истовремено, потрошачима је омогућен приговор несаобразности робе уговору и процесна средства која могу користити како би раскинули штетан уговор или сразмерно смањили цену, услед физичких недостатака ствари. Закон о заштити потрошача из 2010. године, заокружио је настојање српског законодавца да хармонизује ову област са правом Европске уније, након једног неуспешног покушаја Законом о заштити потрошача из 2005. године. Међутим, утицај римског права и посебно Закона о облигационим односима чини се незаобилазним приликом уређивања ове области.

Анализирајући могућности примене римске заштите права купца на данашњу заштиту права потрошача, изгледа да се не сме previdети утицај *lex mercatoria*. Међутим, није лако утврдити шта се тачно подразумева под овим појмом.¹

Полазишна тачка *lex mercatoria* је немогућност утврђивања у међународној трговини јединственог правила које би се примењивало на све привредне трансакције према правилима међународног при-

1 Већина ставова полази од историјске чињенице да *lex mercatoria* представља широк круг правила и принципа у трговачким трансакцијама у средњем веку. Ова правила развијала су сами трговци у честим пословањима који су, неретко, закључивани између трговаца из различитих држава. Како је број спорова у тим пословима непрекидно растао, ваљало је развити одговарајућа правила која би евентуалне несагласности и потенцијалне спорове свела на најмању могућу меру. Отуда су сами трговци стварали правила и принципе за међународну трговину, која су била поштована као нека врста трговачких узанси. На њих су се обе уговорне стране могле позвати, директно уговорити њихову примену или је договором искључити. Види: P. Berger (1959), стр. 422–427. О пореклу појма и начину развијања в. више у K. P. Berger, „European Private Law, Lex Mercatoria and Globalisation“, у: A. S. Hartkamp, E. H. Hondius (eds.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, стр. 386–402.

ватног права. Тиме се покреће питање не само које национално право треба применити, већ и питање како би изгледала примена релевантног националног права у конкретном случају.²

Следствено овоме, *lex mercatoria* представља тзв. транснационално и наднационално трговинско право, мрежу правила која се примењује у одговарајућим случајевима.³

Средином педесетих година прошлог века, Клајв Шмитхоф (*Clive Schmitthoff*) развио је теорију *lex mercatoria* разликујући шест елемената овог права: 1. уговорни и стандардни услови,⁴ 2. обичајно право и трговачка пракса,⁵ 3. стандардизација професионалних организација,⁶ 4. општи правни принципи,⁷ 5. арбитражне пресуде и 6. међународни уговори.⁸

Домашај и утицај *lex mercatoria* у модерном праву је, ипак, ограничен, његовом супсидијарношћу и позивањем уговорних страна на њега само у случају да не постоје други елементи који би заштитили интересе страна уговорница. Разноликост при тумачењу и показатељи да се у националним правима ове одредбе различито тумаче, додатно отежавају поље примене овог института.

Унија је, имајући у виду ове недостатке, покушала да се ослони на свој омиљени метод – директиве. Основно питање од којег се пошло било је на који начин уредити права купаца и потрошача уопште у вези са гаранцијама које су продавци у обавези да истакну. Римско класично

2 Тако противници *lex mercatoria* указују на несигурност у примени, јер је садржај *lex mercatoria* неодређен. Истиче се да је у пракси национално право и даље неизбежно и игра значајну улогу при закључивању продајних уговора, тако да аутономно транснационално право тешко може да функционише. К. Р. Berger, *нав. дело*, стр. 393.

3 Овакво право састоји се од правних принципа који се обично препознају у трговинском, царинском и облигационом праву, које спроводе међународни арбитражни судови. *Ibid.*

4 У међународној привредној пракси, развијене су многе врсте уговора које су прихваћене и на националном нивоу, док се на међународном нивоу правни појмови као што су франшизе, лизинг и продаја са повратним лизингом, користе уједначено.

5 Ови се појмови примењују само уколико се стране нису другачије договориле. Постоји тенденција да стране у продајним уговорима што више дефинишу свој однос и не препусте га обичајним правилима.

6 У најважније станадграде се убрајају и INCOTERMS клаузуле чији је циљ постизање униформности у условима цене и испоруке. Међу најпознатијим су „fob“ (*free of board*) и „cif“ (*cost, insurance, freight*). Ове клаузуле доступне су на веб адреси: <http://www.iccwbo.org>.

7 Строга примена начела *pacta sunt servanda* сматра се општим принципом међународног привредног права.

8 Најважнији такав уговор је Бечка конвенција о продаји (*Vienna Sales Convention*).

право, већ је било речи, одговорност продаваца за материјалне недостатке приближило објективној одговорности. Чини се да у последње време Европска унија иде истим уходаним путем.

Први озбиљан покушај да се утврде гаранције за потрошаче код уговора о продаји за земље ЕУ, био је доношење тзв. Зеленог папира о потрошачкој роби (*The Green Paper on consumer goods*) од стране Европске комисије 1993. године.⁹ Изнета су том приликом три проблема која треба циљно решити: анализа постојеће ситуације на националном и европском нивоу, идентификовање проблема са којима се суочавају продавци и потрошачи, изналагање могућих решења на нивоу Европске уније.

У ту сврху Зелени папир је истицао да главни интерес мора да буде обезбеђен гаранцијама које се заснивају на основним и једноставним правним правилима, која се манифестују превасходно кроз адекватне информације за купце и неопходну тржишну транспарентност. Исто-времено, стављен је акценат на значај охрабривања здраве конкуренције, засноване на добрим трговачким обичајима.¹⁰

Да би почетна идеја могла бити остварена у пракси, Зелени папир је засновао своју концепцију на три основна елемента: први, који се састојао од обавезујућих правила у вези са правним статусом продавчевих гаранција према купцу и извесних елемената који треба да буду присутни у документу о гаранцији, други, који је попуњавао правне празнине у трговачким гаранцијама и трећи, који је утврђивао два принципа у вези са оглашавањем: 1. оглас у вези са гаранцијом треба да буде део саме гаранције 2. оглашивач треба да сноси директну одговорност према конкретном кориснику.¹¹

Међутим, визија Зеленог папира ишла је још даље. Предложено је и оснивање тзв. европске гаранције, која би предвиђала примену стандардизованих услова гаранције у свим државама-чланицама Уније за исти тип

9 Зелени папир није био ограничен само на трговачке гаранције: детаљно је дискутовао и износио законске предлоге у вези са три аспекта потрошачке продаје: тзв. законске гаранције, трговачке гаранције и постпродајне услуге.

10 Штавише, Зелени рад се јако залагао за стварање правног оквира продавчевих гаранција које би биле примењиване на територији читаве Уније. За то је било неопходно смањити постојећа правила на неопходни минимум и даље развити одговарајућу шему стандардизацијом у пракси. А. Wiewiorowska-Domagalska, „EU Regulation of Consumer sales Guarantees: The Present Situation and Future Perspectives“, *Cambridge Law Journal*, 2006, стр. 273.

11 Витакер се такође бави анализом домаћаја Зеленог папира и наводи да је он идентификовао и изван број проблема у вези са гаранцијом продавца. Листа проблема укључивала је правну природу гаранције и њен однос према законској гаранцији, чиме је утврђено да гаранција продавца треба да купцу омогући и додатне бенефиције на основу законске гаранције. S. Whittaker, „Liability for Products: English Law, French Law and the European Harmonization“, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, стр. 117.

робе, истог брэнда и стварну могућност њене примене у свим државама-чланицама, без обзира на то где је роба купљена. Ово је свакако било иновативно и далекосежно, имајући у виду да је по први пут јасно дефинисана обавеза продавца да јавно огласи све недостатке ствари.

То је требало да буде део саме гаранције, да понуди и још већа права купцу од оних која су предвиђене законском гаранцијом, као и постојање универзалне евро-гаранције која би била применљива на територији читаве Уније. Оно што је посебно подвучено је обавеза решавања довољне информисаности купца о његовим правима.¹²

Делује да је Зелени папир, у основи, на линији решења римског права. Обавеза продавца да јавно огласи недостатке ствари, обавеза гаранције купцу које су и веће од оних предвиђених у законској гаранцији, одговара објективизираној одговорности продавца у римском праву. Купац је и сада, као и тада, у могућности да буде прецизно информисан о свим физичким манама, а ту обавезу преузима продавац.¹³ Обе уговорне стране су имале врло јасно изражену могућност да прошире обим заштите права купца и ван граница које су поставили курулски едили. То се могло постићи путем *dictum in venditione* у неформалној, или стипулацијом у формалној варијанти. Тако је продавац путем ових средстава могао додатно гарантовати да ствар нема више ни једну ману осим оних јавно предочених, или да чак поседује неке посебне квалитете, важне за купца у одређеним ситуацијама (на пример тврдња да је роб одличан кувар).¹⁴

Свеобухватни термин за све ове гаранције, било да су формално или неформално дате, је *dicta promissave (dicta et promissa)*.¹⁵ Курулски едил их је, наравно, усвојио и прихватио њихову обавезност и могућност да доведу до новчане одговорности продавца.

Сам термин *dicta et promissa* није лако објаснити, а још мање повући јасну линију разграничења између ова два појма.¹⁶ Оно што је

12 Купци и потрошачи, по правилу, нису свесни постојања законске гаранције и знају само за гаранцију продавца. Стога, када нема гаранције продавца, или када она не може да се активира, купац верује да он нема никаквих права. Штавише, у великом броју случајева потрошачи верују да су његова права уоквирена садржајем продавачеве гаранције. А. Wiewiorska-Domagalska, *нав. чланак*, стр. 275.

13 Према Гилмору, европска решења заштите потрошача, иако подсећају на римска, још нису довољно искористила искуства римског класичног права, поготову када је реч о избору процесног средства које купац има на располагању да заштити своја права, као и у области проширења одговорности продавца. G. Gilmore, *Product Liability in Roman and Modern Law*, Chicago, 2005, стр. 214.

14 D.21.1.18.1 (*Gaius libro primo ad edictum aedilium curulium*).

15 D.21.1.19.2 (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

16 Казер верује да термин „*dictum*“ имплицира унилатералну гаранцију продавца, док термин „*promissum*“ указује на билатералност правног посла. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)*,

римско право већ успостављало путем *dicta et promissa*, модерно право прихвата и дефинише као обавезу обавештавања купца од стране продавца. Разлози су, у оба случаја, исти. Купац је слабије информисана страна и теже му је да дође до оних неопходних информација које би биле од значаја за његову одлуку у вези са куповином ствари. Продавац сада има обавезу не само да истакне квалитете ствари, него и све њене недостатке, било да су они видљиви или латентни.

На основу традиције римског права и домаћаја Зеленог папира, Унија је донела Директиву о извесним аспектима продаје потрошачке робе и повезаних гаранција (*The Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*).¹⁷ Сматра се да је ово једна од најважнијих директива које је Европска комисија донела у области заштите права купца и потрошача.¹⁸

Према слову директиве, продавац мора да испоручи робу купцу која је у складу са уговором о продаји.¹⁹ Реч је, дакле, чини се, о неопходној саобразности уговору.

Ствар је саобразна уговору, то јест подобна за употребу, уколико а) одговара опису који је дао продавац и има квалитет робе коју је продавац показао потрошачу у виду узорка или модела, б) ако је подобна за нарочиту употребу за коју је потрошач набавља, а о чему је упознао продавца у време закључења уговора и што је продавац прихватио, в) ако одговара намени за коју се робе истог типа уобичајено користе, г) ако показује квалитет и особине који су уобичајени код робе исте врсте и које потрошач може разумно да очекује, имајући у виду при-

München, 1954, стр. 404. Међутим, Аранђио – Руиц се са овим не слаже и сматра да је ова дистинкција потпуно непотребна, да уопште није постојала у класичном праву, већ да су оба појма третирани јединствено, без икаквих подвајања и различитих значења. V. Arangio – Ruiz, *La compravendita in diritto romano I*, Napoli, 1978, стр. 358. Петерс и Перици очигледно прихватајући став Аранђа-Руица, сматрају да се *dicta promissave* односи искључиво на *dicta in mancipio*. F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, München, 1973, стр. 187; S. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, стр. 85, док Вотсон ово негира, верујући да је овакво тумачење у супротности са фрагментом из Дигеста (D.21.2.69.3) и мисли да би било боље тумачити овај појам који се односи само на уговорне услове, на додатне споразуме (*pacta adiecta*), а не и на неформалне гаранције изнете током преговора о закључењу уговора, A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press, 1965, стр. 89.

17 OJ L 171, 1999.

18 Таква оцена преовлађује у радовима готово свих аутора који су анализирали ову директиву: R. Epstein, *Modern Product Liability Law*, Chicago 2000, стр. 88; M. Reimen, „Liability for Defective Products at the Beginning of Twenty-First Century“, *American Journal of Comparative Law*, 2003, стр. 518; G. Howels, „Product Liability – A History of Harmonization“, *Kluwer Law International*, 2004, стр. 363, S. Whittaker, *нав. чланак*, стр. 126; A. Wiewiorowska-Domagalska, *нав. чланак*, стр. 283.

19 OJ L 171, 1999, чл. 2.

роду робе и евентуалне јавне изјаве продавца, произвођача или његовог представника о поједним особинама робе дате приликом рекламирања или етикетирања.²⁰

Међутим, уколико роба није саобразна уговору, купац може подићи тзв. приговор несаобразности. Купац га може користити, ако неки од горе наведених елемената није испуњен,²¹ али и уколико је недостатак саобразности уговору последица неправилне инсталације робе, коју је, сагласно уговору, извршио продавац, лице за које је он одговоран или потрошач, а недостатак је настао због погрешних инструкција које су садржане у упутству за монтажу. Купац неће моћи да подигне приговор саобразности и продавац није одговоран уколико је у време закључења уговора купцу било познато или му није могло остати непознато да постоји недостатак. Исти резултат биће и у случају у којем продавац докаже да за изјаву о саобразности није знао или није могао знати, да је изјава измењена у моменту закључења уговора и да јавна изјава није могла утицати на доношење одлуке о куповини.²²

Будући да је продавац, сходно слову директиве, купцу одговоран за било који недостатак саобразности који постоји у тренутку када је роба испоручена, чешћи је случај оправданости приговора несаобразности купца. У том случају он може да захтева од продавца да недостатак отклони или да му преда другу ствар без недостатака, да захтева снижење цене или раскид уговора. Ове могућности купца, утемељене на искуству римског права, ваља нешто детаљније анализирати.

Прво, купац може да захтева да се недостатак отклони или да му се преда друга ствар без недостатака. Трошкови²³ отклањања недостатка и предаја друге ствари падају на продавца у било ком случају, осим ако је то немогуће или несразмерно.²⁴ Свака поправка или замена мора бити извршена у оптималном року и без значајне неугодности по куп-

20 *Ibid.*

21 За разлику од Бечке конвенције о уговорима о међународној продаји робе у којој се одређује када се сматра да роба није саобразна уговору (недостатак се дефинише позитивно, навођењем ште се све сматра материјалним недостатком), директива утврђује да је продавац дужан да испоручи купцу ствар саобразно закљученом уговору. М. Мићовић, „О темељним правилима потрошачког права“, *Зборник Од caveat emptor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 51.

22 *Ibid.*

23 Реч је о неопходним трошковима који су нужни да би се роба ускладила са уговором, посебно трошкови пошилике, рада и материјала, Н. Ђурђевић, „Заштита потрошача од материјалног недостатка продате ствари (производа)“, *Зборник Од caveat emptor go caveat venditor*, Крагујевац 2009, стр. 320, фн. 17.

24 Поправка се сматра несразмерном уколико намеће трошкове продавцу који су, у поређењу са алтернативним обештећењем, нерационални, узимајући у обзир вредност коју би роба имала да нема недостатка саобразности, значај недостатака сао-

ца, узимајући у обзир структуру робе и сврху за коју је купац тражио робу.²⁵

Друго, купац може захтевати сразмерно смањење цене или раскид уговора. Ову заштиту може оптирати уколико нема право на поправку или замену, уколико продавац није извршио поправку у предвиђено време, или уколико продавац није извршио поправку без значајне неугодности по купца.²⁶ Купац, међутим, нема право на раскид уговора уколико је недостатак саобразности мали.²⁷

Поставља се и питање какав је положај последњег продавца који је одговоран купцу, а одговорност је последица деловања или пропуста претходних продаваца у истом ланцу продаје или неких других посредника. Директива таквом продавцу омогућава право регреса у односу на особе одговорне у уговорном ланцу.²⁸

Купац има право на приговор несаобразности робе уговору у одговарајућим роковима. Продавац је одговоран за недостатке саобразности који постоје у тренутку предаје ствари, односно није одговоран за недостатке настале након предаје ствари.²⁹ Уколико недостатак постане очигледан у року од две године од дана испоруке купцу, он има право подношења приговора.³⁰ Поред тога, било који недостатак саобразности робе уговору који постане очигледан у року до шест месеци од дана испоруке, сматра се да је постојао у време испоруке, осим уколико та претпоставка не одговара природи робе или природи несаобразности.³¹

Међутим, ова директива, делује, није у потпуности имплементирала идеје Зеленог папира. Припремни радови на директиви су заиста пошли од идеја Зеленог папира.

Наиме, први предлог директиве је наводио, на пример, да гаранција продавца треба купца да стави у повољнији положај од оног који резултира из правила која уређују продају потрошачке робе.³² Међутим, како је рад на Директиви напредовао, ови елементи су потискивани у други план. Економски и друштвени комитет Уније је, у свом мишљењу у вези са Директивом, изразио убеђење да хармонизација на пољу гаранција

бразности и д али би се алтернативна исправка могла обавити без значајне неугодности по потрошача – *OJ L 171, 1999, чл. 3, ст. 3.*

25 *OJ L 171, 1999, чл. 3, ст. 4.*

26 *OJ L 171, 1999, чл. 3, ст. 5.*

27 *OJ L 171, 1999, чл. 3, ст. 6.*

28 *OJ L 171, 1999, чл. 4.*

29 *OJ L 171, 1999, чл. 3, ст. 1.*

30 За разлику до Бечке конвенције која захтева да се приговор учини у разумном року. М. Мићовић, *нав. чланак*, стр. 52.

31 *OJ L 171, 1999, чл. 5.*

32 Предлог за Европски парламент, *OJ C 307, 16.10.1996.*

продаваца није ни потребна нити се саветује!³³ Према овом комитету, одговарајући начин успостављања одговорности продавца требало би бити решење тзв. меког права, односно закључивање уговорних обавеза од случаја до случаја.³⁴

Упркос оваквом поимању гаранција, у радовима неких аутора мишљење Комитета добило је умерено добру оцену.³⁵ Само посвећивање пажње продавчевим гаранцијама, сматрају ови аутори, је позитивно. Међутим, они као да превиђају да је Директива одступила од претпоставки Зеленог папира, посебно одбијајући да призна потребу за постојањем посебних правила у вези са садржајем гаранције, и као да се задовољавају половицима и, чини се, недовољно утемељеним решењима.

Тако према дефиницији,³⁶ гаранцију потрошачу могу дати продавац или произвођач.

Члан 6(1) се односи на особу која нуди гаранцију као понуђач, без прављења разлике између гаранција датих од стране произвођача и продавца. Премда, Директива помиње само продавца и произвођача, њено поље примене је, у ствари, много шире. Продавац се, наиме, дефинише као било које физичко или правно лице, које, према уговору, продаје потрошачку робу током своје трговине, посла или професије.³⁷

Са друге стране, дефиниција произвођача је веома широка. Позивајући се на Директиву о одговорности за производе,³⁸ као произвођача предвиђа произвођача потрошачке робе, увозника потрошачке робе на територији Уније или било које друго лице које тврди да је произвођач стављајући свој назив, заштитни знаци други дистинктивни знак на потрошачку робу.³⁹ Делује, према овоме, да и извесне категорије посредника могу бити даваоци гаранције.⁴⁰

33 Мишљење Економског и друштвеног комитета о предлогу за европски парламент и директиви о продаји потрошачке робе и повезаних гаранција *OJ C 66/5*, 27.11.1996.

34 Рејмен, критикујући овај став Комитета, наводи да је он у великој мери извајао будућност домаћаја Директиве и гаранција продавца уопште, *M. Reimen*, стр. 519.

35 *D. Staudenmayer*, „The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: A Milestone in the European Consumer and Private Law“, *European Review of Private Law*, 2000, стр. 559; *C. Twigg-Flesner*, „The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees“, *Consumer Law Journal*, 1999, стр. 187.

36 *OJ L 171*, 1999, чл. 1(e).

37 *OJ L 171*, 1999, чл. 1(c).

38 Директива Европског савета 85/374/ЕСС од 25. јула 1985. о сличности закона, прописа, и административних одредби земаља чланица у вези са одговорношћу за дефектне преизводе; *OJ L 210*, 7.8.1985.

39 *OJ L 171*, 1999, чл. 1(d).

40 Јасно је, истиче Рејмен, да посредници не могу бити даваоци гаранције, па целој овој структури недостаје конзистентност, јер не покрива цео опсег лица укључених у ланац дистрибуције робе. *M. Reimen*, *нав. чланак*, стр. 522.

Директива није сасвим прецизна ни када је реч о дефинисању корисника гаранције. Купац потрошачке робе постаје корисник гаранције, уколико је она понуђена. Питање које се може поставити је да ли гаранција важи само за првог купца, или је могуће извршити пренос гаранције на наредне власнике робе. Директива предвиђа да се гаранција обавезно даје без додатне наплате.⁴¹ То значи да се правила о гаранцијама примењују само ако је гаранција дата бесплатно, што, чини се, тешко да може бити одрживо, будући да цена производа у себи већ садржи и цену гаранције. Међутим, трошкови који се намећу купцу нису исцрпљени: може се наплатити активирање или реализација гаранције, уколико давалац гаранције њу даје бесплатно, премда се не наводи да ли терет трошкова иде на терет произвођача или потрошача.

Општије питање остаје без одговора. Да ли давалац гаранције може да прода даље гаранцију, да ли и наредни купац може да је користи или не?

Уколико је правило бесплатности гаранције на снази, чини се да давалац гаранције лако може да га заобиђе наплаћујући симболичну таксу. С друге стране, уколико се омогући наплата давања гаранције, она би требала да понуди и додатне бенефиције купцу, јер ће, у супротном, платити заштиту на коју већ има право по закону.

Са гледишта потрошача, најважнији део гаранције су процесна средства која му стоје на располагању уколико продата ствар има неке физичке мане. У ствари, за потрошача, гаранција вреди онолико колико и процесна средства која му омогућава.

Према Директиви, уколико роба не испуњава услове из спецификације изнете у документу о гаранцији или релевантној реклами, купац има право на надокнаду плаћене цене, замену, поправку или право да рукује робом на било који други начин.⁴² Међутим, Директива не нуди објашњење тачног значења процесних средстава које су купцу на располагању. Нуди једино штуру и преопшту дефиницију поправке, па тако предвиђа да поправка, у случају неисправности ствари, значи да се потрошачка роба доводи у склад са уговором о продаји.⁴³

Неки аутори у одредби права купца да „рукује робом на било који начин“, виде отворену листу процесних средстава.⁴⁴ Делује, ипак,

41 OJ L 171, 1999, чл. 1(e).

42 OJ L 171, 1999, чл. 1(e).

43 OJ L 171, 1999, чл. 1(f).

44 Давалац гаранције на основу одредбе о руковању робом на било који начин може да понуди било које процесно средство купцу или чак комбинацију различитих процесних средстава. М. Faure, Т. Hartlief, „Remedies for Expanding Liability“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, стр. 92. Будући да Директива не предвиђа никакву

да се тешко може усвојити овакав став, будући да Директива предвиђа само садржај гаранције, који *може* укључивати и процесна средства.⁴⁵ Она нису набројана. Уколико давалац гаранције не испуни своје обавезе, једино решење које Директива нуди је да то не утиче на важење гаранције, и да потрошач на гаранцију и даље може да се ослони.⁴⁶

Како Директива не предвиђа ниједну индикацију у вези са процесним средствима, остаје нејасно на који начин купац може да оствари своје право.

Директива се бави и захтевима информисаности купца о ствари која је предмет уговора о продаји. Предвиђа три различите категорије информација: оне у вези са законским правима потрошача, оне у вези са садржајем гаранције, и оне на које купац има право на основу гаранције.⁴⁷

Прво, захтева се да гаранција утврди да потрошач има има законска могућности за пријем обавештења у вези са робом коју купује према правилима применљивог законодавства државе, и да те могућности треба одвојити од могућности из саме гаранције, будући да је реч о законским могућностима.⁴⁸

Ово је важно за купца, имајући у виду да је и Зелени папир, што је предочено, утврдио као један од основних проблема немогућност купца да разликују законска права од права из гаранције. Друго, Директива предвиђа да сама гаранција мора бити написана једноставним и разумљивим језиком.⁴⁹ Коначно, захтева се утврђивање трајања гаранције, њеног територијалног важења,⁵⁰ имена и адресе даваоца гаранције.⁵¹

хијерархију између процесних средстава која су купцу на располагању, давалац гаранције износи у спецификацији све могуће опције у вези са коришћењем процесних средстава. W. Prosser, *The Implied Warranty of Merchantable Quality*, Chicago, 2003, стр. 177.

45 OJ L 171, 1999, чл. 6(2).

46 OJ L 171, 1999, чл. 6(5).

47 OJ L 171, 1999, чл. 6(2).

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

50 *Ibid.* Међутим, Директива не наводи дефиницију територијалног важења гаранције. Поставља се питање да ли је реч о територији на којој је гаранција обавезујућа, или о територији на којој се она може активирати? А. Wiewiorowska-Domagalska, *нав. чланак*, стр. 283.

51 И ово је подложно критици. Име и адреса даваоца гаранције у великом броју случајева нису име и адреса лица којем се непосредно испрва обраћа купац, и које би тек требало да обавести даваоца гаранције о купчевој рекламацији. Чини се да Директива није усвојила препоруку Европског парламента која је предвиђала да

Директива предвиђа и право купца да му гаранција буде увек доступна у писаном облику или другом расположивом материјалу.⁵² Такође, Директива оставља могућност избора језика (или више језика) за презентацију гаранције.⁵³ Већ поменута одредба Директиве која предвиђа да кршење захтева за обавештењем купца о стању у којем се ствар налази не утиче на важење гаранције, па се купац на њу и даље може ослонити, чини се као једини правни лек понуђен купцу. Следствено овако дефинисаној одредби, у неким екстремним ситуацијама, то би значило да купац може да се ослони и на такву гаранцију која уопште не спецификује свој садржај, не наводи начин активирања или не постоји уопште у писаном облику.

Упркос видљивим недостацима, Директиви се морају признати и неке позитивне особине. Пре свега, сама чињеница помињања гаранције је позитивна. Такође, признавање обавезујуће природе гаранције без обзира ко је њен давалац, може се окарактерисати као корисна за права купца.

Међутим, делује да горе истакнута анализа Директиве у озбиљној мери указује на неке недостатке који изгледају неприхватљиво чак и чудно са модерног становишта, поготову уколико се упореде са римским класичним решењима.

Римско право је, изгледа, имало елегантнија и једноставнија, а истовремено свеобухватнија и прецизнија решења. Поред експлицитно наведених процесних средстава на које купац има право у случају физичких недостатака ствари (*actio de modo agri*,⁵⁴ *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*⁵⁵), што, подсећања ради, није случај са Директивом, та процесна средства су остављена на избор купцу који сам модификује начин заштите својих права. Поново то није случај са Директивом, која набраја фазе у којима се прво ствар даје на поправку, замену или накнаду плаћене цене. Занимљиво је да римска решења делују конзистентније чак и у области данашњих гаранција о исправности ствари, односно о обавези обавештавања купца о потенцијалним њеним физичким недостацима.

Директива има потешкоће да дефинише даваоца гаранција односно лице којем се прво купац обраћа, медиј у којем је гаранција истакнута (писано или на други начин), територију применљивости и активирања гаранције и, коначно, скреће у магловите путеве права купца услед

се у гаранцији наведу генералије и оног лица које ће бити прво контактирано од стране купца у случају рекламације – ОЈ С 104/30, 10.3.1998.

52 ОЈ L 171, 1999, чл. 6(3).

53 ОЈ L 171, 1999, чл. 6(4).

54 D.21.2.45. (*Alfenus libro quarto digestorum a Paulo epitomarum*).

55 D.21.1.1.1. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

неиспуњености обавеза из гаранције. Све је то, делује, презизније и једноставније уредила *stipulatio duplae*, као основна продавчева обавеза у римском праву.⁵⁶ Поставља се питање, зашто Унија не би доследније и конзистентније усвајала управо решења класичног римског права у оним областима у којима, делује, та примена није упитна.

Србија је, у настојању да своје право хармонизује са правом Европске уније, 2005. године усвојила Закон о заштити потрошача.⁵⁷ Том приликом је дословно, у одговарајућој мери преписана Директива Европске уније о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и повезаних гаранција. Међутим, у свом настојању наш законодавац није у потпуности спровео у дело идеје директиве. Тако је овај текст додатно, чини се, изгубио на вредности, будући да је селективно усвојена ионако већ манљива директива.

Потрошач, у смислу овог закона, јесте свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства. Продавац је привредно друштво, предузеће или друго правно лице и предузетник, који продаје производе или пружа услуге потрошачу.⁵⁸

Међутим, упркос експлицитно набројаним правима потрошача,⁵⁹ закон у великој мери одступа од изворне директиве, што је, чини се, мањи проблем, али и од Закона о облигационим односима, што је битно већи проблем.

Прво, чини се да Закон уопште не садржи појам саобразности робе уговору. О томе нигде експлицитно нема података, иако Директива ову обавезу продавца изричито спомиње. Отуда се јављају додатни проблеми

Директива предвиђа, анализирано је, да продавац одговара за недостатке саобразности који постоје у моменту предаје ствари.⁶⁰ Јасно је да тако продавац није одговоран за оне недостатке који настану после предаје ствари, док према ЗЗП продавац одговара ако су се недостаци појавили у року од шест месеци од дана куповине, уколико није издао гарантни лист.⁶¹ Аргументом *a contrario* овако постављена одредба нашег закона указује да купац нема право заштите уколико је продавац издао гарантни лист, без обзира на недостатке ствари.⁶²

56 D.21.1.28. (*Gaius libro primo ad edictum aedilium curulium*).

57 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005.

58 ЗЗП, чл. 2, ст. 1–3.

59 ЗЗП, чл. 3.

60 OJ L 171, 1999, чл. 3(1).

61 ЗЗП, чл. 34, ст. 1.

62 Професор Ненад Ђурђевић даље дискутује овај члан ЗЗП и поставља питање да ли купац може заштити своја права ако уз приговор не може да поднесе рачун о

Према тексту директиве крајњи рок у којем купац може да стави приговор несаобразности робе уговору је две године од предаје ствари.⁶³ Према је ово решење из директиве подложно критици, јер се недостаци углавном откривају не у тренутку предаје, него тек након предаје ствари, о чему је већ било речи, решење ЗЗП-а је још неповољније по купца. Право рекламације он има у року до шест месеци од дана куповине ствари!⁶⁴ Дакле, не само што је употребљен још краћи рок за подношење приговора, него он почиње да тече још раније: не од тренутка предаје ствари, него од тренутка куповине.

Према проф. Ненаду Ђурђевићу, чији се став може прихватити, одредбе овог закона, поред неусклађености са директивом, немају ни функционалну везу са одредбама Закона о облигационим односима у вези са продавчевом одговорношћу за материјалне недостатке ствари. Закон, уместо да проширује права купца, уводи још рестриктивнији правни режим заштите (ужи појам недостатка, ужи појам права). С друге стране, продавац одговара и за недостатке за које не би требао да одговара ни према ЗОО ни према изворној директиви (недостатак не мора да постоји у тренутку предаје ствари, односно преласка ризика на купца).⁶⁵ Све ово указује да је Закон о заштити потрошача из 2005. озбиљно манљив.

Будући да нема слуха за дух и идеје Закона о облигационим односима, које се темеље на искуству римског права, да је недоследан чак и у преводу изворне директиве, неопходно је донети нови закон који ће се темељити управо на вредностима римског права оличеним у ЗОО.

Народна скупштина Републике Србије је октобра 2010. усвојила текст новог Закона о заштити потрошача. У својству предлагача појавило се Министарство трговине и услуга, које је Нацрт израдило у сарадњи са Радном групом и ЗАП пројектом, финансираним од стране Европске уније. У свом образложењу за доношење новог закона, Влада је истакла системске и оперативне разлоге.

Према мишљењу предлагача, системски разлози за доношење Закона о заштити потрошача су подизање области заштите потрошача на стратешки ниво, заштита потрошача у складу са европским потрошачким правом, стварање законодавне основе за имплементацију инструментата заштите потрошача који постоје у развијеним земљама ЕУ и доношење неопходних подзаконских аката, и, испуњавање обавеза пре-

купљеном производу, јер му је, у међувремену, украден? Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 327.

63 OJ L 171, 1999, чл. 5(1)

64 ЗЗП, чл. 34, ст. 1.

65 Н. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 327.

ма Националном програму интеграције, који укључује усаглашавање домаћег законодавства са регулативама ЕУ.⁶⁶

У оперативне разлоге Министарство трговине и услуга, у својству предлагача, убраја: потребу да се, у циљу снажније заштите потрошача, законски уреде обавезе трговца да информише потрошача пре одлуке о куповини, специфичности различитих врста потрошачких уговора водећи рачуна о посебностима уговорног односа између потрошача и трговца, уговори о потрошачким кредитима без обзира на њихову природу, питања законске гаранције без обзира на природу производа.

Потреба је да се пренесу терети доказа са потрошача на трговца, увођење нових институција и инструмената заштите потрошача (колективне тужбе, вансудско решавање потрошачких спорова, мере забране и др.) као и превазилажење неприменљивости постојећих законских решења услед недоречености и нејасноћа.⁶⁷

Предлагач је стао на становиште о неопходности усаглашавања домаћег законодавства са регулативама ЕУ, позивајући се на Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране.⁶⁸ Следствено овоме у текст закона уграђено је 15 најважнијих директива ЕУ посвећених заштити потрошача, међу којима и Директива 98/6/ЕС о означавању цена, Директива 85/577/ЕЕС о продаји ван пословних просторија, Директива 97/ЕС о продаји на даљину, Директива 93/13/ЕЕС о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима, Директива 99/44/ЕС о продаји потрошачке робе и пратећим гаранцијама.⁶⁹

66 Доступно на адреси: www.mtu.gov.rs.

67 *Ibid.*

68 Чл. 78 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС*, бр. 83/08: „Уговорне стране ће сарађивати како би усагласиле стандарде заштите потрошача у Србији са стандардима у Заједници. Делотворна заштита потрошача је нужна како би се обезбедило ваљано функционисање тржишне економије и та заштита ће зависити од развоја административне инфраструктуре ради обезбеђења надзора над тржиштем и спровођења закона у овој области. У том циљу, а у њиховом заједничком интересу, стране ће обезбедити: политику активне заштите потрошача у складу са комунитарним правом, укључујући већи информисаност и развој независних организација; усклађивање законодавства о заштити потрошача у Србији са заштитом која је на снази у заједници; делотворну правну заштиту потрошача ради побољшања квалитета потрошачке робе и одржавање одговарајућих стандарда безбедности; надзор над спровођењем правила од стране надлежних органа и омогућавање приступа правди у случају спора; размена информација о опасним стварима.“

69 *Ibid.*

Оно што предлагач посебно истиче и што, чини се, на основу раније расправе, треба поздравити је да је, при транспоновању директива и структурисања, вођено рачуна о српској правној традицији, језику, и постојећем правном систему. Посебна пажња је посвећена усклађености са Законом о облигационим односима из 1978., као општем закону за ову област.⁷⁰

Може се рећи да текст закона ову идеју и спроводи у дело, будући да више нема дилеме да је трговац професионалац који закључује уговор у обављању своје пословне делатности, ради стицања добити, стручњак у свом послу који располаже информацијама и има, по правилу, знатан финансијски капитал.

С друге стране, потрошач закључује уговор у области у којој нема довољно знања, редовно је појединац који прибавља неопходна добра и услуге и нема информације које има трговац. Зато су у закону обухваћена бројна решења прописана у корист потрошача која теже да отклоне ову неједнакост, будући на искуства са Директивом о одговорности за штету од производа са недостатком и Законом о одговорности произвођача ствари са недостатком. За потребе овог рада издваја се неколико најважнијих чланова текста закона.

Закон таксативно наводи права потрошача: право на задовољење основних потреба, право на безбедност, право на обавештеност, право на избор, право учешћа, право на правну заштиту, право на образовање, право на здраву и одрживу животну средину.⁷¹ У том контексту се инсистира на доступности најважнијих производа и услуга, праву на заштиту од опасних роба и услуга, праву на располагањем тачним подацима неопходним за разуман избор међу понуђеном робом, праву на могућности избора између више роба по прихватљивим ценама уз гаранцију квалитета.

Овако предложене норме имају императивни карактер, јер односи који се регулишу не могу бити уређени другачије, осим када је то дозвољено. Потрошач се не може једнострано одрећи права која су му Законом призната, док одредба између продавца и купца којом се одступа од законских норми бива ништава и не производи право дејство.

Директива 98/6/ЕС о означавању цена је основ од ког је пошао предлагач када је прописао обавезу дужности обавештавања купца од стране продавца. Одредбе о дужности обавештавања односе се не само на уговорне, него и на предуговорне односе, уколико је једна страна у њима потрошач.⁷² Тако је продавац дужан да на разумљив, читак и лако

70 *Ibid.*

71 Чл. 3 ЗЗП.

72 Чл. 11 ЗЗП.

уочљив начин, у динарима, означи продајну цену робе и јединичну цену робе.⁷³ При том је у обавези да продајну цену означи на роби или амбалажи, као и на месту продаје робе.⁷⁴

Продавац је дужан да, пре закључења уговора о продаји, потрошача обавести на јасан и разумљив начин о основним обележјима робе које су предмет продавачеве обавезе.⁷⁵ Неједнакост у односу између трговаца и потрошача произлази добрим делом из неједнаке информисаности. Због тога се предвиђа обавеза трговца да пре закључења уговора обавести потрошача о појединостима које су значајне за његов разуман избор и одлуку. Ова његова дужност у складу је, чини се, са чл. 484 ЗОО, који се односи на обавезу продавац да, у случају да постоји неки материјални недоататак ствари, позове купца да ствар прегледа.

Будући да је по тексту закона ова обавеза продавца предуговорна, делује да је он у обавези да купцу укаже не само на својства ствари, него и на њене потенцијалне недостатке. У случају да се продавац оглуши о ову обавезу, потрошач може захтевати поништење уговора, независно од тога да ли је продавац имао намеру да га пропуштањем обавештавања наведе на закључење уговора.⁷⁶ Изгледа да се и ова одредба односи на евентуалне физичке недостатке ствари, јер је тешко замислити да би купац могао да захтева поништај уговора уколико је ствар коју купује потпуно исправна, без обзира на пропуштање обавештавања од стране продавца.

У вези са овом обавезом продавца стоји и његова обавеза да потрошачу уговор учини потпуно јасним и разумљивим, једноставно и јасно на српском језику, како би га разумео и потрошач са просечним знањем и искуством.⁷⁷

Права потрошача у погледу неправичних уговорних одредаба дефинисана су, у тексту Закона, на основу Директиве 93/13/ЕСС о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима. Тако се уговорна одредба сматра неправичном ако:

- 1) за последицу има несразмеру у обавезама уговорних страна, на штету потрошача; или
- 2) за последицу има да извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога; или

73 Чл. 17 ЗЗП.

74 *Ibid.*

75 Чл. 55 ЗЗП.

76 Ово право потрошача застарева у року од једне године од закључења уговора: чл. 18 ЗЗП.

77 Чл. 39 ЗЗП.

- 3) за последицу има да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао; или
- 4) је противна захтеву транспарентности; или
- 5) је у супротности са начелом савесности и поштења.⁷⁸

Текст закона неправичне одредбе даље конкретно развија на два начина.

За неке од њих важи неоторива претпоставка да су неправичне (*praesumptiones iuris et de iure*),⁷⁹ док се код других примењује оборива претпоставка (*praesumptionis iuris tantum*).⁸⁰

78 Чл. 41 ЗЗП.

79 Чл. 42 ЗЗП: 1) искључење или ограничење одговорности трговца за случај смрти или телесних повреда потрошача, које су последица чињења или пропуштања трговца, 2) ограничавање обавезе трговца да изврши односно преузме обавезе које је у име или за рачун трговца преузео његов пуномоћник односно налогопримац, или везивање ове обавезе за услов чије испуњење зависи искључиво од трговца, 3) искључење или ограничење права потрошача да покрене поступак, или да употреби друго право средство за заштиту својих права, а посебно обавезивање потрошача на решавање спорова пред арбитражом на начин који је у супротности с одредбама закона којим се уређује арбитражно решавање спорова, 4) спречавање или ограничавање могућности да се потрошач упозна с доказаима, или пребацивање терета доказивања на потрошача у случају када терет доказивања по закону лежи на трговцу, 5) одредба по којој трговац има право да утврди да ли су испоручена роба или пружене услуге у складу са уговором као о одредба по којој трговац има искључиво право тумачења уговорних одредаба.

80 Чл. 43 ЗЗП: 1) ограничење или искључење права потрошача према трговцу или трећој страни у случају потпуног или демимичног неиспуњења било које уговорне обавезе трговца, укључујући ограничавање или искључење права потрошача да пребије потраживање које има према трговцу с оним што овај потражује од њега, 2) давање овлашћења трговцу да задржи оно што је примио од потрошача у случају да потрошач повреди уговорну обавезу или одбије да закључи уговор, ако се не установи исто право потрошача у случају да трговац повреди исту уговорну обавезу или одбије да закључи уговор, 3) обавезивање потрошача који је повредио уговорну обавезу да трговцу плати накнаду у износу који значајно премашује износ претрпљене штете, 4) право трговца да једнострано раскине уговор кад год хоће, ако исто право није гарантовано и потрошачу, 5) право трговца да једнострано раскине уговор закључен на неодређено време без остављања примереног отказног рока, осим у случају да потрошач не извршава своје уговорне обавезе, 6) прећутно продужење уговора закљученог на неодређено време у случају да га потрошач благовремено не откаже, ако је уговорен несразмерно дуг отказни рок, 7) право трговца да на било који начин повећа уговорну цену, ако није уговорено право потрошача да у том случају раскине уговор, 8) обавезивање потрошача да изврши све своје уговорне обавезе и у случају да трговац не изврши своје уговорне обавезе у целисти, 9) давање овлашћења трговцу да пренесе своје уговорне обавезе на треће лице без сагласности потрошача, 10) ограничавање права потрошача да препрода робу, тако што се ограничава преносивост уговорне гаранције коју је дао продавац, 11) давање овлашћења трговцу да једнострано мења садржину уговорних одредаба, укључујући обележја робе или услуга, 12) једнострана измена уговорних одредаба

Свака неправична одредба уговора је ништава, међутим, ништавост једне одредбе уговора не повлачи ништавост читавог уговора, осим ако је одредба такве природе да уговор не може да опстане без ње.⁸¹

Са становишта купчевих права најважнији је одељак о посебним правима потрошача из уговора о продаји робе, чији темељ представља већ анализирана Директива 99/44/ЕС о продаји потрошачке робе и пратећим гаранцијама. Поље примене су посебна права потрошача, којим се трговац обавезује потрошачу да му прода робу⁸² и да му је у ту сврху испоручи, а потрошач се обавезује да му плати цену.

Трговац је дужан да потрошачу испоручи робу која је саобразна уговору. Саобразност уговору представља вид законске гаранције потрошача и обухвата селедеће околности:⁸³

- 1) ако одговара опису који је дао трговац и ако има својства робе коју је трговац показао потрошачу као узорак или модел,
- 2) ако има својства потребна за нарочиту употребу за коју је потрошач набавља, акоја је била позната трговцу или му је морала бити позната у време закључења уговора,
- 3) ако има својства потребна за редовну употребу робе исте врсте,
- 4) ако по квалитету и функционисању одговара ономе што је уобичајено код робе исте врсте и што потрошач може основано да очекује с обзиром на природу робе и јавна обећања о посебним својствима робе дата од стране трговца, произвођача или њихових представника, нарочито ако је обећање учињено путем огласа или на амбалажи робе.

Види се да је обавеза продавца врло слична његовим обавезама предвиђеним у ЗОО, посебно уколико се у обзир узме захтев да ствар мора одговорати опису који је дат пре закључења уговора или који је купцу показан као узорак или модел. Ова обавеза продавца, делује, на линији је и са римским решењем које предвиђа да продавац мора истаћи особине ствари за које објективно одговара (*dicta et promissa*).

Он није одговоран једино уколико је у часу закључења уговора купцу било познато (субјективни критеријум) или му није могло остати непознато (објективни критеријум) да роба није саобразна уговору.⁸⁴ Јасно је да оба критеријума постављена алтернативно.

које су потрошачу саопштене на трајном носачу записа, тако што му се електронским путем саопштавају нове одредбе с којима се потрошач није сагласио.

81 Чл. 44 ЗЗП.

82 То мора бити телесна, покретна ствар.

83 Чл. 48 ЗЗП.

84 Чл. 49 ЗЗП.

Права потрошача у случају несаобразности робе са уговором кореспондирају и са решењима римског класичног права и са решењима у ЗОО у погледу заштите права купца.

Тако потрошач може:

- 1) захтевати од трговца да отклони несаобразност оправком или заменом робе,
- 2) захтевати снижење цене,
- 3) изјавити да раскида уговор.⁸⁵

Лако је уочљива веза ових права потрошача са правима купца у римском праву да подигну естиматорну (*actio qunati minoris aestimatoria*) или редхибиторну тужбу (*actio redhibitoria*), у зависности од обима недостатка односно обима несаобразности робе са уговором.

Члан 54 закона продубљује остала права потрошача. Уколико трговац докаже да би оправка или замена ствари била немогућа, или противправна или би му створила превелике трошкове, потрошач може оптирати или за смањење цене или за раскид уговора. Уколико трговац у намери да отклони несаобразност створи потрпшачу значајне потешкоће због некоришћења робе, трошкове или штету, као и ако изричито или прећутно одбије да отклони несаобразност робе или пропусти да то учини у разумном року (најкасније 14 дана) потрошач може оптирати иста права.

Међутим, несаобразност робе уговору мора бити озбиљна и знатна. Потрошач не може остваривати ова права уколико је несаобразност робе незнатна.⁸⁶

Уколико је несаобразност робе знатна, трговац је дужан да је отклони без икакве надокнаде. Такође, и поред права да захтева оправку, замену, смањење цене или раскид уговора, потрошач има право да од трговца захтева да му накнади сву штету која потиче од несобразности робе, по општим правилима о одговорности за штету.⁸⁷

Горе наведене и анализиране одредбе закона показују интенцију предлагача да свеобухватно уреди материју заштите потрошача, посебно имајући у виду ранији Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком и и ранији Закон о заштити потрошача из 2005. године, који је био у нескладу са правом Европске уније. На који начин је ресорно министарство приступило овом проблему?

Чини се да је одговор дат у самом образложењу Нацрта Закона. Пошло се од примене одговарајућих директива које су уграђене у текст

85 Чл. 58 ЗЗП.

86 Чл. 54 ЗЗП.

87 Чл. 55 ЗЗП.

Нацрта Закона, али, истовремено се водило рачуна о националним разликама, духу српске правне традиције и посебно духу Закона о облигационим односима, који је део ове материје већ уредио на врло јасан и похвалан начин. Можда је решење управо у оваквом приступу. Уградити решења из директива, али задржати она решења која нису само национална него и паневропска а потичу из богате ризнице римског права. То је нецентралистички и наднационални пут којим је могуће хармонизовати право свих европских држава, јер се *common core* свих континенталних правних система налази у римском праву.

Vladimir VULETIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

NOTIFICATION OBLIGATIONS AND COMPLAINT OF LACK OF CONFORMITY OF GOODS: OLD AND NEW IN CONSUMER PROTECTION AREA

Summary

The subject of this article is the obligations of both seller and manufacturer i.e. buyer's rights regulated by new Consumers Protection Act of 2010. It is the obligation of the seller to notify the buyer of any potential defects, or guarantee for the contractually stated properties of items, since the buyer is a less informed party and a weaker contractual party generally. On the other hand, the buyer can use the so-called objection to lack of conformity of goods to contract, by which he may require the seller to repair the defect of things or to give him another thing free of defects, to request a price reduction or termination of the contract.

*The author tries to point to a visible contribution of the classical Roman law to current protection of the consumers' rights, relying primarily on the seller's obligations in Roman law that guarantees all the properties of things (*dicta et promissa*), and to the Aedilian instruments by which buyers can terminate the contract or proportionally reduce the price (*actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*).*

Special attention is paid to attempts of Serbian legislator to harmonize consumer rights with the EU law, and the most important directives are analyzed, which were used as a basis for harmonization (especially the Directive on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees). The

author conducted also critical analysis of the Consumer Protection Act of 2005 pointing to the benefits of the Obligations Act of 1978, and he supported the solutions of new Consumers Protection Act, for which he sought to demonstrate that it is based on Roman law tradition and the Obligations Act.

Key words: *dicta et promissa, notification obligations, the complaint of lack of conformity of goods to contract, the Green Paper on consumer goods, the EU directive, the Consumer Protection Act.*

др *Кашарина* ИВАНЧЕВИЋ
професор Правног факултета Универзитета Унион

ЗАШТИТА ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА САГЛАСНО ОДРЕДБАМА ДИРЕКТИВЕ 98/27/ЕС У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СРПСКОМ ПРАВУ

Резиме

Посредством заштитне колективних интереса потрошача одношењем тужби за забрану је у Европској унији уведен одредбама Директиве 98/27/ЕС. Законом о заштити потрошача Републике Србије су прописана правила којима се регулише посредством забране нејравичних уговорних одредаба и нејоштености пословања која су прописана Директивом 98/27/ЕС. У раду се разматра на који начин су одредбе Директиве 98/27/ЕС применене у законодавству земаља чланица и у Закону о заштити потрошача Србије. Аутор сујерише одређене измене и дојуне законских одредаба које се односе на посредством забране нејравичних уговорних одредаба и нејоштености пословања.

Кључне речи: *примена Директиве 98/27/ЕС (2009/22/ЕС), Закон о заштити потрошача Србије.*

I Увод

Улога потрошача у тржишној економији је значајна и све више јој се посвећује пажња. Произвођачи из позиције тржишне економије и маркетинга посматрају потрошача као почетну и завршну тачку свог напора усмереног ка задовољавању потрошачевих потреба и жеља, што

подразумева одсуство потребе да се потрошачима пружа посебна заштита. Међутим, у пракси је на тржишту присутна доминација производње над потрошњом у којој жеља за профитом надмашује почетни захтев маркетинга који подразумева производњу за задовољавање потреба потрошача. Због тога законодавна активност као и активности различитих удружења и организације полазе од става да кроз систем заштите потрошача треба да се обезбеди одговарајућа тржишна равнотежа.¹

Формирање и ширење јединственог тржишта је временом довело до потребе да се заштити потрошача посвети посебна пажња на нивоу Европске уније (даље у тексту: ЕУ). Донете су бројне директиве са циљем минималне хармонизације заштите потрошача на целој територији ЕУ. Примена донетих директива у пракси је указала да удружени потрошачи који имају исти или сличан проблем могу на ефикаснији начин да заштите своје интересе. Доношењем Директиве 98/27/ЕС² о судским и управним забранама ради заштите интереса потрошача (даље у тексту: Директива), уведен је у комунитарно право облик заштите колективних интереса потрошача. Директива 2009/22/ЕС представља кодификовани текст који је усвојен 2009. године³ због бројних измена Директиве 98/27/ЕС.⁴ Пре усвајања Директиве 98/27/ЕС само у појединим земљама је постојао систем сличан ономе који је примењен овом директивом и то у Данској, Белгији, Естонији, Холандији, Немачкој, Аустрији, Финској, Француској, Великој Британији, Шпанији, Грчкој, Шведској, Мађарској, Пољској.⁵ Одговарајући поступак пре преношења одредби директиве

1 Видети више о овој теми код: *Потрошач у тржишној репродукцији*, Брошура Потрошачки саветник, Сплит, јануар 2009.

2 Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, *OJ L 166*, 11.6.1998, amended by directives 99/44 (*OJ L 171/99*) and 02/65 (*OJ L 271/02*).

3 Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests (Codified version) *OJ L 110*, 1.5.2009.

4 Због бројних измена које су вршене у току примене ове директиве Комисија је припремила предлог кодификованог текста 2003. године и тај текст је дуго усаглашаван тако да је у новембру 2006. објављена нова верзија. Видети COM(2003) 241 final, 12.5.2003 и COM(2006) 692 final, 16.11.2006.

5 Видети преамбулу Директиве став (3). Рок за пренос одредби Директиве у национална законодавства је био 1 јануар 2001. године.

Одређене поступке су предвиђала законодавства у Данској, Белгији, Естонији, Холандији, Немачкој. У Аустрији је био предвиђен поступак у погледу неправедних одредби уговора, у Финској је потрошачки омбудсман био овлашћен да покрене поступак пред тржишним судом док су у Финској тај поступак могле да покрену потрошачке организације. Португалија је имала детаљне процедуре за заштиту колективних интереса потрошача као и за покретање поступка од стране индивидуалних потрошача, удружења потрошача, јавног тужиоца и Института за по-

није постојао у Чешкој, Италији, Ирској, Летонији, Литванији, Малти, Словачкој и Словенији, као ни на Кипру.

Ово је једини поступак који је изричито повезан са заштитом потрошача који постоји у свим државама чланицама и који омогућава заустављање недозвољених пракси у колективном интересу потрошача независно од тога да ли је проузрокована штета или не. С обзиром да су потрошачи често оштећени непоштеним пословањем трговаца то се указала потреба да се и поступцима којима потрошачи могу остварити право на накнаду штете посвети више пажње, посебно у случају колективног захтева за обустављање непоштеног пословања трговаца. Овај проблем је сагледала Европска Комисија и покренула иницијативу за доношење директиве о колективним тужбама за накнаду штете.⁶

У Републици Србији су у нови Закон о заштити потрошача⁷ (даље у тексту: ЗЗП), између осталог, први пут унета решења из Директиве. На овај начин је омогућено да се и код нас покрену и воде поступци којима ће се заштитити колективни интереси потрошача.

II Пренос одредби Директиве 98/27/ЕС у национална законодавства

Директива је донета са циљем приближавања права држава чланица у погледу забрана, односно захтева за издавање привремених мера

трошаче. У Шпанији је удружењима потрошача било признато право да заступају колективне интересе потрошача. Грчка и Шведска су такође својим законима предвиђале поступак за заштиту колективних интереса потрошача док је Мађарски законодавац признавао право Генералном инспекторату за заштиту потрошача и организацијама које представљају заједничке интересе потрошача да издејствују одговарајуће забране кроз административни поступак. У Пољској је било признато право организацијама потрошача да покрену поступак за заштиту интереса потрошача док је у Великој Британији удружењима потрошача признато право на тужбу. Према *Consumer Law Compendium Comparative Analysis, Univerzitet Bielefeld, Prepared for the European Commission under Service Contract No. 17.020100/04/389299: „Annotated Compendium including a comparative analysis of the Community consumer acquis* (даље у тексту: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*).

- 6 Више о иницијативи за усвајање директиве о колективним тужбама за накнаду штете: Катарина Иванчевић, „Колективно обештећење потрошача у случају некоректне праксе трговаца у Европској Унији“, *Зборник радова Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење йошраживања*, Саветовање Удружења за одшететно право, Београд, 2010.
- 7 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 73/2010. Закон је усвојен 12.10.2010, а ступио је на снагу 20.10.2010, и почео да се примењује у јануару 2011. године. Подзаконски акти који се доносе на основу овлашћења из овог закона треба да буду донети у року од шест месеци од дана ступања на снагу ЗЗП.

усмерених на заштиту колективних интереса потрошача, а са циљем гарантовања несметаног функционисања унутрашњег тржишта.

Под прекршајем, у смислу одредби Директиве, се подразумева свака радња која је супротна директивама набројаним у Анексу I чије одредбе су пренете у национално законодавство држава чланица а која повређује колективне интересе потрошача. Државе чланице су обавезане да обезбеде спречавање сваког прекршаја одредби директива које су таксативно наведене у Анексу I Директиве⁸ којим се штите колективни интереси потрошача а односе се на преварну рекламу, рекламирање медицинских производа за људску употребу, обавезу праћења телевизијских активности, уговоре који садрже некоректне клаузуле, уговоре који се закључују ван пословних просторија, уговоре на даљину, туристичке услуге на бази *timesharing*-а, пакет аранжмане и потрошачке кредите. Временом се подручје употребе поступка по овим тужбама раширило, број ових директива се повећао и са последњим предлогом кодификованог текста овај број је нарастао тако да је обухваћено 13 директива.⁹

1. Поље примене Директиве

Основни циљ Директиве је да се омогући заустављање недозвољених пракси у колективном интересу потрошача. У преамбули Директиве се наводи да се овим не доводе у питање појединачне тужбе које подносе поједина лица оштећена прекршајем. Већина држава чланица је задовољна са подручјем за које се користе поступци забране а које је одређено у Анексу I Директиве. Имплементација Анекса I није обавезујућа тако да га је у своје законодавство пренело 12 држава чланица¹⁰ док 9 држава¹¹ није то учинило. Белгија и Португалија су својевремено иницирале да се размотри да ли је најбоље решење да се

8 У Анексу I је таксативно наведено девет директива: Директива 85/577/ЕЕС, Директива 87/102/ЕЕС, Директива 89/552/ЕЕС, Директива 90/314/ЕЕС, Директива 92/28/ЕЕС, Директива 93/13/ЕЕС, Директива 94/47/ЕС и 97/7/ЕС.

9 Додатно су укључене: Директива 1999/44/ЕС о неким видовима продаје потрошачке робе и са њим повезаним гаранцијама, Директива 2000/31/ЕС о електронском пословању, Директива 2002/65/ЕС о продаји финансијских услуга на даљину, Директива 2005/29/ЕС о непоштеним пословним праксама и Директива 2006/123/ЕС о услугама.

10 Земље које су пренеле Анекс као посебну листу у своје релевантне домаће законе су: Белгија, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Малта, Португалија, Словачка и Велика Британија. Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 603.

11 То нису учиниле: Аустрија, Чешка Република, Италија, Ирска, Летонија, Литванија, Холандија, Словенија, Шпанија и Шведска. Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 603.

путем исцрпног списка ограничава поље примене Директиве, и предложиле су да се у оквиру примене Директиве укључи свака пракса која шкоди колективним интересима потрошача.¹²

Поједине државе су прошириле подручје примене ових захтева на националном нивоу користећи могућност која је дата чланом 7 Директиве. Тако се у Норвешкој, Немачкој, Аустрији и Пољској омогућава подношење захтева за судску забрану сваке праксе која шкоди колективним интересима потрошача. Ову могућност су искористиле и Португалија и Италија које су укључиле сваку праксу која шкоди безбедности производа. Одређене државе, као што су Кипар, Летонија и Малта не помињу „колективни интерес“ као основ тако да се може дозволити шири спектар активности потрошача. Неке земље чланице, као што су Кипар, Португалија, Естонија и Летонија, дозвољавају подношење захтева и онда када је повређен интерес потрошача као појединца, а не само колективни интерес. У Француској, Италији и Великој Британији су потрошачима на располагању колективни захтеви који се могу поднети против трговца који је својим радњама повредио права неколико потрошача.¹³

Поједине државе, као што су Немачка, Словенија и Шведска су прошириле поље употребе наредби забране на националном нивоу, са наменом укључења пословне праксе (као што је заваривајуће оглашавање) који штете колективним интересима привредних друштава. У Аустрији и Немачкој конкуренти имају право да предузму мере користећи наредбе за забрану по закону који регулише питања нелојалне конкуренције.¹⁴ Већина држава чланица ипак не подржава овакво проширење употребе Директиве јер је регулатива Заједнице из Прилога Директиве намењена пре свега заштити потрошача и сматра се да није пожељно мешање интереса потрошача са интересима малих и средњих привредника, мада се не спори да и они имају потребу за заштитом.¹⁵

2. Надлежни орган за одлучивање по захтеву

На основу одредби Директиве државе чланице су определиле суд или управни орган који је надлежан за одлучивање у поступку покренутом од стране овлашћених лица. Две трећине држава чланица су изабрале грађански или привредни судски поступак, а поједине су изабрале претежно управни поступак, као што су Мађарска, Малта, Пољска и

12 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008, стр. 4.

13 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 601–603.

14 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 580.

15 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008, стр. 5.

Румунија.¹⁶ За одлучивање о појединим прекршајима су поједине државе овластиле управне органе, мада су се начелно одлучиле за судски поступак. То је, на пример, урадила Аустрија за емитовање реклама на телевизији и Финска за оглашавање лекова за људе и туристичке пакете. Неке државе чланице су именовале посебне судове за одлучивање по појединим прекршајима. Тако је, на пример, суд у Хагу као и суд у Варшави искључиво надлежан за поступке покренуте за забрану примене неправичних уговорних одредби.¹⁷

3. Предмет захтева

Овлашћена лица, сагласно одредбама Директиве, могу да траже:

а) Доношење забране којом се захтева престанак или забрана прекршаја, што се спроводи, хитно по могућству у скраћеном поступку.

Ова одредба Директиве је пренета у свим државама чланицама изузев Малте и Шведске. У погледу могућности коришћења скраћеног поступка стање у државама чланицама је веома разноврсно. У Естонији и Литванији, на пример, није предвиђена могућност да се у скраћеном поступку поступа по захтеву. У Пољској је скраћени поступак уведен 2000. године и примењује се за спорове који настану из уговора чија вредност не прелази висину 2.500 евра. У Белгији се поступак забране спроводи пред судом у поступку који се може поредити са скраћеним поступком али који намеће мање строге услове. У Шпанији је могуће да се спроведе поступак по убрзаној процедури. У Италији је потребно да тужилац докаже да постоје оправдани разлози хитности да се спроведе поступак по скраћеној процедури када се хитан налог може добити у року од једног до четири месеца од дана подношења захтева.

Привремена забрана се у Аустрији може издејствовати без доказивања да постоји непосредна опасност за потрошаче. На Кипру је предвиђена процедура за издавање привремене мере са циљем заштите општег интереса потрошача која је прописана у складу са одредбама Директиве и која се издаје по правилима прописаним Законом о судовима. У Данској се поступак спроводи у складу са општим одредбама о издавању привремене мере. У Финској привремену меру изриче Тржишни суд док у Француској удружење потрошача може да захтева заустављање прекршаја у посебном општем поступку када одлука суда није потребна. У Немачкој није неопходно да се докаже хитност како би се донела мера. Могућност привремене мере предвиђа и Грчка. На Малти овлашћени орган може да захтева од суда издавање привременог

16 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008, стр. 3.

17 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008, стр. 3–4.

налога ако сматра да је то неопходно у јавном интересу са важношћу до окончања процеса. У Словенији се превремена мера може добити у спору у вези обмањујућег оглашавања или компаративног оглашавања са циљем да се забрани објављивање реклама и огласа.

б) Мере као што су објављивање одлуке у целини или у делу, у облику који се сматра адекватним, односно исправке у циљу елиминисања продуженог дејства прекршаја.

У свим државама чланицама је омогућено спровођење ове мере. У Италији, на пример, суд може да наложи да се одлука објави у новинама националног значаја (у једним или више) или локалним новинама ако је то адекватно за отклањање последица прекршаја. На Малти објава се врши у дневним новинама на рачун трговца. У Словенији тужилац може да захтева објављивање одлуке о трошку туженог, док у Шведској објављивање одлука врши Тржишни суд у службеном гласилу. Литванија није пренела ову одредбу изричито у своје законе, али се ослања на опште правило да одлуке суда морају бити доступне јавности.¹⁸

в) Налагање туженом који је изгубио спор да уплати одређени износ у јавне фондове, односно корисницима одређеним националним законодавством, у случају да није извршио налог из одлуке у року који је одредио суд или управни орган са циљем поштовања одлука.

Ова мера је изричито пренета у законодавство 19 земаља чланица и укључује и могућност обавезивања на дневно плаћање казне. Одредбу су пренеле Белгија, Чешка Република, Естонија, Француска, Немачка, Грчка, Мађарска, Ирска, Италија, Летонија, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португалија, Словачка, Шпанија и Шведска. У Грчкој је присутно ограничење да овај захтев могу поднети само домаћа овлашћена лица.¹⁹ Према одредбама Закона о заштити потрошача у Италији суд може, ако тужени не поступи у одређеном року по налогу суда, да наложи уплату паушалног износа у јавну касу или да изрекне обавезу периодичног плаћања казне између 516 и 1.032 евра дневно за период у коме се касни са извршењем обавезе, односно док повреда траје. Износи казне се преносе у буџет из кога се издвајају средства за финансирање рада министарства надлежног за заштиту потрошача. На Малти се непоступање по одлуци суда сматра кривичним делом за које се изриче новчана казна у висини око 23.000 евра, односно дневна казна у висини око 130 евра за сваки дан непоступања. У Пољској се може изрећи дневна казна у евиваленту од 500 до 10.000 евра за сваки дан непоступања, док се казне у Шпанији крећу у распону од 600 до 60.000

18 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 590.

19 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 591.

евра. У Великој Британији, Данској и Кипру се у овом случају примењују опште одредбе закона којим се регулише непоштовање одлука суда.²⁰ У Данској се непоштовање одлуке суда уопштено сматра кривичним делом као и на Кипру где за непоштовање одлуке суда може бити изречена казна затвора или имовинска казна.

4. Лица овлашћена за покретање поступка

Лица овлашћена за покретање поступка су лица која имају законити интерес да се старају о поштовању колективних интереса потрошача и то, сагласно члану 3 Директиве, могу бити: а) независна јавна тела надлежна, односно посебно одговорна за заштиту колективних интереса потрошача према праву државе чланице или б) организације које имају за циљ заштиту колективних интереса потрошача према праву државе чланице. Комисија Европске уније у Службеном листу објављује списак овлашћених покретача поступка за сваку државу чланицу и редовно га ажурира.

У многим државама чланицама су релевантна овлашћена лица изричито наведена у законима у које су уграђене одредбе Директиве док је у другим то учињено кроз посебну одлуку надлежног министра. У Аустрији је законом одређено које организације могу да предузму активности забране и обухваћене су и потрошачке организације. У Данској је законом овлашћен ресорни министар да именује овлашћена лица из земље и иностранства за подношење захтева. У Белгији је ово право признато овлашћеним лицима која су добила то овлашћење од стране надлежног министра за економске послове. На Кипру надлежно министарство одређује овлашћена лица али поред тога свака законски конституисана организација која на основу закона или уговора о оснивању има интерес да штити колективне интересе потрошача може бити подносилац захтева.

Присутне су велике разлике у погледу утврђивања критеријума за признавање удружењима потрошача статуса овлашћеног лица за покретање поступка забране. У Немачкој се захтева да удружење буде регистровано код Савезне административне службе, да има најмање 75 чланова физичких лица и да постоји најмање једну годину. Поред удружења потрошача поступак могу покренути и одређена трговинска удружења као што су релевантне привредне коморе. У Грчкој су детаљно прописана правила која се тичу потрошачких удружења. Чланови могу бити само физичка лица, финансијски извори морају бити такви да гарантују њихову независност, морају бити регистровани у суду и еви-

20 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 581.

дентирани у регистар удружења потрошача. Да би могло да поднесе захтев удружење мора да има најмање 500 чланова и да постоје најмање две године. У Мађарској је такође, прописан велики број критеријума за овлашћена лица. То мора бити друштвена организација основана по посебном основу, да јој је декларисани циљ заштита потрошача, да је активна најмање две године, мора имати чланство од најмање 50 лица и бити уписана у регистар овлашћених лица.²¹

У многим државама чланицама потрошачка удружења успешно покрећу судски поступак за националне прекршаје. У већини држава чланица се ове тужбе користе од стране потрошачких организација за прекршаје на националном нивоу ради прекида заваривајућег оглашавања или стављања ван снаге непоштене одредбе у уговору. То је на пример у Бугарској, Чешкој, Немачкој, Француској, Италији, Летонији, Аустрији, Шведској, Словачкој и Великој Британији.²² Поступци се покрећу и због праксе трговца која може да потрошача доведе у ситуацију да има проблем у односу са трговцем. Тако је Савез немачких потрошача (*VZBV*) покренуо поступак против *Karstadt Quelle Bank* јер је власницима кредитне картице берлинског трговачког центра *KaDeWe* послала нову картицу с интегрираним чипом и припадајућу шифру (ПИН), иако они то нису тражили. Савез немачких потрошача је сматрао да је овај поступак супротан одредбама Закона о тржишној конкуренцији. Суд је усвојио захтев и пресудио да се кредитне картице са шифром (ПИН) не смеју слати потрошачима који то нису изричито тражили. Суд је у образложењу пресуде навео да кредитне картице са шифром (ПИН) потенцијално могу бити злоупотребљене од стране непознатог лица и због тога потрошач треба да изричито захтева слање такве картице и на тај се начин се сам, ако то жели, изложи ризику злоупотребе. У случају да картица стигне у непозване руке, потрошач може имати проблеме и мораће да докаже да картицу није користио он, већ да је дошло до злоупотребе.²³

5. Претходне консултације

Директива²⁴ омогућава да државе чланице пропишу да странка која има намеру да захтева доношење наредбе о престанку или забрани прекршаја одредаба неке од директива, може то да учини само ако је претходно са туженим или овлашћеним телом државе чланице у којој се

21 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 594–595.

22 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008.

23 Извор података: *Хрватски потрошач*, бр. 3, лето 2003.

24 Директива, члан 5.

тражи забрана, покушала да постигне договор о престанку недозвољеног понашања. Уколико до престанка недозвољеног понашања не дође у року од две недеље од дана подношења захтева, оштећена страна би без одлагања могла да захтева усвајање наредбе о престанку или обустави недозвољеног понашања.

Поступак претходног саветовања међу странкама, онога ко жели да уложи тужбу и прекршиоца, је увела трећина држава чланица. То су учиниле Ирска, Италија, Чешка Република, Кипар, Литванија, Малта, Норвешка, Румунија, Шведска и Велика Британија. У поступак претходног саветовања у Румунији и Великој Британији морају бити укључена независна лица јавног права која су овлашћени субјекти у смислу одредби Директиве. Државе чланице које уопште не захтевају консултације су: Аустрија, Белгија, Кипар, Данска, Финска, Француска, Грчка, Летонија, Литванија, Пољска, Португалија и Словенија. Поједине државе, као што су Данска, Немачка, Аустрија, Словачка и Финска, које нису увеле овај поступак који је необавезујуће предложен у Директиви, сугеришу преговарања пре подношења тужбе.²⁵ Већина држава чланица не жели да овај поступак постане обавезан јер према мишљењу неких европских потрошачких организација овај поступак непотребно продужава поступак по тужбама за издавање наредбе забране. Неке државе истичу да имају позитивна искуства са претходним поступком као што је случај у Великој Британији где је, према подацима *Канцеларије Велике Британије за ивошћено ирвовање – OFT* приближно десет спорова решено у поступку претходних преговора.

6. Дејство одлука

У већини држава чланица одлуке по овим тужбама имају благ учинак. Одлука је обавезујућа за странке у поступку, тј. за овлашћени орган који је поднео тужбу и за трговца на кога се односи забрана. То подразумева да се мора уложити нова тужба ако опет дође до таквог или сличног прекршаја од стране неког другог трговца. Иста ситуација је и у случају када се стављају ван снаге непоштене одредбе у уговору, јер се не спречава исти трговац да у другим уговорима користи те одредбе које су означене као недозвољене у конкретном случају.

Поред тога у појединим државама се то начело користи еластично, нарочито када је предмет спора недозвољена једнострано штетна клаузула. У Пољској, неке одлуке суда у Варшави којима се проглашава да је клаузула у уговору непоштена имају учинак *erga omnes*. Одлука се објављује и важи за све идентичне клаузуле у било ком уговору

25 Према: *Consumer Law Compendium Comparative Analysis*, стр. 601.

који се предлаже потрошачу. Када суд у Мађарској одлучи да је клаузула у уговору недозвољена и штетна за потрошача, може да ту клаузулу огласи за ништаву и неважећу у свим уговорима које је склопило то предузеће, односно привредник. У Аустрији се клаузула која је оглашена за недозвољену и непоштену у неком уговору не сме поново користити у другим уговорима. У Немачкој и Словенији потрошачи могу постићи на основу одлуке која проглашава клаузулу за недозвољену и једнострано штетну, да се забрани даља употреба исте одредбе.

Одлука која се донесе примењује се само у оквиру националног подручја тако да то представља још једно ограничење у примени Директиве. Привредници који су заустављени забраном у једној држави чланици могу и даље да поступају на недозвољен начин у другој држави чланици све док им се то не забрани новом тужбом од стране овлашћеног органа те државе.

7. Прекршаји учињени у оквирима Заједнице

Путем механизма међусобне помоћи који је уведен Уредбом 2006/2004,²⁶ државни орган државе чланице на захтев државног органа друге државе чланице може да покрене поступак у оквиру своје јурисдикције са намером заустављања незаконите праксе према потрошачима из државе чланице органа који то тражи.

У случају када је извршена повреда неке од директива о заштити потрошача на територији једне државе чланице, овлашћени покретач поступка из друге државе чланице на чијој територији су настале пољедице има страначку способност пред надлежним судом или управним органом прве државе. Тако је *Канцеларија Велике Британије за ипошћено шривоање – OFT* државни орган који је надлежан за заштиту потрошача, поднела тужбу против предузећа *DUCHESNE* у Белгији због заваравачућег оглашавања. Ово друштво је потрошачима у Великој Британији послало ненаручене продајне каталоге са обавештењем да су добили награду. Да би добили награду морали су да наруче књигу из каталога, а када су то учинили обећану награду нису добили. Белгијски суд је издао судску забрану такве праксе која је потврђена од стране другостепеног суда. На бази 300 притужби потрошача је Канцеларија *OFT* норвешком суду поднела тужбу против предузећа *Best Sales B.V.* такође због заваравачућег оглашавања као у претходно наведеном случају. Норвешки суд је донео одлуку да је оглашавање било заваравачуће и забранило даље слање такве поште овом предузећу.

26 The EC Regulations No. 2006/2004, published in *Official Journal of the EU* on December 9, 2004. Ова уредба је у примени од 29. децембра 2005. године.

На основу спроведених истраживања од стране Европске комисије констатовано је да је употреба Директиве за спречавање прекограничних прекршаја незадовољавајућа. Основни разлози за мали број прекограничних тужби уложених у другој држави чланици су трошкови улагања тужбе, сложеност и трајање поступка и ограничен обим поступка по тужбама. За потрошачке организације посебну тешкоћу представљају административни трошкови за припрему документације, судски трошкови и адвокатски хонорари. Посебно је наглашено да је за потрошаче неповољно што у већини држава ако изгубе спор морају сносити и трошкове друге стране, тако да подношење тужбе носи са собом и финансијски ризик. Неке државе чланице се у погледу трошкова понашају прилагодљиво. У неким државама чланицама, као што су Луксембург, Португалија, Шведска и Велика Британија, судови имају неку врсту дискреције и могу да одлуче да странка која изгуби спор не плаћа трошкове странке која је спор добила. У Мађарској потрошачке организације не плаћају судске трошкове.²⁷

Сложеност и трајање поступка често представља сметњу за прекограничне тужбе. Сложеност проистиче из различитости поступака међу појединим државама чланицама које настаје због различитих судских и управних поступака. Постојећа неизвесност у вези са тим које право се примењује повећава тешкоће око спровођења поступка. Директива дозвољава слободу у погледу избора поступка, судског или управног, и евентуалне обавезе претходног покушаја мирног решења спора и увођења повезаних поступака. Такође Директива омогућава да се на националном нивоу доносе и оснажују одлуке којима су овлашћени субјекти или нека друга лица овлашћени за колективне тужбе. У погледу других аспеката поступка, као што су рокови застарелости или рокови за поступање и трошкови, Директива омогућава неусклађеност регулисања на националном нивоу, што доводи до разлика међу државама јер се грађански, привредни и управни поступци разликују од државе до државе. У појединим државама чланицама, као што су Норвешка и Финска, постоје врло различите врсте поступака, што зависи од подручја на које се пропис односи. Оваква ситуација захтева да се овлашћени органи пре подношења тужбе у новој држави чланици морају упознати са поступком који је прописан у тој држави.

Директива није јасна у погледу примене права на конкретан међугранични спор, али директиве из Прилога садрже клаузулу која омогућава државама чланицама увођење или примену закона, који се примењује на захтеве у вези са заштитом потрошача у директивама. Питање важећег права је основано у свим случајевима у којима

27 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008.

постоји избор између два различита законодавства која нуде различит ниво заштите.²⁸ Оцењено је да ће се проблем примене важећег права поједноставити на бази примене члана 6 Уредбе бр. 864/2007²⁹ о праву које се примењује за вануговорне обавезе (Рим II) чија примена је започела од 11. јануара 2009.³⁰

III Србија

1. У ЗЗП је на одређен начин сужено поље примене Директиве, а са друге стране је проширено. Наиме, опредељено је да се заштита колективних интереса потрошача обезбеди само са циљем забране неправичних уговорних одредаба и непоштеног пословања трговаца, односно у домену који регулишу Директива 93/13/ЕЕС и Директива 2005/29/ЕС док се за прекршаје настале другим повредама одредби ЗЗП не предвиђа ова могућност.

Проширено је поље примене у односу на решење из Директиве одредбама ЗЗП у погледу обима заштите. Поступак забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима, забране непоштеног пословања и за одузимање противправно стечене користи може да се покрене не само због повреде колективних интереса потрошача већ и због повреде права или интереса појединаца потрошача. Поред потрошачких организација поступак може да покрене и потрошач појединац.

2. Прописано је у чл. 139 ЗЗП да се поступак по захтеву покрене и води пред надлежним судом у складу са законом којим се уређује надлежност судова.³¹ На основу наведеног поступак би, сагласно законским одредбама, могао да се води пред привредним судом или пред основним судом.³²

28 У случају тужбе Канцеларије *OFT* је првостепени суд у Белгији сматрао да треба применити британско право, док је другостепени суд сматрао да треба применити белгијско право.

29 The Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of July 11, 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJ L* 199, 31.7.2007, pp. 40–49.

30 Према: COM(2008) 756 final од 18.11.2008.

31 У Нацрту ЗЗП од 25.8.2009. (даље у тексту: Нацрт ЗЗП), је у чл. 205 било предвиђено да су поступци за изрицање мера забране у редовном и скраћеном поступку у искључивој надлежности Апелационог суда у Београду, надлежног за грађанске спорове.

32 Према одредби чл. 25 ст. 1 т. 1 Закона о уређењу судова (*Сл. гласник РС*, бр. 116/08, 104/09 и 101/10) привредни суд суди у првом степену у „спорovima који настану између привредних субјеката и других правних лица у обављању делатности при-

С обзиром да се законодавац определио да се поступак води пред судом то је и формулацију члана 137 требало томе прилагодити. Наиме поступак пред судом се покреће тужбом а не захтевом. Подношење захтева за покретање поступка подразумева да се исти подноси неком лицу или телу које је овлашћено за покретање поступка као иницијатива, а то тело покреће поступак, што конкретно није случај. Сматрамо да би прецизнија била формулација да овлашћено лице „...може да покрене поступак за забрану...“ или „...може тужбом захтевати забрану...“.

3. Одредбама ЗЗП није предвиђен посебан захтев да се поступак по захтевима спроводи по хитном скраћеном поступку што свакако представља недостатак овог законодавног решења имајући у виду хитност решавања оваквих захтева и дужину трајања судских поступака. На овај поступак се сходно примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак, ако одредбама ЗЗП није другачије прописано. Прописано је ограничење у смислу да вредност предмета спора по захтеву може да износи највише 500.000 динара. За ефикаснију заштиту би било значајно да се на ове поступке, који нису спорови у којима се тужбени захтев односи на потраживање у новцу или предају покретне ствари, ипак омогући примена одредби о споровима мале вредности код којих је поступак једноставнији и релативно бржи од редовног поступка.³³

На предлог подносиоца захтева суд може донети привремену меру којом се налаже трговцу обустава примене неправичних уговорних одредаба у потрошачком уговору или обустава непоштеног пословања у односима са потрошачима до доношења одлуке суда по захтеву. На овај начин је обезбеђен бољи ниво заштите у овим споровима јер омогућава да се, и у случају да судски поступак траје у дужем временском периоду, постигне ефикасно спречавање негативних ефеката прекршаја по интересе потрошача.

4. Сагласно одредбама ЗЗП овлашћена лица за покретање поступка забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања су потрошач чије је право или интерес повређен и удружење и савез због повреде колективних интереса потрошача. Министарство води евиденцију удружења и савеза и дужно је

вредних субјеката и кад је у наведеним споровима једна од странака физичко лице ако је са странком у односу материјалног супарничарства“. Основни суд је надлежан у првом степену да суди у грађанскоправним споровима ако за поједине од њих није надлежан други суд и води извршне и ванпарничне поступке за које није надлежан неки други суд, према чл. 22 ст. 2 Закона.

33 Према одредбама Закона о парничном поступку (*Сл. тласник РС*, бр. 125/04, 111/09) спорови мале вредности у поступку пред привредним судом су они код којих потраживање не прелази динарску противвредност 30.000 евра по средњем курсу на дан подношења тужбе, односно 3.000 евра пред основним судом. Видети: ЗЗП, чл. 490 и 467.

да ову евиденцију учини доступном јавности на својој интернет страници. Министар ближе прописује услове које треба да испуне удружења и савези за упис у евиденцију, као и садржину и начин вођења ове евиденције.³⁴

Одредбама ЗЗП није дато овлашћење државним органима надлежним за заштиту потрошача, да покрену поступак забране. Надлежни инспектор има обавезу да проверава да ли трговац непоштено послује и у случају ако утврди недостатке има право да донесе решење којим ће одредити рок у коме је трговац у обавези да отклони утврђени недостатак. Уколико га не отклони инспектор ће донети решење о привременој забрани продаје робе, односно пружања услуга до отклањања недостатка, али није овлашћен да покрене поступак за забрану непоштеног пословања.³⁵ Сматрамо да би право на покретање поступака забране требало омогућити и инспекцијским органима, односно надлежном министарству за заштиту потрошача, јер би то допринело бољој заштити потрошача и у складу је са одредбама Директиве и упоредно-правним решењима.³⁶

5. Претходно упозорење као фаза поступка забране је предвиђено у одредби чл. 144 ЗЗП и подразумева обавезу подносиоца захтева за изрицање забране да пре подношења захтева позове другу страну да спор реше вансудским путем. Није предвиђен рок у коме мора да се одазове трговац на овај позив, тако да је потребно да се у позиву који се упућује трговцу определи рок, односно период у коме се подносилац захтева обавезује да покуша мирно решење спора.

6. У одредбама ЗЗП се предвиђа могућност подношења захтева за одузимања противправно стечене користи од трговца. Сагласно одредби члана 137 ЗЗП, захтев за покретање поступка за одузимање противправно стечене користи може да поднесе потрошач чије је право или интерес повређен коришћењем неправичних уговорних одредби или непоштеним пословањем трговца, као и удружење и савез због повреде колективних интереса потрошача. Може се јавити дилема да ли је намера законодавца била да се овај захтев подноси против трговца да би се противправно стечена корист вратила лицу или лицима која на њу

34 Видети: ЗЗП, члан 129.

35 Видети одредбе чл. 148 и 149 ЗЗП.

У Нацрту ЗЗП је у чл. 215 била предвиђена новчана казна за привредни преступ за трговца у случају да не поступи по налогу инспектора за отклањање неправилности.

36 У Нацрту ЗЗП овлашћење за покретање поступка су имала овлашћена тела (потрошачке организације и њихова удружења, Привредне коморе, професионална и занатска удружења и Министарство надлежно за заштиту потрошача). Видети: Нацрт ЗЗП, чл. 202.

полажу право, односно која су оштећена³⁷ или се односи на захтев у смислу члана 146 ЗЗП.

Уколико ова формулација подразумева право на истовремено покретање поступка за забрану употребе непоштених одредби односно забрану непоштеног пословања и подношење захтева за накнаду штете која је причињена потрошачу кроз противправно стечену корист коју је трговац прекршајем остварио то отвара могућност за подношење колективних захтева потрошача за одузимање противправно стечене користи од трговца када је та корист произашла деловањем трговца према већем броју потрошача. У том случају се колективним захтевом може постићи добијање накнаде за потрошаче. Када је повређен интерес великог броја потрошача а није могуће да се утврди која су лица тачно оштећена од стране трговца, односно нису у могућности да докажу да су оштећена конкретна лица због протекла времена, недостатка рачуна и сл.,³⁸ лицима која су стекла противправну корист би свакако требало иста да се одузме и да се уплати у корист буџета са наменом коришћења за потребе заштите потрошача и финансирања потрошачких организација.

Према одредби члана 146, у случају када трговац против кога је донета правоснажна судска одлука по захтеву не поступи по тој одлуци у остављеном року може се поднети захтев за доношење мере одузимања противправно стечене користи. Овај поступак може да покрене свако лице које има за то оправдани интерес. Предвиђено је да се наплата новчаног износа³⁹ врши у корист буџета Републике Србије. Према садржини става 2 члана 146 у коме се наводи да суд утврђује висину накнаде за противправно стечену корист у облику обавезе плаћања новчаног износа, одредбе става 1 истог члана која предвиђа ову могућност у случају да трговац благовремено не поступи по одлуци суда, као и става 3 истог члана који предвиђа да се новчани износ уплаћује у корист буџета, произилази да је у питању казнена мера за трговца која се изриче због непоштовања судске одлуке у смислу у коме је предвиђена одредбама Директиве. У циљу адекватније формулације законске одредбе сматрамо да би требало кориговати наслов овог члана који гласи *Мера одузимања и противправно стечене користи* тако да буде јасно да је у питању казнена мера за трговца и предлажемо да гласи *Казнена мера због неизвршења*

37 У Нацрту ЗЗП је у чл. 210 било предвиђено да суд може наложити лицу да врати користи које је стекао употребом такве праксе.

38 На пример, код нас је велики број купаца бензина оштећен јер су добили мању количину бензина од оне коју су платили. Како је недозвољена „активност“ запослених на пумпама трајала у дужем временском периоду а потрошачи рачуне од бензина по правилу не чувају, то неће бити у могућности да докажу да су оштећени.

39 Прописан је начин на који ће суд утврдити висину накнаде. Видети: ЗЗП, члан 146 став 2.

йравоснажне судске одлуке. Такође би и у ставу 1 и 2 члана 146 требало у истом смислу дефинисати да се подноси захтев за доношење мере због неизвршења правоснажне судске одлуке.

IV Закључна разматрања

Разноликост постојећих националних система и различит степен њихове ефикасности довели су до недостатка усаглашеног приступа колективним правним средствима на нивоу ЕУ што је проузроковало да држављани и трговци не могу да постигну остварење својих права на једнак начин. Европска комисија је иницирала јавну расправу 2011. године са циљем да се постигне усаглашеност око основних правних начела у погледу колективних правних средстава.⁴⁰ Констатовано је да се прекогранични поступак не користи и да један од битних разлога представља проблем трошкова (преводи, адвокати и сл.) за овлашћене потрошачке организације, а Директива не регулише ово питање.

С обзиром да је ЗЗП ступио на снагу почетком ове године потребно је да протекне време и да примена одредби у пракси покаже да ли је законодавно решење адекватно и примењиво. За потрошачке организације, као и за појединце, ће свакако један од битних проблема бити финансије, односно на који начин да финансирају судске поступке које несумљиво треба да покрећу у циљу заштите потрошачких интереса, с обзиром да одредбе ЗЗП нису предвиделе могућност да ови спорови за њих буду бесплатни или да их не носе до окончања спора.

40 Видети: SEC(2011) 173 final, од 4. фебруара 2011. Рок за достављање одговора на постављена питања је 30. април 2011.

Katarina IVANČEVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law Union University

PROTECTION OF CONSUMER INTERESTS IN ACCORDANCE WITH THE PROVISIONS OF DIRECTIVE 98/27/EC OF THE EUROPEAN UNION AND SERBIAN LAW

Summary

Procedure for the protection of collective interests of consumers by filing lawsuits for the ban is introduced in the European Union Directive 98/27/EC provisions. Consumer Act of the Republic of Serbia prescribes rules governing the procedure for prohibiting unfair contract terms, and unfair business practices that are prescribed by Directive 98/27/EC. The paper discusses how the provisions of Directive 98/27/EC implemented in the legislation of the Member States and the Consumer Protection Act of Serbia. The author suggests specific amendments to the legal provisions relating to the prohibition of unfair contract terms, and unfair business practices.

Key words: *application of Directive 98/27/EC (2009/22/EC), the Law on Protection of Consumers in Serbia.*

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

др Јован ЂИРИЋ
Институт за упоредно право, Београд

ПРЕВАРЕ

Резиме

У Србији се проблематици превара и од стиране теоретичара и од стиране практичара, припадаје знатно мање пажње него корупцији, иако да између остало и због тога у српском друштву постоје знатне поједности за свих разних врста преварној понашања. Ту ипак треба имати у виду и чињеницу сиромаштва, те лакомислености и халаљивости која из тога произилази, како на нивоу појединаца, ипак и на нивоу друштва у целини. И људи и друштвене институције у таквој ситуацији, а нарочито ако се ради о стираним инвестицијама, углавном верују да је могуће доћи до брзе и лаке зараде, што је наравно погрешно уверење, али које може допринети томе да се лако постоје жртва преваре. Бити жртва једне преваре понекад може имати изузетно негативне последице, иј. доводи до тежких личних и породичних драма. Држава међутим, не чини довољно ни на превенцији преварних понашања, а још мање на помоћи жртвама превара, како би се деловало превентивно на плану даље преварној понашања. О свему томе, као и о неким занимљивим и поучним примерима из светске историје и историје САД, говори се у овом чланку.

Кључне речи: преваре, жртве, сиромаштво, лакомисленост, примери превара, „ирне листе“.

Неко би могао рећи, како је овај текст и неумесан и претенциозан и бесмислен и површан, јер покушава да на свега неколико наредних страница обради оно за шта нису довољни ни читави томови књига. Преваре су комплексна проблематика, па се највећи број истраживача и не усуђује да „загризе“ у ту проблематику, те се догађа да се овом проблему превара придаје недовољно пажње. Тако на пример, ако на домаћој бази података о чланцима у научним часописима, као кључну реч укуцате реч „корупција“, добићете знатно већи број библиографских јединица него када укуцате реч „преваре“.¹

Већ сама та чињеница довољно говори да се проблематици превара у нашој земљи не придаје довољно пажње, а то ће рећи да су грађани, појединци, физичка и правна лица у Србији, прилично незаштићени и да веома лако постају жртве ових врста кривичних дела. Људи су у Србији дакле са једне стране недовољно едуковани када је реч о различитим врстама преварног понашања, а са друге стране довољно сиромашни да би лако наседали на преваре. Управо о тим проблемима ми овде желимо да кажемо неку реч више.²

Године 1917–18. извесни Чарлс Понзи (*Charles Ponzi*) је био путујући молер на Флориди. Први светски рат се управо завршавао и финансијски системи Европе су били разорени. Понзи, наслутивши могућност да се обогати на послератној финансијској конфузији, дошао је на идеју како да постане милионер. Крајем 1919. године, Понзи је отишао у Бостон и изнајмио канцеларију у центру града, где је отворио компанију коју је назвао „Сигурна мењачница“ (*Securities Exchange Company*). Његова компанија, како је тврдио, основана је да откупљује међународне поштанске купоне у Француској и Немачкој (чије су валуте тада биле увелико обезвредене) и да их продаје у САД за америчку валуту. Понзи је нудио 50% зараде за улагања у року од само 45 дана, и више од 40.000 људи у Бостону је уложило свој новац код њега. Првих неколико хиљада људи који су извршили улагање, добили су назад велики новац, укључујући и обећани профит, а Понзи је узимао новац од нових улагача да би исплаћивао зараде. Први улагачи су рекли својим пријатељима о брзом начину стицања зараде и та вест се брзо ширила. На врхунцу свог успешог пословања, Чарлс Понзи је био поздрављен од једног новинског репортера као највећи Италијан који је икада живео. Каснији неповољни извештаји у истом бостонском листу коначно су утицали да престане прилив нових улагача. Без новог новца, није могао

1 Види: <http://scindex.nb.rs/>.

2 Могли бисмо овде говорити о лаковерности, која произилази и из неискуства и неедукованости, неприпремљености на све оно што тржиште доноси са собом, као и о сиромаштву, које провоцира сан о брзом богаћењу. У таквим психо-социјалним условима, релативно лако је постати жртва преварног понашања.

да исплаћује „профит“ својим претходним улагачима, тако да је затворио компанију, односећи са собом и последњу пару.³

Колико вам ово звучи познато? Колико у свему томе има сличности са оним што се догодило почетком деведесетих година у Србији са „Дафимент банком“ и „Југоскандиком“? Многи аналитичари и тадашњи опозициони политичари тврдили су како је у ствари тадашњи режим „лансирао“, „измислио“ систем ових двеју банака не би ли тиме „исисао“ финансијска средства од лаковерних грађана.⁴ Једно се ипак мора рећи: да су грађани знали шта се догодило скоро 70 година пре тога, као и да је неко од аналитичара и новинара, грађанима јасно и гласно испричао причу о преваранту Понзију, ствар са Дафином и „Југоскандиком“ би можда била другачија.⁵ Ако ништа друго, јасно је да, ма ко стајао иза ових банака, није у ствари био много оригиналан и инвентиван. Сличан догађај се десио у Албанији 1996. године, што је замало довело до пада државне владе. Више од четвртине становника Албаније ставило је своју уштеђевину у једну од неколико великих Понзијевих шема покренутих од локалних криминалаца. Тадашњи председник Албаније, Сали Бериша, казао је да влада није желела да заустави примену Понзијеве шеме јер су сматрали да су такве ствари, па и преваре, нормалне на једном слободном тржишту.⁶

Прича о пирамидалној штедњи, те различитим преварама, не везује се само за САД с краја Првог светског рата и Албанију, односно Србију деведесетих. Наиме, 1989. је извесни Сергеј Мавроди основао у Москви компанију за увоз компјутера и компјутерске опреме. Мавроди је фебруара 1994. покренуо нови бизнис, основао компанију МММ, и одмах кренуо са агресивном телевизијском рекламом и обећаним каматама од око 1.000% годишње. Августа исте године Сергеј Мавроди бива ухапшен, због пореске утаје, али он убрзо бива изабран за депутата у Думу, па се 1996. чак кандидује и за Председника Русије. Фирма МММ је 1997. банкротирала и према проценама, оштетила своје улагаче за чак

3 Види: www.pravoslavna-srbija.com/Pravoslavlje/Bog%20%20nauka/Buducnost...

4 На неки начин то је 2006. године у изјави на суду тврдила и сама оптужена Дафина Милановић, оптужујући и Аркана и Слободана Милошевића, као и такође покојног бившег гувернера Бору Атанацковића, као и покојну Клару Мандић за то да су фактички они руководили банком (www.vesti.rs/Hronika/Dafina-optuzila-Arkana-i-Slobodana-Milosevica.html). Наравно, све ово треба узети са много резерве, јер практично сви које је она оптужила у својој изјави на суду, су већ тада били покојни, тако да све то нису могли да негирају и да се са Дафином „погледају у очи“.

5 После битке сви су генерали, јер су се након што је све „пукло“, јавили „аналитичари“, који су од почетка све знали.

6 Види: www.vijesti.me/svijet/moguće-regionalne-posljedice-albanskih-protesta-clanak-3373.

10 милијарди долара.⁷ Међутим, ствар се ту са Сегејом Мавродијем не завршава. Он се сели у САД, а 1998. на територији Доминиканске Републике оснива једну сасвим необичну компанију, „*Stock Generation*“. Ради се у ствари о веб-сајту, о једној виртуелној компанији, која је препродавала непостојеће некретнине и друге робе. На главној страни ове веб-сајт фирме, болдираним словима је заиста стајало упозорење да је све виртуелно и да се не ради о правим берзама и робама, али је неких око 250.000 људи било привучено обећањем од 200% камате, те је у ту виртуелну берзу, може се рећи игру, уложило око 5,5 милиона долара. 2000. године, компанија је и формално банкротирала, а 2003. Сергеј Мавроди је ухапшен у САД. У затвору је провео до 2007. када му је изречена казна од 4 године затвора, па пошто је већ „одслужио“ скоро целу казну, приликом изрицања је у ствари био пуштен из затвора. Занимљиво је да од јануара 2011. Сергеј Мавроди покушава са новом пирамидалном штедионицом.⁸ Да ли ће му поново успети? Па рекли бисмо да хоће, све док постоји похлепа као општа људска особина и наивна вера у то да се брзо, преко ноћи може стећи велико богатство. И исто тако, могућност да путем телевизијске рекламе, знатан број људи буде увучен у „ланац преваре“.⁹

Слична прича је и прича о америчком бизнисмену *Kenneth-у Lay*, оснивачу и власнику компаније Енрон, која је на спектакуларан начин „имплодирала“ 2001. године, након што је *Lay* инвеститоре, односно улагаче, довео у заблуду и навео да улажу у његов инвестициони фонд и практично их оштетио за око 50 милијарди долара. *Lay* је умро 2006. године, неколико месеци пре него што му је изречена пресуда, а након што је оглашен кривим.¹⁰ Шок који су доживели преварени грађани – инвеститори, био је међутим толики, да код извесног броја преварених, ојађених улагача, и даље постоји неверица и сумња у званичне извештаје о смрти *Ken-а Lay-а*, па је тако основан и интернет сајт на којем се скупљају и презентују све информације које указују на трагове о томе да је Кен можда и даље жив.¹¹

Треба поменути и случај *Bernarda L. Madoff-а* и његову фирму „*Investment Securities LLL*“, која је почела са радом још 1960. године и по-

7 Види: [http://en.wikipedia.org/wiki/MMM_\(pyramid\)](http://en.wikipedia.org/wiki/MMM_(pyramid)).

8 *Ibidem*.

9 Посебна тема о којој би се могло говорити јесте улога телевизије, односно рекламе у ширењу преваре, преварног понашања. Сасвим је јасно да без помоћи телевизије, многе преваре не би успеле, па једно од питања јесте и питање колико је телевизија свесни, а колико несвесни помагач данашњим преварантима.

10 Види: http://business.timesonline.co.uk/tol/business/industry_sectors/banking-and-finance/articles5346211.ece.

11 Види: www.kenlayisalive.org/.

словала по сличним принципима пирамидалне (Понзи) штедње, а што се све „завршило“ 2008. године, када су „ланац“ („пирамида“) пукли, и када је *Madoff* оштетио своје штедише (међу њима и чувене Стивена Спилберга и Опру Винфри) за укупно чак 50 милијарди долара.¹²

У последњих неколико година у нашој и стручној и лаичкој јавности, тема корупције доминира. Насупрот томе, као што смо на почетку већ констатовали, једна друга тема, тема која је по много чему блиска теми корупције, тема превара, остаје некако у запећку, односно преварама се ипак придаје знатно мање пажње него корупцији, знатно мање пажње него што би то требало. Сматра се да висок степен корупције у једном друштву, пре свега одвраћа потенцијалне стране инвеститоре од улагања у таква друштва.¹³ Тврди се да повећање корупције од само 1 одсто, првенствено кроз политичку нестабилност, утиче на смањење економског раста за 0,72 одсто.¹⁴ Ипак, могло би се, макар у једном теоријском смислу рећи и то да просечан страни инвеститор може унапред „укалкулисати“ додатне трошкове у вези са корупцијом, у вези са помићивањем локалних званичника (службеника), док је таква калкулација ипак знатно теже изводива када се ради о преварама, односно (било који) страни инвеститор не пристаје на то да буде жртва превара, локалних, или неких других функционера.¹⁵ То у суштини говори да су за стране инвеститоре саме преваре нешто што може бити чак и опасније од корупције, просто зато што се са фактором корупције можда и може унапред калкулисати, док то није случај са преварама.¹⁶ Са друге стране пак, корупција, ипак не мора негативно деловати на стране инвестиције, јер је ниво страних инвестиција врло висок управо у Кини, упркос знатно израженој корупцији.

Друга је ствар са преварама, оне директно и врло негативно утичу пре свега на међусобно поверење у привредном пословању и самим тим на свеопшту друштвену, економску и правну сигурност, а што и јесте синоним за оно што називамо „владавина права“.¹⁷

У Енглеској је на пример кривично законодавство у вези са преваром веома развијено. У питању су на пример: „прибављање имовине

12 Види: http://en.wikipedia.org/wiki/Bernard_Madoff.

13 Јован Ђирић, „GRECO у борби против корупције“, *Страни љавни живои* 1–3/2006.

14 Pak Hung Mo, „Corruption and Economic Growth“, *Journal of Comparative Economics* Vol. 29 Issue 1, March 2001. pp. 66–79.

15 Према истраживањима неких холандских истраживача, 2009. године је тзв. нигеријска превара однела 9 милијарди долара, а што је дупло више него 2008. године. О томе на интернет адреси: www.onlinetrziste.com/2010/01/30/nigerijska-prevara-odnijela-9-milijardi-dolara-u-2009.html.

16 Драган Јовашевић, „Кривична дела корупције“, *Страни љавни живои* 3/2008.

17 Раинер Фаупел, „The Rule of Law“, *Страни љавни живои* 2/2009.

преваром“, али исто тако и „прибављање новчане користи преваром“, затим „прибављање услуга преваром“ и „избегавање обавеза преваром“. ¹⁸ Треба имати у виду да се у англо-саксонском правном систему ради о *case-law* прецедентном праву, где се иде од појединачног ка општем, док је у нашем, континенталном правном систему то другачије, првенствено се иде од општег ка појединачном. Ипак, чини се да треба узети у обзир и неке друге факторе, пре свега развијеност облика и модалитета превара у енглеском правном систему, као и нешто што бисмо могли назвати „светост (приватне) својине“, а што у англо-саксонском систему јесте знатно израженије него код нас. ¹⁹ Такође треба рећи и то да тржиште и тржишна привреда јесу на неки начин идеално тле за преваре, преваре и нису карактеристичне за оне ситуације, друштва, у којима тржиште као такво није развијено. Било како било, без обзира на одређене идеолошке конотације, сасвим је јасно да одговарајући друштвено-економски, па и технолошки развој, нужно доводи до тога да ишчезавају неки стари, а појављују се неки нови облици преварног понашања. На пример, стечајеви као такви, раније су били релативно ретка појава, те су биле и ретке појаве које су се односиле на лажне стечајеве и оштећење поверилаца, односно различите врсте превара у вези са стечајем. Или на пример преваре у вези са осигурањем уопште, па и допунским (додатним) здравственим осигурањем. Код те врсте осигурања, као и код све распрострањенијих животних осигурања, могу се појављивати и субјективности лекара – цензора, који или процењују штету, или склапају осигурање са појединцима. ²⁰ О интернету као так-

18 Катарина Дамјановић, „Кривична дела преваре у енглеском праву“, *Архив за љравне и друштвене науке*, 1/1994 стр. 59–71.

19 Ма како то парадоксално звучало, преваре у привредном пословању нису толико карактеристичне за социјализам, колико за капитализам. Једноставно зато што увећање имовине није нешто што је најзначајнији мотив социјалистичких предузећа, и привредника, онолико колико је то случај са капиталистичким предузећима. Друштвена својина, јесте заиста „алајбегова слама“ о којој обично нико не води много рачуна нити у смислу њеног увећања, нити у смислу њеног очувања, док тамо где се о имовини адекватно води рачуна, тамо се на свако на сваки начин труди да се она увећа, на сваки начин, па и путем преваре. Социјалистички менаџер нема велики мотив да увећа имовину предузећа којим руководи, јер он лично од тога најчешће нема велике користи. Сасвим супротно од капиталистичких менаџера, који на пример и путем тзв. бонуса имају врло изражен интерес и мотив да увећају имовину свог предузећа којим руководе на сваки начин, па и путем преваре. То што су плаћенији, то што им плата зависи од успеха предузећа којим руководе, не значи да неће бити склони превараном понашању. (О платама и свеукупним приходима савремених западних менаџера, види на пример и код Christoph Kumpan, „Performance and Remuneration of Company Directors – legal approaches in Germany, the EU and the USA“, *Сџрани љравни живој* 1/2008, стр. 85)

20 Јован Ђирић, Роберт Сепи, „Упоредноправна анализа словеначког и српског законодавства о здравственој заштити и здравственом осигурању“, *Сџрани љравни живој* 3/2005.

вом, о тзв. сајбер криминалу, криминалу који се развио тек у последњих 10–15 година, да и не говоримо.²¹ Могућности да се управо у тој области остваре врло велике преваре и на непоштен начин знатно заради, односно нечија имовина оштети, врло су изражене, нарочито у оним друштвима где је врло велики део популације окренут коришћењу интернета, па се и због тога формирају посебна тела и спроводи специјализација и перманентна едукација за потребе борбе против високо-технолошког криминала.²² Таква пракса постаје све чешћа, о томе се све више говори и када је реч о Србији.

Тако је на пример у последње време актуелна прича о фишингу. *Phishing* (изговара се као реч *fishing*) представља начин преваре корисника рачунара у циљу откривања личних или финансијских информација путем лажне е-поруке или веб локације. Примаоци е-порука се упућују на лажну *web* локацију где се од њих захтева да унесу личне податке, као што су број рачуна или лозинка. Ове информације се након тога користе за крађу идентитета.²³ Ради се ту заиста о својеврсном „пецању“ („фишингу“).

О преварама се може говорити у смислу једне чисто правне анализе. Чини нам се међутим, да је посебно занимљиво питање, на које треба посебно обратити пажњу, питање механизма превара, односно питање превенције преварног понашања. Ради се у ствари између осталог и о питању: „ко су жртве превара, колико су оне саме обично криве за то што су постале жртве преваре, те у вези управо и са тим – шта све треба урадити да би се преваре спречиле, да би се по обиму и по штетности, оне смањиле, те како помоћи жртвама превара, када се преваре ипак догоде.“ Питање једне појединачне преваре никада није питање које се тиче само те појединачне жртве, јер се у ствари код превара увек на овај или онај начин ради о урушавању поверења у систем, па самим тим и урушавању самог система владавине права.²⁴

Све у свему, проблематика превара уопште, мањим је делом проблематика правне, а већим делом проблематика криминолошке, виктимолошке и криминално-политичке природе. Виктимолошки аспекти код превара су посебно занимљиви, јер ако жртва не сарађује довољно добро и успешно са органима гоњења, са тужилаштвом и полицијом, онда су и могућности за превентивно деловање битно смањене.

21 Драган Прља, Марио Рељановић, „Високотехнолошки криминал – упоредна искуства“, *Сѝрани љравни живојѝ* 3/2009, стр. 151–184.

22 На пример у Француској 58% становништва користи интернет, односно толики број људи може постати жртвом различитих компјутерских манипулација и превара. (Милан Милошевић, Владимир Урошевић, „Борба против високотехнолошког криминала у Републици Француској“, *Сѝрани љравни живојѝ* 3/2010 стр. 183–186)

23 Види: <http://windows.microsoft.com/sr-latin-CS/windows-vista/what-is-phising>.

24 Rainer Faupel, „The Rule of Law“, *Сѝрани љравни живојѝ* 2/2009.

Човек наравно када каже жртва уопште, најпре помисли на жене, на насиље над њима, нарочито сексуално насиље. Но не мора бити само о томе реч. Вероватно да је и код овог кривичног дела тамна бројка криминалитета релативно велика, просто зато што се људи стиде и устежу да признају да их је неко преварио, односно да признају да су испали смешни, наивни, лаковерни, непромишљени, речју глупи. „Људи ће ми се смејати“, јесте начин размишљања жртва превара, слично као што и жртве силовања, понекад могу размишљати у стилу: „Људи ће ме осуђивати и рећи ће да сам ја у ствари њега изазивала.“²⁵

Код преваре је специфично и то што жртве преваре и саме понекад покушавају да учине превару, односно да преваре преваранта, али на крају ипак буде обрнуто. „Хоћу да јефтино купим злато, улазим у ризике сваке врсте, па и тиме што чиним кривично дело прикривања,²⁶ али на крају, уместо злата, продају ми обичну бижутерију.“ Или на улици „купујем девизе, а испостави се да су то фалсификати. Свестан да сам учинио нешто што је и нелегално и неморално, ипак ћу ћутати.“ Осим тога, код нашег свега је уобичајено да се увек тражи некаква „веза“ и за шта треба и за шта не треба. Везе врло често јесу праћене давањем мита, а то је нешто што нико неће да призна исто као што неће да призна да га је та „веза“ на крају преварила. Исто тако, људи ће, нарочито ако су образовани, тешко признати да су ишли код надрилекара, или код „бабе врачаре“ да им она скине неку „црну магију“. А дешава се да и образовани људи, нарочито у тренуцима личних и породичних проблема и криза, посежу и за таквим стварима. После, када постану жртве, стиде се свега тога и оптужују сами себе. У сваком случају нерадо причају о свему томе и пред најближим пријатељима, а камоли пред тужиоцима и на самом суду. Због тога је таквим жртвама неопходно објаснити да нису једини и да има још много таквих, таквих који су на сличан начин постали жртве. Због тога је важно да и медији о преварама говоре на начин који ће људе учинити обазривијим, а са друге стране, на начин који ће „утешити“ жртве, тиме што ће им се рећи макар само то да нису једини који су насели, те да се не стиде и не устежу и да помогну полицији и тужилаштву.

Поједностављено речено, тужилац се жртви мора обраћати речима: „не, нисте ви криви, немате чега да се стидите, то се догађало и многим другима пре вас и догађаће се и убудуће.“ „Истовремено, не треба да бринете, неће против вас бити покренут никакав кривични поступак.“²⁷

25 Јован Ђирић, *Тужиоци и жртве*, Београд, 2009.

26 Обични људи наравно не знају да се то дело зове „прикривање“, али ипак знају да то није баш сасвим легално.

27 Важно је овде рећи и то да то тужиочево обећање о томе да неће бити покренут поступак, мора у сваком случају заиста бити испоштовано, јер ако се догоди

Ви сте жртва, не суди се вама и ваш задатак је да нама помогнете не само да се дотични казни, већ да се такве ствари у будућности више не догађају, или бар да се што ређе догађају.“ У свету се жртвама превара и борби против превара у привредном пословању, посвећује углавном већа пажња него што је то случај код нас. Један од можда најглавнијих разлога за то је то што је наше друштво углавном „жедно“ страних инвестиција и онда друштво у целини, привредна предузећа и појединци углавном не питају много,²⁸ ни то да ли је страни (стратешки) партнер поштен или склон преварама, ни да ли се ради о прању новца, ни како су састављени уговори, итд.²⁹ Само је важно да се појави неки страни партнер који нуди велика обећања и најављује значајна улагања. Онда му се дају знатне повластице и у формалном и у неформалном смислу и нико, ни правници, ни економисти, а политичари понајмање, не постављају питања да ли се иза свега можда крије нека будућа превара. Не траже се у том смислу довољне гаранције, ни посебно велики оснивачки улози, који би гарантовали да неће доћи до преваре. Често се полази од тога да „мала и средња предузећа“ могу бити кључ успеха у будућем економском развоју земље, иако се при томе свесно или несвесно занемарује да управо мала и средња предузећа плаћају цену високих стопа гашења,³⁰ а то је истовремено погодан начин за остварење разних врста преварног понашања. Па чак и када се превара догоди, управо зато што је у јавности дотична, тобожња инвестиција била најављивана *urbi et orbi*, управо зато што су и политичари свему давали своју подршку, превара се не пријављује, жртва преваре остаје усамљена, и она ни не сме да много протестује и интервенише. Бити жртва преваре у привредном пословању, уопште не мора бити наивно, не много лакше и боље него када се ради о жртвама уопште, жртвама сексуалног насиља, или убистава.³¹ Финансијски крах изазван преваром, често доводи и до

само један случај да тужилац „превари“ жртву, онда се тиме губи кредибилитет за сва времена, онда тужиоцу више нико (ниједна жртва) ништа неће веровати, не само када су такве ствари у питању, већ и неке друге ствари из општег односа на релацији тужилац – жртва.

28 Мирослав Живковић, *Негосипаци њравне државе и сузбијање криминалишења*, „Спречавање и субијање савремених облика криминалитета II део“ издање Криминалистичко-полицијске академије, Београд, 2007.

29 О некаквој бризи за жртве и њихово обештећење да и не говоримо. То је једноставно судбина увек када се неко сиромашан нађе у неком, било каквом односу са неким богатим. Сиромашан и богати појединац, компанија, држава.

30 Исидора Бераха, „Мала и средња предузећа као фактор економског развоја и смањења незапослености у Србији“, *Страни њравни живои* 1/2011.

31 Постоји наравно разлика у менталитету и схватању моралних вредности између наших и људи са Запада. Овде су се, нарочито у појединим, патријархалним срединама живот и част (част у сексуалном и сваком другом погледу) сматрали као

самоубиства, али и пропадања многих других, пре свега запослених у дотичној фирми, али и запослених у фирмама кооперантима дотичне фирме.

У свету, постоје организације (и владине и невладине) које се релативно организовано баве проблематиком финансијских превара, које жртвама оваквих финансијских превара, пружају одређене врсте помоћи, а пре свега у правном и психолошком смислу.³² Неке од тих организација израђују и својеврсна упутства, која не говоре само о томе шта и како треба радити да се не постане жртва неке преваре, већ и шта и како радити када се, ако се, ипак постане жртва, не би ли се превазишао макар само емоционални стрес изазван преваром³³. У нашим друштвеним приликама, положај и права жртава у финансијским преварама, нарочито када учинилац преваре долази из иностранства, занемарују се, односно жртве се остављају беспомоћне да усамљене преживљавају све оно што се свакој жртви догађа у процесима тзв. секундарне виктимизације.³⁴

Замислимо на пример човека који је читавог живота штедео, како би себи и својој деци обезбедио „крив над главом“. Он коначно уплати

веће и значајније вредности него што су то новац и неке друге сличне економске вредности. Чини се међутим да се по много чему ми приближавамо Западу, па и по томе што економија и новац почињу све више да доминирају у свакодневним животима наших људи.

- 32 Тако на пример у В. Британији је посебним законским актом из 2000. године основана тзв. *FSA (Financial Services Authority)*, независна невладина организација, која има за задатак да извештава о финансијским преварама, да помаже онима који су жртве финансијских превара, да јача тржишно поверење, штити потрошаче, јача друштвену свест и одговорност. О томе на интернет адреси: www.fsa.gov.uk/Pages/About/Who/index.shtml
- 33 У САД постоји на пример једна невладина организација која се зове „*FraudAid*“ – „*Victim Advocacy*“, а која је између осталог, израдила и тзв. упутство за жртве финансијских превара (о свему томе на пример видети и на интернет адреси www.fraudaid.com/message.htm) Чини се да би таква врста једне невладине организације могла да нађе своје место и да би била од користи и у нашим условима. Али, да будемо помало цинични, у нашим условима у првом плану се налазе оне врсте невладиних организација које ипак имају првенствено (дневно)политички карактер. Очигледно да је брига за жртве, жртве финансијских превара, код нас сасвим у другом плану. Јесте тачно да жртве у ратовима, жртве посттрауматских синдрома, жртве сексуалног насиља и слично, заслужују посебну бригу и пажњу, али не треба запостављати ни жртве финансијских превара, јер шок, емоционални стрес, изазвани финансијским крахом, могу такође довести до несагледивих последица и по појединца и по његову породицу, итд.
- 34 Овде може долазити и до својеврсних медијских манипулација – велики и моћни партнер из иностранства, који је преварио домаћег малог партнера, неће бити представљен као преварант, а то све може доводити до онога о чему смо говорили на индивидуалном плану – самооптуживање. Није крив „поштени“ велики партнер из иностранства, криви смо ми.

цели, или већи део износа за стан неком инвеститору, али, врло брзо након свега, он схвата да је инвеститор исти стан продао не само њему, него и још многим другима. Има ли већег стреса и трауме од овога? Вероватно да се чак ни нека најтежа кривична дела са најтежим последицама, не могу упоредити са овом ситуацијом, ситуацијом, која је у великом броју случајева узрок и многих освета, убистава и самоубистава. Жртва, или чак и потенцијална жртва је у већини таквих случајева готово потпуно незаштићена, а појава је изгледа заиста узела маха у нашим условима. Томислав Секулић, Председник Удружења за промет непокретности „Кров“ истиче на пример то да је спас у јединственој евиденцији података о инвеститорима, евиденцији, која би се на пример водила у катастру.³⁵ Али, такве евиденције нема, као што нема ни евентуалне евиденције која би се водила при привредним коморама о томе ко су најчешћи извршиоци превара, који је њихов уобичајени *modus operandi*, на шта треба обратити пажњу и како треба реаговати када дође до финансијског краха изазваног различитим врстама превара. Највећи број грађана не познаје право, не зна која су њихова стварна права, не зна које су законске могућности и у таквој ситуацији, знатан број људи, одлучује се на очајничке потезе, потезе иза којих се број жртава и количина несреће и драстичних последица само увећава.³⁶

„Људи су куповали станове јер су мислили да су јако добро прошли када су налазили квадрат стана за 700–800 евра у центру Београда. У том тренутку су станови коштали 1.500 или 2.000 по квадрату. Зато покушавамо да створимо систем заштите. Али понављам, кључна ствар док систем не профункционише је да људи буду свесни тога да нема квадрата испод цене и да није могуће направити посао са људима сумњивог порекла“, рекао је министар Оливер Дулић. Он је рекао да је у протеклим годинама било случајева да је један стан продаван чак и по неколико десетина пута.³⁷ Овде би се могло рећи да је речени министар био помало и циничан, те да је другим речима, рекао и следеће: „Ко им је крив кад су грађани били наивни и похлепни, па су ушли у послове са ‘сумњивим’ људима?“ Међутим за разумевање механизма функционисања превара, важно је рећи и следеће: преваре не морају

35 Види: www.danas.rs/vesti/ekonomija/prevare_je_tesko_spreciti.4html?news_id=169313.

36 Тако је на пример, у нашој јавности било извесних, никада доказаних шпекулација о трагичној погибији једне четворочлане породице у Земуну – отац, мајка и двоје малолетне деце. Никада у јавности није до краја разрешена дилема да ли су они страдали – извршили убиства и самоубиства у тренутку очајања због неке преваре у вези са станоградњом, због можда неке уцене, зеленашке камате, или нечег сличног. У сваком случају, готово да се намеће закључак да је дотична породица збиља била жртва, али, као и многим другим жртвама код нас, њима на жалост није имао ко да помогне, ко да их посаветује, ко да их заштити од халапљивих зеленаша, или несавесних, бескрупулозних превараната.

37 Види: www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2010&mm=08&dd=17&nav_id=452364.

одмах започети као преваре, понекад, на почетку, све може изгледати сасвим *lege artis*. Замислимо у том смислу следећу ситуацију: купац – откупљивач пољопривредних производа дође једне јесени у једно село и откупи читав род за ту годину. И одмах плати, у кешу, чак, можда и мало изнад тржишне цене. Сељаци, пољопривредни произвођачи, буду изузетно задовољни обављеним послом и наравно спремни да идуће јесени истом откупљивачу чак сами понуде целу своју летину и не сумњајући ништа буду спремни да откупљивача сачекају да се „врати“ са парама. И не само сељаци из тог, већ и сељаци из околних села. Откупљивач се наравно никада више не појави, испостави се да дотична фирма ни не постоји, те да је у питању ништа друго до превара, а да је оно први пут било „фишинг“ (пецање), „намамљивање“, или „реклама“.³⁸ Уосталом, највећи број превара у почетку и нису изгледале као преваре, па су зато и биле тако успешне.

Имајући све ово у виду, грађани на неки начин почињу да се самоорганизују на различите начине, а један од тих начина јесте и оснивање одговарајућих интернет сајтова, који треба да одиграју улогу коју би у ствари требала да одигра држава. Један од тих сајтова јесте и сајт под насловом „црна листа“.³⁹ *Crnalista.rs* је самосталан портал намењен за бољу информисаност у циљу заштите од крађе, преваре, злоупотребе или било ког другог несавесног чина од стране других правних лица. Преко матичног броја правног лица сваки посетилац може бесплатно да провери да ли се то правно лице налази на црној листи, што значи да је други корисник сајта самоиницијативно послао захтев за додавање тог правног лица у дотичну базу и исто тако приложио документа која потврђују те тврдње. Ова информација може сачувати од евентуалних превара или бар правовремено упозорити. *Crnalista.rs* је независна база, која није везана ни са привредним судом, ни са тужилаштвом, ни са било којим другим владиним органом.⁴⁰

Постојање једног оваквог сајта, портала, базе података, може међутим бити проблематично по више основа, а један од таквих проблема јесте и могућност манипулације, односно циљано, намерно нарушавање угледа неког правног лица, тј. појединог предузетника. Под видом борбе против превара, ово може бити искоришћено, злоупотребљено управо у преварне сврхе. Ставити неког на „црну листу“ као преваранта, може имати изузетно негативне економске ефекте, понекад чак и више него

38 Колико год неке то изгледало као цинизам: свака реклама јесте на неки начин „превара“ и „намамљивање“, јер се у реклами никада не говори да неки производ поред евидентно добрих има и неке своје лоше стране, а свака реклама је у основи „намамљивање“ да се један производ (или услуга) купе, испробају.

39 Види: www.crnalista.rs.

40 Види: www.crnalista.rs.

једна појединачна превара. Иза дотичне „црне листе“, не стоји држава, нити било ко други ко би гарантовао какву-такву објективност и непристрасност, те се сасвим основано може посумњати да се у појединим случајевима ипак ради о нелојалној конкуренцији. Може се десити да неко, у жељи да оштети свог конкурента, превари његове потенцијалне купце, партнере, приказујући га као преваранта. За ту ситуацију би се могло рећи: преваром против преваре. Тиме се међутим не негира сама превара, по систему „негација негације“, већ се ланац превара и начин преварног размишљања и делања, даље само шири, повећава. Ситуација је у Србији дакле таква да држава и њени органи, односно органи који су под непосредним државним, политичким утицајем, недовољно чине на заштити од превара, на превенцији преварног понашања, те су грађани остављени на неки начин сами себи, сопственој домишљатости. Да ли је то она општа порука која може привући потенцијалне стране инвеститоре?

Све у свему, грађани Србије немају довољно знања о томе шта све значи тржиште и на које се све начине могу манифестовати преваре. На све то се надовезује и сиромаштво, а сиромашан човек, као и сиромашна држава не размишљау превише о томе да ли је реч о превари или не, већ се поступа по систему „дај шта даш“! У том смислу нико вас, нарочито чини се данас у Србији, неће питати ни да ли вам је капитал чист, ни да ли су вам намере поштене, ни да ли сте у прошлости већ били осуђивани за неку превару. У Србији се ни на нивоу катастра, ни на нивоу привредних комора не води прецизна и поуздана евиденција преварних понашања и учинилаца преварних понашања, што има изузетно негативне последице на плану опште правне сигурности. Са друге стране и друштво и појединци су углавном довољно сиромашни, али и неедуковани да то код њих провозира и лакомисленост и халапљивост, а што су све погодни предуслови за успех преварног понашања. Друштво такође не чини довољно да онима који ипак постану жртве неке од најразличитијих врста превара, пружи одговарајућу психолошку, посттрауматску помоћ, као што је то случај када је реч о неким другим врстама криминалитета,⁴¹ а што би било неопходно, јер, треба знати да и последице једне преваре за жртву и њене најближе не морају бити ништа блаже него што су то последице обичних кривичних дела, класичног криминалитета.

41 Наташа Мрвић-Петровић, „Накнада штете жртви кривичног дела у Common Law законодавствима“, *Сјирани правни животи* 1–3/2000.

Jovan ĆIRIĆ, PhD
Institute of Comparative Law, Belgrade

FRAUDS

Summary

The Serbian society is not prepared for the fight against frauds. People are poor and in that situation they are ready to believe in every lie, they are ready to believe that it is possible to earn big money on a fast and easy way. On the other hand the state does nothing to educate the people, nor anything to help the victims of the frauds. The consequences of one fraud could affect whole families and could be the cause of homicides, suicides, or something like that. It also has to be said that there is no some kind of a black list of perpetrators of frauds, which could help in the prevention of frauds. The Serbian economy is eager for foreign investments, so nobody makes a question if the money is clean or the word is about money laundering. Also, nobody makes a question if the word in some cases is about frauds or not. Such situations are very favourable for frauds in every sense. In this article, the author is speaking about those victimological and criminological problems and he also presents some very interesting and important examples of frauds in the history of the USA and the world. If the people knew some of those frauds, they would not be so naive like in the situation that was characteristic for “Dafiment bank” and “Jugoskandic bank” at the beginning of the ‘90s in Serbia.

Key words: *frauds, victims, poverty, historical examples, black lists.*

др *Нашаша* ДЕЛИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

НЕКОЛИКО НАПОМЕНА У ВЕЗИ УСЛОВА ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНОГ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО

Резиме

У раду аутор кримицички разматра један број одредби оштите дела Закона о одговорности правних лица за кривична дела који је ступио на снагу 2008. године. Посебна пажња је посвећена питањима основа и граница одговорности правног лица за кривично дело. У даљем контексту, аутор ошвара и питање односа релевантних законских одредби и начела индивидуалне субјективне одговорности – начела кривице које представља једно од најзначајних начела кривичног права. На крају рада, даша су одређена закључна разматрања и ставови аутора у погледу ове изузетно интересантне проблематике.

Кључне речи: *Закон о одговорности правних лица за кривична дела, услови одговорности правног лица за кривично дело, правно лице, кривично дело.*

I

Доношењем Закона о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПЛКД)¹ који је ступио на снагу 2008. године, Република Србија се сврстала у ред оних европских држава² које су у складу са

1 Службени гласник РС, бр. 97/2008.

2 Холандија (1976), Португал (1984), Шведска (1986), Норвешка (1991), Исланд (1993), Француска (1994), Финска (1995), Данска (1996), Белгија (1999), Словенија

одговарајућим међународним документима предвиделе одговорност правних лица за кривична дела.³

Овим законом регулисани су услови одговорности правних лица за кривична дела, као и кривичне санкције које им се могу изрећи (казне, условна осуда и мере безбедности). Осим тога, у закону су садржана и правила којима је регулисан поступак у којем се одлучује о одговорности правних лица за кривична дела и изричу одговарајуће санкције. Такође, закон садржи и одредбе којима су уређени тзв. посебни поступци и то: поступак за доношење одлуке о рехабилитацији (законској и судској) и поступак за престанак мере безбедности или правне последице осуде. Најзад, регулисан и поступак извршења судских одлука.

Концепцијски посматрано сам текст закона састоји се из два дела: део први – основне одредбе и општи део и део други – кривични поступак, извршење судских одлука и завршна одредба.

У овом раду пажња ће бити посвећена искључиво одредбама општег дела закона, тачније само појединим питањима везаним за услове одговорности правног лица за кривично дело.

II

Одредбом члана 6 ЗОПЛКД која носи назив Основ одговорности правног лица прописано је следеће: (1) Правно лице одговара за кривично дело које у оквиру својих послова односно овлашћења учини одговорно лице у намери да за правно лице оствари корист. (2) Одговорност правног лица из става 1 овог члана постоји и ако је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење

(1999), Мађарска (2001), Црна Гора (2003), Швајцарска (2003), Хрватска (2004), Чешка (2005) и Аустрија (2006).

3 О непосредног значаја овде је пре свега Споразум о стабилизацији и придруживању који је наша земља потписала 28. априла 2008. године, осим тога, ту су и: Конвенција Европске Уније за заштиту финансијских интереса Европских заједница из 1995. године, као и Први протокол о корупцији међу националним и европским службеницима из 1996. године и посебно Други протокол о кривичној одговорности правних лица и прању новца из 1997. године. Такође, ваља споменути и Конвенцију Организације за економски развој сарадњу о забрани подмићивања страних јавних службеника у међународним пословним трансакцијама из 1997. године, Конвенцију Уједињених Нација о транснационалном организованом криминалитету из 2000. године као и три конвенција донете од стране Савета Европе: Конвенција о кривичноправној заштити животне средине из 1998. године, Кривичноправна конвенција о корупцији из 1999. године и Конвенција о сајбер криминалу из 2001. године. Види више о томе: Z. Đurđević, „Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, бр. 2/2003, 725–730 и М. Деисингер, М. Врховшек, *Кривична одговорност правних лица*, Београд, 2009, стр. 32–42.

кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица.

Из одредбе става 1 овог члана произлази да је код нас прихваћен концепт тзв. *изведене (исредне, акцесорне) одговорности* правног лица.⁴ Наиме, основ за примену кривичних санкција према правном лицу јесте кривично дело одговорног лица тј. физичког лица коме је правно или фактички поверен одређен круг послова у правном лицу, као и лица које је овлашћено, односно за које се може сматрати да је овлашћено да поступа у име правног лица (члан 5 тачка 2 ЗОПЛКД).

Одговорност правног лица постоји уколико су испуњени одређени услови и то: а) да је од стране физичког лица учињено кривично дело – да је кривично дело учинило одговорно лице у правном лицу, б) да је одговорно лице деловало у оквиру својих послова, односно овлашћења и в) да је код одговорног лица постојала намера да за правно лице оствари корист. Сходно томе, да би постојала одговорност правног лица за кривично дело прво је потребно утврдити кривично дело физичког, односно одговорног лица, након чега се под одређеним условима кривично дело одговорног лица приписује правном лицу и оно за њега одговара.

Кривично дело физичког, односно одговорног лица овде треба схватити у смислу одредбе члана 14 Кривичног законика Републике Србије (КЗ РС)⁵ према коме општи појам кривичног дела има следећа четири елемента: радњу, предвиђеност кривичног дела у закону, противправност и кривицу. С обзиром на природу појединих елемената и њихову суштинску и функционалну повезаност, овај општи појам кривичног дела је објективно-субјективан и обухвата објективно неправно и кривицу.

У конкретном случају одговорно лице може бити извршилац или саучесник у кривичном делу.

Ако су испуњени законом прописани услови, правно лице може одговарати за сва кривична дела из посебног дела Кривичног законика и других закона (члан 2 ЗОПЛКД).⁶

4 Сходно одредби члана 5 тачка 1 ЗОПЛКД правно лице је домаћи или страни правни субјект који се по позитивном праву Републике сматра правним лицем. Република Србија, аутономна покрајина и јединице локалне самоуправе, односно државни органи и органи аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе не могу одговарати за кривично дело. Друга правна лица којима је законом поверено вршење јавних овлашћења не могу одговарати за кривично дело учињено у вршењу јавних овлашћења (члан 3 ЗОПЛКД). О теоријама о правном лицу као правном субјекту види: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права, I*, Београд, 1997, стр. 361–371.

5 *Службени гласник РС*, бр. 85/05 и 88/05.

6 Овакво решење данас је прихваћено у већини законодавстава јер се сматра да се на тај начин спречава евентуална арбитрерност и реализују претпоставке правне сигурности. Приликом увођења кривичне одговорности правних лица 1994. године

Но, јасно је да правна лица, имајући у виду њихову природу тј. законске услове одговорности, природу појединих врста кривичних дела и везу између правног лица и кривичног дела и субјекта одговорности за кривично дело, могу одговарати само ако је по природи ствари могуће да се неко дело стави на терет правном лицу.⁷

Постоје различите теорије којима се оправдава одговорност правног лица за кривично дело одговорног лица, а најзначајније и најутицајније међу њима су теорија идентификације и викаријска теорија. Према *теорији идентификације*, коју су развили енглески судови, лица на руководећим положајима се идентификују са правним лицем и сходно томе оно одговара за њихова кривична дела. Према *викаријској теорији* која је настала у САД, са циљем да се прошири круг физичких лица за чија кривична дела одговара правно лице, правно лице одговара за кривична дела свих чланова правног лица, дакле и оних који се налазе на најнижим положајима у хијерархији тог правног лица.

Овако постављена изведена одговорност правног лица сматра се да теоријски посматрано представља најбоље решење јер како се наводи „не захтева увођење посебне колективне одговорности правних лица“.⁸

Следећи сегмент полазне основе посредне одговорности правних лица чини доктрина *respondeat superior* (одговара претпостављени) која је прихваћена у праву САД и према којој је правно лице може посредно да буде одговорно за кривично дело које је учинио његов радник или службеник само уколико је тај радник или службеник у оквиру својих овлашћења поступао у име или у корист правног лица.⁹

Стога, не постоји одговорност правног лица уколико одговорно лице у конкретном случају није поступало у оквиру својих послова, од-

француски законодавац је првобитно прихватио систем према коме су кривична дела за која може одговарати правно лице била таксативно набројана, али је након многобројних критика 2004. године начело специјалитета укинута. М. Е. Cartier, „Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, бр. 2/2005, стр. 285.

7 З. Стојановић, Д. Коларић, *Кривичноправно реаговање на тешке облике криминалистећа*, Београд, 2010, стр. 31–32.

8 З. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 753.

9 До прве половине двадесетог века корпорације (појам корпорације овде треба схватити у најширем смислу тако да обухвата различите врсте правних лица) у САД нису могле да одговарају за кривична дела. Међутим, 1909. године Врховни суд САД је донео одлуку према којој одговорност корпорације за кривично дело запосленог који је поступао у оквиру свог редовног посла не представља кршење Устава САД. На тај начин је Врховни суд примењујући принципе који регулишу грађанску одговорност на област кривичног права омогућио ову врсту одговорности. Z. Stojanović, R. Shine, *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, Podgorica, 2007, стр. 16.

носно укулико је прекорачило овлашћења и тиме извршило кривично дело.

За одговорност правног лица потребно је надаље постојање и одређене намере код одговорног лица – намере да се за правно лице оствари одређена корист. У питању је тзв. *лукрајтивна одговорност* правног лица и овде се као значајно поставља питање да ли је за одговорност правног лица потребно да је одговорно лице учинило кривично дело у намери да се за правно лице оствари каква корист или је довољно да та намера постоји код одговорног лица када оно делује у оквиру својих послова односно овлашћења и у име правног лица, а из које делатности је произашло вршење кривичног дела.

Како се сматра, полазећи од основне сврхе ове одредбе требало би је екстензивније тумачити и узети да се намера везује за делатност одговорног лица која не мора представљати кривично дело, јер би у супротном – ако би се намера везивала само за учињено кривично дело, одговорност правног лица умногоне била сужена. Сходно томе, за одговорност правног лица није неопходно да је само кривично дело одговорног лица учињено у намери да се за правно лице оствари корист, већ је довољно да кривично дело произлази из делатности одговорног лица која се предузима у тој намери. За одговорност правног лица, такође није потребно да је та намера и остварена. Но, сходно реченом, одговорност правног лица неће постојати када је одговорно лице поступало у намери да за себе оствари корист, или само за неколицину чланова правног лица, али ће одговорност правног лица постојати и у свим оним случајевима када је кривично дело одговорног лица настало као резултат његовог понашања у намери да, барем делимично оствари корист за правно лице.¹⁰

Појам користи овде треба схватити у најширем смислу, као било какву корист, како имовинске, тако и неимовинске природе којом се за правно лице ствара повољнији положај у било којој области. Имовинска корист обухвата како директне, тако и индиректне облике користи као што су уштеде и избегавање одеђених издатака за правно лице, нпр. запошљавање радника уз плаћање зараде која је нижа од тржишне и сл. Врсте неимовинске користи могу бити врло различите,

10 Z. Stojanović, R. Shine, *нав. дело*, стр. 62–63. Истина, има и мишљења да одговорност правног лица постоји једино уколико је извршење кривичног дела одговорног лица било праћено и одговарајућом намером – да се за правно лице оствари имовинска или друга корист, што би значило да овде у обзир долазе пре свега кривична дела која одговарајућу намеру имају као обележје свог бића. Осим тога, сходно датом ставу, овај основ постоји и онда када је извршено кривично дело које у себи не обухвата одговарајућу намеру, уколико је она приликом његовог извршења фактички постојала. Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дела*, Цетиње, 2007, стр. 24.

почев од прикупљања одређених информација за правно лице, стицања и учвршћивања пословног угледа па до добијања дозвола за обављање одређених делатности. За одговорност правног лица ирелевантно је да ли се намера остваривања користи односи на легалан или противправан начин остваривања те користи. Но, услов да мора постојати намера да се за правно лице оствари корист искључује одговорност правног лица у оним случајевима када одговорно лице врши кривично дело у намери да оштети правно лице.¹¹

У ставу 2 овог члана као основ одговорности правног лица наведено је непостојање надзора или контроле од стране одговорног лица које је омогућило извршење кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица. Дакле, у овом случају кривично дело за које одговара правно лице није непосредно извршено од стране одговорног лица, већ од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица тј. од стране лица које по одговарајућем правном основу обавља одређени рад у оквиру правног лица (редовни радни однос, уговор о делу или стручна пракса) уколико је извршење кривичног дела у корист правног лица омогућено изостанком надзора или контроле од стране одговорног лица, односно непредузимањем одговарајућих мера.

Одредбом члана 7 ЗОПЛКД који носи назив Границе одговорности правног лица прописано је следеће: (1) Одговорност правног лица заснива се на кривици одговорног лица. (2) Под условима из члана 6 овог закона правно лице одговара за кривично дело одговорног лица и ако је кривични поступак против одговорног лица обустављен или оптужба одбијена.

Одредбом става 1 овог члана установљена је *субјективна и кумулативна одговорност* правних лица за кривична дела. Прецизније речено, у питању је субјективна изведена одговорност правног лица. Сходно томе, да би постојала одговорност правног лица потребно је утврдити кривицу одговорног лица, а након тога долази до урачунавања кривице одговорног лица правном лицу и тиме до кумулативне одговорности физичког односно одговорног лица и правног лица за исто кривично дело.

Већина теоретичара сматра да се на овај начин посредно у највећој могућој мери може очувати начело кривице у случају одговорности правног лица за кривично дело.¹²

Међутим, ако пођемо од чињенице да начело индивидуалне субјективне одговорности – начело кривице садржински посматрано у

11 Z. Stojanović, R. Shine, *нав. дело*, стр. 61.

12 М. Деисингер, М. Врховчек, *нав. дело*, стр. 70.

себи има два дела, први, који се односи на то да неко може одговорати за своје поступке само ако је крив, ако постоји субјективни однос према учињеном кривичном делу (субјективна одговорност), и други део, који се односи на забрану одговорности за поступке других лица тј. свако одговара само за своје поступке (индивидуална одговорност) недвосмилени закључак је да начело индивидуалне субјективне одговорности у кривичном праву искључује одговорност за поступке других и одговорност без кривице.¹³

Такође, кривица се осим у наведеном формалном смислу, може посматрати и у материјалном смислу – као криминалнополитички постулат према коме кривица оправдава државно кажњавање. Кривица је легитимација казне, и то у двоструком смислу: прво, као претпоставка да би се уопште могло казнити и тада се говори о кривици као темељу – основу казне и друго, као битна претпоставка за одмеравање казне и тада се говори о кривици као мери казне. Кривица посматрана као основ казне и као мера казне практично омогућава конкретну примену начела кривице јер као основ казне претпоставља постојање сва три елемента кривице: урачунљивости, умишљаја или нехата и свести о противправности (члан 22 КЗ РС) – који представљају основ социјално-етичког прекора који се упућује учиниоцу кривичног дела, а као мера казне, кривица опредељује меру прекора који се упућује учиниоцу кривичног дела. Сходно томе, кривица као основ казне има у виду да ли ће се учиниоцу упутити социјално-етички прекор, а кривица као мера казне, одређује тежину прекора који му се упућује.¹⁴

Све речено указује на закључак да је кривица по природи ствари строго лична категорија и да је стога искључена могућност да се нечија кривица урачуна другоме. Другим речима, правило према коме се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица је у директној супротности са једним од темељних начела кривичног права начелом индивидуалне субјективне одговорности – начелом кривице, у складу са којим савремено кривично право полази од иницијалне поставке да је кривично дело по својој природи и суштини дубоко субјективан чин и да кривичноправна заштита има смисла једино ако се предузима у циљу сузбијања свесних и вољних радњи којима се повређују или угрожавају најважнија добра којима се кривичним правом пружа заштита.

Сходно томе, у контексту евидентне субјективизације, персонализације и индивидуализације савременог кривичног права не може бити

13 З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, Београд, 2010, стр. 24–25.

14 У том смислу види. А. Schönke, Н. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2001, стр. 149; Р. Novoselec, „Темељне црте Новеле Казненог закона од 9. српња 2003. године“, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, Загреб, бр. 2/2003, стр. 267–270; И. Војанић, „Значајније промјене на подручју кривичног права према трећој новели Казненог закона“, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, Загреб, бр. 2/2003, стр. 309–315.

речи о томе да се датим правилом о одговорности правног лица остаје у оквирима начела кривице. У питању је наиме, правило које је у својој бити у очигледној супротности са начелом кривице у кривичном праву.

Када је реч о одредби става 2 овог члана видимо да од правила према коме се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица постоји изузетак у складу са којим правно лице одговара за кривично дело одговорног лица и ако је кривични поступак против одговорног лица обустављен или оптужба одбијена. Домашај овог законског решења би требало сагледати у светлу одредаба Законика о кривичном поступку (ЗКП),¹⁵ тачније разлога за доношење решења о обустави поступка (члан 275 став 1 ЗКП) и пресуде о одбијању оптужбе (члан 354 ЗКП). Сходно томе, примера ради, обустава поступка због амнестије или помиловања или других разлога (изузимајући застарелост) који трајно искључују кривично гоњење, рачунајући ту и смрт одговорног лица у току поступка, не спречава вођење кривичног поступка против правног лица.¹⁶

Но, уколико до осуде физичког, односно одговорног лица није дошло зато што је у конкретном случају утврђено да нема кривичног дела јер постоји неки од основа који искључују противправност, као што су: дело малог значаја, нужна одбрана или крајња нужда, или пак да постоји неки од основа искључења кривице, као што су: неурачунљивост или неотклоњива правна заблуда због акцесорне повезаности правног и физичког лица не може постојати ни одговорност правног лица.

У датом контексту као интересантно могло би се поставити и питање да ли постоји одговорност правног лица уколико је утврђено постојање кривичног дела – у смислу реализованог објективног неправда, али је извршилац дела остао непознат.

Према једном мишљењу осуда правног лица на основу кривичног дела непознатог одговорног лица је неспојива са природом викаријске одговорности – правно лице може имати викаријску одговорност само за оно кривично дело које има и *actus reus* и *mens rea*, уколико одговорно лице оствари *actus reus* уз постојање *mens rea*. Другим речима, уколико је учинилац кривичног дела остао непознат не би се могло утврдити постојање кривице, односно других посебних субјективних елемената, што значи да не би била остварена ни основна претпоставка за одговорност правног лица, а то је кривично дело (у објективно-субјективном смислу) одговорног лица.¹⁷

15 Службени гласник РС, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07 и 72/09.

16 Г. П. Илић, „Одговорност правних лица за кривична дела“, *Билтен Округној суда у Београду*, бр. 80/2009, стр. 22.

17 Z. Stojanović, R. Shine, *нав. дело*, стр. 70.

Са друге стране пак, сматра се да узевши у обзир Препоруку R (88) 18 Комитета Министара у којој стоји да би правно лице морало да буде одговорно без обзира да ли је утврђен идентитет одређеног физичког лица које је учинило кривично дело,¹⁸ ову могућност у нашем праву не би требало *a priori* искључити.¹⁹

Има наиме, аутора који сматрају да је утврђивање одговорности правног лица независно од кривице одговорног лица оправдано и да се ту ради о тзв. претпостављеној кривици одговорног лица, односно да се и у том случају остаје на линији изведене одговорности правног лица, само што се одговорност правног лица изводи из претпостављене кривице одговорног лица.²⁰ Овај теоријски став своје упориште примера ради, има у пракси Касационог суда Француске који је у једном случају стао на становиште да је за одговорност правног лица довољно „да судија може бити сигуран да је кривично дело са свим његовим елементима учинио орган или заступник правног лица“, што би значило да за одговорност правног лица није неопходна формална идентификација органа или заступника уколико је извесно да је кривично дело учињено.²¹

Међутим, уколико бисмо прихватили наведени став према коме је оправдано постојање одговорности правног лица и у случају када није утврђено које учинио кривично дело, односно када није утврђена кривица одговорног лица, а из разлога што је то у складу са датом Препоруком, и ако при томе на овом месту занемаримо питање односа тзв. претпостављене кривице и суштинског смисла начела индивидуалне субјективне одговорности, нужно долазимо до питања на који начин, уз помоћ којих критеријума би судови требало да утврђују претпостављену кривицу одговорног лица на којој би се заснивала одговорност правног лица. Теоријски посматрано могло би се поступити на један од два

18 Седамдесетих година прошлог века у оквиру Савета Европе је покренута расправа о одговорности правних лица за кривична дела. Усвојено је више препорука којима је европским државама предложено да у своја законодавства унесу одредбе о одговорности правних лица за кривична дела. Најзначајнија међу њима је Препорука R (88) 18 од 20. септембра 1988. године под називом Одговорност предузећа за кривична дела којом је државама предложено да уведу одговорност предузећа за кривична дела учињена у оквиру њихове пословне делатности, независно од постојећих облика грађанске одговорности. Та препорука представља најпотпунији правни акт о одговорности правних лица за кривична дела при вршењу привредних делатности и садржи десет начела, односно смерница од којих се пет односи на основе и оквири одговорности правних лица, а пет на врсте кривичних санкција и њихову сврху. М. Деисингер, М. Врховчек, *нав. дело*, стр. 33–34.

19 Г. П. Илић, *нав. чланак*, стр. 23.

20 Р. Novoselec, „Odgovornost pravnih osoba za kaznena djela – značajana novost u hrvatskom pravnom sustavu“, *Pravo u gospodarstvu*, Загреб, бр. 4/2002, стр. 116. Цит. према: З. Ђурђевић, *нав. чланак*, стр. 754.

21 М. Е. Cartier, *нав. чланак*, стр. 289.

могућа начина: први – да се судовима препусти установљавање правних стандарда за утврђивање претпостављене кривице, што би било у супротности са начелом законитости у кривичном праву и други – да за одговорност правног лица буде довољно само остварено објективно неправо, што не би било у складу са прихваћеним објективно-субјективним појмом кривичног дела.

Одредбом члана 10. ЗОПЛКД која носи назив Покушај прописано је следеће: (1) Правно лице одговара за покушај кривичног дела под условима из члана 6 овог закона, ако је законом прописано да је покушај кажњив. (2) Одговорном правном лицу се за покушај може изрећи казна прописана овим законом, а може се и блаже казнити. (3) Правно лице које је спречило довршење кривичног дела може се ослободити од казне.

Посебна одредба о покушају била је потребна из разлога што је одговорност правног лица изведена и зависи од учињеног кривичног дела одговорног лица те је стога било нужно прописати да одговорност правног лица постоји и у случају да дело није довршено тј. да је остало у покушају (свршени или несвршени), под условом да је реч о кажњивом покушају, односно о покушају кривичног дела за које је предвиђена казна затвора у трајању од пет година или тежа казна или када је реч о кривичном делу за које се не може изрећи казна затвора од пет година, али је изричито прописано да ће се казнити и за покушај. Покушај се кажњава истом казном која је прописана за довршено кривично дело али се казна може и ублажити – покушај је факултативни основ за ублажавање казне (ст. 1 и 2).

У складу са општим правилима (члан 30 став 2 КЗ РС) факултативно блаже кажњавање важи и за одговорно лице које је са умишљајем остварило покушај кривичног дела за које одговара правно лице, при чему, пошто је реч о могућности блажег кажњавања, није нужно да истовремено буду блаже кажњени и одговорно и правно лице.

Одредбом став 3 овог члана предвиђено је да се може ослободити од казне правно лице које је спречило довршење кривичног дела. Овде би требало да је реч о институту добровољног спречавања кривичног дела, с тим што је законодавац у датој норми изоставио квалификатив добровољности.

У кривичном праву добровољно спречавање кривичног дела је предвиђено у оквиру института добровољног одустанка (члан 32 КЗ РС). Добровољни одустанак који представља факултативни основ за ослобођење од казне садржи објективну и субјективну страну. На објективном плану потребно је да учинилац престане са даљим предузимањем радње извршења или да спречи наступање последи-

це, а на субјективном плану потребно је да је одлуку донео сам, под утицајем унутрашњих мотива. Могућност ослобођења од казне у случају добровољног спречавања извршења кривичног дела предвиђена је за са-извршиоца, подстрекача или помагача при чему за постојање овог института није довољно да је саучесник одустао од даљег предузимања радње саучесништва, већ је потребно да је добровољно спречио извршиоца да изврши кривично дело.

Сходно томе, да би постојала могућност ослобођења од казне правног лица у случају добровољног спречавања довршења кривичног дела не би било довољно да је учинилац добровољно одустао од извршења кривичног дела, већ би било потребно да је правно лице преко својих чланова и органа добровољно – за доношење одлуке не смеју бити одлучујући спољни чиниоци, спречило учиниоца – одговорно лице да доврши кривично дело.

Будући да законодавац у одредбу става 3 не уноси квалификатив добровољности, могло би се поставити питање да ли је на овај начин поступио зато што се добровољност правног лица као услов овде подразумева или, супротно, зато што сматра да појам добровољности овде није неопходан из разлога што би утврђивање добровољности као субјективног елемента стварало проблеме.

Мишљења смо да интенција законодаваца ипак није била да предвиди могућност ослобођења од казне и за случајеве када спречавање извршења кривичног дела од стране правног лица није било добровољно већ је квалификатив добровољности изоставио у намери да на тај начин пружи могућност за шире тумачење овог појма и тиме обезбеди већи простор за његову примену када је реч о одговорности правног лица за кривично дело,²² а што је сасвим у складу са једним од полазних ставова савременог кривичног права да суд приликом одлучивања о казни треба у обзир да узме не само зло које је настало извршењем кривичног дела, већ и позитивна ангажовања учиниоца која су резултирала изостанком забрањене последице.

III

Узевши у обзир све напред наведено долазимо до закључка да „рефлектована“ одговорност правних лица за кривична дела која је уве-

22 Слично је и код института стварног кајања (члан 58 став 3 КЗ РС) код кога законодавац такође не ставља квалификатив добровољности. Види више о томе: Н. Делић, „Поравнање учиниоца и оштећеног као основ за ослобођење од казне“, у: *Казнено законодавство: ипројесивна или рејресивна решења*, Београд, 2005, стр. 294–295.

дена у наше право по својој природи није кривичноправна одговорност у смислу одговорности физичког лица јер се, као што смо видели, не заснива на кривици правног лица.²³ Осим тога, и сама конструкција урачунавања кривице одговорног лица правном лицу као и могућност да правно лице одговара за кривично дело и без утврђене кривице одговорног лица – тзв. претпостављена кривица је неспојива са начелом кривице у кривичном праву.

И поред тога што се у теорији изричито наглашава да је доношењем посебног закона о одговорности правних лица за кривична дела формирано тзв. специјално кривично право за правна лица²⁴ ипак стоји чињеница да ЗОПЛКД представља део кривичног законодавства у ширем смислу и да би се стога могло рећи да је његовим доношењем у одређеној мери извршено модификовање кривичног права, за шта, како се сматра, постоје и више него оправдани криминалнополитички разлози.

Дато стање „дисбаланса“ настало је услед тога што је законодавац приликом израде самог закона ишао, могло би се рећи, „линијом мањег отпора“ и, у великој мери занемаривши критеријум компатибилности, у наше право можда чак и „исувише ревностно“ имплементирао одредбе одговарајућих међународних докумената, што су истину говорећи, као једноставније решење, учиниле и остале европске државе.

Друга могућност која је пак, постојала приликом нормативног уређења ове области била је евентуално увођење аутономне субјективне одговорности правних лица која је концепцијски развијена у праву САД, а први пут нормирана 1995. године у аустралијском праву.²⁵ Међутим, јасно је да ни прихватање ове концепције не би могло да представља пуко „пресликавање“ датих решења, јер би, поред осталог, одговорност правних лица требало ускладити са психолошко-нормативним појмом кривице и утврдити критеријуме на основу којих би били одређени одговарајући облици понашања због којих би се правном лицу могао упутити социјално-етички прекор.

Најзад, можда могло се размишљати и у том правцу да се уложи одговарајући креативни напор и да се у оквирима међународних захтева, а по узору рецимо, на швајцарска решења из 2003. године,²⁶ конципира један потпуно аутохтони систем аутономне одговорности правних лица за кривична дела при чему би овакво решење у нормативном смислу

23 Z. Stojanović, R. Shine, *нав. дело*, стр. 44.

24 З. Стојановић, Д. Коларић, *нав. дело*, стр. 32–33.

25 Z. Đurđević, *нав. чланак*, стр. 742; M. Деисингер, M. Врховшек, *нав. дело*, стр. 132–135.

26 Z. Đurđević, *нав. чланак*, стр. 743.

сигурно било најзахтевније и претпостављало стварање потпуно нових кривичноправних категорија које би формирале нове облике одговорности правних лица.²⁷

Nataša DELIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

A FEW REMARKS ON THE CONDITIONS OF LIABILITY OF LEGAL ENTITIES FOR CRIMINAL OFFENCE

Summary

In this paper the author critically examines a number of provisions of the general part by the Act on the Liability of Legal Entities for Criminal Offences which entered into force in year 2008. Special attention is paid to issues of the basis and the limits of liability of legal entities for criminal offence. In given context, the author opens a question of relation of relevant legal provisions and principles of individual responsibility – a principle of which impregnates one of the most important principles of criminal law. At the end of the work, certain final concluding observations and stances of the author in respect of this very interesting issue are given.

Key words: *Act on the Liability of Legal Entities for Criminal Offences, the conditions of liability of legal entities for criminal offence, legal entities, criminal offence.*

27 Упореди: М. Деисингер, М. Врховшек, *нав. дело*, стр. 75–83. Види такође: Ђ. Ђорђевић, „Одговорност правног лица у казненом праву и превенција криминалитета“, у: *Казнено законодавство и превенција криминалитета*, Београд, 2008, стр. 162–163.

др *Игор* ВУКОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КОЛЕГИЈАЛНО ОДЛУЧИВАЊЕ И КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ*

Резиме

*Проблематика кривичне одговорности чланова колеџијалних тела, као што су ујавни одбори или судска већа, последњих деценија све више добија на значају. Овде је актуелно неколико питања, од којих је најинтересантније оно које се тиче каузалности. Наиме, узрочност се у кривичном праву утврђује путем *conditio sine qua non* формуле: радња представља узрок последице, ако последица без радње не би ни настала. Ако сад то применимо на колеџијално одлучивање, тас свакој појединој члана одбора, да би био каузалан, мора бити нужан за доношење одлуке. Осим уколико се може доказати да су чланови одбора деловали умишљајно као саизвршиоци, што није вероватно, суд би се нашао пред моћним аргументом свакој окривљеној да његов тас није био нужан за доношење одлуке, јер је потребна већина већ била обезбеђена осталим тасовима. Због тога неки аутори предлажу да би чланове тела моли смањити изв. нехатним саизвршиоцима, што представља решење које је према српском праву моћно (чл. 33 Кривичног законика), али које ошвања низ питања. Чланак се бави различитим проблемима који доичу материју каузалности и саизвршилаштва у материји колеџијално одлучивања.*

Кључне речи: *колеџијално одлучивање, већинско тасање, алтернативна каузалност, саизвршилаштво, нехатно саизвршилаштво.*

* Чланак је настао као резултат рада на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ“ (2011).

Питање кривичне одговорности чланова колегијалног органа у погледу одлука које овај доноси – последњих деценија представља све заступљенију тему у литератури. То не треба да изненади. Интензиван развој привреде и све већи друштвени и економски значај извесних опште-опасних активности без којих је савремени живот тешко замислив (нуклеарна енергија, саобраћај) указују да је могући утицај привредних субјеката на потенцијалне објекте кривичноправне заштите све израженији. То се у судској пракси европских држава доскора углавном односило на проблематику кривичне одговорности произвођача за штетне производе. Међутим, и у другим областима је могућност кривичноправно релевантних штетних дејстава делатности привредних субјеката замислива и реална (заштита животне средине, право грађења). Штавише, проблематика колегијалног одлучивања превазилази одговорност за одлуке предузећа, те се може тицати и одлучивања у државним органима или судским телима. При томе, ту се не мисли на кривичну одговорност правних лица, што је одскоро могуће и према српском праву,¹ већ на индивидуалну кривичну одговорност чланова органа, где се одлуке редовно доносе колективно, према принципу већинског одлучивања.

Круг потенцијалних кривичноправних проблема у сфери колегијалног одлучивања дотиче три групе питања:² питање каузалне везе индивидуалног гласа и противправне колегијалне одлуке, питање квалитета саучесничког доприноса појединог гласача и на концу питање места доношења противправне колегијалне одлуке унутар стадијума кривичног дела. У следећим излагањима ћемо указати на основне правце актуелне кривичноправне аргументације у овој материји.

I Проблематика каузалности

Појмимо од следећег показног примера који ће нам оцртати границе проблема на плану каузалности. Управни одбор једног акционарског друштва који чини пет чланова доноси одлуку да испусти своје отпадне воде у реку која пролази поред погона друштва. Ако се покаже да је овом штетном мером остварен законски опис неког кривичног дела, у нашем примеру рецимо загађења животне средине (чл. 260

1 Вид. Закон о одговорности правних лица за кривична дела (*Службени гласник РС*, бр. 97/2008).

2 Посебна проблематика идентификовања одговорних лица у правном лицу који су према принципу поделе рада кривично одговорни – остаће овом приликом ван нашег разматрања.

Кривичног законика)³, најједноставнија ситуација била би она у којој сваки глас представља *conditio sine qua non* штетне одлуке. Ту се може направити разлика према томе да ли се одлуке у колегијалном органу доносе једногласно или већински. Када се ради о колегијалним органима, *већинско одлучивање*, било да се ради о простој или квалификованој већини, представља правило. То важи и у констелацијама одлучивања у привредним друштвима, сличним нашем примеру. Наиме, ако оснивачким актом или статутом није другачије уређено, одлука управног одбора акционарског друштва је донета ако се за њу изјаснила већина присутних чланова (чл. 319 ст. 2 Закона о привредним друштвима).⁴ Дакле, ако су у нашем примеру за одлучивање о испуштању отпадних вода била довољна три гласа чланова управног одбора, најмање спорна ситуација постоји ако је однос гласова био управо 3:2. Тада је сваки од гласова „за“ одлучан за доношење штетне одлуке,⁵ јер се према теорији еквиваленције и *conditio sine qua non* формули не може изузети, а да доношење одлуке не отпадне.⁶ Исто би важило и ако је одлука у конкретной ствари захтевала *једногласно одлучивање*, нпр. ако су одлуку о испуштању отпадне воде донели ортаци, а није у питању редовна делатност ортачког друштва.⁷ Ако је свако од петорице ортака гласао „за“, глас сваког од њих био је нужан за коначну одлуку, јер да је глас било којег ортака био другачији, штетна одлука не би ни била донета. У оба случаја се ради о типичним констелацијама тзв. *кумулятивне каузалности*,⁸ где ниједан појединачни услов тј. глас није довољан да самостално произведе жељени исход (већинску одлуку), већ резултат наступа тек кумулативним деловањем свих садејствујућих услова.

Проблем наступа ако је за одлуку у конкретном случају била довољна проста већина гласова (3:2), али где је одлука донета већим бројем гласова од прости већине (4:1, 5:0). Тада се сваки од чланова управног одбора чији је глас обезбедио већину може бранити тиме да његов глас у конкретном случају није био каузалан, јер би одговарајућа одлука била донета и без њега. Јер, ако *conditio*-формула подразумева

3 Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – исправка, 107/2005 – исправка, 72/2009, 111/2009, у даљем тексту КЗ).

4 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004, у даљем тексту ЗОПД). Вид. такође чл. 63 ст. 1 ЗОПД у погледу ортачког друштва, или чл. 162 ст. 2 ЗОПД у погледу друштва са ограниченом одговорношћу.

5 Како већинску одлуку заснивају само гласови „за“, потпуно је свеједно да ли су остали гласови „против“ или „уздржани“ (Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2009, стр. 86).

6 Игор Вуковић, „Примена теорије еквиваленције у кривичном праву – поједина питања“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2006, стр. 48.

7 Вид. чл. 63 ст. 1 ЗОПД.

8 И. Вуковић, *нав. чланак*, стр. 54–57.

да је одређени чинилац довео до одређеног исхода, онда се тај чинилац може сматрати условом датом исхода само уколико би без његовог утицаја резултат остао непромењен. Како би и без посматраног гласа већинску колективну одлуку обезбедили гласови других чланова одбора, применом принципа *in dubio pro reo* каузална веза сваког појединог позитивног гласа и штетне одлуке морала би се негирати. Интуитивно, овај аргумент можда не изгледа смислено, јер нам уобичајене представе о узрочности говоре да је позитиван глас сваког члана управног одбора у датом случају био каузалан за доношење одлуке. Осим тога, такво решење се показује и као логички и криминално-политички неприхватљиво, тим пре што, како смо видели, одлука донета минималном већином не представља проблем на плану каузалности. Због тога влада сагласност да сличну аргументацију не треба прихватити, иако са различитим образложењима.

Једно објашњење гласање у колегијалним телима сматра варијантом *кумулятивне каузалности*. „Констелације одлучивања у гремијумима су упоредиве са случајевима, у којима сваки учинилац ставља дозу отрова у чашу, која сама још не делује смртоносно, већ у комбинацији са давањима других учинилаца. Исто је и овде: сваки глас сам по себи није делотворан узрок, он тек заједно са другим гласовима развија њихову делотворност.“⁹ Тачно је да ове ситуације налице кумулативној каузалности. Међутим, неспорна примена *conditio*-формуле у случајевима колегијалног одлучивања могућа је само у претходно наведеним ситуацијама када је сваки глас заиста био нужан за доношење већинске одлуке.¹⁰ Онда када је број гласова фактички премашео неопходну већину, закључивање да се ради о подврсти кумулативне каузалности заказује, иако начелно стоји да изврстан степен упоредивости наведених констелација заиста постоји.

Друго решење¹¹ проблем каузалности решава модификујући саму *conditio*-формулу, односно сматрајући да је радња сваког члана одбора каузална јер се не утврђује узрочна веза са последицом, већ са *последницом у конкретном садржају*. У супротном се не би могао избећи аргумент сваког убице, да његова радња усмрћења није била каузална, јер би због опште познате људске смртности – жртва кад тад преминула. Тачно је да би последица и без његове радње некада наступила, али не би наступила *на тај начин и у том тренутку*. Примењено на наш пример, то би значило да у случају односа гласова 4:1 не би било могуће тврдити

9 Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München, 2006, стр. 359.

10 Слично Lars Röh, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1995, стр. 48.

11 Нпр. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, стр. 241.

да другачији појединачни глас не би утицао на исход коначног гласања (3:2), зато што 3:2 јесте већина која је другојачија од већине 4:1. Питање је да ли се тиме нешто добија. Већинска одлука са већином 3:2 је такође већинска одлука, тако да остаје отворено да ли је тиме васпостављена каузална веза.¹² Суштински, пошто *conditio*-формула узрочност посматра искључиво као логички однос (ако → онда), уношење критеријума „последнице у конкретном садржају“ има задатак само да искључи каузално деловање појединих услова које смо непосредно заинтересовани да искључимо. Ако као посматрани услов убацимо какав други, али овај пут неодлучан услов – нпр. да је приликом спорног гласања председавајући био у припитом стању или да је један од чланова дошао у мајици са кратким рукавима – такав конкретан садржај је такође потпуно другачији од оног без наведених услова.¹³ Да ли су онда и ти услови у односу на већинско одлучивање били каузални? Сам критеријум „конкретног садржаја“ показује се заправо као садржајно испразан.¹⁴

Највећи број аутора колегијално одлучивање сматра констелацијама тзв. *алтернативне (двосјруке, вишесјруке) каузалности*.¹⁵ Наиме, код алтернативне каузалности поједини услови се могу алтернативно, али не и кумулативно изузети, а да последица не наступи.¹⁶ Ситуације алтернативне каузалности није могуће адекватно објаснити преко *conditio sine qua non* формуле, па се у литератури оне сматрају изузетком од теорије еквиваленције.¹⁷ Односно, иако применом основне *conditio*-формуле испада да испитивани услов није био каузалан, каузалност се ипак потврђује допуном: од више услова који се истина алтернативно, али не и кумулативно могу изузети, а да последица не отпадне, узима се

12 Слично Teresa Rodríguez Montañés, „Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen“, у: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin – New York, 2001, стр. 312.

13 Слично Eric Hilgendorf, „Zur Lehre vom ‘Erfolg in seiner konkreten Gestalt‘“, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, бр. 11/1995, стр. 524.

14 Ingeborg Puppe, „Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel“, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, бр. 10/2010, стр. 559.

15 Тако Sonja Dreher, „Mittelbare Unterlassungstäterschaft und Kausalität bei kollektivem Unterlassen“, *Juristische Schulung*, бр. 1/2004, стр. 17, U. Kindhäuser, *нав. дело*, стр. 86, Kristian Kühn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München, 2002, стр. 32, Karl Lackner, Kristian Kühn, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Auflage, München, 2001, стр. 58.

16 А испаљује на Б смртоносни хитац у главу, док истовремено смртоносни хитац у срце на Б испаљује и В. Ако искључимо радњу лица А, смрт ипак наступа радњом лица В. Исто важи и ако испитујемо радњу лица В. Дакле, испада да ниједна радња није проузроковала смрт лица Б, јер ниједна није утицала на наступање последице.

17 Тако нпр. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичној законика*, Београд, 2006, стр. 62.

да је сваки од тих услова за наступање последице био каузалан.¹⁸ То би се по овом схватању имало применити и на спорне ситуације колегијалног одлучивања: гласови „за“ могу се појединачно али не и кумулативно изузети, а да доношење одлуке не отпадне.¹⁹ Пошто се и овде ради само о модификацији *conditio*-формуле, која не узима за оквир стварну каузалност, већ подлеже логичком испитивању квалитет хипотетичке везе, и овде као у случају последице у „конкретном садржају“ наилазимо на непремостив проблем у разликовању стварних и других каузалних фактора. Зашто у оне чиниоце које кумулативно потискујемо узимамо само гласове, а не и друге околности, као нпр. малопре поменути припитост председавајућег или боју његовог одела?²⁰ Ми то чинимо зато што у ствари полазимо од претходне претпоставке да су само гласови били каузални; претпоставке коју применом модификоване *conditio sine qua non* формуле тек треба доказати, чиме опет западамо у логички неприхватљив *petitio principii*.

До потврђивања каузалности није неопходно ићи искључиво преко *conditio sine qua non* формуле. Значајан број аутора као полазиште узима Енгишево /*Engisch*/ учење о *закономерном услову*, где се каузална веза не испитује логички, већ на темељу људског искуства и сазнања о природним каузалним законитостима.²¹ Одлучно је да ли каква последица као обележје бића временски следи након радње и да ли је са њом према познатим природним законима повезана.²² Тиме се избегава хипотетичко испитивање које у случајевима алтернативне каузалности, како смо већ видели, води сумњивим резултатима.²³ Према овом решењу, на први поглед, једноставно је утврдити каузалну везу сваког појединог гласа са исходом гласања, јер је сваки глас био састојак већинске

18 Вид. И. Вуковић, *нав. чланак*, стр. 58.

19 Тако нпр. изричито U. Kindhäuser, *нав. дело*, стр. 86.

20 T. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 312.

21 Учење о *закономерној вези* не може потпуно да замени *conditio*-формулу, али представља њен темељ и објашњење. *Conditio*-формула је заправо само помоћно средство утврђивања *закономерне каузалне везе* у кривичном поступку (Eric Hilgendorf, „Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle“, у: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, стр. 705).

22 „Једно понашање... се показује онда као узрочно за једну конкретну (позитивну) последицу, омеђену одређеним бићем кривичног дела, када су се на понашање надовезале промене у спољном свету, које за њим временски следе, које су са понашањем и узајамно у њиховом следу биле (природно) *закономерно повезане*, и које су се уиле у ма који саставни део конкретног чињеничног стања који је према кривичном закону омеђен као последица“ (Karl Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, стр. 21).

23 Слично Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien – New York, 1994, стр. 125.

одлуке и као такав њен закономеран услов.²⁴ Такво решење међутим само је привидно, јер је тврђење о постојању стварне везе без логичког објашњења непотпуно. То показује и ранија напомена²⁵ да је *conditio*-формула и овде помоћно средство, које треба да потврди постојање стварне везе. А овај задатак, како смо међутим видели, *conditio*-формула не може да испуни у случајевима алтернативне каузалности, нити у основном, нити у неком модификованом облику.

Узевши за полазиште схватање о закономерном услову, нови приступ решавању проблема каузалности у кривичном праву, а нарочито у материји колегијалног одлучивања, нуди тзв. *учење о довољном минималном услову*, чија је заступница Пупе /Puppe/. За разлику од теорије еквиваленције која мисаоним изузимањем посматраног услова утврђује да ли је он био нужан за наступање последице, овде се најпре реконструише узрочни ток према општим каузалним законима и ставовима искуства. Ако се у том каузалном току налази извесно људско понашање, онда се испитује да ли каузално објашњење последице према утврђеним општим законима и искуственим ставовима остаје логично и без посматраног понашања. Свако каузално објашњење треба да садржи само стварне чињенице које претходе последици и које према општим законима представљају довољан услов за њено наступање. Овде се међутим ово схватање одваја од учења о закономерном услову. Довољан услов за наступање последице не треба да обухвати сувишне чињенице, чиме се спречава да се у довољном услову поједини појединачни узроци вишеструко појављују. Реч је дакле о минималном услову за наступање последице. Другим речима, појединачни узрок треба да буде *нужни састајак једној, према оштим емпиријским законима довољној и стварној минималној услова*.²⁶ У нашем примеру, поступак утврђивања каузалности појединачног гласа утврђивали бисмо на следећи начин. Констатовали бисмо најпре општу законитост да се одлука у колективном органу доноси већином гласова. У случају нашег петочланог тела, то подразумева три гласа, што представља минимални услов за већинску одлуку. Сада бисмо узели гласаче А, Б и В и утврдили да су њихови гласови довољни за већинску одлуку. Ако сада замислимо да А није гласао, видећемо да већинска одлука више неће бити могућа, да је глас лица А нужан састајак већинске одлуке и тако у односу на њу каузалан. Питање како би гласали Г и Д не смемо узети у обзир, јер се

24 Тако К. Kühl, *нав. дело*, стр. 693.

25 Вид. подбелешку бр. 21.

26 Ingeborg Puppe, „Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, бр. 4/1980, стр. 875, Ingeborg Puppe, у: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.) *et al.*, *Nomos Kommentar. Strafrechtsgesetzbuch. Band 1*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2005, стр. 356–357.

више не би радило о минималном услову.²⁷ Овај нови теоријски концепт смислено објашњава проблематику каузалности када се ради о спорним случајевима колегијалног гласања, па је зато код једног броја аутора ово објашњење наишло на одобравање.²⁸ Иако нам аргументација учења о довољном минималном услову делује врло убедљиво, са потенцијалом да постане полазни критеријум утврђивања узрочне везе у кривичном праву уопште, уврежено разумевање *conditio sine qua non* формуле као уобичајеног, традиционалног и „комотног“²⁹ мерила – отежава њено евентуално напуштање. Даље упуштање у консеквенце Пупиних идеја превазилази оквире наше теме, али можемо закључити да би довољни минимални услов могао представљати полазни концепт објективног урачунавања у материји колегијалног одлучивања.

II Проблематика саизвршилаштва

Спорне констелације колегијалног одлучивања на плану каузалности могуће је елегантно избећи преко института *саизвршилаштва*. Битна карактеристика саизвршилаштва, која важи само за овај облик саучесништва у ширем смислу, јесте *међусобно урачунавање доприноса свакој појединој саизвршиоца другим саизвршиоцима* на темељу заједничке одлуке о делу.³⁰ Ако су два лица, примера ради, по претходном договору заједнички извршили разбојништво, тако што је један држао жртву, а други извлачио новчаник из унутрашњег џепа жртвине јакне, неће један одговарати само за принуду, а други само за крађу, већ ће обојица бити одговорни као саизвршиоци у разбојништву. Допринос оног другог тада ће се урачунати првом и обрнуто.

Тим путем је ишла немачка судска пракса у познатом случају „спреја за кожу“ (*Lederspray-fall*)³¹. Наиме, фирма *Erdal* је између осталог производила и спреј за заштиту коже на ципелама и другим одевним предметима. Показало се да су поједини потрошачи имали штетне последице по здравље. На седници на којој се одлучивало о евентуалном повлачењу спорног производа са тржишта, одбор је једногласно одлучио да производ не повуче, иако је за доношење одлуке била довољна

27 Ingeborg Puppe, *Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, стр. 71.

28 Нпр. Lothar Kuhlen, „Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung“, *Juristenzeitung*, бр. 23/1994, стр. 1146, Т. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 314, 317.

29 Ingeborg Puppe, „Wider die fahrlässige Mittäterschaft“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, бр. 2/2004, стр. 142.

30 Вид. нпр. Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, стр. 675.

31 Одлука Врховног суда Немачке, BGHSt 37, 106.

обична већина.³² Да би избегао приговоре појединих окривљених да њихово гласање према *conditio sine qua non* формули није било каузално за последицу, суд је пре испитивања каузалности закључио да се ради о саизвршиоцима, да би након тога применио *conditio*-формулу тако што је сабрао све позитивне гласове и утврдио да би последица отпала када би се сви ови гласови изузели. Тако је изведен закључак да је гласање било каузално у односу на одлуку о неповлачењу производа са тржишта и на крају оштећење здравља једног броја потрошача. Дакле, поједини члан одбора није саизвршилац зато јер је његов глас био каузалан за противправну одлуку, него је обрнуто његов глас због тога каузалан јер је саизвршилац, па му се доприноси других саизвршилаца урачунавају као његови. Након тога, остаје још само да се за овај заједнички услов утврди да без њега одлуке не би ни било, да би закључак о каузалној вези био потпун.³³

Оваквом решењу је најпре замерено да поступак који оно подразумева није методолошки исцрпан. Претпоставка закључка да се уопште ради о саизвршилачком доприносу јесте између осталог и утврђивање да ли је радња појединог учесника била каузална у односу на последицу.³⁴ То се овде пренебрегава једним претходним тврђењем да се ради о саизвршилаштву. Поступак би требало да буде обрнут: прво би се утврђивао појединачни допринос сваког појединог учесника, а тек након тога, између осталог и на основу квалитета учињеног доприноса, имало би се ценити о којем облику саучесништва у кривичном делу се ради. То уосталом, рекло би се, претпоставља и српска одредба о саизвршилаштву, која допушта да саизвршилаштво заснује и допринос који не представља предузимање радње извршења, ако се ради о *бијном доприносу*.³⁵ Дакле, закључак суда о томе да ли се допринос појединог учесника може оценити као битан, има одлучујући значај на то да ли ће се овај допринос означити као саизвршилачки или рецимо помагачки. А утврђивање доприноса између осталог подразумева испитивање његове каузалности у односу на учињено дело.³⁶ Не само што је у питању *circulus vitiosus*, него нас претходно закључивање да се ради о саизвршилаштву онемогућава да стварни допринос делу према

32 Вид. детаљно нпр. Lothar Kuhlen, „Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, бр. 12/1990, стр. 566, Joachim Schmidt-Salzer, „Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH“, *Neue juristische Wochenschrift*, бр. 47/1990, стр. 2966.

33 Ingeborg Puppe, „Der gemeinsame Tatplan der Mittäter“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, бр. 6/2007, стр. 239.

34 Тако I. Puppe, *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, стр. 70.

35 Вид. чл. 33 КЗ.

36 I. Puppe, „Wider die fahrlässige Mittäterschaft“, стр. 131, L. Röh, *нав. дело*, стр. 47.

околностима вреднујемо и само као саучеснички (подстрекачки или помагачки).

Слажемо се да констатовање саизвршилаштва пре испитивања каузалности сваког појединог доприноса није методолошки ваљано. Ипак, треба нагласити да каузалност појединог доприноса начелно није услов саизвршилаштва према нашем позитивном праву, с обзиром да чл. 33, који регулише саизвршилаштво, говори само о битном, али не и нужно о каузалном доприносу саизвршиоца као учесника. Заиста, редовно је допринос саизвршиоца *сīваран* и каузалан у односу на последицу дела. Реч је о тзв. *ex post* каузалности, када је познато шта је ко од учесника заиста допринео успеху дела. Међутим, изузетно треба допустити саизвршилаштво и ако је каузалност била само *пошеницијална*. То су оне ситуације где сваки поједини саизвршилац пружа свој допринос, али где од случаја зависи да ли ће допринос бити и каузалан. Реч је о тзв. *адитивном саизвршилашћиву*. Тако су сва 23 убода завереника против Цезара били потенцијално каузални, иако је само један од њих могао бити смртоносан.³⁷ Важно је нагласити да је допринос стваран, а не потенцијалан.³⁸ Оно што је потенцијално јесте само каузалност доприноса у односу на последицу дела према суду учиниоца у време дела (*ex ante*). Тако нешто постоји и у случају колегијалног гласања. Сваки појединачан глас „за“ одлуку имао би саизвршилачку тежину, јер је *ex ante*, у време самог гласања – сваки појединачан глас могао да буде одлучан за образовање већине приликом одлучивања.³⁹

Оно што даље усложњава решавање колегијалног гласања преко института саизвршилаштва тиче се чињенице да поједини чланови колективног органа не морају деловати и гласати искључиво на основу каквог *ирејходној заједничкој ѿлана*. Таквог заједничког плана, штавише, редовно нема, или се исти не може у поступку доказати. Чак и ако би се утврдило да заједничка одлука о гласању на одређени начин и

37 I. Puppe, „Der gemeinsame Tatplan der Mittäter“, стр. 241.

38 Зато се не би радило о саизвршиоцима ако од случаја зависи не само успех доприноса, него и сам допринос. Према једном ширем тумачењу критеријума *ex ante*, допринос појединог учесника као саизвршилачки имао би се вредновати према очекивањима у време дела, независно од тога да ли ће одвијање дела показати да је конкретно ангажовање појединог учесника према околностима можда било и непотребно (слично Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, стр. 87). Тако Роксин наводи пример крадљивца који у извршење полази заједно са боксером, како би овај, у случају да буду откривени, могао да реагује и да применом своје вештине осигура плен. И ако се очекивање покаже као погрешно и дело остане неоткривено, те боксер ни не примени своју вештину, не би га сматрали само помагачем већ саизвршиоцем, јер се у време вршења (а не након) дела функција боксеровог очекиваног доприноса показује као одлучна за његов успех.

39 Тако T. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 322.

постоји, то још увек не мора да имплицира одговорност за умишљајно кривично дело, с обзиром да се умишљај и нехат увек испитују у односу на крајњу последицу као обележје бића конкретног деликта. То се уосталом показало и у наведеном случају „спреја за кожу“, где су учиниоци одговарали за нехатна оштећења здравља крајњих корисника производа. Дакле, неретко ће одлука колегијалног органа за исход имати последицу која се не може приписати умишљају, већ нехату појединих његових чланова.

Нехатно саизвршилаштво није институт непознат у кривичном праву, јер га допуштају многа законодавства,⁴⁰ а наилази и на све одважније прихватање у теорији.⁴¹ Оно што оправдава постојање саизвршилаштва јесте управо тешња повезаност његових актера у заједничком кривичном подухвату. Управо то је оно што допушта тако драстичну конвенцу каква је урачунавање међусобних доприноса. Јер, у супротном, ако такав облик повезивања недостаје, увек преостаје могућност да такве „неподобне“ саизвршиоце сматрамо *самосијалним извршиоцима*, где ће сваки од њих, сходно основним постулатима кривичне одговорности, одговарати према властитом доприносу и мери властите кривице.

Нехатно саизвршилаштво допушта и *српско кривично право*. Наиме, према чл. 33 КЗ, ако више лица учествовањем у радњи извршења са умишљајем или из нехата заједнички изврше кривично дело, или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела, свако од њих казниће се казном прописаном за то дело. Дакле, саизвршилаштво је начелно могуће и ако се ради о нехату, али само под условом да је реч о заједничком учествовању у радњи извршења. Ако ово недостаје, ако један од учесника не предузима макар делимично радњу извршења, саизвршилаштво неће бити могуће без умишљаја, остварења заједничке одлуке и бит-

40 У европској литератури је познат случај из швајцарске судске праксе тзв. „котрљајућег камења“ (*rolling stones*, одлука Врховног суда Швајцарске, BGE 113 IV 58). Два човека су на основу заједничке одлуке закотрљали по један повећи камен низ једну падину, не погледавши да ли се испод литице неко налази. Испод се налазио један пецарош који је смртно погођен једним од два камена. Ко је од двојице закотрљао управо тај камен – није се могло утврдити. Швајцарски Врховни суд је закључио да се ради о нехатним саизвршиоцима, тако да је понашање једног урачунао другом, дошавши тако до решења и на плану каузалности, јер без оба камена смрт не би ни наступила (вид. нпр. Walter Gropp, „Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung – miteinander oder nebeneinander“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, бр. 5/2009, стр. 265).

41 Нпр. Joerg Brammsen, „Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern“, *Juristische Ausbildung*, бр. 10/1991, стр. 537, Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, стр. 176, Harro Otto, „Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht“, у: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, стр. 104, T. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 326, C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, стр. 97.

ног доприноса. Како ово заједничко учествовање у радњи извршења може да изгледа видели смо на примеру разбојништва са почетка овог одељка. Ту нехатно учествовање и није било могуће. Или је постојао претходан договор саизвршилаца да ће један да примењује принуду а други да одузима, или ће се за време дела догодити њихова вербална комуникација којом ће један другог подржати и тако постати сукцесивни саизвршиоци. У оба случаја, међутим, обојица ће бити умишљајни саизвршиоци разбојништва. Дакле, некада од природе дела које се врши и степена повезаности у његовом заједничком остварењу зависи да ли је конструкција нехатног саизвршилаштва уопште могућа.

Који је то онда минимум који нехатно саизвршилаштво подразумева на објективном и субјективном плану? На објективном плану, како смо на примерима већ видели, више лица врше какав заједнички подухват без заједничке одлуке о кривичном делу и плана о подели послова. Какав је, међутим, то заједнички подухват и које су његове објективне границе, ако нема умишљаја? Нехат нема никакву кохезиону снагу која може да надомести овај објективни недостатак, а да остане дејство урачунавања међусобних доприноса. Штавише, показује се да се субјективни елемент саизвршилаштва, свест о заједничком деловању, без умишљаја своди на *свест о њолом њредузимању радње*. У школском примеру, где двојица непажљиво бацају греду са балкона, претходно не погледавши да ли се испод балкона неко налази,⁴² једино чега су они свесни јесте то да заједно бацају греду. Али, овде каузалност заједничке радње није спорна као у констелацијама изгласавања какве противправне одлуке. Како би нехатно саизвршилаштво уопште имало да изгледа у случајевима колегијалног одлучивања? Ни овде према заступницима овог решења не би био неопходан изричит договор. Доволна би била „невербална комуникација ‘успостављене узајамне свести‘“, дакле обичан *њрећујни дојовор*.⁴³ Али, шта то заправо значи? Док код појединачног јавног гласања и може да се говори о некаквом невербалном образовању заједничког става угледањем на то како подижу руку „највићенији“ чланови органа, тако нешто не постоји код тајног гласања. Ту појединац може само да се нада да ће други гласати на овај или онај начин. Ту постоји највише једно унутрашње саглашавање са истим гласовима других.⁴⁴ Због изнетих разлога, потенцијалну каузалност *није мојуће* само пренети на терен нехатног саизвршилаштва. Раз-

42 Сличан пример вид. Мирослав Ђорђевић, *Практикум за кривично ѡраво. Оишии гео*, Београд, 1979, стр. 174.

43 Тако нпр. заступник решавања спорног колегијалног одлучивања преко нехатног саизвршилаштва Christoph Knauer, „Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen bei Nichterbeiführung eines Beschlusses des SED-Politbüros“, *Neue juristische Wochenschrift*, бр. 43/2003, стр. 3103.

44 С правом I. Puppe, „Wider die fahrlässige Mittäterschaft“, стр. 134.

лог допуштања критеријума *ex ante* у материји саизвршилаштва јесте заједнички план о делу, на темељу којег његови спроводиоци не само да свешћу обухватају потенцијалне доприносе других, већ актере плана повезује и заједнички циљ – остварење кривичнога дела. А такав циљ без умишљаја није могућ.

На другој пак страни, морају се узети у обзир и извесне особениости *процеса колективног одлучивања*. У редовним ситуацијама када више лица заједно остварује кривично дело, нпр. заједнички врши разбојништво у банци, дело начелно може остварити и свако појединачно (банку може похарати и само један наоружани учинилац), али се најчешће због поделе послова (један наоружан држи службенике под паском, други убацује новац у врећу, трећи чека са упаљеним возилом) и процене веће вероватноће успешног подухвата, појединци повезују у групу која заједнички врши кривично дело. У сваком случају, док је у уобичајеним случајевима саучесништва дело редовно могао да учини и појединац, таква могућност по дефиницији *изостаје* код колегијалног одлучивања. Овде поједини члан органа нити има надлежност нити способност да сам донесе одговарајућу одлуку уместо колективног органа.⁴⁵ То члана не чини аутоматски саизвршиоцем, нити некаквим нужним саизвршиоцем, али представља извештан степен неопходног повезивања који, уз остале околности, може имати значај приликом закључка о облику учествовања у делу. Утолико, колегијална одлука је увек *заједничка одлука*, али не у смислу заједничке одлуке о којој говори чл. 33 КЗ. Та заједничка одлука која представља темељ умишљајног саизвршилаштва подразумева реализовање криминалног плана што претходи процесу колегијалног одлучивања. Због тога, не можемо већ на основу чињенице да је одређено тело изгласало какву противправну одлуку извући закључак да је реч баш о остварењу заједничке одлуке као једном од услова саизвршилаштва.

III Проблематика стадијума кривичног дела

Спорне констелације колегијалног гласања могуће је посматрати и из перспективе стадијума кривичног дела, и то вишеструко. Најпре, само гласање могуће је посматрати као својеврсни процес, који се заправо окончава утврђивањем исхода гласања. Поједини аутори компликације на плану каузалности покушавају да реше уважавајући *динамику колегијалног одлучивања и самог процеса гласања*. Особеност одлучивања у колективном телу јесте управо то што правна дејства производи само оно што представља исход гласања, а никако појединачан

45 Т. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 309.

глас. У том смислу, појединачно учествовање у гласању јесте увек само својеврсно припремање,⁴⁶ где тек последња радња збрајања гласова и њиховог обелодањивања више није нешто интерно, већ представља екстернализацију односно извршење дела. Само је тај тренутак правно релевантан, јер пре њега ни не постоји одлука у смислу изјаве воље органа.⁴⁷ То се пак чини *истиовремено* у односу на све гласаче. „Ако је сагласно више лица него што је за прихватање захтева неопходно, пословници већином не предвиђају да би гласове требало бројати само до већине, а да су у односу на остатак лица чији глас већину превазилази безуспешно покушала да саучествују у образовању већине – него да се сви гласови имају сабрати и већина утврдити као једна *нагусловна већина*.“⁴⁸ Дакле, и када би се гласало појединачно и прозивком, где би дакле било могуће закључити да већина постоји и пре него што је само гласање окончано, сам поступак одлучивања подразумева да одлука постоји у правном свету тек када испуњеност услова за њено правно важење буде екстернализована, а када се више квалитет појединог гласа не може негирати тврђењем да би и други гласови „обавили посао“.

Можемо се сложити да одвијање процеса гласања и природа колегијалног одлучивања не смеју бити занемарени. Штавише, на неопходност анализе стадијума гласања у контексту укупног *iter criminis*-а упућује и могућност његовог различитог места унутар таквог „криминалног пута“ у односу на конкретно законско биће. Наиме, ту је најпре могуће замислити да је већ изгласавање какве противправне одлуке *радња извршења* једног кривичног дела. Тако судије чланови ванрасправног већа (чл. 24 ст. 6 Законика о кривичном поступку) који одлучујући о жалби против решења истражног судије о одређивању притвора донесу незакониту одлуку,⁴⁹ изгласавањем такве одлуке непосредно извршавају кривично дело кршења закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика (чл. 360 КЗ). Сличне констелације можемо замислити и када се ради о привредним субјектима и одлукама њихових пословодних органа. Ипак, доношење какве противправне одлуке не мора нужно бити радња извршења кривичног дела. То уосталом показује и летимичан поглед на структуру одвијања једног криминалног дела у времену. На почетку овог пута налази се управо доношење одлуке о делу, за чим следе одговарајуће припреме за његово извршење. Због тога не изненађује да се одлука као

46 Günther Jakobs, „Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen“, у: *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, 1995, стр. 425.

47 Слично Т. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 317.

48 G. Jakobs, *нав. чланак*, стр. 426.

49 Одлука је и овде донесена када је за њу гласала већина чланова већа (вид. чл. 155 ст. 1 Законика о кривичном поступку).

таква, макар донета и колегијално, неретко не сматра чак ни стадијумом припремања, већ само „формалним доношењем заједничке одлуке о делу“.⁵⁰ Међутим, такав закључак је престрог. Колегијална одлука о делу ипак није израз воље једног субјекта, већ представља збир појединачних воља, дакле резултат повезивања више лица. А „договарање, планирање или организовање са другима извршења кривичног дела“ традиционално представља вид припремања.⁵¹ Због тога колегијално одлучивање представља бар *припремање дела*, где ће тек спровођењем одлуке бити остварена обележја бића одређеног кривичног дела. Тако, ако се одлука тиче одређеног производа и његових дејстава у односа на примера ради здравље потрошача, тек изношење таквог штетног производа на тржиште представљало би улажење у сферу кажњивог. Ту је одлучивање тек стварање услова за противправно дело, чије остварење не почиње све док је одлука само заведена у протоколу седнице. Истовремено, разматрање у сличним примерима одговорности гласача пре претходног испитивања одговорности стварних вршилаца радње, чак њихово називање саизвршиоцима – иако целисходно, делује заиста исхитрено и неутемељено.⁵²

Ова питања нису без значаја из перспективе српске одредбе о саизвршилаштву. Како смо видели, проблематика гласања у колективном телу и саизвршилаштва јесу испреплетане. Ако постоје назнаке да се постоји заједнички план да се противправно гласа и да је противправна одлука део таквог заједничког споразумева, нема сметњи да се и поред поменутих начелних приговора таквој методологији утврђивања кривичне одговорности, проблем каузалности „елегантно“ избегне закључивањем умишљајног саизвршилаштва са дејством урачунавања међусобних доприноса. Ако међутим таквих назнака нема, те гласачи делују самостално и независно један од другог, онда је у погледу евентуалних штетних последица такве једне противправне одлуке ближи закључак о нехатној одговорности појединог гласача. За саизвршилаштво из нехата, међутим, чл. 33 КЗ допушта само заједничко извршење из нехата *учествовањем у радњи извршења*. Други модалитет, саизвршилаштво учествовањем у делу на какав други начин што не представља радњу извршења – могућ је само ако се ради о умишљајним саизвршиоцима. Тиме се тумачење процеса гласања као учествовања у радњи извршења или у припремној радњи показује као одлучан критеријум од којег зависи решавање и заобилажење проблема каузалности. Ако изгласавање противправне одлуке представља радњу извршења онда

50 René Bloy, „Die strafrechtliche Produkthaftung auf dem Prüfstand der Dogmatik“, у: *Ge-rechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, стр. 54.

51 Вид. нпр. чл. 320 ст. 2 КЗ.

52 Такође Т. Rodríguez Montañés, *нав. чланак*, стр. 318.

према законском решењу нема препрека за васпостављање саизвршилаштва из нехата, и закључак да без свих саизвршилачких гласова за такву одлуку, она не би ни постојала. Ако је реч само о припремању, онда закључак о саизвршилаштву из нехата и не би био могућ, те је утврђивање кривичне одговорности таквих самосталних извршилаца могуће само редовним путем и претходним утврђивањем каузалности њиховог гласа. Ту каузалност међутим, утврђивали бисмо или применом модификоване алтернативне *conditio*-формуле, занемаривши изнете приговоре, или применом формуле о довољном минималном улову.

Igor VUKOVIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law

COLLEGIAL DECISION-MAKING AND CRIMINAL LIABILITY

Summary

*Over the past few decades, the issues of criminal liability of members of decision-making committees, such as boards of directors or even judicial collegial bodies, are receiving much attention in academic milieu. There are several particular questions that arise here, the first one dealing with the problem of causality. The usual method of establishing factual causation is the formula of the *conditio sine qua non*: the act is considered to be causal for the consequence, if the consequence would not have occurred but for the act. Applied to the voting by committees, to be causal – the vote of every member has to be necessary for the decision to be made. Unless it can be proved that the members of the committee acted intentionally as joint principals, which is hard to expect, the court could be faced with the argument of each defendant, that the vote was not causal, because it didn't make a difference if the sum of the other votes already passed the required majority. That is why some authors suggest that the members of the committee could be so-called negligent co-perpetrators, which is according to Serbian law (Art. 33 of the Serbian Criminal Code) legally possible, but open to doubts. The Article deals with different theories of causation and their application and relation to the matter of negligent co-perpetratorship.*

Key words: *collegial decision-making, majority voting, alternative causation, joint principals, negligent co-perpetratorship.*

**Тамара ГАЈИНОВ, мастер
асистент Факултета за европске правно-политичке студије
Универзитет Сингидунум**

ЕКОЛОШКИ КРИМИНАЛ И ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ*

Резиме

Кривичноправна борба за заштити и очување живојне средине последњих година код нас интензивирана је појединим изменама кривичној законодавства, као што су обједињавање свих дела којима се примарно штити живојна средина у једну главу (XXIV) новој Кривичној законика, постепено проширење криминалне зоне, када су у питању ова дела, као и доношење Закона о кривичној одговорности правних лица, која су до сада могла одговарати само за привредне преступе. Следећи поменуће процесе, аутор овој рада настоји да уз крајак приказује систему кривичних дела против живојне средине у Републици Србији, предочи потребу за његову даљу наградњу и побољшање, сагледа дејство и значај увођења институција кривичне одговорности правних лица за дела против живојне средине, као и поједине аспекте његове примене, узимајући у обзир чињеницу да овај облик криминала често изазива опасност и наноси знатне материјалне штете живојној средини, и у великој мери угрожава живој и здравље људи.

Кључне речи: еколошки криминал, кривична одговорност правних лица, Србија.

* Семинарски рад урађен на докторским студијама на Правном факултету Универзитета у Новом Саду под менторством доц. др Татјане Лукић.

I Уводне напомене

Иако представља последње правно средство у борби за очување здравог природног окружења у односу на грађанско, прекршајно или право привредних преступа,¹ кривично право често остаје и једина расположива и најспремнија грана права да се ухвати у коштац са новим технолошким процесима, као великим изворима загађивања и деградирања животне средине, штетним људским радњама које могу имати погубне последице по наше природно окружење, као и бројним другим еколошким изазовима данашњице.

Процесу успешније кривичноправне борбе за заштиту и очување животне средине последњих година дата је подршка појединим изменама нашег кривичног законодавства. Ово се односи на чињеницу да је наш нови *Кривични законик* (у даљем тексту: КЗ)² по први пут сва дела којима се примарно штити животна средина, систематизовао у једну главу (XXIV),³ потом на постепено проширење криминалне зоне, када су у питању дела против животне средине, као и на доношење *Закона о кривичној одговорности и правних лица* (у даљем тексту: ЗОПЛКД),⁴ којим је наша регулатива усклађена са *Прейоруком Савећа Европје број Р (88) 18 о одговорности предузећа која располажу са правном личношћу за кривична дела* (у даљем тексту: *Прейорука Савећа Европје број Р (88) 18*),⁵ и у наш правни систем уведен институт кривичне одговорности правних лица која су до сада могла одговорати само за привредне преступе. Ипак, на овом путу свакако треба истрајати, па је на нашој земљи обавеза да у наредном периоду имплементира одредбе *Директиве 2008/99/ЕК о заштити животне средине кроз оквире кривичног права* (у даљем тексту: *Директива 2008/99/ЕК*),⁶ али и да перманентно унапређује и резрађује

1 Драгиша Дракић, „Кривично право и животна средина“, у: Душан Николић (уредник), *Основе права животне средине*, Нови Сад, 2009, стр. 134. Види исто: К. Tomkins, „Law Enforcement and Environment“, *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 16, 3/2005.

2 Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009).

3 Мирослав Врховшек, „Кривичноправна заштита животне средине у новом Кривичном законнику Србије“, *Бранич*, бр. 3–4/2008, стр. 65.

4 *Закона о одговорности правних лица за кривична дела* (*Службени гласник РС*, бр. 97/2008).

5 *Recommendation No. R (88) 18 concerning of liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities.*

6 *Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law.* Ова *Директива* учинила је обавезним примену основних стандарда у оквирима националних кривичних законодавстава држава чланица. Такође, на основу члана 6 *Директиве 2008/99/ЕК*,

кривичноправну регулативу, како она мора бити увек довољно спремна да одговори на све савремене еколошке проблеме и изазове.

Због свега тога, настојаћемо да уз кратак приказ постојећег система кривичних дела против животне средине, предочимо потребу за његову даљу наградњу и побољшање. Уз то је сагледано и дејство и значај увођења института кривичне одговорности правних лица у овој области, као и поједини проблеми његове примене када су у питању кривична дела против животне средине, узимајући у обзир чињеницу да она изазивају опасности и знатне материјалне штете природном окружењу,⁸ те самим тим и у великој мери угрожавају и живот и здравље људи.

II Кривична дела против животне средине и потреба унапређења кривичноправне заштите

За разлику од већине области кривичноправне заштите у којима се тежи декриминализацији или сужавању криминалне зоне, прописивањем додатних услова под којим неко може бити кажњен, у области кривичноправне заштите животне средине ситуација је потпуно другачија, јер све чешће и драстичније нарушавања стања околине у којој живимо, захтева ангажовање најрепресивније гране права, какво је кривично.⁹ Па тако, у односу на раније прописе из ове области који нису садржали дела против животне средине, или је то било у далеко мањем броју, садашњи КЗ их има чак 18, и сва су сврстана у посебној глави XXIV, која носи наслов „Кривична дела против животне средине“. Ту спадају: загађивање животне средине, непредузимање мера заштите животне средине, противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину, оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине, оштећење животне средине, уништење, оштећење и изношење у иностранство заштићеног природног добра, уношење опасних материја у Републику Србију и њихово недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење, недозвољена изградња нуклеарних постројења, повреда права на информисање о стању животне

државе чланице су обавезне да обезбеде ефикасно, сразмерно и одговарајуће кажњавање како физичких, тако и правних лица за извршене противправне акте. Државама чланицама је остављен рок да до децембра 2010. године *Директиву 2008/99/ЕК* инкорпоришу у своја национална законодавства.

- 7 Марија Костић, „Еколошки криминал и његово сузбијање“, *Правни животи*, бр. 10/2009, стр. 180.
- 12 Владан Јолчић, *Кривична, дисциплинска и материјална одговорност за загађивање животне средине, казнена политика у области заштите животне средине у свету и код нас*, Београд, 2007, стр. 46.
- 9 Д. Дракић, *нав. дело*, стр. 134–135.

средине, убијање и мучење животиња, преношење заразних болести код животиња и биљака, несавесно пружање ветеринарске помоћи, производња штетних средства за лечење животиња, загађивање хране и воде за исхрану односно напајање животиња, пустошење шума, шумска крађа, незаконит лов и незаконит риболов.¹⁰

Ипак, нужно је приметити да код нас нису сва дела против животне средине садржана у једном јединственом пропису,¹¹ па поред оних основних, правих или „чистих“ садржаних у КЗ, постоје и друга која обично називају неправим, споредним или „нечистим“ кривичним делима против животне средине, која су садржана у казним одредбама других прописа намењених заштити животне средине. Па нпр. *Закон о здрављу биља*¹² као кривично дело прописује уношење и ширење штетних организама, или биља, биљних производа и одређених објеката, противно прописима о забрани њиховог уношења, ширења и увоза у нашу земљу или заштићено подручје у њој,¹³ *Закон о средствима за заштити биља*¹⁴ такође садржи једно неименовано кривично дело и предвиђа кажњавање лица које произведе, стави у промет или примени нерегистровано средство за заштиту биља или активну супстанцу, односно основну супстанцу која је уписана у Листу забрањених супстанци, односно произведе, стави у промет или примени средство за заштиту биља за које постоји забрана производње, стављања у промет или примене и тиме проузрокује штетне последице по здравље људи или животну средину,¹⁵ док *Закон о генетички модификованим организмима*¹⁶ предвиђа кривичну одговорност за лице које употребљава ГМО и производ од ГМО у затвореним системима, намерно уводи у животну средину, ставља у промет, гаји у комерцијалне сврхе или одлаже у животну средину, и тиме проузрокује штетне последице по здравље људи и животну средину.¹⁷ Поред тога и нови *Закон о водама*¹⁸ предвиђа два кривична дела: неовлашћено пуњење или коришћење воде из акумулације уз изазивање опасности по живот и здравље људи и имовине и оштећење при експлоатацији речних наноса.¹⁹

10 КЗ, чл. 260–277.

11 Золтан Виг, Тамара Гајинов, *Сјање и ѡерсијективне еколошкојравне рејулативе у Србији*, Нови Сад, 2010, стр. 27.

12 Закон о здрављу биља (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009).

13 Закон о здрављу биља (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009), чл. 95.

14 Закон о средствима за заштиту биља (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009).

15 Закон о средствима за заштиту биља, чл. 78.

16 Закона о генетички модификованим организмима (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009).

17 Закон о генетички модификованим организмима, чл. 45.

18 Закон о водама (*Службени гласник РС*, бр. 30/2010).

19 Закон о водама, чл. 209 и 210.

На основу овога може се рећи да су кроз КЗ и споредно законодавство заштићени скоро сви појединачни делови екоса који се налазе у тесном међусобном садејству које би представљала животна средина као њихова целина,²⁰ на коју се такође односе поједине инкриминације. Такође, штитећи животну средину и поједине њене ентитете, посредно штитимо људски живот, здравље, право на благовремено обавештавање о ризицима које им прете, што чини ове инкриминације веома важним са аспекта заштите основних људских вредности.²¹

Ипак, бројност и систематизација кривичних дела против животне средине у посебну главу не значи да се кривичноправна заштита животне средине у нашој земљи остварује на довољно добар начин и да не би требала да претрпи извесне измене и надградњу. Па тако, недостаје бар једна инкриминација којом би се заштитило пољопривредно земљиште, како то непосредно не чини ни КЗ, а ни *Закон о пољопривредном земљишту*,²² те је најбоље предвидети као кривично дело деградирање пољопривредног земљишта које би могло наћи своје место како међу одредбама о заштити животне средине, тако и међу кривичним делима против привреде.²³

Такође је неопходно да се један број формулација деликата садржаних у глави XXIV измени, прецизира њихов текст, као и да се изврше допуне одређеним бројем нових инкриминација за које постоје друштвени разлози, као и формална и материјална правна основа.²⁴ Па би тако, кривично дело оштећење брана које је сврстано у главу XXV са осталим делима против опште сигурности људи и имовине, према проф. Јолцићу требало ипак третирати као деликт против животне средине, са обзиром да оно примарно изазива негативне последице по наше природно окружење, као што су загађивање воде и уништавање биљног и животињског света.²⁵ Такође би КЗ требао предвидети кривично дело загађивање вода са пловног објекта, са обзиром да то није учињено новодонетим *Законом о водама*,²⁶ а за то постоји упориш-

20 Драган Обрадовић, „Заштита животне средине према Кривичном закону Републике Србије“, *Правни информатор*, бр. 11/2008, стр. 4.

21 М. Врховшек, *нав. дело*, стр. 69.

22 Закон о пољопривредном земљишту (*Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008 – др. закон и 41/2009).

23 В. Јолцић, *нав. дело*, стр. 116–117

24 *Id.*, стр. 92–93.

25 *Id.*, стр. 99. Један такав пример јесте случај „Бајза“ – загађивања реке Тисе арсениом из Румуније које произведено намерним, минерским рушењем бране јаловине, слично овоме више пута је на готово исти начин загађивана и Борска река и њено прибавље.

26 Закон о водама из 1974. предвиђа ово кривично дело, при чему је инкриминисао свако загађивање, не постављајући за то ни горњу, ни доњу гранцу. Због ове непре-

те и у *Закону о заштити животне средине*²⁷ (у даљем тексту: ЗЗЖС) и у *Конвенцији о сарадњи ради заштите и одрживој коришћења реке Дунав* из 1994.²⁸ Поред тога, постоји потреба за увођењем кривичног дела које би носило назив „непуштање у рад или заустављање у раду објеката и уређаја намењених заштити животне средине“, како постојеће кривично дело „непредузимање мера заштите животне средине“ не пружа извршењу оваквих обавеза ни најмању заштиту.²⁹ У случају уношења поменуте инкриминације, нужно би било као кривично дело предвидети и оштећење и уништење објеката или уређаја намењених заштити животне средине.³⁰ Према проф. Јолцићу, у наш систем кривичноправне заштите животне средине требало би унети и кривично дело под називом „повреда прописа о изградњи насипа, брана и других објеката намењених спречавању одлива рударске и индустријске јаловине“, како неадекватна поступања у овом домену могу оставити катастрофалне последице по наше природно окружење. Такође, неопходно је прецизирање члана 265 „уништење, оштећење и изношење у иностранство заштићеног природног добра“ на начин да се одвојено третирају уништење и оштећење, формирањем норме која би имала два одвојена става, потом креирање одредбе којом би се кажњавао извоз или изношење без дозволе покретног заштићеног природног добра-биљке, животиње или рибе. Уз кривично дело „пустошење шума“ требало би предвидети и још једно додатно које би се односило на забрану уништавања „шума са посебном наменом“ које могу представљати националне паркове, служити заштити од ерозија, поплава или имати неку другу посебну намену. Такође би у постојећи члан 260 „загађење животне средине“, у којем се посредно као последица помиње уништење биљног и животињског света, требало унети инкриминацију, која би се односила на уништење флоре и фауне.³¹ И на крају, последња норма која би бар према постојећем стању, морала да претрпи критику, односно морала бити разрађена, јесте члан 268 „повреда права на информисање о стању животне средине“ у складу са принципима ратификоване *Архуске конвенције*,³² што би значило регулисање различитих начина на

цизности, каснији закони о водама из 1989. и 1991. искључују ову инкриминацију.

27 Закон о заштити животне средине (*Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009 и 36/2009 – др. закон).

28 *Danube River Protection Convention*.

29 В. Јолцић, *нав. дело*, стр. 106.

30 *Id.*, стр. 106–108.

31 *Id.*, стр. 124–125.

32 Закон о потврђивању конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине (познатије под називом Архуска конвенција) (*Службени гласник РС – Међународни ујовори*, бр. 38/2009).

повреде оваквих права, као што би било ускраћивање лицу могућности за добијање података о стању и појавама које се односе на квалитет животне средине, изношење у јавност лажних, односно неистинитих података или њихово фалсификовање.³³

Наравно, листа потреба за уношењем нових инкриминација, односно прецизирање, дораду и надградњу постојећих није и никада неће бити коначна, како кривичноправна заштита животне средине увек мора да иде у корак са привредним, технолошким и друштвеним развојом и успешно одговара на све савремене еколошке изазове.

III Нека питања примене института кривичне одговорности правних лица у домену заштите животне средине

Велики допринос успешнијој и квалитетнијој кривичноправној заштити животне средине у нашој земљи свакако је дало и увођење института кривичне одговорности правних лица, како се непрестано усложњавају привредни токови, па највећи непријатељи нашег природног окружења постају управо велике компаније.

Примена принципа кривичне одговорности правних лица обично се сматра једним од највише разматраних питања у XX веку,³⁴ па су се до данас у правној теорији уобличила три различита схватања. Тако прво познаје само индивидуалну субјективну одговорност (*nulla poena sine culpa*), према другом, једини облици казнене одговорности правних лица су привредни преступи, док треће схватање у потпуности оправдава кривичну одговорност правних лица.³⁵ Самим тим, иако се тежи хармонизацији законодавстава на европском нивоу, у складу са *Прејорукот Савеша Евроје број Р (88) 18* која предвиђа увођење овог института, неки правни системи европских држава и даље одбијају то да ураде, али се постепено њихов број смањује.³⁶

33 В. Јолцић, *нав. дело*, стр. 125–126.

34 Anca Iulia Pop, „Criminal liability of corporations—comparative jurisprudence“, Michigan State University College of Law, 2006, доступно на страници: http://www.law.msu.edu/king/2006/2006_Pop.pdf, 17.2.2010, стр. 2.

35 Стојановић Зоран, *Кривично право – ошшти гео*, Београд, 2006, стр. 192.

36 Ивана Шупут, „Одговорност правног лица за кривична дела“, *Страни правни живои*, бр. 1/2009, стр. 170–171. Од земаља континенталног система санкције и принципе одговорности правног лица за кривична дела прихватиле су: Француска, Холандија, Белгија, у нашем окружењу Црна Гора, БИХ, Словенија и Хрватска, и Македонија, док се нпр. немачки правници и даље руководе максимумом *societas delinquerenon potest*, и сматрају да правна лица могу бити одговорна само за привредне преступе, исти став је прихваћен и у Шпанији, Грчкој, Италији и Португалији.

И у нашем казненом систему је дуго постојала само одговорност правних лица за привредне преступе, али су 2008. године доношењем ЗОПЛКД коначно створени услови за кривично гоњење правних лица, која често представљају починиоце правих еколошких катастрофа.³⁷ Ово представља значајан корак у поштравању казних мера, како се често једино кривичним правом могу на довољно добар начин заштити повређене или угрожене природне вредности, као и омогућити ретрибуција и превенција.³⁸ Ипак, како сама примена института кривичне одговорности правних лица намеће низ теоријских, али и практичних проблема, која свакако превазилазе оквире овог рада, као што би био основ кривичне одговорности правног лица, тј. приписивање одговорности правног лица одговорном лицу у њему којем је поверен одређен круг послова, и које је овлашћено да поступа у име њега,³⁹ потом питање специфичности кривичног поступка против правног лица, изрицање и врсте казни и друга, овде ћемо размотрити само нека од питања која би имала посебан значај у домену кривичних дела против животне средине и евентуално дати предлоге за њихово решавање.

Члан 6 нашег ЗОПЛКД предвиђа да правно лице одговора за кривично дело које у оквиру послова, односно овлашћења учини одговорно лице, у намери да за правно лице оствари корист. Такође, одговорност правног лица постоји и ако је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица. Како се одговорност правног лица заснива на кривици физичког, односно одговорног лица у њему, законодавац прописује покретање јединственог кривичног поступка, и доношење једне пресуде против правног и одговорног лица за исто кривично дело.⁴⁰ Ипак, сам критеријум могуће или остварене „користи“ оставља значајан простор за дискреционо и опортуно поступање.⁴¹ Па тако, за разлику од већине кривичних дела која се врше за рад личног интереса и користи починилаца, која је за само правно лице посредна и ин-

37 Татјана Лукић, „Кривичноправна заштита животне средине“, *Заштита природе*, бр. 60 (1–2)/2008, стр. 685.

38 И. Шупут, *нав.чланак*, стр. 188.

39 Вања Бајовић, „Правно лице као окривљени у кривичном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, стр. 491–492.

40 Ако због постојања законом одређених разлога није могуће покренути или водити кривични поступак против одговорног лица, поступак се може покренути и водити само против правног лица. Ако је пре покретања кривичног поступка правно лице престало да постоји, поступак се може покренути и водити само против одговорног лица. Ипак, двогодишња пракса код нас показала је да се најчешће поступак не покреће против правног, него само против одговорног лица.

41 В. Бајовић, *нав.чланак*, стр. 494.

директна, кривична дела против животне средине најчешће не доносе никакву посебу корист, иако често остављају катастрофалне последице на животну средину, здравље и живот људи. Грешке у руковању техничким уређајима, опасним и штетним материјама, иако не стварају никакву директну корист правном лицу, морају подразумевати његову кривичну одговорност, што значи да би термин „користи“ ради остављања простора за гоњење правних лица код многих кривичних дела против животне средине требало нешто екстезивније тумачити. Због тога се овде код „користи“ могла узети нпр. уштеда средстава при паковању штетних материја, обезбеђивању адекватних услова заштите на раду, противпожарне заштите и слично, која могу проузроковати кривична дела загађивање животне средине, непредузимање мера заштите животне средине, њено оштећење и друга. Ипак, узевши у обзир да се у нашој пракси кривични поступци против правних лица ретко покрећу, чак и кад је прибављена имовинска корист очигледна, јер се случајеви „затварају“ и „задовољавају“ кажњавањем само одговорног лица, веома је нерално очекивати њихово покретање у ситуацијама када је критеријум „користи“ споран.⁴² Отуда је изузетно важно да поступање тужилаца у оваквим случајевима буде опрезно и адекватно, уз екстезивно тумачење принципа „користи“, док на судовима остаје обавеза на кажњавање не само одговорног, него и самог правног лица, због најчешће нанете немерљиве штете другима.

Други значајан проблем код кривичног гоњења правних лица за кривична дела против животне средине јесте чињеница да се кривица правног лица заснива на кривици одговорног лица у њему, односно да се правном лицу само „урачунава“ кривица одговорног лица.⁴³ Отуда може доћи до великих проблема у случају наступања пожара, експлозија или других акцедентних ситуација када је можда тешко одговорност приписати непосредно одговорном лицу, па је решење у ширем тумачењу става 2, члана 35 ЗОПЛКД који гласи „ако због постојања законом одређених разлога⁴⁴ није могуће покренути или водити кривични поступак против одговорног лица, поступак се може покренути и водити само против правног лица“. Због тога је у оваквим ситуацијама потребно казнити и само правно лице, како то налаже и *Прејорука Савешта Европје број Р (88) 18*, односно „модел личне или аутономне одговорности правног лица“ који све чешће прихватају и друга законодавства.

42 *Id.*, стр. 495.

43 В. Бајовић, *нав. чланак*, стр. 497.

44 Иако ЗОПЛКД не одређује који су то конкретни разлози који онемогућавају покретање и вођење поступка против одговорног лица, аналогном применом одредаба *Законика о кривичном поступку (Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09 и 72/09) може се закључити да би то могле бити ситуације као што су бекство одговорног лица, његова смрт, случај његове недостижности државним органима и сл.

ЗОПЛКД искључује могућност да држава, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и сви њихови органи, кривично одговарају, а исто правило примењује се и на друга правна лица којима су поверена јавна овлашћења, приликом њиховог вршења.⁴⁵ Но ипак, у складу са принципом супсидијарне одговорности ЗЗЖС,⁴⁶ државни органи задржавају обавезу да у оквиру својих финансијских могућности отклањају последице загађивања животне средине и смањења штете у случајевима када је загађивач непознат, као и када штета потиче услед загађивања животне средине из извора ван територије наше земље.

Када је у питању искључење кривичне одговорности органа јавне власти, у случају државе узима се да кривична дела која би учинили представници државе, представљају искључиво њихово лично дело, без предвиђања материјалне користи за саму државу, наравно нереално би било и да држава сама себе кажњава.⁴⁷ Ове чињенице важе и за кажњавање аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе и њихових органа. Сви они због природе послова које врше и не би могли починити кривична дела против животне средине, па искључење одговорности овде и нема већег значаја. Ипак, када говоримо о другим овлашћеним организација, које су често када је у питању област заштите животне средине, задужене за вршење мониторинга и достављање добијених података, сматрамо да нема места искључењу кривичне одговорности за учињене пропусте и повреду права на информисање о стању животне средине, која се третира као кривично дело. У оваквим ситуацијама би дакле било потпуно оправдано кажњавање и одговорног лица, али и самог правног лица.

Када су у питању типови санкција која се могу изрећи правним лицима, према ЗОПЛКД то могу бити казне – новчана или престанак правног лица,⁴⁸ условна осуда и мере безбедности – забрана обављања одређених регистрованих делатности или послова, одузимање предмета⁴⁹ и јавно објављивање пресуде. Конкретно за сферу криминала против животне средине, свакако је значајан престанак правног лица који би се као казна рецимо могао применити за изузетно тешке об-

45 ЗОПЛКД, чл. 3.

46 Чл. 9, ст. 1, тач. 8.

47 Мирослав Врховшек, *Коментар Закона о одговорности правних лица*, Београд, 2008, стр. 103.

48 Након правноснажности пресуде којом је изречена казна престанка правног лица спроводи се поступак ликвидације, стечаја или престанка правног лица на други начин. Правно лице престаје да постоји брисањем из регистра који води надлежни орган.

49 Ту се ради о предметима су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела, ако су били својина правног лица.

лике нарушавања животне средине, но ипак формулација ЗОПЛКД условљава изрицање ове казне чињеницом да је делатност правног лица била у целини или у знатној мери у функцији вршења кривичних дела, што је тешко спојиво са карактером кривичних дела против животне средине, јер је обично загађење, последица вршење одређене делатности. Ипак, хипотетички ова казна би се могла изрећи привредним друштвима која се искључиво баве делатношћу као што су увоз опасних материја у нашу земљу или њихово недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење, производњом опасних средстава за лечење животиња и сл. Такође, изузетан значај и делотворност могу имати мера безбедности забране обављања одређених делатности, које имају штетно дејство на наше природно окружење, или пак јавно објављивање пресуде у средствима јавног информисања, како би се грађани могли информисати о потенцијалним изворима загађење и од њих заштити. Ова последња мера, у домену криминала против животне средине, има и изузетан значај за подизање свести јавности о важности борбе за здравију и чистију околину и афирмацију пожељних образаца понашања и деловања према нашем природном окружењу.

IV Закључна разматрања

Унапређење кривичноправне заштите животне средине подразумева паралелан рад на више поља, уз слеђење свих видова друштвеног развоја, који из дана у дан представља све већу претњу по наше природно окружење. Управо због тога, велики допринос овом процесу има увођење института кривичне одговорности правних лица у нашој земљи, како се већ у најранијим фазама развоја права заштите животне средине као гране права, показало да мере грађанскоправног и управноправног карактера нису имале никакав или минималан утицај⁵⁰ на правна лица. Наравно, коришћење оваквих репресивних мера, колико год делотворне биле, увек морају остати последња солуција и средство за остваривање задатих циљева,⁵¹ поготово када се има на уму да је принцип превенције у домену заштите животне средине, један од најпожељнијих праваца деловања, као и да су многа загађења и иреверзибилна са несагледивим последицама по човечанство.⁵² Ипак, водећи рачуна о важности сваког природног добра у нашем окружењу, па са-

50 М. Костић, *нав. чланак*, стр. 176.

51 Милан Шкулић, „Кривичноправна заштита животне средине-доказни аспекти“, *Правни живоић*, бр. 9/2001, стр. 79.

52 З. Виг, Т. Гајинов, *нав. дело*, стр. 42. Види о томе више: Золтан Виг, „Превенција и загађивач плаћа, као принципи еколошког права“, *Право и њолићика*, бр. 1/2010, стр. 83.

мим тим и о далекосежним последицама њиховог угрожавања и повреде услед делатности компанија као великих загађивача, сматра се да често једино казна у којој је садржана и морална осуда за извршење кривичног дела, предстваља најефикаснији и најделотворнији инструмент за сузбијање штетних облика понашања по животну средину.

Ипак како се показало, приликом саме примене института кривичне одговорности правних лица и одредаба ЗОПЛКД, може доћи до одређених проблема, баш због специфичности кривичних дела против животне средине, органи који учествују у преткривичном поступку, али и судови морају добро познавати ову материју те потребно организовање њихове додатне едукације и специјализацију у овој области.

Такође је веома важно сагледати расположиве могућности за кажњавање правних лица и узети у обзир да често новчане казне у овој сфери имају ограничен домашај, те да не представљају увек довољно велику претњу, па се далеко већи ефекти могу постићи већ поменутих мерама безбедности. Питање је колико би новчана казна одговорила велике компаније – загађиваче и одговорна лица у њима који стичу огроман профит, да промене начине поступања према свом природном окружењу, и колико би обавеза улагања у чистију производњу и одговорније поступање умањила њихову конкурентност на тржишту. Далеко би већи значај и ефекат на нарушавање статуса и угледа имало њихово помињање у негативном контексту и објављивање пресуде у средствима информисања, па самим тим и лоше утицало на њихове тржишне позиције или их забраном обављања делатности могли спречити у даљем загађивању, односно приморати на одговорније и савесније поступање према природном окружењу.

Поред увођења могућности за кажњавање и правних лица за кривична дела против животне средине, нашу кривичноправну регулативу везану за ову област, требало би унапредити новим инкриминацијама, бољим формулисањем и надградњом постојећих и имплементирањем *Директиве 2008/99/ЕК*, али и активнијим учешћем наше државе у решавању бројних проблема прекограничног загађивања.

Такође, обзиром да је институт кривичне одговорности правних лица релативно нов, неопходно је на јасан и адекватан начин уредити однос норми КЗ, норми споредног кривичног законодавства, али и низа норми које прописују одговорност за привредне преступе у домени правне заштите животне средине.

Уз све поменуто, превентивно, а потом и репресивно деловање, постављене стандарде и даље унапређење кривичноправне, али и других видова заштите наше околине, од велике је важности и да што пре утичемо на унапређење друштвене свести о свим битним функцијама и

вредностима нашег природног окружења, јер ћемо само уз такав приступ отворити што шири спектар могућности за његово очување и унапређење.

Tamara GAJINOV, M.A.

Assistant at the Faculty of European Legal and Political Studies
Singidunum University

ECOLOGICAL CRIME AND LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Criminal battle for the protection and preservation of the environment during the previous years has received a support through several amendments of our legislation. Among these, the most important changes are: placing of all criminal acts related to the protection of environment contained in the new Criminal Code into one single chapter (XXIV), widening the criminal zone regarding criminal acts related to the protection of environment, as well as adopting a new Law on the Criminal Liability of Legal Persons, which were till the entry into force of this Law liable only for economic misdemeanors. Following the analyses of the mentioned developments, the author tries to show the need for constant development and improvement of the existing sistem of criminal protection of the environment in Serbia, and to analyse the effect and importance of the introduction of the institute of criminal liability of legal persons in the sphere of these crimes, as well as certain aspects of its implementation, taking into account the fact that this kind of crime has often very serious consequences on the enviroment, and endangers the life and health of people.

Key words: *ecological crime, liability of legal persons, Serbia.*

ПРАВО ГРАЂЕЊА^{*}

Момчило ЈЕВТИЋ

правни саветник у Енергопројект Холдинг а.д.

НАЧИНИ ОДРЕЂИВАЊА ЦЕНЕ КОД УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ

Резиме

Закон о облигационим односима Републике Србије је начину одређивања цене код уговора о грађењу посветио свега два члана. Због тога се решења и тумачења конкретних ситуација израже кроз судску праксу и правну науку, који са друге стране нису јединствени у ставовима, а уз то су и прилично спорни у давању одговора.

Често се приликом одређивања цене, олако уговара нпр. иаушална цена или одредба „кључ у руке“, без свесности о правом значењу истих и последицама које могу произвести. Уз то, не води се рачуна да је начин одређивања цене уско повезан са предметом уговора, тј. је потребно прилагодити га предмету конкретне уговора.

Имајући у виду речено, аутор покушава да истакне битне карактеристике различитих начина одређивања цене, укаже на то када се који начин најчешће уговара, и на крају, апелује да се овом питању посвети највећа пре закључења уговора, а не у моменту насљанка спора.

Кључне речи: *јединична цена, иаушална цена, „кључ у руке“, „cost plus“.*

^{*} Радови презентовани на конференцији „Уговори о грађењу у савременој међународној пракси“, одржаној 11.2.2011. године на Правном факултету Универзитета у Београду.

I Увод

Приликом одређивања цене грађења, главни проблем се огледа у томе да се тешко може унапред одредити тачна количина радова које треба извести. У зависности од тога ко сноси ризик за те „непознате“ количине радова, наручилац или извођач радова, уговарају се разни начини одређивања цене. Постоји неколико основних начина одређивања цене грађевинских радова као и већи број варијација тих начина.

Према српском позитивном праву,¹ цена радова се може одредити на два начина. Први начин представља уговарање по јединици мере уговорених радова (јединична цена), а други одређивање цене у укупном износу за цео објекат (укупно уговорена цена; паушална цена; цена „на ђутуре“; енгл. *lump sum*). Ова одредба Закона о облигационим односима – ЗОО је диспозитивног карактера те произлази да се наручилац и извођач радова могу приликом закључења уговора о грађењу споразумети и о неком другом начину. Веома је битно истаћи да у погледу начина одређивања цене наручилац често има далеко већи утицај од извођача, нарочито у условима закључења уговора о грађењу путем јавног надметања или прикупљањем понуда, који код вреднијих и важнијих пројеката представљају правило. Наручилац, у тим случајевима, у својим условима за уступање радова (тендеру) одређује који ће начин бити примењен код одређивања цене, те понуђачима односно учесницима у надметању практично преостаје једино да томе прилагоде своје понуде (енгл. „*take it or leave it conditions*“).

II Јединичне цене

У грађевинско-правној пракси се најчешће уговарају јединичне цене (енгл. *unit price*), на основу тзв. предмера и предрачуна за поједине врсте и количине радова. Предмер и предрачун (енгл. *bill of quantities*) по правилу представља саставни део уговора о грађењу са јединичним ценама и садржи процењене количине појединих врста радова које на објекту треба извести. Јединичне цене се, дакле, утврђују према јединици мере – нпр. метар дужине објекта, квадратни метар површине објекта, метар кубни простора објекта и сл.

Укупан износ на овај начин одређене цене се одређује само оријентационо (због чега се тај укупни износ назива „оријентациона“ или „предрачунска“ цена) из разлога што обим, односно крајње коли-

1 Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, Службени лист СЦГ, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 635.

чине радова не могу бити унапред тачно одређени. Тек се по окончању уговорених радова, односно након извршења коначног обрачуна може одредити тачан износ укупне цене. Коначним обрачуном се расправљају односи између уговорних страна и утврђује извршење њихових међусобних права и обавеза из уговора.²

Узимајући у обзир чињеницу да се укупан износ ове цене може прецизно израчунати само на основу стварно изведених количина радова, многи сматрају да је овај начин одређивања цене реалнији од уговарања цене у укупном износу за цео објекат.³ Истиче се и да уговарање јединичних цена бива повољније за извођача радова јер он доставља понуду за извођење радова са приближно искалкулисаним трошковима.⁴ Наравно, овде се подразумева обавеза извођача, као стручњака, да трошкове израчуна на објективан начин имајући у виду утврђену пројектну документацију, правила техничке струке, стандарде и нормативе рада и друге уговорене услове.

Према томе, код уговора са јединичним ценама извођач не сноси одговорност за укупне количине него само за јединичне цене. Он гарантује да се јединичне цене неће мењати без обзира на број изведених јединица. Наручилац са друге стране сноси ризик количине изведених радова. Опасност за наручиоца јесте и да понуђачи могу предлагати ниске цене за оне радове за које очекују да ће их бити мало, и обрнуто, високе цене за радове за које очекују да ће их бити у већим количинама.⁵ Такође, могу предвидети високе цене за почетне радове у односу на касније радове како би примили што већу количину новца у самом почетку извођења радова.⁶ Још једна ствар на коју извођачи радова морају добро обратити пажњу када су у питању јединичне цене јесте та да готово сви наручиоци радова (инвеститори) у својим тендерским условима предвиђају да уколико понуђач (извођач) у својој понуди не одреди цену за одређену „позицију радова“, а изведе је, наручилац неће бити у обавези да плати ту „позицију радова“ тј. сматраће се да је она укључена у понуђену цену.

2 Посебне узансе о грађењу (*Службени лист СРФРЈ*, бр. 18/77; даље у фуснотама: ПУГ), узансе 116–121.

3 Ивица Јанковец, Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига друга, Београд, 1995, стр. 1122.

4 Јелена Вилус, *Уговор о грађењу*, Београд, 1968, стр. 23.

5 Бранко Вукмир, *Уговори о грађењу и услугама савјетодавних инжењера*, Загреб, 2009, стр. 539.

6 *Исто*.

7 У грађевинској пракси се како за различите врсте радова тако и за целине у оквиру исте врсте радова, користи термин „позиција радова“.

1. Утицај вишкова и мањкова радова на јединичне цене

Јединичне цене важе не само за предвиђене количине радова већ и за вишкове, односно мањкове радова, уколико они не прелазе 10% од уговорених количина радова.⁸ Вишкови радова су они радови који су по врсти и квалитету идентични уговореним радовима, али се у току извођења радова јавила потреба за већом количином уговорених радова. У питању је, према томе, или првобитна погрешна процена уговорних страна у вези са потребном количином радова или једноставно немогућност унапред тачног одређења количине радова. Ово се често дешава код већих и сложенијих радова. Извођач радова је дужан да изведе вишкове радова без закључења посебног споразума и то по јединичним ценама одређеним за већ уговорене радове. У случају да количине вишкова или мањкова радова прелазе наведених 10% од уговорених количина радова, свака уговорна страна може за тај део радова захтевати измену цене. Образложење лежи у чињеници да се преласком тог процента мењају околности које су стране имале у виду приликом закључења уговора о грађењу. Ово правило није изричито предвиђено у ЗОО, али је у нашој пракси оно прихваћено још из периода када су се директно примењивале Посебне узансе о грађењу – ПУГ.

Каква је природа тих вишкова радова преко 10% и да ли постоји обавеза извођача да о вишковима радова који прелазе 10% обавести наручиоца? Што се тиче првог питања, нема сумње да вишкови радова изнад 10% и даље имају природу вишкова радова, односно малобројни покушаји да се они уподобе накнадним радовима или евентуално непредвиђеним радовима нису испраћени јаким аргументима. Дакле, ови вишкови радова не представљају накнадне радове из простог разлога што су исте врсте као и уговорени радови, док накнадни радови представљају потпуно другу врсту радова од уговорених. Са друге стране, само у ситуацији у којој би извођење тих вишкова радова било нужно за осигурање стабилности објекта или ради спречавања настанка штете, а изазвано неочекиваном тежом природом земљишта, неочекиваном појавом воде или другим ванредним и неочекиваним догађајима, ти вишкови радова би представљали непредвиђене радове. На друго питање се може одговорити потврдно из више разлога. Најпре, уколико су у питању толике количине вишкова радова да би њихово извођење представљало одступање од пројекта, обавештавање наручиоца ће бити неопходно. Затим, може се применити аналогија са обавезама извођача код непредвиђених и накнадних радова. Наиме, када су у питању непредвиђени радови, правило је да извођач има обавезу да их изведе само уз претходну сагласност наручиоца (а сагласност

8 ПУГ, узанса 22 ст. 4.

подразумева обавештење о потреби њиховог извођења), док ће накнадне радове извођач извести само уколико на то пристане и уз накнадни споразум са наручиоцем, те је знање (обавештеност) наручиоца о накнадним радовима природни предуслов за њихово извођење. Даље, обавеза извођача да о вишковима радова који прелазе 10% уговорених количина обавести наручиоца произлази и из суштине јединичне цене, а то је да се она не мења. Овај разлог се односи и на мањкове радова који прелазе 10%. Уговорне стране су, дакле, свесне да је цена јединична, да се не мења, и то су желеле и уговориле, те право да се за део радова који прелазе 10% захтева њена измена битно мења првобитне односе између уговорних страна, и о томе би извођач, свакако, морао обавестити наручиоца. Поред свега реченог, често и сама количина од $\pm 10\%$ уопште није занемарљива. Закључак је, да уколико извођач у току извођења радова уочи потребу за извођењем вишкова/мањкова радова који прелазе 10% уговорених количина радова (претпоставка је да је извођач дужан уочити ту потребу из разлога што му је извођење радова основна делатност којом се бави), он је о томе дужан обавестити наручиоца. У супротном, биће дужан да надокнади наручиоцу штету коју је овај претрпео због тога што није био обавештен.

Пошто наручилац прими обавештење, а у зависности од околности конкретног случаја, наручилац или извођач ће имати право да тражи измену цене за део радова који прелазе 10%. У случају да се уговорне стране не договоре о измени цене (наравно, могу се споразумети да важи већ уговорена јединична цена), о њој ће одлучивати суд. Једна од веома „неповољних“ одредби по извођача јесте она на којој економски „моћни“ наручиоци често инстистирају, а по којој би наручилац био овлашћен да одређује цену за вишкове радова који прелазе 10% од уговорених количина или неку другу количину, те извођач по том питању мора бити изузетно опрезан и покушати избећи уговарање такве одредбе.⁹ Ако би измена цене за те вишкове радова који прелазе 10% била толика да би уговорена „оријентациона“ цена морала бити знатно повећана, наручилац би имао право на раскид уговора.¹⁰

2. Утицај накнадних радова на јединичне цене

Речено је да је извођач у обавези да вишкове радова изведе без закључења посебног споразума који би се односио на те радове. Међутим, уколико су у питању накнадни радови, извођач ће бити дужан да их изведе

9 Исто важи и за накнадне и непредвиђене радове.

10 Право на раскид уговора услед знатног повећања цене је предвиђено у Закону о облигационим односима, чл. 638.

де само ако на то пристане, и то по ценама које договори са наручиоцем. Накнадни радови јесу они радови чије извођење није било предвиђено у уговору и они се по врсти и обиму разликују од уговорених радова. Уз то, накнадни радови нису нужни за испуњење уговора. Потреба за извођењем ових радова се појављује накнадно, те је накнадно потребно и постићи споразум уговорних страна да се накнадни радови изведу, а накнадно се долази и до споразума о цени извођења истих.¹¹

Према ПУГ, наручилац је дужан да извођење накнадних радова понуди прво извођачу радова.¹² Овакво решење је у великој мери логично и целисходно јер је извођач тај који је упознат са свим детаљима процеса извођења радова, почев од пројекта, преко припремних радова, постављања темеља, карактеристика уграђених материјала и опреме, технологије коришћене приликом извођења радова, па све до завршних радова. Дакле, извођач ће много лакше и брже да изведе накнадне радове него неко треће лице које би пре почетка извођења накнадних радова морало добро да се упозна са свим особинама већ изведених радова. Једина правна последица неиспуњења обавезе наручиоца да извођење накнадних радова понуди прво извођачу, јесте да ће наручилац бити дужан надокнадити извођачу штету коју овај услед тога претрпи.

3. Утицај непредвиђених радова на јединичне цене

Поред накнадних радова јединична цена код уговора о грађењу се не односи ни на тзв. непредвиђене радове (у ЗОО су дефинисани као хитни непредвиђени радови). Непредвиђени радови су они радови чије је предузимање било нужно због осигурања стабилности објекта или ради спречавања настанка штете, а изазвани су неочекиваном тежом природом земљишта, неочекиваном појавом воде или другим ванредним и неочекиваним догађајима.¹³ Примера ради, непредвиђени радови ће бити изведени у случају неочекиваног наиласка у земљи на водоводне или друге инсталације, или изненадном појавом подземних вода, или пак, наиласком на фосилне остатке итд.

И ЗОО и ПУГ предвиђају право извођача да непредвиђене радове може извести и без претходне сагласности (налога) наручиоца. Према ЗОО он то може учинити уколико због њихове хитности није био у могућности да прибави такву сагласност, док ПУГ дају мало ширу дефиницију – ако због хитности или других оправданих разлога нема могућности да за те радове претходно обезбеди налог наручиоца. Овде

11 Гордана Ајншпилер Поповић, *Уговор о грађењу*, Београд, 2007, стр. 8.

12 ПУГ, узанса 21 ст 1.

13 ЗОО, чл. 634 ст. 2.

се, наравно, мора имати у виду претпоставка да је извођач стручно лице односно да поступа са „пажњом доброг стручњака“.¹⁴

Што се тиче вредности односно цене изведених непредвиђених радова, наш законодавац предвиђа право наручиоца на правичну накнаду за непредвиђене радове који су морали бити изведени. Ова обавеза накнаде заправо успоставља еквивалентност између уложеног труда извођача и вредности изведених непредвиђених радова са једне стране, и постигнутог степена користи за наручиоца која је наступила као последица извршења наведених радова, са друге стране.¹⁵ Наручилац је у обавези да извођење непредвиђених радова повери извођачу, а трећим лицима их може поверити једино уколико извођач одбије да их изведе или није у могућности да их изведе уопште или благовремено.¹⁶ Из разлога што се у пракси много пута дешавало да непредвиђени радови буду прилично компликовани и бројни те њихово извођење скупо (неекономично), наручиоцу је дата могућност да раскине уговор уколико би услед наведених радова цена морала бити знатно повећана. Ако се определи за раскид уговора из изнетих разлога, наручилац је у обавези да исплати извођачу одговарајући део цене за већ извршене радове, као и правичну накнаду за учињене неопходне трошкове. Питање „неопходности“ учињених трошкова често уме да буде предмет спорења између наручиоца и извођача.

III Паушална цена

Уговори о грађењу који садрже укупно уговорену цену (паушалну цену) јесу такви уговори код којих се унапред одређује један паушалан износ за цео објекат или за део објекта који може представљати посебну целину.¹⁷ Из разлога што је термин „паушална цена“ у изузетно широкој употреби у трговинским односима, аутор се залаже да наведени термин постане законски. Када је обим посла познат и када извођач може добро проценити количине радова које је потребно извести, тада се уговара паушална цена. Она се не обрачунава према стварно изведеним количинама радова већ ће наручилац бити дужан да плати утврђени паушални износ без обзира на евентуални настанак вишкова или мањкова радова.

14 ЗОО, чл. 18 ст. 2.

15 Г. Ајншпилер Поповић, *нав. дело*, стр. 8.

16 ПУГ, узанса 20.

17 Ј. Вилус, *нав. дело*, стр. 25.

1. Утицај вишкова, мањкова, непредвиђених и накнадних радова на паушалну цену

Код паушалне цене, за разлику од јединичне цене, вишкови и мањкови радова у односу на предрачун нису од значаја. Из овога се може закључити да вишкови радова у односу на количине радова из предрачуна, код овако одређене цене иду у корист наручиоца јер он неће бити дужан да их посебно плати, и обрнуто, мањкови радова ће ићи у корист извођача зато што се због тих мањкова укупно уговорена цена неће мењати.¹⁸

Поред вишкова и мањкова радова на паушалну цену не утиче ни вредност изведених непредвиђених радова, односно, паушална цена обухвата и вредност непредвиђених радова. Међутим, овде треба нагласити да паушална цена обухвата вредност само оних непредвиђених радова за које је извођач у време закључења уговора знао или морао знати да се морају извести.¹⁹ Оваква формулација „да је извођач у време закључења уговора знао или морао знати да се непредвиђени радови морају извести“ јесте у великој мери у колизији како са самом суштином тако и са језичким тумачењем непредвиђених радова, те се у овом случају поставља питање да ли су то уопште непредвиђени радови. Јер под „непредвиђеним“ се у уговорном праву подразумевају оне околности односно чињенице које уговорне стране у тренутку уласка у облигациони однос (закључење уговора) нису могле нити су морале предвидети. Другим речима, те чињенице за уговорне стране не постоје у моменту закључења уговора па је тешко замислити ситуацију у којој се зна или мора знати нешто што не постоји. Чак и када бисмо прихватили хипотезу у којој је могуће знати односно предвидети „непредвиђено“, изузетно би тешко било утврдити и доказати да је извођач нешто „знао или морао знати“ јер је у питању један субјективно-психолошки елемент.

И код паушалне цене, као и код јединичне цене, обим и цена накнадних радова се посебно уговарају.

Често се у пракси паушална цена изједначава са фиксном (непроменљивом) ценом, што није тачно. Код паушалне цене количине радова нису од утицаја, али она може бити промењена, и то или у случају испуњења услова које су предвиделе уговорне стране, или ако стране по том питању нису ништа уговориле, испуњењем законских услова. Дакле, паушална цена значи да је извођач преузео ризике за ко-

18 Г. Ајншилер Поповић, *нав. дело*, стр. 35.

19 ПУГ, узанса 33.

личине док фиксна цена значи да је преузео ризик и за пораст својих трошкова из разлога изван контроле уговорних страна.²⁰

IV Цена код уговора о грађењу са посебном одредбом

Уговор о грађењу са посебном одредбом јесте онај који садржи одредбу „кључ у руке“ или неку сличну одредбу. Тада се извођач обавезује не само да изгради објекат већ и да изврши све радове потребне за изградњу и употребу одређеног објекта у целини. Извођач, дакле, код уговора са одредбом „кључ у руке“ мора да обезбеди и сав неопходан материјал, опрему, механизацију, инсталације и радну снагу за комплетну изградњу грађевинског објекта и његову употребљивост. Оно што је остало отворено јесте да ли је дефиницијом уговора „кључ у руке“ у ЗОО обухваћена и израда пројекта? На ово питање је тешко одговорити са прецизношћу, те би одговор требала дати судска пракса. Постоје аутори који се залажу да се пројектовање изричито унесе у поменућу дефиницију, те се дају и предлози како би она могла да гласи.²¹ И у дефиницији уговора „кључ у руке“ коју је у свом Водичу за уговарање великих индустријских постројења дала Економска комисија за Европу, предвиђено је да извођач поред обавезе да испоручи опрему и изведе радове, преузима и одговорност за пројекат целокупног објекта.²² Уговори са одредбом „кључ у руке“ предвиђају много већу одговорност извођача од оне које имају код уговора о грађењу без те одредбе. Због тога се у међународним уговорима та повећана одговорност преузима само ако је извођач сам израдио пројекат и тиме у потпуности преузео контролу над структуром и функционалношћу објекта.²³

Клаузуле са ознаком „кључ у руке“ или неком сличном су се прво појавиле у енглеској и америчкој пословној пракси, и то у оним ситуацијама када се желело да извођач радова изради пројекат, испоручи сву неопходну опрему, набави материјал и изведе све радове, а све у складу са тим пројектом. Такви су уговори познати под називима „*design build*“ и „*turn key*“. Код нас, назив ове врсте уговора о грађењу води своје језичко порекло од наручиоачеве жеље да само прими кључеве готовог објекта како би га могао користити.

20 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 542.

21 Предлог проф. др Бранка Вукмира гласи: „Ако уговор о грађењу садржи одредбу „кључ у руке“ или неку другу сличну одредбу, извођач се самостално обавезује извести *пројектовање* и све радове потребне за изградњу и употребу грађевине.“

22 Водич за уговарање великих индустријских постројења из 1973. године (*Guide on Drawing Up Contracts for Large Industrial Works*).

23 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 107.

1. Утицај вишкова, мањкова, непредвиђених и накнадних радова на цену код уговора о грађењу са одредбом „кључ у руке“

И код уговора о грађењу са одредбом „кључ у руке“ уговорне стране по правилу уговарају паушалну цену. Међутим, она је код овог уговора садржински шира од оне код уговора о грађењу без ове одредбе. Чланом 640 став 2 ЗОО предвиђено је да уговорена цена код уговора о грађењу са одредбом „кључ у руке“ обухвата и вредност свих непредвиђених радова, дакле, и оних за које је извођач у време закључења уговора знао или морао знати да се морају извести. У овоме се огледа разлика у односу на уговоре о грађењу који не садрже одредбу „кључ у руке“, јер код њих за извођење неких непредвиђених радова извођачу припада право на посебну цену. Према томе, код уговора „кључ у руке“, наручилац је обезбеђен од ризика измене (читај: повећања) цене због непредвиђених радова.

Уговори о грађењу са одредбом „кључ у руке“ су такође ослобођени утицаја вишкова и мањкова радова на цену. Неретко је једини циљ уговорних страна да се уговарањем уговора „кључ у руке“ искључи утицај вишкова и мањкова радова, и да се обухвати вредност свих непредвиђених радова. Тај се циљ може боље остварити ако се уговори цена на начин којим се исто то постиже, а без последица које са собом носи уговарање одредбе „кључ у руке“ тј. без посебног повећања одговорности извођача.²⁴ Ово нарочито важи ако није у питању неки сложени објекат у техничком смислу за који пројекат даје наручилац.

Ако би наручилац захтевао од извођача да изведе и неке накнадне радове, дакле оне који нису нужни за испуњење уговорне обавезе, онда такви радови нису обухваћени ценом ни код ове врсте уговора о грађењу.

У српском ЗОО уговору о грађењу са клаузулом „кључ у руке“ посвећен је само један члан. Имајући у виду чињеницу да се ова врста уговора у пракси веома често среће, истичемо неопходност детаљнијег регулисања уговора са одредбом „кључ у руке“ уз назнаку да се могу искористити одређена решења из ПУГ.

V Цена уз накнаду трошкова

Већ смо рекли да одредба ЗОО о начинима одређивања цене код уговора о грађењу има диспозитиван карактер и да наручилац и извођач

24 *Исто.*

имају слободу у погледу избора било ког другог, правно дозвољеног начина одређења исте. Тако, нема препрека, и то се често чини, да се у истом уговору изврши комбинација јединичне и паушалне цене. То се најчешће чини тако да се паушалне цене уговоре за радове код којих је извођач у могућности да унапред предвиди тачан обим радова, а јединичне цене за радове код којих то није могуће учинити.

У пракси се од алтернативних начина одређивања цене најчешће може срести систем уговарања цене уз накнаду трошкова (енгл. *cost reimbursable* или скраћено *cost plus*). Под овим системом се подразумева обавеза наручиоца да извођачу надокнади све неопходне, разумне и оправдане трошкове које је извођач имао у циљу изградње објекта, плус одређени износ на име зараде. Та зарада покрива извођачев добитак и режијске трошкове. Зарад избегавања спорова препоручује се странама да што детаљније регулишу питање трошкова.²⁵

У пракси, под трошкове радова најчешће потпадају нето трошкови за следеће ставке:²⁶

- Канцеларије и други потребни привремени објекти на градилишту (зграда, приступне саобраћајнице и сл.). Ова ставка обухвата трошкове грађења, опремања, одржавања у току трајања радова, рушења и уклањања.
- Сви материјали за привремене и сталне радове (објекте).
- Сви алати, прибор, горива, мазива, енергија, расвета, вода и телефонске линије.
- Сва опрема и механизација према накнадама за закуп и условима коришћења. Уколико закупнина не обухвата поправке у циљу текућег одржавања и употребу резервних делова, и ове ставке улазе у трошкове.
- Сви трошкови транспорта за материјале, механизацију и радну снагу.
- Наднице за све раднике, пословође, инжењере, службенике и остало особље за време док су ангажовани на конкретном пројекту (треба урачунати и могућности доделе бонуса или стимулација), али у трошкове не улазе плате руководиоца и другог особља који своје радно време не посвећују искључиво радовима на пројекту.
- Све накнаде по основу социјалног давања и осигурања, накнаде за боловање, одморе и сл. за сво особље ангажовано на радовима.

25 Michael Stokes, *International Construction Contracts*, New York, 1978, стр. 41–42.

26 Извучено из праксе адвоката др Мирослава Пауновића, као и међународне праксе Сектора за правне послове привредног друштва Енергопројект Холдинг.

- Све премије које се плаћају по основу имовинског осигурања, осигурања од одговорности и других врста осигурања које одобри или захтева инвеститор.
- Све таксе, порези и друге дажбине и давања извођача.
- Сви путни и други трошкови руководећег особља за неопходне посете градилишту.
- Сви подизвођачеви радови и услуге по одобрењу инвеститора.
- Сви остали трошкови које има извођач за извршење уговорних обавеза.

Недостатак оваквог начина уговарања цене је у томе што извођач нема никакав интерес да снизи трошкове изградње нити да брзо изведе радове, јер што су виши стварни трошкови и што дуже трају радови, то ће и награда извођачу бити већа. Добре стране овог метода су уштеда у времену (избегава се процена трошкова и затим дуги период калкулација неопходних за израду понуде), те мањи број спорова између наручиоца и извођача у вези са изменом цене услед настанка нових околности или измене постојећих.

Овај облик уговарања цене је веома ризичан за наручиоца и уговара се у случајевима када нпр. пројекат за одређени посао није завршен, или ако је у питању неки експериментални посао, или када је реч о хитном или неодложном послу за који нема времена припремити предмер и предрачун, или када наручилац располаже са довољном количином новца да финансира овакав начин плаћања.²⁷ Такође, препоручује се уговарање „*cost plus*“ уговора и у ситуацијама када су наручилац и извођач у добрим пословним односима, односно узајамно поверење је на високом нивоу.²⁸

1. Најпознатији облици *cost plus* уговора о грађењу

У међународној пракси је веома присутан начин одређења цене на основу којег извођач има право на надокнаду свих трошкова плус одређени проценат од укупне вредности тих трошкова (енгл. *cost plus percentage of cost*). Ризик оваквог начина одређивања цене јесте тај да извођач може, руковођен сопственим интересом тј. потребом за што већом зарадом, приказати трошкове нереално високим или куповати и користити што скупље материјале и опрему.

Недостатак претходног начина се покушао отклонити тиме да се хонорар који прима извођач не одређује у одређеном проценту од учињених трошкова, већ се уговара у фиксном износу, без обзира на

27 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 547.

28 Philip C. Loots, *Engineering and Construction Law*, Cape Town, 1985, стр. 16.

висину трошкова (енгл. *cost plus fixed fee*). Међутим, лоша страна овог облика је што је извођач незаинтересован да радове изведе брзо, односно у року, те се време изградње продужава.

Даље, треба поменути начин који подразумева да извођач може добити и одређени проценат уштеде од разлике у нижим трошковима од оних који су били предвиђени – „трошкови са фиксним хонораром и поделом добитка“ (енгл. *cost plus fixed fee with a profit – sharing clause*).²⁹

Среће се и уговарање трошкова са фиксним хонораром и клаузулом о награди (енгл. *cost plus fixed fee with a bonus clause*), и под овим се подразумева посебна награда извођачу за ранији завршетак радова.³⁰

Сличан начин претходном јесте онај познатији као „трошкови са клизном скалом хонорара“ (енгл. *cost plus fixed fee with a sliding scale of fees*). Код овог начина хонорар извођача се мења у зависности од трошкова радова и одговарајуће клизне скале за хонорар. Што су трошкови мањи повећава се хонорар, и обрнуто, уз пораст трошкова смањује се износ хонорара, али се зато предвиђа граница испод које хонорар не може пасти.³¹

На крају, поменућемо још један облик „*cost plus*“ врсте уговора. Може се одредити горња граница трошкова (енгл. *cost plus with a guaranteed selling price*). Овим обликом се желео избећи основни приговор „*cost plus*“ уговору, а то је да наручилац никада не зна унапред колики ће и какви бити трошкови изградње објекта. Наиме, код овог облика извођач прима фиксни износ (хонорар), али му се трошкови изнад договорене горње границе неће надокнадити. Дакле, уколико трошкови прелазе ту границу, извођач ће сам сносити ризик тих повећања.³² Недостатак може бити у томе да извођач штеди на квалитету употребљеног материјала и опреме да не би прешао уговорену границу трошкова.

29 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 547.

30 *Истио*.

31 *Истио*.

32 *Истио*.

Momčilo JEVTIĆ
Legal Advisor of Energoprojekt Holding p.l.c.

METHODS OF DETERMINATION OF PRICE IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Summary

Law on Obligations of Republic of Serbia has devoted solely two articles to the subject of methods of determination of price in construction contracts. Consequently, for solutions of particular circumstances and interpretation thereof, exploration of judicial practice and jurisprudence has to be made, which on other hand frequently do not have harmonized approach and are quite slow in providing solution.

When determining the price, provisions such as “lump sum price” or “turn key”, are frequently and recklessly negotiated, without awareness of the true meaning or consequences thereof. Further, proper attention is not made to the fact that method of determination of the price in construction contracts is closely interconnected with subject of construction contract, and thus should be personalized to suit subject of particular construction contract.

Bearing in mind the aforesaid, author attempts to underline crucial features of different methods of determination of the price in construction contracts, and emphasizes when each particular method is most frequently negotiated. Last but not the least, the author appeals that due consideration should be made to price determination issue before entering into the contracts as opposed to after the disputes arise.

Key words: unit price, lump sum price, “turn key”, cost plus.

мр *Ивана ПАНИЋ*
сарадник у адвокатској канцеларији Моравчевић Војновић
Здравковић у сарадњи са Schönherr, Београд

FIDIC УСЛОВИ УГОВОРА – УЛОГА ИНЖЕЊЕРА

Резиме

Имајући у виду композицију FIDIC услова уговора, може се закључити да инжењер представља основни субфункционална разграната структура која се одла у имплементацији једној грађевинској пројекти. Наиме, улога инжењера, са аспекта FIDIC услова уговора, је вишеструка и као таква убрзо је превазишла улогу администратора уговора или надзорног органа грађевинској пројекти и најзад почела да варира и самом наручиоцу радова, односно инвеститору.

Кључне речи: FIDIC, инжењер, извођач, инвеститор.

I Инжењер – притајени владар уговора

Питање статуса и положаја инжењера, имајући у виду поступак његовог именовања као и однос са инвеститором (*Employer*), је неретко расправљано како у пракси тако и у правној теорији. Наиме, основна сумња која се у проблематици инжењера јавља јесте да ли лице које је именовано од стране инвеститора и финансирано од истог, може у пракси да остане независно од и непристрасно према инвеститору и на дати начин оствари функцију која му је FIDIC¹ уговором додељена.

1 *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.*

Именоване инжењера, на основу *FIDIC* услова уговора јесте у искључивој надлежности инвеститора. Управо дата чињеница је изазвала бројне контроверзе када је реализација улоге инжењера у питању и довела до заједничког закључка да искључиво независан, непристрасан и самосталан инжењер јесте у могућности да оствари улогу која му је намењена од стране твораца *FIDIC* услова уговора.

За разлику од старијих верзија *FIDIC* услова уговора, унификована издања од 1999. године и даља,² садрже одредбу којом се на недвосмислен начин налаже инжењеру да у доношењу својих одлука поступа правично. Наиме, клаузула 3.5 *FIDIC* општих услова уговора прописује да у циљу саглашавања или доношења одлуке по било ком питању, инжењер је дужан да се консултује са обе уговорне стране у циљу постизања договора. Надаље, у случају да договор не буде постигнут, Инжењер је дужан да донесе правичну одлуку у складу са уговором, узевши у обзир све релевантне околности.³

Имајући у виду бројност захтева које извођач може имати у току реализације грађевинског пројекта који може да траје од само неколико месеци па и до неколико деценија, значај ове одредбе је непроцењив. Свакако, *FIDIC* не предвиђа мерила на основу којих би се могло недвосмислено утврдити да ли инжењер у доношењу својих одлука поступа непристрасно, односно правично. Међутим, с обзиром на постојање следеће инстанце у одлучивању (Комисије за решавање спорова), која одлуке инжењера може потврдити или оповргнути, као и на утемељено уверење о значају истог, у највећем броју случајева у пракси поменута одредба се поштује.

1. Инжењер и инвеститор – пријатељи или непријатељи?

Од самог зачетка примене *FIDIC* услова уговора, пре неколико деценија, инжењер чини једну од централних личности у имплементацији грађевинских пројеката. Улога инжењера је незамењива и непроцењива како од самог зачетка реализације пројекта тако и након завршетка радова, односно током трајања рока за пријаву недостатака (*Defect Notification Period*). Поред администрације уговора, од најзначајнијих функција инжењера свакако се могу напоменути следеће:

- 2 Изузимајући *FIDIC* услове уговора који не предвиђају постојање Инжењера, као што су Услови уговарања за пројектовање – изградњу и кључ у руке („Сребрна књига“ – *Contract for EPC/Turnkey Contracts (Silver Book)*).
- 3 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“ – *Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works designed by the Employer*), клаузула 3.5.

а) Доношење одлука и издавање налоџа

Доношење одлука, како поводом захтева извођача (*Contractor*), тако и инвеститора јесте главна улога инжењера. Наиме, одлуке инжењера могу се односити на свакодневна питања извођења радова, као на пример инструкције које не мењају уговорену цену радова, али и на одлучивање поводом додатних плаћања која извођач може имати услед промене уговорених услова за извођење радова (о захтевима извођача биће речи детаљније у одељцима који следе). Такође, потребно је напоменути да инжењер има право да извођачу издаје налоге за додатне радове који утичу на износ укупно уговорене цене.

б) Послужба плаћања (оверавање привремених ситуација)

Карактеристично за *FIDIC* услове уговора јесте поступак плаћања за извршене радове који је такође у искључивој надлежности инжењера.⁴ За разлику од стандардних грађевинских уговора, *FIDIC* је одузео од инвеститора сва овлашћења када је у питању процена извршених радова, односно сагласност истих са апликацијом за привремене ситуације које издаје извођач. Наиме, према *FIDIC* условима уговора инжењер је једини овлашћен да процени да ли радови које је извођач извео одговарају цени коју захтева, као да након тога изда одговарајући налог за плаћање инвеститору (*Interim Payment Certificate*).⁵ Након што су привремене ситуације оверене од стране инжењера, инвеститор нема права да тако потврђене износе смањује, односно не плаћа. Стога, уколико сматра да такви радови нису извршени или да је цена неодговарајућа, инвеститор се једино може обратити инжењеру са захтевом за умањење привремених ситуација на основу клаузуле *FIDIC* услова уговора која регулише поступак за решавање захтева инвеститора.⁶

2. Инжењер и извођач – пријатељи или непријатељи?

а) Захтеви извођача

Још је *E. J. Rimmer*, енглески баријстер и инжењер, покушао да укаже на значај уговорног регулисања непредвиђених околности и непредвиђених трошкова, и то посебно узимајући у обзир специфич-

4 Изузимајући *FIDIC* услове уговора који не предвиђају постојање Инжењера, као што су Услови уговарања за пројектовање – изградњу и кључ у руке („Сребрна књига“).

5 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“), клаузула 14.

6 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“), клаузула 2.5.

ност грађевинских пројеката (дужину трајања радова, променљиви временски услови, ерозија земљишта, проналазак ископина). Све ове и друге непредвиђене околности могу драстично утицати на цену и време извођења радова и стога представљати озбиљну претњу за извођача.⁷

Један од основних начина заштите извођача од оваквих, непредвиђених околности, *FIDIC* је омогућио увођењем специјалних тражбених права (захтева за додатну наплату и/или продужетак рока за завршетак радова) чије остварење извођач може захтевати када се и уколико се овакве околности десе. Надаље, са тим у вези, *Christopher R. Seppälä* је истакао да захтеви извођача могу бити уговорне природе – потраживања које извођач црпи из конкретне уговорне одредбе *FIDIC* услова уговора (нпр. извођач може захтевати додатно време, у неким случајевима и трошкова ако га виша сила спречи у извршавању обавезе⁸), као и законске природе – потраживања на основу права земље којој је предметни уговор подвргнут.⁹ Ипак, као што је и *Christopher R. Seppälä* даље приметио, извођачу би за време извршавања радова било пре у интересу да остваривање свог захтева потражује на уговорној основи, пре свега из разлога што инжењер који одлучује о датом захтеву извођача у првом степену (што ће у редовима који следе бити детаљније објашњено), није у могућности да спознаје и примени, без правне помоћ, право земље на основу кога се захтев остварује.

Стога, како би се помирила два сукобљена интереса (интерес инвеститора да се радови имају извршити у договореном року за договореном цену и извођача односно могућност да се ти рокови продуже и цена повећа) *FIDIC* услови уговора, клаузулом 20.1, детаљно су регулисали које околности могу дати право извођачу да се са одрешеним захтевом обрати инжењеру као и на који начин му се може обратити уколико се дате околности десе. Такође, с обзиром на строгост и искључивост датих корака, потребно је напоменути да је клаузула 20.1 *FIDIC* услова уговора можда од свих изазвала онајвише потешкоћа извођачима у пракси, и исто тако бројне полемике у теорији.

б) Посиуиак остваривања захтева извођача

Као што је већ напоменуто, клаузула 20.1 *FIDIC* услова уговора предвидела је кораке које је извођач обавезан да предузме како би

7 E. J. Rimmer, „The Conditions of Engineering Contracts“, *Journal of the Institution of Civil Engineers*, бр. 1938–39, стр. 3.

8 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“), клаузула 19.4.

9 Christopher R. Seppälä, „Contractor’s Claims Under the FIDIC Contracts For Major Works“, *Construction Law Journal*, 2005.

реализовао своје право на додатна плаћања и/или продужетак рока за извршење радова.

Пре свега, како би се одређени захтев извођача остварио, потребно је инжењеру упутити обавештење у року од 28 дана од момента када је извођач постао свестан (или је требао да постане свестан) околности које му дају право на остваривање датог захтева. Не постоји строга форма у којој ово обавештење мора бити послато, довољно је да буде путем неког од средстава комуникације који омогућавају извештај увид у време слања и његову садржину (*e-mail*, *fax*, писмо, итд.). Када је садржина у питању, захтева се да обавештење пружи информације о догађају или околностима који дају право на захтев. Обавештење не мора садржати дужину рока која се тражи, износ додатних плаћања или трошкова, нити правни основ захтева.

Оно што управо ствара контроверзе око поменуте одредбе 20.1 *FIDIC* услова уговора јесте чињеница да уколико извођач пропусти да учини ово обавештење у року од 28 дана сматра се да је преклудиран у свом праву да захтева да захтева додатно плаћање и/или продужетак рока за извршење радова¹⁰ да датој основи. Другим речима, инвеститор се ослобађа сваке одговорности који на основу предметног захтева може имати према извођачу.

Надаље, у року од 42 дана од момента када је извођач постао свестан (или је требао да постане свестан) околности које му дају право на остваривање датог захтева, потребно је инжењеру поднети детаљно образложеног захтева у коме је извођач је дужан да наведе образложење појединости основа свог захтева као и траженог продужетка рока и/или додатних плаћања.¹¹

Најзад, по пријему образложеног захтева, инжењер је дужан у року од 42 дана да донесе одлуку којом ће предметни захтев усвојити или одбити. Као што је већ напоменуто, инжењер је дужан да донесе правичну одлуку у складу са уговором, узевши у обзир све релевантне околности.¹²

Интересантно је приметити да се *FIDIC* услови уговора из 1999. године знатно ризикују од својих претходника када је поступка решавања спорова у питању. *FIDIC* услови из 1999. године поступак за решавање захтева извођача као и захтева поводом истих, најпре унификују а потом и одређена овлашћења одузимају из руку инжењера. Наиме, у претходницама тренутно важећих *FIDIC* услова уговора, након одлуке коју

10 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“), клаузула 20.1.

11 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“), клаузула 20.1.

12 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“), клаузула 3.5.

би инжењер донео поводом захтева извођача (које је тада била прелиминарна – *determination*), извођач је био у обавези да се поново обрати инжењеру, са истим захтевом, како би инжењер донео формалну одлуку (*decision*).¹³ Међутим, *FIDIC* услови уговора из 1999. године су ово променили увевши Комисију за решавање спорова (*Dispute Adjudication Board*) којој извођач може на ревидирање поднети сваку одлуку инжењера.

II Инвеститор – владар уговора (ограничења овлашћења инжењера)

Иако *FIDIC* услови уговора постоје у довољној разноликости како би се подмириле потребе већих пројеката које захтевају пуно и неометано учествовање инжењера (или је његова функција прешла у руке инвеститора¹⁴), као и мањих пројеката у којима је таква функција исувишна, у неким случајевима тежња је уговорних страна да се овлашћења инжењера ограниче у обиму или квалитету. Надаље, овлашћења инжењера могу се ограничити договором обеју уговорних страна или једностраним искључењем од стране инвеститора.

Пре свега, ограничење инжењера, засновано договором између инвеститора и извођача, могу бити квалитативне природе којима инвеститор права дата инжењеру у одређеном обиму задржава за себе (нпр. немогућност издавања или одобравања налога од стране инжењера који мењају уговорену цену више од 5%) или квантитативне природе којима се целокупно право дато инжењеру одузима и преноси на инвеститора (нпр. право да оверава привремене ситуације).

Са друге стране, једнострано ограничење овлашћења инжењера од стране инвеститора (а без пристанка извођача) су супротна *FIDIC* условима уговора у могу овластити извођача да захтева накнаду штете од инвеститора.

Међутим, потребно је напоменути да нису само непрописна ограничења инжењера (без пристанка извођача) претња за реализацију грађевинског пројекта. Наиме, с обзиром да *FIDIC* услови уговора, прецизно и подробно дефинишу права и обавезе свих учесника у пројекту, а поготово имајући у виду значај инжењера као и међузависност датих права и обавеза, потребно је напоменути да свако ограничење наметнуто инжењеру, без детаљног сагледавања импликација које може на извођење радова, може озбиљно угрозити, или у најбољем случају, успорити имплементацију датог пројекта.

13 Услови уговарања за грађевинске радове („Црвена књига“ – *Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction*), 1987. година, клаузула 67.

14 Услови уговарања за пројектовање – изградњу и кључ у руке („Сребрна књига“).

Mag. Ivana PANIĆ

**Associate in the Law Firm Moravčević Vojnović Zdravković in
Cooperation with Schönherr, Belgrade**

FIDIC CONTRACT CONDITIONS – ROLE OF THE ENGINEER

Summary

Taking into consideration FIDIC contract conditions, it can be concluded that engineer is a basic pillar for functioning of the sophisticated structure that has to be implemented in one construction project. The role of the engineer, from FIDIC point of view, is multifunctional and as such has overreached the role of the administrator of the contract or supervisory body of construction project, and finally has started to be viewed as a party parallel with the contractor and investor.

Key words: *FIDIC, engineer, contractor, employer.*

мр *Саша* САВИЋ
директор Сектора за правне послове, Rudnar Group ад Београд

ПРАВНИ РЕЖИМ ВИШКОВА РАДОВА КОД УГОВОРА О ГРАЂЕЊУ

Резиме

Вишкови радова представљају такве количине изведених радова које прелазе уговорене количине радова, који су неопходни за извршење уговора о грађењу, а произилазе из дозвољених одступања унутар грађевинске делатности.

Правило је да је извођачу потребна писана сагласност наручиоца за извођење вишкова радова. У случају да такви радови буду изведени без сагласности наручиоца онда извођач нема право на повећање уговорене цене. Овакво правило је утемељено на околности да појава вишка радова доводи до промене предмета уговора о грађењу, те је из тог разлога нужно посвојање сагласности наручиоца.

По природи ствари, уколико дође до промене предмета уговора, то се одражава и на остале састојке уговора. Овде се пре свега има у виду цена и рок за извођење радова. Из тог разлога, приликом посматрања сагласности око извођења вишкова радова, потребно је уговорити и модификацију цене и рока. У недостигању таквог договора, по правилу се аналогном применом одредби о цени одређује вредност вишка радова, док се рок продужава сразмерно времену потребном за извођење.

Уколико је уговорена клаузула кључ у руке онда појава вишка радова не значи промену предмета уговора, те из тог разлога не долази ни до повећања уговорене цене и продужења рока. Разлог прописивања оваквог правила је у томе да уговорена цена обухвата све радове који су неопходни за изградњу објекта.

Кључне речи: уговор о грађењу, вишкови радова, писана сагласност, кључ у руке.

I Увод

Постоји више врста грађевинских радова с обзиром на критеријум разграничења. Правно посматрано, од значаја су оне поделе код којих постоје одређене разлике у правном режиму. У контексту наведеног разликујемо поделу грађевинских радова на тзв. уговорене грађевинске радове и неуговорене грађевинске радове.

У најопштијем смислу речи, уговорени грађевински радови су они радови који су предвиђени уговором о грађењу – изричито или прећутно описани у спецификацијама и пројекту, и обратно, грађевински радови који нису предвиђени уговором о грађењу су тзв. неуговорени грађевински радови. Дакле, критеријум разграничења је да ли су грађевински радови које треба извести или који су изведени били предвиђени уговором о грађењу или не?

Рецимо на овом месту и то, да су уговорени грађевински радови правило и да постоје код сваког уговора о грађењу. Наусупрот томе, неуговорени грађевински радови су одређено одступање и могу али и не морају да постоје код уговора о грађењу.

Разликујемо следеће врсте неуговорених грађевинских радова и то: вишкове радова, мањкове радова, неподвижене радове, и некадне радове. Овај рад за свој предмет има само анализу правног режима вишкова радова, а не и правни режим осталих неуговорених грађевинских радова. У том контексту, биће речи о: појмовном одређењу вишкова радова, вишковима радова као виду одступања од предмета уговора о грађењу, последицама до којих доводи појава вишкова радова и поступку одређивања ових радова.

II Појам вишкова радова

Вишкови радова представљају такве количине изведених радова које прелазе уговорене количине радова, који су неопходни за извршење уговора о грађењу, а произилазе из дозвољених одступања унутар грађевинске делатности.¹ Из дате дефиниције произилази, да је иста утемељена на три конститутивна елемента.

¹ ЗОО у чл. 640 наводи вишкове радова; ПУГ чл. 9 став 5 одређују вишкове радова, затим даље разрађују кроз чл. 18 ст. 2, чл. 22 ст. 4, чл. 32 и чл. 42 ст. 3 тач. 8. В: М.

Први се односи на успостављање међусобног односа између уговорених грађевински радова и изведених грађевински радова. Уколико између ове две категорије постоји одређена квантитативна разлика и то тако да изведени грађевински радови премашују количину уговорених грађевинских радова, онда говоримо о постојању вишкова радова. Дакле, реч је о постојању квантитативне, а не квалитативне разлике.

На овом месту је потребно дати и одговор на питање која количина грађевинских радова изведена преко уговорене количине радова је релевантна за постојање вишка радова? По овом питању изјаснила се судска пракса и то тако што је одређено да вишкови радова обухватају све количине изведених радова које прелазе обим уговорених радова, без обзира у којој мери су одступања.²

Други се односи на сврху извођења вишка радова. Наиме, вишкови радова су нужни за извршење уговора о грађењу, односно изградњу одређеног грађевинског објекта или извршење уговорених грађевинских радова на одређеном објекту или одређеном земљишту ради постизања одређених грађевинских ефеката. Другим речима, без обзира што вишкови радова представљају одређено одступање од пројектно-техничке документације исти су неопходни за извршење уговора о грађењу. Промене се морају односити на уговор односно на радове који су иначе предвиђени пројектно-техничком документацијом.³

Трећи елемент се тиче узрока настанка вишкова радова. Тако, узрок настанка вишкова радова лежи у природи грађевинске делатности. Наиме, пројектно-техничка документација је саставни део уговора о грађењу и она заправо представља детаљан опис предмета уговора. То је основа на бази које се гради одређени грађевински објекат или изводе одређени грађевински радови. Међутим, пројектно-техничка документација у себи носи одређену дозу вероватноће, јер није могуће у потпуности предвидети све радове које треба извести и сав материјал који треба уградити у будући објекат. У том контексту, приликом извођења грађевинских радова уобичајено долази до одређених

Васиљевић, *Трговинско право*, стр. 506–507; Ј. Вилус, *Уговор о грађењу*, Грађевинска књига, Београд, 1968., стр. 61; Благојевић, Б. – Круљ, В., *Коментар ЗОО*, Савремена администрација, 1980. г., стр. 110 и 118; Стојичић, Р., *Одговорност пројекцијанца и извођача за шийетиу по уговору о пројектовању и надзору*, стр. 199–200. „Као опште правило важи да су вишкови радова незнатна одступања од уговорене количине радова. Другим речима, код вишкова радова, опис позиције радова мора остати исти само се мења уговорена количина“, Вилус Ј., *Грађанскојравна одговорност извођача и пројекцијанца*, Грађевинска књига, Београд, 1973. г., стр. 88.

2 В. пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 2696/2007 од 3.7.2008. г., Paragraf Lex, судска пракса.

3 Вилус, Ј., *Грађанскојравна одговорност извођача и пројекцијанца*, стр. 88.

одступања, при чему та одступања по правилу нису значајна у односу на пројектовано стање. Из тог разлога вишкови радова представљају логичан продужетак уговорених грађевинских радова.⁴

III Вишкови радова као вид одступања од предмета уговора о грађењу

Као што смо напред изнели, једна од специфичности уговора о грађењу је и та да се предмет уговора детаљно одређује кроз пројектно-техничку документацију. Саставни део пројектно-техничке документације је и предмер радова. Свака промена предмера радова значи одступање од пројектно-техничке документације, а то даље значи промену предмета уговора. У том контексту потребно је дати одговор на питање који су то услови који се морају испунити да би извођач могао да изведе вишкове радова?

За ову ситуацију Закон о облигационим односима прописује правило по коме за свако одступање од пројекта, односно уговорених радова извођачу је потребна писана сагласност наручиоца, при чему ако такви радови буду ипак изведене без сагласности онда извођач нема право на повећање уговорене цене⁵. У вези наведеног правила, уколико пођемо од претпоставке да вишкови радова представљају одређено одступање од пројектно-техничке документације, разликујемо три ситуације.

Прво, уколико се извођач обрати наручиоцу са захтевом да се одобри извођење вишкова радова, а наручилац такву сагласност изда, онда извођач има право али и обавезу да такве радове изведе. У пракси је ово уобичајено поступање код уговора о грађењу, имајући у виду природу вишкова радова, а пре свега сврху и квантитет.⁶

Друго, правно је могуће да наручилац тражену писану сагласност не изда, што би даље значило да извођач нема право али ни обавезу да вишкове радова изведе. Међутим, код ове ситуације може настати проблем извршења уговора о грађењу у преосталом делу, односно као целине,

4 В. чл. 18 ПУГ који одређује да се вишкови радова сматрају уговореним радовима.

5 В. чл. 633 ЗОО; Вилус, Ј., *Грађанскојравна одговорности извођача и пројекцијанџа*, стр. 90. Благојевић, Б. – Круљ, В., *наведено дело*, стр. 110; Визнер, Б.-Букљаш, И., *Коментар Закона о облигационим односима*, стр. 1963; Јанковец, И., *Привредно право*, Службени лист СРЈ, 1999. г., стр. 415; Миленовић, Д., *Пословно право*, ПФН, 2001. г., стр. 299; Пресуда Веховног суда Војводине, Пж. 692/90 од 19.10.1990. године, *Право – теорија и пракса*, број 3/91, стр. 48.

6 „Писана сагласност наручиоца није потребна ако је извођач одступио од пројекта на изричит захтев наручиоца“, Јанковец, И., *наведено дело*, стр. 416; Миленовић, Д., *наведено дело*, стр. 299.

уколико је реч о вишковима радова који претходе другим грађевинским радовима а који се не могу извршити без извођења вишкова радова. Нема сумње да ова ситуација не иде у корист ниједне уговорне стране, већ напротив и извођач и наручилац имају одређени интерес да вишкови радова биду изведени. Из тог разлога, овакво поступање није типично у пословној пракси, али као што је наведено правно је могуће. У том контексту могуће је следеће. Прво, према цитираној законској одредби, уколико извођач такве радове ипак изведе онда неће имати право на увећање цене по том основу,⁷ што даље значи да извођач радова може или и немора да такве радове изведе о свом трошку, те да тако створи неопходне услове за извршење уговора о грађењу у преосталом делу. Друго, ПУГ прописују да се вишкови радова сматрају уговореним радовима, те да је извођач дужан да уговорене радове – што значи и вишкове радова, изведе на начин и у роковима одређеним уговором, прописима и правилима струке.⁸ Треће, уговорне стране на аутономној основи приликом стипулисања уговорних одредби могу да предвиде која количина вишкова радова се има сматрати уговореном количином радова, те количином радова за коју није потребна сагласност наручиоца.

Треће, постоји могућност да наручилац по захтеву извођача не да никакав одговор, односно пасивно се понаша – ћути. У том контексту поставља се питање, да ли ћутање значи давање сагласности за извођење вишкова радова или или не? Уколико пођемо од правила да ћутање понуђеног не значи прихватање понуде⁹ и одредбе да је за свако одступање од пројекта потребна писана сагласност наручиоца, да се закључити да ћутање наручиоца не може значити прихватање захтева извођача за извршење вишка радова, већ да ћутање наручиоца значи непостојање сагласности за извођење таквих радова. Исто тако, писана форма уговора о грађењу је установљена не само у интересу уговорних страна, већ и у општем интересу, имајући у виду значај грађевинарства за ширу друштвену заједницу. Међутим, наведеним разлозима се аргументовано може супроставити природа вишкова радова – да су мањег интензитета, да су нераскидиво повезани са уговореним радовима, да су резултат очекиваних одступања код уговора о грађењу, са једне стране, као и начин уобичајеног поступања у пракси у вези са појавом вишка радова, са друге стране.

7 „Извођач не би имао основ да оствари накнаду за радове изведене мимо пројектне документације, без писменог налога. Сматрамо, међутим, да се у овом случају ипак ради о моралној обавези наручиоца да плати радове које користи. Стога не би могао да тражи повраћај накнаде коју је за овакве радове исплатио, у смислу чл. 213 ЗОО“, Благојевић, Б. – Круљ, В., *наведено дело*, стр. 110.

8 В. чл. 18 ПУГ. Наравно, речено важи само за случај ако су уговорне стране изричито предвиделе примену ПУГ, имајући у виду правило из чл. 21 ст. 2 ЗОО.

9 В. чл. 42 ст. 1 ЗОО; Антић, О., *наведено дело*, стр. 302.

Клаузула *кључ у руке* је изузетак од неведеног правила-да је за извођење вишка радова потребна сагласност наручиоца. Наиме, код ове клаузуле извођач је дужан да изврши све радове неопходне за изградњу и употребу објекта – што значи и све вишкове радова, а не само уговорене радове, те му из тог разлога није потребна посебна сагласност за извођење и вишка радова.¹⁰ Разлог прописивања оваквог изузетка је утемељен на околности да код клаузуле *кључ у руке* извођач има обавезу да изведе све радове потребне за изградњу и употребу одређеног целовитог објекта, са једне стране, као и да се код ове клаузуле цена извођења радова одређују с обзиром на ову околност, са друге стране.¹¹ Из тог разлога, појава не само вишкова радова, већ и тзв. непредвиђених радова не утиче на промену цене између уговорних страна.

FIDIC услови за уговарање грађевинских радова у делу под називом *Variations and Adjustments* на целовит начин уређују промене предмета код закљученог уговора.¹² Прописани режим је утемељен на правилу да извођач не може да врши било какву промену и/или корекцију на трајним радовима без налога или одобрења надзорног органа. Није од значаја да ли је иницијатива за промене потекла од инжењера или извођача, већ је нужно да постоји сагласност инжењера да се може приступити извршењу корекција. Промене се могу односити на сваки сегмент предмета уговора – количина, квалитет, ниво и положај, редослед и време извођења, изостанак позиција, промена материјала и опреме. Приступање променама је постављено као право (могућност) наручиоца, а обавеза извођача. Међутим, уколико извођач не може да удовољи изменама и корекцијама мора о томе одмах да обавести инжењера. Садржински посматрано, прописано је да налог или одобрење инжењера обавезно саджи опис корекције, програм извођења, начин вредновања и друге потребне елементе. Посебно је правило за извођење радова мањег обима или узгредне природе (*Daywork*). Овакви радови се предузимају на бази налога инжењера, а вреднују се према ценовнику додатних радова (*Daywork Schedule*) који је саставни део уговора. Уколико таквог прилога нема, одредба о овим радовима се не примењује.

Италијански грађански законик прописује промену предмета уговора о делу (грађењу).¹³ У зависности од основа промене разликујемо три могућности. Прво, извођач не може вршити измене уговорених модалитета дела уколико их наручилац није одобрио писаним путем – тзв. споразумна измена нацрта. Код овог модалитета извођач неће

10 В. чл. 640 ЗОО.

11 В. Вилус, Ј., *Уговор о грађењу*, стр. 61.

12 В. *FIDIC* услови за уговарање грађевинских радова клаузула 13.

13 В. Италијански грађански законик чл. 1659–1661.

имати право на накнаду уколико је цена одређена глобално, изузев у случају другачије погодбе. Друго, ако је за извршење по правилима заната нужно извршити измене у нацрту, а стране се не сагласе око тога, онда је суд дужан да одреди измене које треба извршити у нацрту, као и одговарајуће измене у цени – тзв. нужне измене нацрта. Треће, наручилац може вршити измене у нацрту, под условом да њихов износ не прелати једну шеститу укупно уговорене цене. У овом случају извођач ће имати право на накнаду па чак и ако је цена одређена глобално. Међутим, ова одредба се неће применити када измене, иако се налазе испод прописаног максимума, повлаче знатније измене природе дела или количина у појединим врстама радова предвиђених уговором.

IV Правне последице до којих долази услед настанка вишкова радова

Поред предмета и цена је битан елеменат уговора о грађењу. Код уговора о грађењу, као и код сваког другог уговора, ове две категорије су у међусобној колерацији. Тако, обавеза извођача је да сагради одређену грађевину према одређеном пројекту или да изведе одређене грађевинске радове према одређеном пројекту на постојећем грађевинском објекту или одређеном земљишту, док је обавеза наручиоца да на име извршених грађевинских радова исплати извођачу уговорену цену. То даље значи, да промена предмета доводи до промене цене. Напред смо изнели, да вишкови радова представљају одређено одступање од предмета уговора, те се поставља питање њиховог утицаја на промену и уговорене цене? Из тог разлога, на овом месту ће управо бити речи о том утицају, односно о евентуалној модификацији уговорене цене због појаве вишка радова.

Закон о облигационим односима прописује да за свако одступање од пројекта извођач има право на повећање уговорене цене ако се наручилац писаним путем сагласио са променом предмета уговора. Као и код анализе утицаја вишкова радова на промену предмета уговора, и код утицаја вишкова радова на промену цене, разликујемо три ситуације, а које су међусобно узрочно-последично повезане.

Тако, прво, уколико наручилац изда писану сагласност за извођење вишка радова, и ако такви радови буду изведени, онда ће извођач имати право на повећање уговорене цене по том основу. У пракси је ово уобичајено поступање, имајући у виду природу вишкова радова, а пре свега сврху и квантитет. Друго, могуће је да наручилац тражену писану сагласност не изда, што би даље довело до тога да извођач нема право на повећање уговорене цене, без обзира да ли је вишкове радова извео

или не! Овакво поступање није типично у пословној пракси, јер не иде у корист ниједне уговорне стране, већ напротив и извођач и наручилац имају одређени интерес да вишкови радова биду изведени. Треће, постоји могућност да наручилац по захтеву извођача нека никакав одговор, односно пасивно се понаша – ћути, а како ћутање значи одсуство сагласности, онда извођач не би имао право на повећање уговорене цене за изведене вишкове радова.

Клаузула *кључ у руке* је и изузетак од правила да промена предмета доводи до модификације цене. Наиме, уколико су извођач и наручилац у уговору о грађењу стипулисали клаузулу *кључ у руке* или неку другу случну одредбу онда та цена обихвата све радове неопходне за изградњу и пуштање у употребу одређене грађевине.

Према Посебним узансама о грађењу уколико је уговорена јединична цена онда она важи и за вишкове радова ако не прелазе 10% од уговорених количина радова, док уколико је цена одређена у укупном износу онда се она не мења због појаве вишка радова.¹⁴ Из наведеног произилази закључак да утицај вишкова радова на модификацију уговорене цене зависи од тога да ли су стране стипулисале јединичну или цену одређену у укупном износу. За јединичну цену је специфично то да постоји граница до које појава вишкова радова не утиче на модификацију уговорене цене. Та граница износи 10% од уговорене количине радова. За количину вишкова радова преко 10% од уговорене количине грађевинских радова извођач има право на повећање уговорене цене. Наравно, уколико количина вишка радова прелази 10% онда извођач има право на повећање уговорене цене али само за радове изведене преко 10%, али не и за радове до 10%. За разлику од тога, код укупно уговорене цене појава вишка радова не утиче на уговорену цену, без обзира о којој количини вишка радова је реч. Као и Закон о облигационим односима и Посебне узансе о грађењу прописују изузетак од наведеног правила. Тај изузетак је клаузула *кључ у руке*, према којој без обзира о којој количини вишкова радова је реч, ако је уговорена клаузула *кључ у руке* појава ових радова не утиче на модификацију уговорене цене.

Према FIDIC условима за уговарање грађевински радова свака измена се процењује у складу са клаузулом 12 (*Measurement and Evaluation*), уколико инжењер на наложи или одобри неки други начин.¹⁵ Претпостављени метод процене подразумева мерење нето стварне количине сваке позиције трајних радова у складу са предмером или другим одговарајућим табелама.¹⁶

14 В. чл. 22 ст. 3 и чл. 32 ПУГ.

15 В. FIDIC услови за уговарање грађевинских радова, клаузула 13.3.

16 В. FIDIC услови за уговарање грађевинских радова, клаузула 12.2.

Поред утицаја на предмет и цену вишкови радова могу довести и до одређене модификације рока за извођење грађевинских радова. За разлику од Закона о облигационим односима, који не садржи одредбе о утицају вишка радова на уговорени рок, Посебне узансе о грађењу садрже изричиту одредбу о томе. Тако, правило је да је извођач дужан да изведе вишкове радова на начин и у роковима који су одређени уговором, прописима и правилима струке.¹⁷ Међутим, ако количина вишкова радова већа од 10% од уговорене количине радова, онда извођач има право да захтева продужење рока за извођење грађевинских радова.¹⁸ Реч је о тзв. случају продужења рока за извођење грађевинских радова услед промене предмета уговора. Наиме, као што постоји веза између предмета и цене, постоји и одређена повезаност предмета и рока. Не улазећи у правну природу рока као елемента уговора о грађењу,¹⁹ правило је да се грађевински радови изводе у одређеном року. Из тог разлога, уколико дође до промене предмета уговора, без обзира на околност која је то проузроковала, то доводи и до одређене промене рока у коме се уговорени радови изводе. У том контексту, појава вишка радова је класификована као једна од околности која због утицаја на промену предмета уговора, може довести до модификације рока за извођење грађевинских радова. И FIDIC услови за уговарање грађевинских радова изричито прописују да налог или одобрење инжењера за извршење измена и корекција трајних радова мора да садржи и део који се односи на утицај промене на крајњи рок за завршетак радова.²⁰

V Поступак одређивања вишкова радова

Анализа правног режима вишкова радова подразумева давање одговора и на специфичности њиховог одређивања, које ће бити сагледана кроз следећа питања:

- начин испостављања захтева и давање сагласности,
- форма захтева и сагласности за извођење вишка радова,

17 В. чл. 18 ПУГ.

18 В. Васиљевић, М., *наведено дело*, стр. 507; чл. 42 ст 3. тач. 8 ПУГ.

19 „У правној теорији не постоји јединствени став да ли се рок грађења може сматрати битним елементом уговора о грађењу по природи посла. Док једни аутори одговарају позивно на то питање – Антонијевић, Јанковец, други аутори напротив одговарају негативно – Ђуровић. Чини се да се са највише основа може прихватити став да рок грађења по правилу није битан елемент уговора по природи посла, узузев ако из воље уговорних страна или садржаја уговора несумњиво произилази особити интерес да се грађевина заврши у уговореном року“, Васиљевић, М., *наведено дело*, стр. 502.

20 В. FIDIC услови за уговарање грађевинских радова, клаузула 13.3.

- садржина захтева и сагласности за извођење вишка радова,
- рок у коме се захтев мора испоставити и сагласност дати.

У предметном случају, полазећи од релеватних чињеница, да се закључити да је правило да се извођач захтевом обраћа наручиоцу за давање сагласности за извођење вишка радова. У том контексту, уколико извођач утврди да ће изведене количине радова да премаше уговорене количине радова, онда настаје и обавеза за извођача да о томе обавести наручиоца. Уколико извођач ову обавезу прекрши, а вишкове радова изведе, онда бива санкционисан тиме да губи право да оствари повећање уговорене цене по том основу. Међутим, са друге стране, уколико се извођач обратио наручиоцу са захтевом да му одобри извођење вишкова радова, онда то ствара и обавезу на страни наручиоца да по захтеву извођача одговори. Наравно, право је наручиоца да сагласност да или не, али независно од тога постоји и обавеза наручиоца да се по захтеву извођача изјасни. Проблем ће настати, уколико наручилац ћути, односно пасивно се понаша. Потпуно уздржавање наручиоца, поред проблема да ли ћутање значи прихватање о коме је већ било речи, отвара и питање неизвршавања обавеза код двостранообавезних уговора. Нема сумње, да извођач има право да наручиоцу остави тзв. накнадни примерени рок за изјашњавање по испостављеном захтеву, као и право да захтева накнаду штете коју трпи по том основу. Али остаје отворено питање, да ли повреда ове обавезе може довести и до раскида уговора о грађењу, имајући у виду правило да се уговор не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе.²¹ На први поглед намеће се негативан одговор, јер да се закључити да је реч о незнатном делу обавезе.²² Међутим, уколико предметну ситуацију сагледамо са аспекта последица до којих она може, али и не мора да доведе, и то у контексту немогућности предузимања осталих грађевинских радова и/или реализације уговора о грађењу као целине, нема сумње да има места примени института раскида уговора због неиспуњења.²³

За извођење вишкова радова је потребна писана сагласност наручиоца.²⁴ Законодавац ово прописује непосредно и посредно. Непо-

21 В. чл. 131 ЗОО.

22 „Неиспуњење незнатног дела доспеле обавезе којом се не доводи у питање остварење циља уговора није ваљан разлог за раскид уговора“, пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1556/2002 21.8.2003. г., Paragraf Lex, судска пракса.

23 „Делимично неиспуњење уговорне обавезе може бити разлог за раскид уговора, када друга страна услед тога не остварује из уговора ону корист која у таквој ситуацији нормално следује чиме се у суштини осујећује циљ уговора“, пресуда Врховног суда Србије, Рев. 552/95 од 09.1.1996. г., Судска пракса привредних судова, *Билтен* бр. 2/96, стр. 95.

24 Писану форму прописују и: италијански Грађански законик чл. 1659; француски Грађански законик у чл. 1793 то предвиђа када је реч о паушалној цени; FIDIC услови за уговарање грађевински радова клаузула 13.3.

средно, када говори о одступању од пројекта, односно уговорених радова изричито се одређује да је за то потребна писана сагласност наручиоца. Посредно, приликом одређивања уговора о грађењу изричито се наводи да је за његову пуноважност потребна писана форма,²⁵ што даље значи и за све касније измене и допуне,²⁶ као и приликом одређивања правног режима дозволе, односно одобрења које морају бити дате у облику прописаном за уговоре за чије се закључење дају.²⁷ У контексту изнетог потребно је дати одговор на питање: каква је санкција за недостатак писане форме и на који начин се саставља писана исправа? Када је у питању санкција за недостатак писане форме разликујемо две ситуације. Прво, опште је правило да посао који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произилази шта друго. У одређивању циља због кога је форма установљена код предметне ситуације треба узети у обзир одредбу која нормира одступање од пројекта, а не норме којима се одређује форма уговора о грађењу као целине и форма сагласности уопште. Имајући у виду природу вишка радова да се закључити да писана форма установљена у циљу заштите интереса уговорних страна, а не у циљу заштите општег интереса. То даље значи да непостојање писане сагласности наручиоца за извођење вишка радова неће довести до непуноважности одступања од пројекта, односно уговорених радова, те ће извођач имати право на повећање уговорене цене по том основу.²⁸ Друго, од овога треба разликовати ситуацију уколико сагласности наручиоца за извођење вишка радова уопште нема. Наиме, у односу на првонаведено, код ове ситуације изјаве воље наручиоца уопште нема, те питање постојања или не постојања форме није ни релеватно. Међутим, за ову ситуацију законодавац изричито прописује да уколико су вишкови радова ипак изведени да извођач нема право на повећање уговорене цене по том основу. По питању састављања писане исправе довољно је да извођач и наручилац потпишу исту писану исправу, или да свака страна потпише примерак писане исправе намењен другој страни.²⁹

Садржина захтева извођача и сагласност наручиоца може бити потпуна или непотпуна. Потпуна саджина ће постојати уколико у наведеним писаним изјавама воље постоји опис вишка радова које треба извести, цена и рок извођења таквих радова. Насупрот томе, уколико захтев извођача и сагласност наручиоца садрже само предмер радова, а не

25 В. чл. 630 ст. 2 ЗОО.

26 В. чл. 67 ст. 2 ЗОО; Антић, О., *наведено дело*, стр. 350.

27 В. чл. 29 ЗОО; Антић, О., *наведено дело*, стр. 344.

28 „Правна теорија и судска пракса стоје на становишту да недостатак писане форме уговора о грађењу може бити конвалидиран његовим извршењем“, Васиљевић, М., *наведено дело*, стр. 502.

29 В. чл. 72 ст. 3 ЗОО.

и цену и рок извођења таквих радова, онда су предметне писане изјаве воља непотпуне.³⁰ У том контексту поставља се питање пуноважности дате непотпуне писане сагласности наручиоца за извођење вишка радова? У одговору на ово питање треба поћи од предмета сагласности. Наиме, законодавац изричито прописује да је за одступање од пројекта, односно предмета уговора потребна писана сагласност наручиоца. Дакле, писана сагласност се односи на одступање од пројекта, односно на предмет уговора, а не на уговорену цену и рок. Наведено упућује на закључак да и непотпуна сагласност производи правно дејство – јер постоји сагласност за извођење вишка радова. У овом случају, када су у питању цена и рок узансна правила дају одређена решења. Тако, јединична цена обухвата вишкове радова до 10% од уговорене количине, док цена уговорена у укупном износу обухвата све вишкове радова. За количину радова преко 10% треба узети да важи методологија као и за одређивање уговорене цене. Када је у питању рок, вишкови радова до 10% се изводе у уговореном року, а вишкови радова преко тог процента доводе до сразмерног продужења уговореног рока. И у правној теорији је присутан став да уколико се радови изводе по јединичним ценама онда се и сви непредвиђени радови обрачунавају по том основу, док ако је у питању паушална цена онда не постоји проблем обрачуна.³¹ FIDIC услови за уговарање грађевинских радова изричито прописују да налог инжењера или његова сагласност за извршење корекције обавезно садржи опис измене, програм и рок извођења, начин процене и друге потребне елементе.³² То даље значи, да је за правну вањаност налога или сагласности потребно да садржи све прописане елементе, те да свака страна може да инсистира на доследној примени прописаног правила.

Временски посматрано, а везано за режим који је предмет анализе, потребно је дати и одговор на следећа два питања. Прво, да ли је писана сагласност претходна – дозвола, или накнадна – одобрење, и друго, у ком року по сазнању за вишкове радова извођач мора да тражи сагласност, а наручилац да проследи одговор? Тумачењем одредби које су предмет анализе, да се закључити да је реч о претходној сагласности, јер ако извођач вишкове радова изведе без претходне писане сагласности наручиоца онда неће имати право на повећање уговорене цене.³³ У контексту наведеног, а посматрано са аспекта правне природе

30 Овакав став произилази из схватања о битним елементима уговора о грађењу – предмет, цена и рок.

31 В. Вилус, Ј., *Уговор о грађењу*, стр. 61 и *Грађанскојравна одговорност извођача и пројектантца*, стр. 102.

32 В. FIDIC услови за уговарање грађевински радова клаузула 13.3.

33 „Писмени налог се издаје пре отпочињања радова“, Вилус, Ј., *Грађанскојравна одговорност извођача и пројектантца*, стр. 88.

сагласности, произилази да одступање од пројекта није пуноважно ако претходно није прибављена сагласност наручиоца, те да извођач нема право на повећање уговорене цене. Међутим, уколико извођач накнадно прибави писану сагласност наручиоца за изведене вишкове радова, то ће довести до конвалидације посла-одступања од пројекта, те ће онда постојати и обавеза наручиоца да плати радове изведене по том основу. И поред тога што законодавац није изричито предвидео, треба узети да је извођач дужан да одмах по сазнању за вишкове радова обавести наручиоца ради давања писане сагласности, док би наручилац у примереном року морао да се изјасни о постављеном захтеву. Примерени рок би обухватио време потребно да се наручилац упозна са захтевом извођача, као и време потребно да отпошаље свој одговор. FIDIC услови за уговарање грађевинских радова изричито прописују обавезу и извођача и инжењера да по захтеву друге стране одговоре хитно и без одлагања.

Saša SAVIĆ, LL.M.

Head of Legal Department, Rudnap Group Belgrade

LAW REGULATION OF EXCESS WORKS AT AGREEMENT ON CONSTRUCTION

Summary

Excess works present such quantity of executed works which cross the contractual quantity of works, which are necessary for execution agreement on construction, and arise from permitted variation in construction activity.

The rule is that contractor must have the written consent of employer to perform excess works. If such works, contractor carries out without the consent of employer, then contractor will not have right to increase the contractual price. This rule is based on the fact that excess works cause change of subject of agreement on construction. For this reason it is necessary to exist the written consent of employer.

Naturally, if we change the subject of agreement on construction, it leads to change other elements of the contract. This primarily refers to the price and the deadline for execution of works. For this reason, when the parties agree about the performance of excess works, they need to agree to change cost and time for completion. In the absence of such agreement, the rule is that the analogous application of the provisions on the price is base for definition the value of excess

works, and the time for completion is necessary to extend for the time necessary for perform a works.

If contractual parties are stipulated clause turn-key, then excess works does not mean changing the object of the contract. For this reason, the contract price will not be increase, and the time for completion will not be extend. The reason for such rule is that contract price includes all the works necessary for construction.

Key words: *agreement on construction, excess works, clause turn-key, written consent.*

Селма МУЈЕЗИНОВИЋ
адвокат

УПОТРЕБА ОПШТИХ И ПОСЕБНИХ УСЛОВА FIDIC УГОВОРА У СРБИЈИ – ОГРАНИЧЕЊА И ТЕШКОЋЕ ЊИХОВЕ ПРИМЕНЕ И ОПАСНОСТИ ЊИХОВЕ ПОГРЕШНЕ ПРИМЕНЕ

Резиме

Употреба општих односно посебних услова FIDIC модел уговора у Србији је могућа и прихватљива. Неопходно је да се општи услови, кроз одредбе посебних услова уговора, прилагоде домаћим империјативним нормама (принудним прописима) који се односе на област грађења како би FIDIC модел уговори могли производити жељено правно дејство у домаћим условима. Тешкоће у примени општих услова се јављају у два сејменја: техничком и правном. Језик и структура FIDIC модел уговора нису уобичајени за пословну праксу домаће сисјема што може довести до отежаној разумевања појединих одредби и до отежаној ујоређивања са домаћим обавезујућим нормама, а нарочито узимајући у обзир чињеницу да општи услови садрже одређене дефиниције које не постоје или су другачије уређени домаћим обавезујућим нормама. Опасности које постоје код примене општих услова уговора, односно код прецизирања одредби посебних услова FIDIC модел уговора заправо је нишјавости појединих одредби као последица појрешне примене, односно изостанка примене домаћих прописа, што може довести до настјанака спорова.

Кључне речи: FIDIC, дуја, општи услови, посебни услови, принудни прописи.

I Увод

С обзиром на постојање великог броја различитих форми уговора које се користе у грађевинској индустрији широм света, јавила се тежња да се створи једнообразни сет документације која би поједноставила процес уговарања и извођења послова и која би могла да се користи у свим врстама грађевинских пројеката. Многа професионална удружења су покушала ово да постигну у протеклих неколико декада. *Institute of Civil Engineers (ICE)*, *American Association of Architects (AIA)*, *Confederation of International Constructors Associations (CICA)*, *European Construction Industry Federation (FIEC)*, *Enginering Advancement Association of Japan (ENAA)*, *European Internation Constructors (EIC)* и други су издали и објавили читав низ општих услова уговора о грађењу и модела уговора. Ипак, у међународном грађевинарству, највише примењивани сет услова уговарања јесте онај које је објавио *FIDIC*.

II FIDIC-ова дуга

Међународни савез инжењера консултаната или *FIDIC (Fédération International Des Ingénieurs – Conseils)* је удружење основано 1913. године са седиштем у Женеви, и данас окупља око 80 националних инжењерско-консултантских удружења широм света (укључујући и Удружење инжењера консултаната Србије, од 2009. године¹), као и милион стручњака у домену грађевинарства и сродних дисциплина. Од самог оснивања *FIDIC* је остварио солидан утицај на инжењерску праксу, првенствено издавањем препоручених стандардних услова уговора и процедура везано за изградњу објеката. Главни разлог за тако широку примену *FIDIC*-ових општих услова је чињеница да су у њима усклађене дефиниције, права и дужности уговорних страна и то што је, кроз праксу, потврђена њихова примењивост у мноштву разноврсних пројеката.² Коришћење *FIDIC*-ових општих услова уговарања је препоручено од стране Светске Банке, Међународне Банке за обнову и развој, Интер-америчке банке за развој, водећих међународних комерцијалних банака и инвестиционих фондова, као и осталих великих инвеститора.

Постоји неколико врста *FIDIC*-ових модела уговора или књига, а подељени су по бојама да би олакшали препознавање и коришћење. Књиге се деле на стара и нова издања, при чему је подела старих издања

1 Удружење инжењера консултаната Србије, доступно на адреси: <http://www.aces.rs/>, 30.3.2011.

2 Бранислав Ивковић, Жељко Поповић, *Управљање пројектима у грађевинарству*, Грађевинска књига, Београд, 2005, стр. 416.

извршена по врстама радова које се изводе а код нових издања подела је извршена на основу тога ко израђује пројектну документацију. Доношење нових издања није дерогирало примену старих, већ је могуће кооптирање између једних и других.

Стара издања чине:

- Црвена књига – Услови уговарања за грађевинске радове; објављена 1957. године.
- Жута књига – Услови за испоруку опреме са монтажом; објављена 1963. године.
- Наранџаста књига – Услови за пројектовање-грађење и кључ у руке, објављена 1995. године.

Нова издања чине:

- Нова црвена књига – Услови уговора за изградњу, објављени 1999. године.
- Нова жута књига – Услови уговора за опремање и пројектуј-изгради, објављени 1999. године.
- Сребрна књига – Услови уговора по систему кључ у руке, објављени 1999. године.
- Зелена књига – Кратка форма уговора, објављена 1999. године.
- Пинк књига – посебно издање Нове црвене књиге са поднасловом *MDB Harmonized Edition*, објављена 2005. године.
- Бела књига – Модел уговора између клијента и консултанта, објављена 2006. године.
- Плава књига – Уговори за радове прокопавања и насипања, објављени 2006. године.
- Златна књига – Услови уговора за пројектовање, изградњу и експлоатацију, објављена 2008. године.

III Употреба *FIDIC* модел уговора у Србији

Општи односно посебни услови *FIDIC* модел уговора само су део докумената који у *FIDIC* систему уговарања представљају цео Уговор као израз воља уговорних страна Наручиоца и Извођача, односно Наручиоца и Консултанта. Они заједно са захтевима Наручиоца, понудом Извођача и одговарајућим Прилозима представљају саставне делове тзв. Уговорног Споразума или Споразума о Уговору.

У време експанзије грађевинске индустрије и све већег броја инвестиционих пројеката чија је реализација условљена применом *FIDIC* модела уговора (како је већ горе наведено, примену *FIDIC* модела уго-

вора препоручују Светска банка за обнову и развој, Европска банка за обнову и развој, Европска инвестициона банка, Европска агенција за реконструкцију итд.) поставило се питање да ли је употреба општинских односно посебних услова *FIDIC* модел уговора у Србији могућа и прихватљива.

Овај чланак покушаће да укаже на чињенице које је потребно узети у обзир како би се, у оквирима домаћег права, могао примењивати овакав модел (форма) уговарања реализације инвестиционих пројеката.

1. Ограничења уопште

Како *FIDIC* модел уговори по својој правној природи представљају уговоре о грађењу, односно уговоре о делу, најшире ограничење њихове садржине предвиђено је Законом о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља) као системским законом који уређује уговарање уопште.

Једно од најзначајнијих општих начела дефинисаних Законом свакако је начело аутономије воље по коме су стране слободне да уреде своје односе по својој вољи у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.³

Полазећи од овог најширег начела и структуре *FIDIC* модел уговора намеће се закључак да је неопходно да се сами општи услови, кроз одредбе посебних услова уговора, прилагоде домаћим императивним нормама (принудним прописима) који се односе на ову област како би *FIDIC* модел уговори могли производити жељено правно дејство у домаћим условима.

Поставља се питање који су то принудни прописи којих се уговорне стране *FIDIC* модел уговора, морају придржавати. У том смислу, до значајног ограничења аутономије воље уговорних страна долази услед низа управно-правних обавеза Наручиоца радова, код уговора о грађењу.

Најзначајнији прописи у складу са којима се морају дефинисати одредбе посебних делова *FIDIC* модел уговора да би се омогућила њихова примена у оквирима домаће регулативе која уређује грађење су: Закон о облигационим односима и с њим тесно повезане Посебне узансе о грађењу (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 18/77), затим Закон о планирању и изградњи (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 – испр. и 64/2010 – одлука

3 Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 10.

УС), Закон о основама својинскоправних односа (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон), Закон државном премеру и катастру (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009 и 18/2010), Кривични законик (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009), Закон о раду (*Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009), Закон о безбедности и здрављу на раду (*Сл. гласник РС*, бр. 101/2005) а у одређеним ситуацијама и Закон о девизном пословању (*Сл. гласник РС*, бр. 62/2006) и Закон о спољнотрговинском пословању (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2009).

Такође, у области грађевинарства примењују се и бројни подзаконски акти који регулишу техничке стандарде извођења грађевинских радова, а који утичу на садржину уговора о грађењу – Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора (*Сл. гласник РС*, бр. 7/2010), Правилник о садржини и начину вршења техничке контроле главних пројеката (*Сл. гласник РС*, бр. 13/98), Правилник о садржини и начину вршења техничког прегледа објекта и издавању употребне дозволе (*Сл. гласник РС*, бр. 111/2003), итд.

2. Ограничења која произилазе из одредби Закона о облигационим односима

Уговор о грађењу је именовани уговор – Закон даје прецизну дефиницију Уговора о грађењу и одређује његове битне елементе.⁴

Стога, ако се посматра структура докумената који чине целину *FIDIC* модел уговора намеће се закључак да, у зависности од модела који се жели применити, општи, односно посебни услови као делови уговорног споразума морају садржати све одредбе које се односе на битне елементе Уговора о грађењу како би овај модел могао бити примењиван у оквирима домаћег правног режима.

Закон такође дефинише права, обавезе и одговорност Наручиоца и Извођача као уговорних страна једног уговора о грађењу те њихову одговорност за случај неизвршења преузетих обавеза.

Како уговори о грађењу представљају и дефинисани су као посебна врста уговора о делу, све одредбе Закона које се односе на уговоре о делу имају се примењивати и на уговоре о грађењу.⁵ Ово се такође мора имати на уму када се уређују и дефинишу општи односно посебни услови уговора у оквиру *FIDIC* модел уговора.

Надаље, поглавља Закона о штети, уговорној казни и раскидању уговора морају се увек узимати у обзир када се сачињавају уговори о

4 ЗОО, чл. 630–647.

5 ЗОО, чл. 630.

грађењу уопште а нарочито када се сачињавају одредбе услова уговора у склопу *FIDIC* модел уговора с обзиром да у овој области постоје одређене разлике на које ћемо у овом раду посебно указати.

Такође, блиско повезано с применом Закона о облигационим односима на уговоре о грађењу је и примена Посебних узанси о грађењу.

Посебне узансе о грађењу представљају кодификоване пословне обичаје који су се примењивали на уговорне односе између Наручиоца и Извођача до 1978. године када је ступио на снагу Закон о облигационим односима као значајни извор права којим се овај однос уређује.

Иако су кодификоване само годину дана пре него што је Закон о облигационим односима ступио на снагу оне се примењују и данас.

Посебне узансе о грађењу уређују одређене односе између Наручиоца и Извођача које Закон не уређује, односно поједине односе дефинишу детаљније од самог Закона о облигационим односима и на тај начин допуњавају правне норме у овој области.

У пракси, примена Закона о облигационим односима и Посебних узанси о грађењу на поједине уговоре о грађењу, па самим тим и на опште односно посебне услове уговора у оквиру *FIDIC* модел уговора регулисана је члановима 21 ст. 2 и 1107 Закона о облигационим односима. У складу са тим, у пракси су могуће три ситуације.

Прво, Наручилац и Извођач могу изричито предвидети да се на њихов однос имају примењивати одредбе Посебних узанси о грађењу. У тој ситуацији примењиваће се оне узансе које нису у супротности са обавезујућим, императивним нормама Закона.

Даље, уговорне стране уговора о грађењу могу изричито предвидети искључење примене Посебних узанси о грађењу на њихов однос.

И на крају, уколико Наручилац и Извођач у самом уговору не помињу Посебне узансе о грађењу, Закон о облигационим односима предвиђа да ће се исте примењивати на уговор ако из околности произилази да су њихову примену хтеле. У оваквој ситуацији ће бити потребно додатано тумачење чињенице да ли су стране хтеле или не примену Узанси.

У вези са тим треба напоменути да су нека решења предвиђена Посебним узансама о грађењу веома слична решењима која су предвиђена општим условима уговора у оквиру *FIDIC* модел уговора – на пример одредбе о праву на продужење рокова или обавеза Наручиоца да Извођача уведе у посао, односно да преда Извођачу градилиште.

Која је могућа последица те чињенице?

Последица је посредно проширење права Извођача у односу на оно што предвиђају општи услови уговора по *FIDIC* модел уговору. То ћемо и показати на следећем примеру.

Пример

Обавеза Наручиоца да Извођача уведе у посао, односно да преда Извођачу градилиште, дефинисана је тачком 2.1 општих услова Сребрне књиге – Кључ у руке модел *FIDIC* уговора.

Узансе број 45, 46 и 47 такође прецизно регулишу ову ситуацију.

Међутим, узансом 46 предвиђено је право Извођача да уколико Наручилац под одређеним условима не преда градилиште Извођач има право да раскине уговор.

Овакво право није предвиђено тачком 16.2 општих услова уговора Сребрне књиге.

У овом случају, с обзиром на сличност одредби Узанси и општих услова уговора могло би се сматрати да су стране хтеле примену узанси, да то заправо произилази из околности случаја, пошто посебним условима уговора није дефинисано другачије решење а општи услови су исти као и одредбе Узанси. Самим тим, имајући у виду наш пример, уколико право на раскид уговора није искључено посебним условима уговора, а није изричито искључена ни примена Узанси онда би се можда та сличност или идентичност Узанси и општих услова могла сматрати довољним разлогом да се примене одредбе Узанси о праву на раскид уговора. На тај начин права Извођача била би проширена у односу на оно што предвиђају општи услови уговора по *FIDIC* модел уговору.

Према томе, да би се избегле недоумице мишљења смо да би стране у уговору требале да се одмах одреде по овом питању.

3. Тешкоће у примени

Тешкоће у примени општих услова кроз правилно и прецизно дефинисање посебних услова уговора се јављају у два сегмента: техничком и правном.

Општи услови уговора дефинисани су на један прилично компликован начин са пуно упућивања и позивања на дефиниције тако да је праћење одредби отежано.

Такође, језик и структура документа нису уобичајени за пословну праксу домаћег система.

Ово може довести до отежаног разумевања појединих одредби и до отежаног упоређивања са домаћим обавезујућим нормама, а нарочито узимајући у обзир чињеницу да општи услови садрже одређене дефиниције које не постоје или су другачије уређене домаћим обавезујућим нормама.

На овом месту ћемо указати на три ситуације у којима Закон о облигационим односима предвиђа другачија решења од оних која су предвиђена општим условима *FIDIC* модел уговора.

а) Прва ситуација: уговорна казна

Уговорна казна је санкција за повреду обавезе и у својој правној природи садржи елементе штете, али се ради о претпостављеној штети, односно стране унапред предвиђају настанак штете у ситуацији неиспуњења уговора и споразумевају се о висини штете.

Поверилац и дужник могу уговорити да ће дужник платити повериоцу одређени новчани износ или прибавити неку другу материјалну корист ако не испуни своју обавезу или ако задоцни са њеним испуњењем (уговорна казна).

Уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе.⁶

У општим условима Сребрне књиге којом се уређује реализација пројеката по принципу кључ у руке, тачка 8.2 односи се на уговорну казну.

У наведеном члану је, између осталог, предвиђено да се висина уговорне казне за случај неизвршења обавеза у предвиђеном року одређује у посебним условима уговора. Истим чланом предвиђено је да ће таква уговорна казна бити једина штета коју ће Извођач бити обавезан да надокнади за случај неизвршења обавезе.

Оваква одредба није у складу с одредбама Закона о облигационим односима где је између осталог предвиђено да: „Ако је штета коју је поверилац претрпео већа од износа уговорне казне, он има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете.“⁷

Такође, на овом месту треба скренути пажњу и на чињеницу да ако су стране уговориле примену Посебних узанси о грађењу, онда уговорна казна износи 1% од укупне уговорене цене радова за сваки дан закашњења ако се радови не заврше у предвиђеном року, с тим што износ тако одређене уговорне казне не може прећи 5% од укупне цене радова.⁸

б) Друга ситуација: ограничење одговорности за проузроковану штету

У општим условима Сребрне књиге којом се уређује реализација пројеката по принципу „кључ у руке“, тачка 17.6 се односи на ограничење одговорности за проузроковану штету.

6 ЗОО, чл. 270 ст. 3.

7 ЗОО, чл. 275 ст. 2.

8 Посебне узансе о грађењу (Сл. лист СФРЈ, бр. 18/77), узанса број 24.

Наведеном тачком предвиђено је да укупна одговорност Извођача према Наручиоцу за проузроковану штету неће прећи износ који би био предвиђен посебним условима уговора а уколико таква сума није одређена посебним условима уговора онда износ цене предвиђене у Уговорном споразуму односно Споразуму о уговору.

Међутим, према Закону о облигационим односима одреба којом се одређује највиши износ накнаде пуноважна је једино ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено.⁹

Према томе, уколико би Наручилац претрпео штету која је у очигледној несразмери са уговором одређеним највишим износом накнаде, Наручилац би имао право да оспори овакву ограничену накнаду и суд би могао досудити другачији износ на име накнаде.

в) Трећа ситуација: случај, односно случајеви више силе

Законом о облигационим односима није дата дефиниција појма више силе нити су побројани конкретни случајеви односно околности чије се наступање има сматрати разлогом за искључење одговорности за неизвршење преузетих уговорних обавеза.

Такође, Привредна комора Републике Србије не даје потврде о томе да ли је или није наступила одређена околност која се Уговором сматра случајем више силе.

Наш Закон описује одређене ситуације које дозвољавају искључење одговорности и промене уговорних услова.

Ово треба имати на уму када се говори о вишој сили и када се формулише члан уговора који се односи на вишу силу. Систематика дефинисања овог института потпуно је другачија али је и веома примењива па треба комбиновати прецизне одредбе општих услова уговора с одредбама Закона о облигационим односима да би се разумео и применио институт у својој свеобухватности.

4. Опасности

Опасности које постоје код примене општих услова уговора, односно код прецизирања одредби посебних услова *FIDIC* модел уговора могу проистећи из неразумевања одредби тих услова и непознавања домаћих прописа с којима се општи, односно посебни услови уговора морају усаглашавати.

9 300, чл. 265.

Из свега што је речено може се закључити да је највећа опасност заправо ништавост појединих одредби као последица погрешне примене, односно изостанка примене домаћих прописа, што може довести до настанака спорова.

Selma MUJEZINović
Attorney at Law

THE USE OF GENERAL AND PARTICULAR CONDITIONS OF FIDIC MODEL CONTRACTS IN SERBIA – LIMITATIONS AND DIFFICULTIES OF APPLICATION AND RISKS OF THEIR WRONG APPLICATION

Summary

Application of General and Particular Conditions of FIDIC model contracts in Serbia is possible and acceptable. In order for FIDIC model agreements to have wished for legal effect in local conditions, it is necessary for General Conditions through the provisions of Particular Conditions to be adjusted to local imperative norms (mandatory rules) governing civil engineering. Difficulties in the application of General Terms are present in two segments: technical and legal. The language and structure of FIDIC model contracts are not customary to regular business practice within the local system. This can lead to difficulties in understanding particular provisions and to difficulties in their adjustment to local mandatory rules, particularly bearing in mind the fact that General Conditions have provisions which do not exist within the local framework or are defined in a different manner by the local mandatory rules. Perils which may arise from the application of General Conditions, defining of Particular Conditions actually lie in the fact that certain provisions can be rendered null and void as a result of inaccurate application or lack of application of local rules which can lead to disputes.

Key words: FIDIC, rainbow, General Conditions, Particular Conditions, mandatory rules.

Јован НИКЧЕВИЋ

правни саветник, Енергопројект Холдинг а.д.

ПРЕТХОДНИ (ПРЕД-АРБИТРАЖНИ) ПОСТУПАК ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕМА FIDIC-ОВИМ ОПШТИМ УСЛОВИМА УГОВОРА

Резиме

Од средине прошлог века још увек не постоји значајнија праћевањем судске праксе код којих није употребљена примена FIDIC-ових општих услова уговора. Разлози за то се могу тражити на основу бројних односа који су њима регулисани, било техничке, комерцијалне или правне природе, што учесницима праћевањем пројеката омогућава да кроз „разрађен“ однос узajамних права и обавеза, регулишу међусобне односе.

Полазећи од учесника примене и опште применљивости FIDIC-ових општих услова уговора, а имајући у виду поступак пред DAB-ом („Dispute adjudication board“) који је овим условима предвиђен, поставља се питање суштинске применљивости и ефеката овог поступка у контексту домаће права и судске праксе. У том смислу, аутор указује на недостатке овог пред-арбитражног поступка, најпре у контексту домаће права, односно питања обавезности, прекида рока засињености и извршности одлука којим се такав поступак окончава, што одређује и тежину овог рада, с циљем повезивања различитих тумачења и искуства у пракси у јединствену слику о још једној категорији аутономној међународној праву.

Кључне речи: FIDIC, DAB, адјудикација, „Инжењер“, арбитража, засињеност.

I Основне карактеристике „DAB-a“

1. Начин настанка

Први *FIDIC*-ови општи услови уговора настали су 1957. године, у време велике обнове која је наступила након Другог светског рата, а под окриљем удружења консалтинг инжењера, који носи назив, „*Fédération Internationale Des Ingénieurs Conceils*“.

FIDIC-ови општи услови уговора конципирани су са идејом да се на глобалном нивоу дефинишу и утврде униформна правила која би у себи већ садржала уобичајене елементе грађевинског посла. Начин њиховог уговорања је једноставан. Потребно је да њихову примену уговорне стране предвиде уговором.

FIDIC је објавио више различитих врста општих услова уговора, и до данас сваки од општих услова је доживео по неколико издања. Без обзира што међу њима постоје разлике у погледу врсте посла који регулишу (грађење, пројектовање, испорука и монтажа опреме, извођење радова по систему „кључ у руке“ и сл.), поједина питања која су општег карактера, регулисана су и систематизована јединствено. То се односи и на проблематику решавања спорова.

Разлике између издања пре и након 1995. године, заслужују посебан осврт, али је ипак најважнија разлика у погледу улоге која је дата „Инжењеру“, који представља специфичну врсту надзора. Према првобитном концепту, заступљеном у ранијим издањима, „Инжењер“ је имао улогу „независног“ стручњака који врши надзор, прати реализацију пројекта и усаглашености изведених радова са техничком документацијом. Поред тога, „Инжењеру“ је било дато и једно специфично овлашћење због којег је и у теорији и у пракси често називан „квази арбитром“.¹ Ово због тога што је, у случају спора између наручиоца и извођача, „Инжењер“ представљао прву инстанцу за његово решавање. Његова овлашћења су омогућавала да решава спорове, утврђује околности и чињенице, да тумачи одредбе уговора и доноси привремене одлуке, које су обавезивале и једну и другу страну, све до коначног доношења одлуке у арбитражном поступку. Након поступка пред „Инжењером“, арбитражни поступак је представљао другу инстанцу за решавање спорова.

Главна примедба оваквом приступу односила се на чињеницу да је „Инжењера“ именовано и плаћао наручилац, чиме се његова објективност, непристрасност и независност у доношењу одлука доводила

1 М. Пауновић, „Пред-арбитражно решавање спорова“, *Право и привреда*, 1993, вол. 31, бр. 1-2, стр. 5-10.

у питање. Зато су, под утицајем оправданих критика, у издању које је објављено 1995. године (Наранџаста књига), дотадашњи концепт и улога „Инжењера“ измењени, јер се његова овлашћења да решава спорове и утврђује чињенице од значаја за њихово решавање и тумачење одредби уговора, знатно ублажавају. Између „Инжењера“ као прве, и арбитраже као друге инстанце, уводи се DAB („Dispute Adjudication Board“). Такав концепт је прихваћен и у свим новим издањима FIDIC-ових општих услова уговора, који су објављени 1999. године и након тога.

2. Надлежност DAB-а

У Наранџастој књизи из 1995. године, по први пут се уводи DAB („Dispute Adjudication Board“) односно Одбор (или Комисија) за решавање спорова. Због чињенице да овај поступак претходи решавању спорова пред арбитражом, он се може назвати и „пред-арбитражним поступком“.² Али, с тим у вези, треба узети у обзир и могућност да посебним условима уговора буде искључена примена општих услова који се односе на арбитражу, тако да након поступка пред DAB-ом буде предвиђена судска надлежност за решавање насталих спорова. У том случају, поступак пред DAB-ом не би претходио арбитражном, већ судском поступку па би и назив „пред-арбитражно решавање спорова“ био недовољно прецизан.

Целокупан поступак за решавање спорова сада је подељен у три фазе. У првој инстанци, о спорним питањима одлучује „Инжењер“. Тако, према члану 20.1 свих општих услова, извођач мора да се обрати „Инжењеру“ у вези са следећим захтевима: 1. Захтев за продужетак рока; 2. Захтев за додатно плаћање по било ком основу. Ови захтеви се у FIDIC-овој терминологији називају „claim“-овима („claim for extension of time/claim for additional payment“). Извођач се поводом наведених захтева мора обратити „Инжењеру“, што пре, али не касније од 28 дана од дана сазнања за околности за које се сматра да дају основ захтеву. Пропуштањем овог рока, наручилац се ослобађа сваке обавезе и одговорности по овим основима, те су за извођача ови рокови преклузивни.

Свакако, наведена одредба не предвиђа да ли се и наручилац може обратити „Инжењеру“. Међутим, већ у члану 20.4 општих услова стоји да „свака *сйрана* у вези са *сйором* било које *врсиие*, укључујући и *сйорове* који се односе на одлуке и налоје „Инжењера“, може исти директно да упути на решавање DAB-у“. Наглашавање „сваке *сйране*“ и „*сйора* било које *врсиие* укључујући и *сйорове* који се односе на одлуке и налоје

2 Ibid.

Инжењера“ говори о томе да спорови могу да настану не само због захтева извођача (захтеви за продужетак рока/додатна плаћања), већ и по неким другим основима који се односе на наручиоца (нпр. захтев наручиоца да извођач преда одређени документ, атест, гаранцију; захтев наручиоца да извођач понови одређене радове, и сл.). Али, кад се узме у обзир чињеница да већина захтева који потичу од извођача управо и јесу засновани на захтевима за продужетак рока и додатна плаћања, јасно је да се извођач о таквим захтевима мора најпре обратити „Инжењеру“ (члан 20.1), док је могућност за директно обраћање ДАВ-у првенствено резервисана за наручиоца, што се, кад се узму у обзир специфичности и недостаци ДАВ-а који су наведени у даљем тексту, сматра његовом предношћу.

3. Основна правила поступка пред ДАВ-ом

Суштина ДАВ-а се у највећој мери заснива на идеји да је то независан, стручан и флексибилан орган који ће у што краћем року решавати спорове. Тиме би се направио и својеврсни „филтер“ за беспотребне и сувишне спорове пред арбитражом или другим надлежним органом.

У члану 20 општих услова регулисана су основна питања у вези са начином решавања спорова, у контексту целокупног поступка, укључујући и поступак пред ДАВ-ом и поступак пред арбитражом. Детаљнија регулатива ДАВ-а предвиђена је посебним документом: „*General conditions of dispute adjudication board*“, односно општим условима за решавање спорова путем адјудикације, који су саставни део општих услова уговора.

Први чланови општих услова за решавање спорова регулишу именовање ДАВ-а. У том смислу, ДАВ може бити састављен од три или једног члана, у зависности од воље уговорних страна. Сваки од чланова је дужан да са наручиоцем и извођачем закључи уговор о ДАВ-у и такав уговор обавезује члана ДАВ-а да даље не уступа своје обавезе из уговора трећим лицима, осим уколико се са тим не сагласе остале уговорне стране. То указује на чињеницу да се овде ради о уговору „*intuitu personae*“ и да се исти закључује с обзиром на личност адјудикатора.

Обавезе члана се могу поделити у две категорије. Прва група обавеза је општег карактера, и оне имају за циљ да гарантују објективност, савесност и независност члана Комисије. Друге обавезе члана ДАВ-а односе се на његову стручност и искуство у вези са самом суштином спора. У том погледу, члан мора да буде искусан у предметном послу, да је искусан у тумачењу уговорне документације, да течно говори уговорени језик, и да ће бити на располагању за све посете градилишту.

Од момента када буду обавештени о насталом спору, па у наредних 84 дана, чланови DAB-а су дужни да донесу одлуку са образложењем. Тај рок може бити и другачије одређен, било у посебним условима уговора, било одлуком чланова DAB-а. За време тог рока, DAB утврђује чињенично стање на којем ће засновати своју одлуку.

II Одлуке DAB-а и њихова правна природа

1. Доношење одлука

Поступак пред DAB-ом завршава се доношењем одлуке. Од момента када буду обавештени о насталом спору, па у наредних 84 дана, чланови Одбора/Комисије дужни су да донесу одлуку са образложењем. Од тог момента, дакле од момента обавештења о спору, смер кретања поступка може бити различит:

- а) Једна од могућих ситуација је да Одбор/Комисија пропусти да донесе одлуку у року од 84 дана, или другом договореном року, од дана када је обавештена о спору. У том случају, једна уговорна страна обавештава другу о свом незадовољству, достављањем обавештења које се према члану 20.4 зове „*notice of dissatisfaction*“. Ово обавештење се може доставити у различитим ситуацијама и регулисано је на општи начин чланом 20.5. Према том члану, након достављања обавештења о незадовољству, стране су дужне да покушају мирним путем да реше спор, а уколико и такво решење спора изостане, након истека рока од 56 дана, могуће је покренути арбитражни поступак.
- б) Уколико DAB донесе одлуку у року од 84 дана, или другом договореном року, од дана када је обавештен о спору, даљи ток поступка зависи од односа супростављених страна према одлуци која је донета, али је таква одлука, према слову *FIDIC*-а обавезујућа (члан 20.4 општих услова уговора) све док не буде измењена у поступку пред арбитражом, или евентуалним споразумом који сачине уговорне стране (у ком случају би се радило о поравнању (судском или вансудском)). Тако је могуће да:
 - *стране у спору не буду сагласне са донетом одлуком*, у ком случају су дужне да другој страни и DAB-у доставе „*notice of dissatisfaction*“ у року од 28 дана од дана када је одлука донета; дакле, стране су обавезне да у даљем року од 56 дана покушају да реше спор мирним путем, а након тога, уколико решење спора изостане, могуће је покренути арбитражни поступак. При том, важи речено да је, до доношења арми-

тражне одлуке, или евентуалног споразума међу странама о самом спору, одлука обавезујућа;

- су *сйране у сйору сајласне са донейом одлуком* јер нису доставиле једна другој обавештење о незадовољству. У овом случају, одлука поред тога што је обавезујућа, постаје и коначна. Са оваквом одлуком, стране могу поступити тако што:
 - ће одлуку извршити добровољно, у ком случају се поступак завршава, уз потпуно остварење функције DAB-a;
 - неће извршити одлуку, у ком случају је могуће покренути поступак пред арбитражом (члан 20.7).

Из изложеног концепта се може сагледати редован ток поступка уз могуће варијације, које зависе од могућности уговорних страна да о донетој одлуци заузму различити став. Природа и специфичност конкретног проблема би нас вероватно одвела у још детаљнију анализу, и у том смислу сваки спор је различит. Свакако, циљ је да се, за потребе овог рада, концентришемо на суштинску „тежину“, природу и домаћај поступка пред DAB-ом и одлука које он доноси, у контексту домаћег правног система.

2. Правна природа одлука DAB-a

Члан 20.4 одлуке DAB-a сматра обавезујућим (од момента када су донете до момента евентуалног закључења споразума међу странама, односно док не буде измењена у арбитражном поступку) а у појединим ситуацијама и коначним (када ниједна страна не изјави незадовољство). Такве формулације су релативне и могу се оспоравати. Поћи ћемо од схватања обавезности одлуке DAB-a.

а) Обавезности и коначности одлука DAB-a

DAB нема правосудна овлашћења³ или овлашћења призната арбитрама у арбитражном поступку, као што ни одлуке DAB-a нису изједначене са судским или арбитражним одлукама. DAB је уговорног карактера јер су формирање, именовање, правила поступка и доношење одлука пред овим телом дефинисани уговорним путем. Обавезност одлуке DAB-a задржава се на уговорном карактеру, јер он произлази из унапред дате сагласности уговорних страна да ће такву одлуку извршити. У том погледу, обавезност ових одлука изједначена је са обавезношћу коју производе било које одредбе једног уговора. А ако се оде даље, у

3 *Ibid.*

смислу евентуалне извршности, из наведеног контекста јасно произлази да како сам уговор није подобан да буде извршни наслов, тако ни одлуке DAB-а то не могу бити.

FIDIC предвиђа да одлуке DAB-а постају и коначне и обавезујуће, у случају да ниједна од страна у спору не изјави своје незадовољство. Уколико се зна да таква одлука није извршни наслов, и да се ради њеног извршења мора покренути арбитражни поступак, сходно члану 20.7, јасно је зашто таква одлука није ни коначна.

б) Сличности са вансудским поравнањем

О одлукама DAB-а, уговорне стране могу покренути арбитражни поступак. Поред тога, ове одлуке се могу изменити споразумом уговорних страна (поравнање).

Овде се може поставити и питање сличности одлука DAB-а са вансудским поравнањем, а то питање има двоструки значај и због питања односа DAB-а са другим поступцима.

Одлуке DAB-а произлазе из поступка који се установљава уговором, којим уговорне стране унапред дају сагласност да њихов спор буде решен у поступку пред DAB-ом и да одлука која у том поступку буде донета има обавезујуће дејство за обе стране. Али, и даље се може постављати питање да ли је оваква одлука уговорног карактера, уколико се зна да са таквом одлуком једна, или обе супростављене стране не морају бити сагласне. Без обзира на чињеницу да је цео поступак произашао из сагласности воља супростављених страна, најчешће се дешава да по окончању поступка, односно по доношењу одлуке, недостаје сагласност једне или обе стране са донетом одлуком па је и питање сличности са поравнањем релативно. Јер, поравнање представља споразум, уговор, а код DAB-а сагласност, која је кључни елемент споразума, не мора нужно да постоји. Питање је да ли би се и у случају када ниједна од страна не изјави незадовољство, могло сматрати да је међу њима дошло до поравнања. Ако се узме у обзир да се може радити и о обичном пропусту да се предузме одређена активност, иако рецимо постоји оштра супростављеност са садржином одлуке, опет је јасно да нема ни сагласности са одлуком. Поред наведеног, а у односу на начин регулисања вансудског поравнања у нашем праву, постоји најмање још један, можда и кључни састојак поравнања који није обавезан код одлука DAB-а. У питању је појам узајамног попуштања. Наиме, наш Закон о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93) у члану 1089 предвиђа да до поравнања долази узајамним попуштањем, а у члану 1090 даје се дефиниција узајамног

попуштања, док се у истом члану, став 3, наводи да до поравнања не долази уколико само једна страна попусти другој.

Сличност, свакако, постоји у погледу дејства на поступак решавања спорова. И одлука ДАВ-а и вансудско поравнање не могу бити извршене, док о њима не буде покренут одговарајући поступак.

в) Сличности са арбитражним поступком

У односу на арбитражни поступак, ДАВ се разликује пре свега у погледу начина на који је регулисан, и ту се, у извесној мери, говори о односу закона и уговора. Закон о арбитражи Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 46/2006) уређује када се спор решава пред арбитражом, начин на који се арбитража уговора, правила поступка, начин доношења, дејство арбитражних одлука и сл. Супротно томе, ДАВ је уговорног карактера па су правила поступка пред ДАВ-ом уређена споразумом, односно општим условима уговора који својим потписом прихватају уговорне стране. Самим тим и ефекти, односно дејство арбитражног и поступка пред ДАВ-ом, не могу бити исти. Арбитражни поступак се завршава одлуком која је, у случају када је реч о домаћем арбитражном поступку, изједначена са правоснажним судским одлукама, док стране арбитражне одлуке такође имају снагу домаће правоснажне судске одлуке, након што прођу кроз поступак признања.

С друге стране, одлуке ДАВ-а немају такво својство, већ су, како је већ речено, најсличније вансудском поравнању. Из свега наведеног, произлази и да је начин извршења ових одлука далеко другачији.

Постоје и значајне сличности између ДАВ-а и арбитражног поступка. У оба случаја, ради се о поступку који се уговара споразумом између уговорних страна. При том, начин формирања одбора од три члана сличан је процедури која важи за арбитражна већа: свака страна именује једног свог представника, а они заједнички, именују председника одбора који је и његов трећи члан.⁴ Даље, оба поступка се завршавају одлуком, која се доноси након поступка који спроводе заједнички именована лица, чија струка може бити различита.

и) Сличности са поступком посредовања-медијације

Посредовање, односно медијација и поступак пред ДАВ-ом, такође имају одређених сличности и разлика. Ако се пође од тога да је и поступак посредовања регулисан законом (Закон о посредовању-медијацији,

4 Г. Кнежевић, Б. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009.

Службени гласник РС, бр. 18/2005) важи иста констатација и коментар који су поменути у вези са анализом односа ДАВ-а и арбитражног поступка. Даље, члан 2 став 2 Закона о посредовању изричито наводи да „посредник-медијатор, није овлашћен да странама намеће обавезујући споразум“, што је супротно поступку пред ДАВ-ом, који се завршава одлуком, за коју је предвиђено да има обавезујући карактер. Штавише, поступак посредовања се завршава или закључивањем споразума страна (поравнање), или одлуком посредника да се поступак обуставља, или изјавом једне од страна да одустаје од поступка (члан 10 Закона о посредовању). Супротно томе, поступак пред ДАВ-ом завршава се одлуком, с којом странке не морају бити сагласне. При том, за разлику од ДАВ-а, поступак посредовања може бити започет и након покретања судског поступка, па чак и у поступку по жалби.

С друге стране, сличност између ових поступака, поред сличности које важе за све АДР методе, огледа се и у томе да и ДАВ, суштински, настоји да доведе до помирења међу странама, како би се поступак извођења радова наставио и одвијао несметано. Како је један од могућих резултата поступка посредовања закључење вансудског поравнања, ако се узму обзир поменуте сличности одлука ДАВ-а са вансудским поравнањем, постоји још једна заједничка карактеристика која ове поступке чини сличним.

Питање које такође може указати на сличност са поступком пред ДАВ-ом је питање прекида застарелости потраживања, које је у Закону о посредовању, члан 11, став 1, регулисано тако да покретањем поступка посредовања не долази до прекида застарелости потраживања. У погледу поступка пред ДАВ-ом, ово питање заслужују ширу анализу.

III Прекид застарелости и обавезност покретања поступка пред ДАВ-ом

Члан 388 Закона о облигационим односима предвиђа да се „застарелост потраживања прекида подизањем тужбе или било којом другом повериочевом радњом предузетом против дужника пред судом, или другим надлежним органом, у циљу утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања“. У контексту наведеног, а кад се узме у обзир да: 1) се ДАВ не покреће тужбом; 2) ДАВ не представља судски поступак; 3) да се ДАВ не може подвести ни под други надлежни орган, долази се до закључка да поступак пред ДАВ-ом не прекида застарелост. Поставља се питање исправности оваквог става.

Наиме, општим условима уговора је утврђена процедура за решавање спорова, која између осталог предвиђа и да је поступак пред ДАВ-ом обавезан, односно да „*спорове решава ДАВ у складу са чланом 20.4*“, док члан 20.4 предвиђа да „*уколико дође до спорa било које врсте између уговорних страна, који произилази из или у вези са Уговором или извођењем радова, укључујући и сваки спор који се односи на пошврде, одлуке, налоге, мишљења или процене „Инжењера“, свака уговорна страна има право да у писаној форми спор упути на решавање од стране ДАВ-а, уз достављање копије другој страни и Надзорном органу*“. Исто тако, претпоследњи став овог члана предвиђа и да „*ниједна страна није овлашћена да покрене спор пред арбитражом, док другој страни не достави изјаву о незадовољству*“. Из свега овог произлази да је споразумом уговорних страна уговорена обавезна надлежност ДАВ-а. Због тога, свако обраћање тужбом арбитражи, уколико спор претходно није био изнет на решавање пред ДАВ-ом, може бити окончано одбацивањем исте због преурањености тужбеног захтева. С тим у вези, уколико се пође од претходне претпоставке да је обраћање ДАВ-у обавезно, поставља се питање зашто такав акт обраћања ДАВ-у не би довео до прекида застарелости?! При том, за разлику од поступка посредовања (у смислу нашег Закона о посредовању, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005) где је странама омогућено да се и у току самог посредовања обратe суду тужбом, и обрнуто, ДАВ предвиђа строга правила и рокове, због којих се стране не могу обраћати арбитражи или суду. Тако, кад се узме у обзир рок од 84 дана за доношење одлуке, затим рок од 28 дана за изјављивање незадовољства, накнадни рок од 56 дана за покушај мирног решавања спорова, те уобичајен протек времена потребан за именовање, односно почетак рада ДАВ-а, долази се до закључка да време утрошено на ДАВ може да одузме и више месеци, на уштрб рока застарелости, што сматрамо неправичним. Тако је и императивна одредба ЗОО-а, која се односи на рок застарелости, учињена релативном јер, да би рок застарелости заиста трајао три године, неопходно је да у оквиру тог рока буде завршени и поступак пред „Инжењером“ и поступак пред ДАВ-ом.

Одговор на ово питање повезан је са питањем обавезности ДАВ-а.

Супротно претходном случају, ако би стране увек могле да се обратe арбитражи, односно суду (кад је посебним условима предвиђена надлежност суда), без обзира да ли је окончан поступак пред ДАВ-ом, чињеница да тај поступак не прекида застарелост не би отежавала њихов положај, па их овај поступак не би ни кочио у смислу заштите њихових права, јер би могућност обраћања арбитражи/суду увек постојала.

С друге стране, ако због обавезности овог поступка, не би било могуће обратити се арбитражи или суду, дошло би се до ситуације да овај поступак мора да се спроведе а да странама у спору тече рок застарелости. Овакав приступ наводи на закључак да, када је поступак пред ДАВ-ом обавезан, предузимање било које радње пред ДАВ-ом би морало да доведе и до прекида застарелости.

Свакако, велика је вероватноћа да одговор на ово питање домаћа пракса није у стању да понуди, пре свега због недостатка искуства у оваквој врсти спорова. Посебну недоумицу ствара и могућност да, без обзира што се поступак пред ДАВ-ом најчешће сматра као пред-арбитражни, односно претходни поступак за решавање спорова, уговорне стране посебним условима могу и да искључе арбитражу, и уговоре да се, након поступка пред ДАВ-ом, спор решава пред надлежним судом, што би, због чињенице да је класичан судски поступак далеко мање компактибилан са поступком пред ДАВ-ом, створило додатне тешкоће. У сваком случају, одговор на предметно питање у највећој мери зависи од права чија је примена уговорена.

Jovan NIKČEVIĆ

Legal Advisor, Energoprojekt Holding a.d.

PRELIMINARY (PRE-ARBITRAL) PROCEDURE FOR DISPUTE RESOLUTION UNDER THE FIDIC GENERAL CONDITIONS OF CONTRACT

Summary

Since the middle of 20th century there is almost no significant construction project in which the FIDIC General Conditions of Contract haven't been applied. Reasons for this may be found in the field of various relations – of technical, commercial or legal nature – that are regulated by these general conditions, which allows participants of construction projects to regulate their interrelations through an “elaborated” relation of mutual rights and obligations. Having in mind the frequent use and general acceptance of the FIDIC General Conditions of Contract, and given the DAB (“Dispute Adjudication Board”) and pre-arbitration process for resolution of disputes that is provided in these conditions (“Adjudication”, “Adjudication Board”), the question of applicability and substantive effects of this procedure in the context of domestic law and

judicial practice arises. In this regard, author wants to highlight disadvantages of preliminary or pre-arbitration process stipulated by the FIDIC General Conditions of Contract, in terms of obligation, interruption of limitation periods and enforceability of final decisions in Serbian law, due to its specificity, which determines the focus of this article, with an aim of linking the different interpretations and practice in a unique picture of yet another category of autonomous international law.

Key words: *FIDIC, DAB, adjudication, Engineer, arbitration, decision, limitation period.*

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

др Бранко А. ЛУБАРДА
професор Правног факултета Универзитета у Београду

КОНЦЕПТ РАДНИКА-ГРАЂАНИНА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – Од радника-роба, радника-робе до радника-грађанина –^{*}

Резиме

У раду се истражи еволуција рада за другога – од робског рада, кметског рада до слободе рада и права на рад. Указује се на постепено афирмацију концепта радника-грађанина у уредном праву, а нарочито на елементне овог концепта у праву Европске уније. Наглашава се недељивост и узајамна условљеност основних људских права, што потврђује Повеља о основним правима у Европској унији (која после ратификације Лисабонског уговора добија правно обавезујућу снагу).

Кључне речи: радник, грађанин, Европска унија.

I

1. Радник-роб

Доминантно обележје рада за другог у Старом веку (посебно у европским оквирима) јесте робски рад – рад лица *alieni iuris*, док се најамни рад слободних лица јавља спорадично. Одређени презир према

^{*} Рад је део пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Изазови имплементације европских стандарда у правни систем Србије (2011–2014)“.

раду за другог због установе ропства карактерише уопште систем вредности и у античкој Грчкој¹ и старом Риму. Уосталом, латинска реч *labor*, *is* има значење тегобног рада као и порођајних трудова, док француска реч *travail* потиче од латинске речи *tripalium* – справе за мучење; патња.² У енглеском језику, под далеким утицајем латинског, рад се означава са *labour* (у америчкој верзији – *labor*).

У периоду Старог века, у контексту грађанског права и установе робовласништва, робови су имали у основи положај *alieni iuris* (објект права – „ствар која говори“ у својини робовласника), обављали су рад за робовласника, који је над њима по правилу имао и *ius vitae ac necis*, мада робови нису увек били сасвим обесправљени (нпр. у Атини, током периода хеленизма), нити су увек били основни произвођачи у Старом веку.³

2. Радник-кмет

У Средњем веку, периоду феудализма (држава баштина; сталешка држава; апсолутистичка држава) који карактерише (сем у периоду тзв. раног феудализма, када су слободни сељаци били основни произвођачи)⁴ однос између повлашћених – феудалних господара и потчињених – њихових вазала (слободних поданика), као и правно уређен однос између феудалаца и кметова (који имају субјективитет у праву, лично су заштићенији и економски мање зависни од свог господара него „класични“ роб – статус неслободних поданика господара), чије је битно обележје дужност рада кметова у корист феудалаца (световне и духовне властеле – племства). Сходно језику Душановог законика за себре се прописује „терет работама“, док се „властела не терети работама“, тако да кмет обрађује земљу и прибира плодове (*usus, fructus*), при чему је кмет лишен слободе рада (нити има слободу кретања), као претпоставке за настанак радног права. Кметови имају дужност рада одређен број дана на феудалчевом имању – радна рента, као и дужност давања у производима – натурална рента (док је новчана рента – давање у новцу се јавило касније, изазивајући сељачке буне због претешких терета).⁵

Ипак, развој трећег сталежа – грађанства водио је развоју партикуларног (за разлику од општег права – *ius commune*) – градског права,

1 Слободни Атињани презиру физички рад, а баве се политиком, ратовањем и трговином. С. Аврамовић, *Упоредна правна традиција*, Београд, 2008, стр. 108.

2 J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, 2001, стр. 1.

3 С. Аврамовић, *нав. дело*, стр. 138–139.

4 *Истио*, стр. 139.

5 *Истио*, стр. 143.

посебно регулисањем односа у области трговине, поморства и занатства у градовима, што је довело до раста значаја најамног рада за другог у овим областима, што је имало за последицу растући економско-друштвени значај уговора о најму људских радњи – најамних односа (у периоду сталешке и апсолутистичке државе).

До укидања феудалних односа на подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, међутим, долази тек са доношењем Видовданског устава (1921), имајући у виду то да се на подручју Босне и Херцеговине био задржао читлук, а да је у Далмацији постојао квази-феудални однос у виду колоната.⁶

3. Рад(ник)-роба

За радно право релевантан је само рад за другог – зависан (не-самосталан), подређени (субординиран) рад, али слободно успостављен (вољом радника). Рад за другог се најпре назива најамним радом – радом за најамнину, а термин најамни радник јавља се већ почетком XIV века, у касном средњем веку (у области занатства и грађевинарства; рударству; производњи текстила).⁷ Предмет радног права није само зависан рад у економском смислу, тј. рад економски зависног лица за другог економски надмоћног лица, већ је у питању зависни рад који подразумева и својеврсну личну (правну) подређеност у извршавању рада, у смислу подређености радника власти послодавца у вршењу (испуњењу налога – инструкција послодавца) и контроли извршавања рада (посла).⁸

Премда је предмет радног права зависан – подређени рад за другог, то мора бити истовремено рад који је правно посматрано израз начела слободе рада, као негације принудног (тим пре кметског и ропског) рада. Рад за другог мора бити последица слободе човека да обавља рад за другог, али је потврда његовог подређеног радног положаја у односу на другог послодавца.⁹ Управо у начелу слободе рада треба тражити разлог који објашњава зашто радних односа (и радног права) нема у периоду робовласништва и/ли феудализма, будући да нема ни признатог правног субјективитета роба, односно нема (личне, нити самим тим) слободе рада кметова. Основна претпоставка за право на рад, као основно социјално право, јесте признавање основних личних, политичких и грађанских права. Отуда, историјски (не и са становишта ран-

6 С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Г. Кон, Београд, 1924, стр. 453–455.

7 П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2001, стр. 29.

8 S. Deakin, G. S. Morris, *Labour Law*, 2005, стр. 46.

9 G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Péliissier, *нав. дело*, стр. 1–2.

га, јер између основних права човека нема разлике – сва су од фундаменталног значаја), најпре је дошло до признавања основних личних, политичких и грађанских права, па тек потом основних социјалних права. Но, док је право на рад стекло ранг уставом признатог основног социјалног права (први пут у ваневропским оквирима Уставом Мексика из 1917, а европским демократским системима Вајмарским уставом 1919). Слобода рада је прокламована много пре тога – садржи се већ у правним декларацијама грађанских револуција, којима се руше темељи феудализма, сталешке поделе и партимонијалне стеге – право привилегија (племства), односно неједнакост пред законом. За појаву (најамног) радника, као субјекта радног права и индивидуалног радног односа, било је неопходно прокламовати слободу: „Сви људи се рађају слободни и једнаки пред законом“,¹⁰ јер једино је слободан човек могао своју радну снагу дати у најам (*locatio conductio operarum*) другом лицу – послодавцу.¹¹ Другим речима, прокламовање слободе рада, односно слободе уговарања са француском грађанском револуцијом, у контексту либералне државе *laisser faire, laisser passer*, довело је до слободе уговарања, односно рецепције римског *locatio conductio operarum*, што је у основи значило да се радник своди на робу – тржиште радне снаге. Успоставља се најамни радни однос, односно концепт личне уговорне подређености (*personal subordination*) радника послодавцу. Постепено, у дугом двовековном периоду, интервенционизам законодавца (радно законодавство), као и интервенционизам социјалних партнера (аутономно радно право – систем колективних уговора о раду), као и међународни (европски) радни стандарди, афирмишу концепт радника-грађанина, концепт достојанственог рада, који је квалитет више у односу на концепт ограничења субординираном раду.

II Радник-грађанин: достојанствен рад

Концепт радника-грађанина садржи елементе „достојанственог рада“ анти-дискриминаторског законодавства, како би се потврдило начело једнакости шанси и поступања; елементе забране савремених облика принудног и „ропског рада“ (илегалне миграције радника; дужнички рад); елементе забране повређивања (заштите) приватности на раду; елементе забране угрожавања моралног и психичког интегритета личности радника – забрана сексуалног узнемиравања и прихичког злостављања (мобинга); елементе учешћа (представника) радника у одлучивању код послодавца.

10 Чл. 1 француске Декларације о правима човека и грађанина.

11 П. Јовановић, *нав. дело*, стр. 31.

Европска унија је концепт радника-грађанина развила у једном од поглавља Повеље о основним правима у ЕУ, посебно у поглављу која имају наслов – Достојанство и Солидарност. Поред тога, овај концепт је дошао до изражаја и у Саопштењу о начелима флексибилности (2007), концепту који је могућа алтернатива концепту традиционалног европског социјалног модела, укључује синтагму достојанство на раду.

Правила грађанског права о уговорима нису одговарајућа да изразе и уреде радни однос (уговор о раду).¹² Радни однос се уређује не само сходно правилима уговорног (грађанског) права већ и колективним уговорима о раду, као и (радним) законодавством.¹³ Еволуција радног права је ишла ка удаљавању од грађанског права, ка удаљавању од концепта радника (*O. Kahn – Freund's regulated contract*)¹⁴ чији се подређени положај ублажава утврђивањем граница субординације, ка квалитетно новом концепту радника-грађанина. Концепт радника-грађанина је више трилатерални (него бипартитни): радник је у уговорном односу са послодавцем; статусном односу са државом; уговорно-статусном односу са синдикатом.¹⁵ Концепт радника-грађанина у предузећу потврђују социјална права издигнута на уставни ранг, укључујући законско уређивање права запосленог на изражавање мишљења (Француска), право на заштиту достојанства и приватности на раду (Немачка).¹⁶ У праву ЕУ концепт радника-грађанина, социјалног грађанства јавља се у „не-уговорном“ контексту, што је посебно дошло до изражаја са доношењем Повеље о основним правима у ЕУ (2000), која има снагу уговора (после ратификације Лисабонског уговора), а која је усмерена на институције и органе ЕУ, као и на државе чланице када примењују комунитарно право. Тако, елементи концепта радника-грађанина у ЕУ су садржани у слободи кретања (однос радника и државе-чланице, а не однос радника и послодавца); премоћ обавеза радника као грађанина у односу на подређеност послодавцу (нпр. у вези са јавним обавезама – одазвати се позиву за члана пороте; а нарочито са правом радника-грађанина на узбуњивање кад послодавац својим пословањем угрожава јавни интерес, или кад указује на коруптивна кривична дела која подривају владавину (социјалног) права, (раднo-) правну сигурност); давање предности породичним обавезама радника у односу на обавезе према послодавцу (нпр. плаћено одуство ради неге детета и друга права у циљу помирења породичних и професионалних

12 В. Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge, 2009, стр. 370–371.

13 В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 371.

14 *Истио*, стр. 374–375.

15 *Истио*, стр. 373–374.

16 *Истио*, стр. 371.

обавеза).¹⁷ „Концепт радник-грађанин није више уговор(ни) у било ком препознатљивом (*common law* или другом) смислу.“¹⁸

Тенденција флексибилизације радних односа, раст значаја нестандардних облика рада, уговорних аранжмана који су (по својој природи) између радног и трговинског права (нпр. уговор о франшизингу),¹⁹ могу да воде *декомпозицији радног права*, уколико се не јави другачија тенденција – да се прошири заштитни карактер радног (и социјалног) права на лица која су у нестандардним облицима радног (уговорног) ангажовања. Тако, са становишта интереса квази-подређених лица од значаја је тенденција (делимичне) примене радног права у праву држава чланица ЕУ и у самом радном праву ЕУ (сет директива²⁰ и европских колективних уговора који имају за циљ да обезбеде заштиту (од дискриминације) лица у нестандардним облицима уговорног-радног ангажовања (*outsiders – insiders*).²¹ У том смислу је и решење у немачком праву, пошто се Закон о колективним уговорима (*Tarifvertragsgesetz*) примењује на: а) економски зависна лица; б) лица која обављају рад без помоћи подређених запослених; в) лица која обављају рад углавном за једно лице (и остварују најмање 50% својих прихода од тог лица); г) лица којима је потребна заштита радног и социјалног права.²² Слична тенденција се запажа и у британском праву, како би се ублажила (отклонила) разлика у правима (и обавезама) запослених у радном односу по основу стандардног уговора о раду (на неодређено време, са пуним радним временом) и запослених (*employees*) или радника (*workers*) ангажованих по основу нестандардних – флексибилних уговорних аранжмана, укључујући и независне раднике, као и квази-

17 *Истио*, стр. 374.

18 *Истио*, стр. 376.

19 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије од 2009. (Облигациони односи) дефинише уговор о франшизингу као „уговор којим једна страна – давалац франшизинга ...или вршења услуга другој страни ...знања и искуства (*know-how*), маркетинг, уз пружање стручних услуга и помоћи у обучавању и пословању корисника, а друга уговорна страна – прималац франшизинга, плаћа ...за извршене услуге одговарајућу накнаду“ (чл. 1257).

20 Директива о здрављу и безбедности привремених радника од 1991. године (*Directive on health and safety for temporary and agency workers*); Директива о радном времену (1993); о породилском одсуству (1996), о раду са непуним радним временом (1997), о терету доказивања у случају дискриминације (1997), о раду на одређено време (1999); о раду на дистанци (2006?), о привременом раду (Директива о агенцијама за привремени рад 2008/104), В. Bercusson, *European Labour Law*, 2009, стр. 643; Н. Frenzen, „The Temporary Agency Directive“, *European labour Law Journal*, Vol. 1, No 1/2010, стр. 119–134.

21 В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 642–648.

22 В. Waas, „Recent Developments in the Area of ‘Atypical Employment’“, *European Labour Law Journal*, Vol. 01/04, 2010, стр. 517–521.

запослене, који се дефинишу као рањиве категорије лица (радника).²³ Све то је у духу *soft law* инструмената у радном праву Европске уније – Зелена књига о осавремењавању радног права у сусрет изазовима XXI века (2006) и Саопштења о Флексибилности (2007), који пледирају да се што више прошири (персонални домен) примена радног права (радног законодавства и колективних уговора о раду држава чланица) на лица (раднике) која нису у „класичном“ радном односу.²⁴ У теорији радног права јавила су се гледишта да је потребно увести нови „лични уговор о раду“ (*personal employment contract*), који би имао два своја варијетета (подврсте): уговор о раду (*contract of employment*) и уговор полу-зависног радника (*semi-dependant worker's contract*).²⁵

III Право на (достојанствен) рад

Право на рад јесте основно социјално људско право, чија је суштина у људском достојанству (на раду) као општечовечанској вредности,²⁶ а које се огледа у слободи избора занимања, односно забрани принудног рада (начело слободе рада), једнакој доступности свих радних места (занимања) под једнаким условима (начело забране дискриминације у запошљавању и на раду), као и обавези државе да ствара услове за пуно запослење – ефективно остваривање права на рад грађана (успостављање бесплатних служби за запошљавање; вођењем активне политике запошљавања; позитивна дискриминација). На више конститутивних елемента права на рад упућује и Европска социјална повеља, истичући обавезу државе да по могућству оствари пуну запосленост – облигација средства, вођењем активне политике запошљавања; да заради за живот слободним избором занимања, што подразумева забрану принудног рада и искорењивање дискриминације у запошљавању и на раду; да успостави и одржава систем бесплатних служби за запошљавање за све раднике; да обезбеди и унапређује професионалну оријентацију, оспособљавање и професионалну рехабилитацију.²⁷ Конститутивни елемент права на рад – забрана дискриминације у запошљавању и на раду, битан је садржај концепта радника-грађанина (фр. *salarié citoyen*, енгл. *worker-citizen*), за разлику од првобитног концепта најамног радника

23 S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 161 и следеће.

24 B. Waas, *нав. дело*, стр. 517–521.

25 M. Freedland, *The Personal Employment Contract*, 2006, стр. 30; према B. Waas, *нав. дело*, стр. 56.

26 G. Maes, „*Social Human Rights and Protection against Dismissal – General Theory with an analysis of the right to work*“, Antwerp, 2005, стр. 7.

27 L. Samuel, *Fundamental social rights, Case law of the European Social Charter*, Strasbourg, 2002, стр. 13–38.

(током XVIII и XIX века – *Master and Servant Law* који је укинут 1870. у Великој Британији) и његове побољшане корекције у концепту уговора о раду (радног права), праћеног границама субординације („идеја субординације појединачног радника капиталистичком предузећу“),²⁸ што налаже обавезу држави да донесе сет антидискриминаторских закона, да предвиди плурализам посебних инстутуција за сузбијање дискриминације, укључујући посебне управне агенције које могу поднети тужбу против послодавца због дискриминације (по овлашћењу запосленог који сматра да је дискриминисан),²⁹ да предвиди особена правила судског поступка у радним споровима поводом дискриминације (терет доказивања на послодавцу), посебно ригорозне санкције за случај намерне дискриминације (казнена накнада),³⁰ односно непосредне или посредне дискриминације, најзад да предвиди „позитивну дискриминацију“ – позитивну акцију (*affirmative action*).³¹ Све то указује да се право на рад не може редуковати на право „програмског“ карактера, односно да ужива судску заштиту, при чему заштиту права на рад може да захета не само запослени (који сматра да је жртва дискриминације) већ и надлежан државни орган – посебна управна агенција основана ради сузбијања дискриминације (*EEOC* и сл.; код нас повереник за родну равноправност), као и синдикат (по овлашћењу члана-запосленог). Све то указује да концепт радника-грађанина садржи начело недискриминације које обавезује не само послодавца и друге приватне актере на тржишту рада већ и државу³² (њене управне агенције за заштиту од дискриминације), јавне службе за запошљавање (и приватне агенције за запошљавање), јавне службе за мирно решавање (пре свега колективних, али и) индивидуалних радних спорова (код нас је у надлежности Републичке агенције за мирно решавање спорова и арбитражно решавање спорова у вези са престанком радног односа, као и могућа улога посредовања у споровима у вези са злостављањем на раду код послодавца).

Сходно ставу Комитета за економска, социјална и културна права (који тумачи чл. 6 Међународног пакта о економским, социјалним и

28 B. Hepple, Introduction, in *The Making of Labour Law in Europe*, ed. B. Hepple, London, 1986, стр. 11. (према S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 1).

29 У SAD: EEOC – *Equal Employment Opportunities Commission*; В. Британији: *Disability Rights Commission; Commission for Racial Equality, Equal Opportunities Commission*, S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*.

30 B. Kate Repa, *Your Rights in the Workplace*, Nolo, 2007, стр. 255.

31 S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 617–621; У Србији Закон о запошљавању и професионалној рехабилитацији особа са инвалидитетом из 2009. уводи тзв. квотни систем запошљавања ових лица.

32 U. Neergard, R. Nielsen, Blurring Boundaries: From the Danish Welfare State to the European Social Model?, *European Labour Law Journal*, Vol. 1/04, 2010, стр. 434–489.

културним правима), мада ово право не подразумева обавезу државе да гарантује посао сваком лицу (тражиоцу запослења), подразумева обавезу средства – државе уговорнице су дужне да предузму ради омогућавања слободног избора занимања, пуне запослености, приступа бесплатним службама за запошљавање, професионалну оријентацију и професионално образовање.³³ Право на рад је прокламовано и Универзалном декларацијом о правима човека („Свако има право на рад, на слободан избор запослења, на праведне и повољне услове рада“), која прокламује и „заштиту од незапослености“ као индивидуално право (а не само политички, програмски циљ државе).³⁴ Право на рад се остварује не само запошљавањем – заснивањем радног односа, радом за послодавца (тзв. зависни рад – најчешће закључивањем уговора о раду; право на рад државних службеника се често остварује на основу управног акта – решења старешине државног органа) већ и само-запошљавањем (тзв. независни рад). У оба модалитета остваривања права на рад, истиче се значај достојанственог рада – рад у коме се поштују основна права људског бића – (физички, психички, морални) интегритет радника-грађанина.³⁵

Право на рад се може дефинисати и у *ширем смислу*, тако да укључује и право на безбедан рад (право на заштиту здравља и безбедност на раду), право на праведне – достојанствене услове рада (укључујући право на рад са пуним (ограниченим) радним временом, право на праведну зараду³⁶) и право на заштиту од неоправданог отказа. Основна људска права уопште доприносе људском достојанству³⁷ – право на рад доприноси људском достојанству на раду. Рад је елемент људског достојанства, начин да се исказе даровитост, развије личност, допринесе општем благостању – „рад није роба“ (Филаделфијска декларација из 1944).

Право на рад се штити законским одредбама о реорганизацији послодавца (предузећа): у случају промене (трансфера – очување уговора о раду и забрана отказа), колективног отпуштања (обавеза обавештавања јавне власти и могућност одлагања колективног отпуштања), стечаја

33 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 13; F. Del Giudice, F. Mariani, F. Izzo, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2001, стр. 32.

34 L. Betten, *нав. дело*, стр. 333.

35 Став Комитета за економска, социјална и културна права УН; G. Maes, *нав. дело*, стр. 8–9.

36 Универзална декларација о правима човека прокламује право на рад, односно „право сваког лица које ради на праведну зараду која обезбеђује запосленом лицу и породици егзистенцију вредну људској *достојанства*..“ (чл. 23, ст. 3).

37 P.-H. Imbert, (*Director General of Human Rights Council of Europe – Foreword*), L. Samuel, *нав. дело*, стр. 11.

(обавеза државе да оснује гаранцијску институцију за заштиту привилегованих потраживања по основу рада). Право на рад у случају трансфера се штити прописивањем обавезе очувања стечених права од стране послодавца следбеника у односу на послодавца претходника – начело очувања стечених права (*ius quesitum*), односно забране отказа уговора о раду на снази.³⁸ Поред тога, кад послодавац има оправдан економски разлог за отказ уговора о раду, право на рад се штити на тај начин што у случају колективног отпуштања постоји обавеза послодавца да сачини програм ублажавања последица колективног отпуштања, који садржи мере алтернативе за отказ – распоређивање, преузимање на рад код другог послодавца, пре/доквалификације, при чему се тај програм доставља надлежној јавној власти на мишљење (јавној служби за запошљавање; министарству рада), како би јавна власт учествовала у изналажењу начина да се смањи број отпуштених радника, односно омогући њихово запошљавање.³⁹ Јавна власт има овлашћење да одложи за извесно време (социјална корекција тржишта рада) иницијални план послодавца за колективно отпуштање. Концепт радника-грађанина се огладе у праву на приоритетно запошљавање код истог послодавца у одређеном року по отпуштању, како би се реализовало право на рад (код истог послодавца). Најзад, у упоредном и домаћем праву се оснивају и посебни јавни фондови за исплату отпремнина (у Италији – *Cassa Integrazione Guadagni?*)⁴⁰ или транзициони фонд (у Србији) за ублажавање последица отказа. Све то указује да је развој (међународног) радног права ишао од „послодавчеве слободе и моћи у радном односу“ у правцу радника-грађанина: „субординација се завршава и оставља простор за дијалог.“⁴¹ Повеље о основним социјалним правима (нарочито Повеља о основним правима у ЕУ, која превладава наслеђену „хладноратовску“ дихотомију између грађанских и политичких права, с једне, и социјалних права, с друге стране), указују да промоција права на рад нужно подразумева промоцију права на социјални дијалог (социјални дијалог као право и средство, метод), информисање и консултовање (представника запослених) у случају реорганизације послодавца – што је такође потврда концепта запосленог-грађанина.⁴²

Утуживост права на рад (*enforceable right to work*) је несумњива одлика права на рад у погледу прва два својства – забране принудног рада

38 В. Teyssié, *Droit du travail européen*, Paris, 2010, стр. 261–264.

39 То је последица утицаја права ЕУ на радно правно држава чланица у овом важном сегменту радног права од значаја за унутрашње тржиште (слободу кретања капитала, роба, услуга, лица) – В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 63, 86.

40 F. del Giudice, F. Mariani, F. Izzo, *нав. дело*, стр. 13.

41 G. Maes, *нав. дело*, стр. 19.

42 *Истио*, стр. 19–20.

и забране дискриминације. Штавише, у циљу заштите од дискриминације у упоредном праву, праву ЕУ, од недавно и у домаћем праву (Закон о родној равноправности; Закон о спречавању злостављања на раду), предвиђа се да терет доказивања пада на туженом-послодавцу, уколико тужилац-запослени (учесник конкурса) учини могућим да је по среди неједнакост поступања.⁴³ Поред тога, у случају намерне дискриминације (у америчком праву нарочито кад се ради о расној или дискриминацији заснованој на боји коже) се досуђује казнена накнада, поред накнаде имовинске и неимовинске штете услед дискриминације.

IV Историјат права на рад

Право на рад прокламује се током Револуције 1848, под утицајем социјалиста, а у циљу остваривања права на рад, као обавезујућег у односу на државу, основане су националне радионице за запошљавање (*les ateliers nationaux*) незапослених лица, којима се потврђује концепт нове организације рада Л. Блана у циљу остваривања права на рад, односно кориговања конкуренције, пошто за многе „laisser faire“ значи „laisser mourir“.⁴⁴

У идејном смислу, већ у време утопистичке либералне филозофије током 17. и 18. века (знатно пре идеја социјалиста-утописта за које се обично везује идеја права на рад), право на рад се доводи у тесну везу са правом на живот – протестантска етика види право на рад као непосредну последицу права на живот – штавише, право на рад је смисао права на живот. Другим речима, право на рад је инспирисано филозофијом живота која извире из протестантске етике (рад као смисао живота).⁴⁵ Наиме, морална квалификација световног професионалног живота једно је од битних остварења реформације (специјално Мартина Лутера), тако да „сваки дозвољен позив пред Богом важи апсолутно једнако“, а „дух рада“ се приписује нарочито протестантизму – „не доколица и уживање, него само *рад*, по недвосмислено објављеној вољи божјој, служи увећању његове славе“.⁴⁶ И пре тога, још код Т. Мора, садржи се елемент права на рад – моралне обавезе рада, у контексту посредне критике „крвавог законодавства“ XV и XVI века у Енглеској, јер у „Утопији“ се износи став да „нити је опет икаква казна сама по себи у стању да одврати од вршења крађе оне који не располажу другим средствима за одржавање

43 S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 724.

44 L. Blan, *Question d'aujourd'hui et de demain*, Paris, 1882, стр. 319.

45 *Исто*, стр. 379.

46 М. Вебер, *Протестантска етика и дух капитализма*, Сарајево, 1968, стр. 16–17, 62–63, 170, 175.

живота“.⁴⁷ И Р. Овен је тврдио да свако има право на рад, излажући како би се то право могло остварити (оснивањем установа за сиромаше).⁴⁸

У савременом концепту (међународног, европског) радног права, право на рад и право на живот се сусрећу у синтагми „достојанствених услова рада и живота“ (*decent working and living conditions*)⁴⁹ – Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима: „достојанствен живот за раднике и њихове породице“ (чл. 7); Европска социјална повеља: „достојанствен стандард живљења“ (чл. 4).⁵⁰ Концепт достојанственог стандарда живљења „мора узети у обзир основне социјалне, економске и културне *пошребје* радника и њихових породица“ („у светлости економске и социјалне ситуације у земљи у којој се примењује“).⁵¹

У Право на рад као уставом зајемчено право

Право на рад је прокламовано уставом у великом броју земаља, почевши⁵² у европским оквирима са Уставом Норвешке из 1814., посебно значајним Вајмарским уставом Немачке (1919), а у ваневропским оквирима са Уставом Мексика из 1917, Устав СССР из 1936. гарантује право на рад, тј. право на добијање загарантованог посла. Уставом Луксембурга се истиче „закон државе благостања“ (фр. *l'état providence*; енгл. *Welfare State*), али је после кризе (средином осамдесетих XX века – после „нафтног шока“ 1973.) и постепене разградње модела државе благостања услед утицаја глобализације, дошло до озбиљних изазова за традиционални европски социјални модел. Ипак, у оквиру Европске уније, постоји настојање да се сачувају вредности „социјалне Европе“, да се ЕУ развија као социјална тржишна привреда, уз очување економске, територијалне и социјалне кохезије, вредности достојанства, слободе, једанкости и солидарности, као и да се ЕУ развија логиком тржишта и логиком основних људских права, укључујући и основна социјална права, што је потврђено са својеврсним уставом – Лисабонским уговором (ратификован 2009), којим се признаје правна обавезност Повеље о основним правима у ЕУ (тзв. Повеља из Нице, 2000). Додуше,

47 Т. Мор, *Ушоица*, Београд, 1964, стр. 56.

48 Е. Долеанс, *Роберти Овен*, Београд, 1953, стр. 80.

49 У том смислу је предвиђено да (минимална) зарада треба да обезбеди „достојан стандарда живљења“. L. Betten, *нав. дело*, стр. 206.

50 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 73–81.

51 L. Betten, *нав. дело*, стр. 213–214.

52 Мада, извесни елементи концепта права на рад садржани су већ у франуском Уставу из 1793 (чл. 21); В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 379.

традиционалном европском социјалном моделу Комисија нуди алтернативе у сусрет изазовима глобализације, старења становништва, информационих технологија, нових метода организације рада у виду концепта флексиурности, како би се у социјални модел унело више флексибилности, али уз очување сигурности запослења и социјалне сигурности на новим основама (уместо ригидног заштитиног радног законодавства, нуди се тзв. доживотно учење, једнакост лица без обзира на уговорне аранжмане који уносе више прилагодљивости на тржишта рада; модернизација система социјалне сигурности, укључујући осигурање за случај незапослености).

Важећим Уставом Србије (2006) јамчи се право на рад (у складу са законом), односно једнака доступност свих радних места под једнаким условима. У ширем смислу, уставом зајемчено право на рад укључује и „поштовање достојанства личности на раду, безбедне и здраве услове рада, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа“.⁵³ Посебну заштиту права на рад Устав РС предвиђа за жене, омладину и лица са инвалидитетом, у складу са законом.⁵⁴ Уставна обавеза државе се показује и на примеру закона о тзв. позитивној дискриминацији – Законом о запошљавању и професионалној рехабилитацији особа са инвалидитетом предвиђа се тзв. квотни систем – приоритетно запошљавање квалификованих лица са инвалидитетом код свих послодаваца (који имају више од 20 запослених). У појединим земљама мада није признато право на рад као опште право (Велика Британија, Ирска), законским путем се унапређује приступ запошљавању појединим категоријама лица – нпр. лицима са инвалидитетом, стварањем законске обавезе послодавцима да врше разумно прилагођавање услова рада лицима са инвалидитетом (*Disability Discrimination Act*, 1995).⁵⁵

Уставом Србије се гарантује и равноправност у вођењу јавних послова, односно заштита мањинских права, као и право грађана да учествују у вршењу јавних послова и обављању послова јавних служби, а посебно се предвиђа „одговарајуће учешће припадника националних мањина при запошљавању у државним органима, јавним службама, органима аутономне покрајине и локалне самоуправе“.⁵⁶

У радноправним системима који се јављају у тзв. либералним државама, више се даје нагласак на слободи рада, док се у радноправним

53 Чл. 60 ст. 4 Устава РС (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006).

54 Чл. 60 ст. 5 Устава РС.

55 S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 713–728.

56 Чл. 77 ст. 2 Устава РС.

системима тзв. социјалне државе нагласак даје праву на рад уместо слободи рада. Својеврсни компромис ове две филозофије радноправних система и улоге државе дошао је до изражаја у праву Европске уније, односно у Повељи о основним правима у ЕУ, која не прокламује право на рад већ садржи једну компромисну формулацију слободe рада и права на рад – либералне и социјалне државе (под утицајем британских делегата, која је дата отуда у поглављу „Слобода“ а не поглављу „Солидарност“): „свако има право да се ангажује у раду и обавља слободно изабрано или прихваћено занимање.“⁵⁷

VI Однос права на рад и других основних права

Право на рад је у тесној вези са низом грађанских (личних) права: правом на живот, правом на развој личности, правом на приватност, правом на изражавање мишљења, слободом кретања (и настањивања), итд. Отуда, изводи се закључак да је право на рад угаони камен савременог концепта како либералне државе тако и државе-благостања⁵⁸ (социјалне државе), а у оквиру ЕУ – концепта Социјалне Европе, мада је у Повељи о основним правима у ЕУ (Повеља из Нице из 2000. полази од општечовечанских вредности – достојанства, слободe, једнакости, солидарности) направљен компромис (филозофије либералне државе и социјалне државе), пошто уместо права на рад Повеља признаје „право на ангажовање на раду“ (*right to engage in work*).⁵⁹ Повезаност права на рад и грађанских права нарочито долази до изражаја у концепту запосленог-грађанина⁶⁰ (*vs* дискриминација, принудни (дужнички) рад, сексуално узнемиравање, злостављање (мобинг) на раду, повреда приватности на раду; запослени-грађанин *vs* социјално неодговоран послодавац, ауторитарни менаџмент), што се у праву ЕУ изражава у концепту социјалног грађанства (*social citizenship*).

Право на рад је у тесној повезаности са правом на образовање, како из угла (професионалних) способности сваког појединца, тако и из угла потреба тржишта рада.⁶¹ Ограничено (условно – уз сагласност

57 Члан 15 Повеље из Нице.

58 В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 380 Држава благостања (*Welfare State*) се карактерише посебним гаранцијама права на рад; F. Del Giudice, F. Mariani, F. Izzo, *нав. дело*, стр. 20–21.

59 В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 380.

60 Нарочито је француска теорија права настојала да запослене учини „грађанима предузећа“, како би се одређене идеје и вредности правне државе инкорпорирале у индустријску демократију. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *нав. дело*, стр. 20–21.

61 G. Maes, *нав. дело*, стр. 16 (закључак Европског комитета за социјална права при тумачењу чл. 1. Ревидиране европске социјалне повеље).

законских заступника, старатеља, усвојиоца) право на рад се стиче са навршених 15 година живота, односно са завршетком обавезног основног образовања. Држава гарантује уставом⁶² право на основно (обавезно, бесплатно) образовање. Како право на рад у себи садржи слободу избора занимања, и како је слобода избора занимања у тесној вези са правом на образовање – приступом образовању – средњем, вишем, високом (до завршетка докторских и постдокторских студија), право на рад је у вези са обавезом државе да омогући услове за наставак образовања. Европски стандарди у оквиру права на рад укључују обавезу државе да обезбеди и унапреди одговарајућу професионалну оријентацију – бесплатно саветовање о избору занимања уважавајући индивидуални дар (таленат) и могућности за запошљавање (стање на тржишту рада).⁶³ Обавеза државе јесте да обезбеди и професионално оспособљавање и (професионалну) рехабилитацију, односно да омогући приступ установама које обезбеђују оспособљавање и рехабилитацију.⁶⁴ На другој страни, слобода рада негативно исказана (слобода да се не ради) није апсолутна слобода – незапослени корисник права на новчану накнаду за време незапослености губи ово право ако одбије професионално оспособљавање (усавршавање).⁶⁵

VII Право на рад – обавеза држава у погледу запошљавања (активна политика запошљавања)

Уставна прокламација права на рад ствара позитивне обавезе државе у циљу ефективног остваривања права на рад, унапређења услова за запошљавање, односно отклањања препрека које отежавају учешће грађана у „политичкој, економској и социјалној организацији земље“ (Устав Италије).⁶⁶ Држава своју облигацију средства у погледу пуне запослености⁶⁷ остварује мерама активне политике запошљавања против незапослености, што у савременом радном праву одговара обавези незапосленог лица да активно тражи запослење (*active job-se-*

62 Устав РС (2006) прокламује да свако има право на образовање, при чему „основно образовање је обавезно и бесплатно, а средње образовање је бесплатно“ (чл. 71 ст. 1 и 2).

63 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 237 (чл. 1, ст. 1, чл. 9 Европске социјалне повеље). По правилу се (у државама чланицама Савета Европе) професионална оријентација обезбеђује на два нивоа – у оквиру образовних институција и на тржишту рада (у оквиру служби за запошљавање); L. Sameul, *нав. дело*, стр. 239.

64 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 37; G. Maes, *нав. дело*, стр. 9.

65 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 256.

66 F. Del Giudice, F. Mariani, F. Izzo, *нав. дело*, стр. 5.

67 S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 133–135.

eker). Активна политика запошљавања представља скуп средстава и мера у циљу отварања нових радних места, професионалне преоријентације (професионалне оријентације и оспособљавања) ради прилагођавања променама у структури потражње за радном снагом, као и у циљу давања подстицаја послодавцима да запошљавају нове раднике, подстицаја за географску и професионалну мобилност – прелазак од незапослених лица у запослене (*welfare to work transitions*).⁶⁸ Она обухвата низ мера: опште мере економске и социјалне политике владе у настојању да се подстакне економски раст, као „генератор“ отварања нових радних места; програме јавних радова које могу да финансирају централна и локалне власти, али и (социјалне) невладине организације, како би се омогућило привремено запошљавање незапослених лица у циљу заштите животне средине (тзв. зелени послови – *green jobs, les emplois verts*), уређења објеката локалне заједнице итд; послодавцима који запошљавају нове раднике заснивањем радног односа на неодређено време, дају се одређене пореске олакшице или субвенције (нпр. за укупан износ исплаћених зарада за нове запослене се умањује основица за плаћање пореза на добит предузећа); приступа се оснивању трипартитних одбора за тржиште рада у циљу олакшавања мобилности и запошљавања радне снаге. Овакви одбори (нпр. у Шведској) припремају програме професионалног образовања (преквалификације, доквалификације), као и програме самозапошљавања (Национална служба за запошљавање Србије и Завод за запошљавање Црне Горе); програмима тзв. позитивне акције („позитивне дискриминације“) омогућава се предност у запошљавању теже запосливих лица – тзв. рањивих група (*vulnerable groups*) – припадника етничких група, ратних ветерана, лица одређене боје коже, расе, вере, пола, дуготрајно незапослених, старијих лица од стране послодаваца који су од државе добили одређену финансијску помоћ, односно који су закључили уговоре о градњи одређених објеката, али уз услов да се приоритетно запосли одређени проценат ових лица (нпр. у САД *Federal contractors – Affirmative action*); предвиђа се право на приоритетно запошљавање код истог послодавца колективно отпуштених радника из технолошких разлога, уколико исти послодавац у краћем року по отпуштању (нпр. у Француској, Србији, Црној Гори) одлучи да запосли нове раднике; предвиђа право на приоритетно запошљавање лица са инвалидитетом на одређеном проценту радних места – тзв. квотни систем (сем код малих послодаваца); запошљавање приправника (омладине) ради њиховог професионалног оспособљавања у одговарајућим предузећима, уз финансијску помоћ државе; давање помоћи послодавцима из посебног јавног фонда када њихови старији запослени, којима недостаје неколико година стажа осигурања за

68 L. Samuel, *нав. дело*, стр. 13–17; S. Deakin, G. S. Morris, *нав. дело*, стр. 133.

испуњење услова за стицање права на старосну пензију, добровољно прихвате ранији престанак са радом, с тим да на њихова радна места послодавац прими у радни однос на неодређено време нове раднике (нпр. у СР Немачкој).

Активну политику запошљавања држава чланица ЕУ подстиче и Европска стратегија запошљавања (европски структурни фондови – посебно Европски социјални фонд), у складу са стратегијом координације националних политика запошљавања (после доношења Амстердамског уговора), уз примену отвореног метода координације, у циљу постизања високог нивоа запослености, повећања запосливости, прилагодљивости, једнакости шанси, предузетништва, итд.⁶⁹

Branko A. LUBARDA, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

CONCEPT OF WORKER-CITIZEN IN THE EUROPEAN UNION LAW

Summary

The author deals with the modern concept of the worker-citizen in the European Union law. He gives some broad historical notes on the worker-slave and servitude, and later on freedom of labour vs. compulsory labour. Evolution of right to work is treated in detailed, including constitutional principles. The modern concept of the worker-citizen is elaborated in EU law, more particular in the context of Charter of Fundamental Rights in the EU (after ratification of Lisbon Treaty the Charter shall have the same legal value as treaties and is addressed to institutions and organs of the EU and to Members States when implementing Community Law).

Key words: worker, citizen, European union.

69 В. Teyssié, *Droit européen du travail*, Paris, 2010, стр. 143/153; В. Bercusson, *нав. дело*, стр. 168–197; S. Deakin, G. S. Morrison, *нав. дело*, стр. 134–135.

др *Предраг* ЈОВАНОВИЋ
редовни професор Правног факултет Универзитета у Новом Саду

ОПШТИ МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ОКВИР НАЧЕЛА НЕДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ РАДА*

Резиме

Начело недискриминације је основни правни постулат међународној, евројској и нашеј права, јер представља израз правде и једнакости међу људима. У овом раду приказан је општи међународни (и евројски) правни оквир начела недискриминације у области рада, са акцентом на забрану дискриминације по основу пола. Издвојени су, у том смислу, најважнији извори међународној и евројској права.

Кључне речи: *недискриминација, међународно право, евројско право, полна равноправност, једнакост владања.*

I Уводне напомене

Начело недискриминације је израз правде и једнакости међу људима. Као такво, ово начело је део природног права. У филозофији природног права идеја недискриминације, односно једнакости и правде је увек заузимала централно место. Међутим, нема једнакости у апсолутном смислу, тј. једнакости без обзира на околности (сви на истоме). Другим речима, захтев за једнакошћу садржан у идеји правде није уперен

* Рад у оквиру пројекта бр. 179079, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

апсолутно на све и свакога, него на оне и онако како одређују извесни релевантни критеријуми.¹ Значи, једнакост мора имати и одговарајућу меру за процену. Те мере и критеријуми за процену дефинисани су правом у одређеним областима. У овом тексту пажња ће бити усмерена на област рада, односно недискриминацију у области запошљавања и права по основу запослености. Пошто је рад запослених, пре свега, економски мотивисан то ћемо у одређеној мери посебно нагласити принцип недискриминације у плаћању, као најважнију меру за верификацију и процену недискриминације у области рада.

Принцип једнаке плаћености је уткан и у саме темеље „социјалне правде“ као универзалне платформе свеукупног (нарочито нормативног) деловања Организације уједињених нација (ОУН) и Међународне организације рада (МОП). На идеји једнакости и социјалне правде, зарада и једнака плаћеност за исти рад су константне теме не само међународног, већ и регионалних и националних права. Једнака плаћеност је принцип који забрањује дискриминацију при исплати накнаде за исти рад, тј. рад једнаке вредности собзиром на пол, језик, расу, националну припадност, веру, брачни статус итд. О овом принципу посебно се говори из угла равноправности полова, тј. једнаке плаћености мушке и женске радне снаге. Већ традиционално постоји јаз између зарада мушкараца и жена са сличним квалификацијама. Оно што погађа жену, јесу и тешкоће усклађивања рада и материнства или других породичних обавеза. Отуда, једна од кључних смерница коју МОП упућује земљама чланицама јесте окончање професионалне сегрегације, решавање проблема потцењених „женских послова“ и обезбеђивање једнакости за раднике са породичним обавезама, што би требало укључити у радно законодавство тако да се обезбеди пуно унапређење принципа једнакости у плаћању.²

Једнака плаћеност мушкараца и жена не зависи само од нормативних прокламација. Овде се могу отворити питања у вези функционисања, односно нефункционисања целине друштвено-економског и политичког система. Једнака плаћеност кмушкараца и жена је само један (радноправни) аспект укупног стања људских права и пложаја мушкараца и жена у друштву. Функционисање подсистема – тржишта радне снаге и капитала је од посебног значаја за остваривање принципа једнаке плаћености. Статистички подаци говоре да су жене мање заступљене на боље плаћеним и руководећим местима, да им нису у истој мери доступне, као мушкарцима, престижне професије, те да су просечне зараде запослених жена мање од просечних зарада мушкараца. Наравно, све ово не само да се тиче принципа једнаке плаћености, већ превазилази

1 Алф Рос, *Право и правда*, ЦИД, Подгорица, 1996, стр. 303–304.

2 Смернице о радном законодавству, МОП, Женева, 2001, стр. 319.

оквира тога и тиче се ширих питања у вези дискриминације жена на тржишту рада.

Напомињено, на крају, да зарада има широку и мултипну економску, социјалну, политичку и правну садржину. Међутим принцип једнаке плаћености даје заради препознатљив радно-правни печат, јер је тај принцип заштитног карактера и супротставља се дискриминацији. То је важно подвући и због чињенице да се питање зарада углавном регулише на нивоу принципа у међународном и унутрашњем когентном праву, а аутономним путем конкретно до нивоа индивидуалних права по основу рада (и ту настају проблеми). Дакле, тешко је принципијелно доводити у питање једнаку плаћеност, али могу се доводити у питање конкретни његови радноправни изрази и рефлексије.³

II Међународни правни оквир

Начело недискриминације у стицању и остваривању права и слобода своје правно утемељење налази готово у свим важним међународним актима који говоре о људским правима.

1. Организација уједињених нација

Начело недискриминације садржано је у најважнијим документима ОУН-а: Повеља, чл. 1; Општа декларација о правима човека, чл. 2; Међународни пакт о грађанским и политичким правима, чл. 2; Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, чл. 2. У наведеним документима ОУН, као основи дискриминације наводе се: раса, пол, језик, вероисповест, боја коже, политичко и друго мишљење, национално и социјално порекло, рођење, имовном стање и друге околности. Треба додати да је ОУН усвојила и посебне конвенције о забрани одређених облика дискриминације.⁴

У праву ОУН посебан акценат је стављен на забрани дискриминације међу половима. Повеља Уједињених нација (УН) из 1945. године⁵ предвиђа обавезу земаља чланица у погледу поштовања принципа на којима се темељи ова међународна организација, те и принципа забране дискриминације међу половима. Тај принцип је садржан у следећим

3 Lammy Betten, Delma Mac Devitt, *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1996, стр. 115.

4 Међународна конвенција о укидању свих облика дискриминације; Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена.

5 Сл. л. ФНРЈ – Међународни ујовори, бр. 5/1945.

документима ОУН: Општа декларација о правима човека из 1948. (чл. 23), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 26) усвојен 1966. а ступио на снагу 1976.,⁶ Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (чл. 3), усвојен 1966. а ступио на снагу 1976.⁷

Као *специјални њравнообавезујући документи* ОУН узима се, горе наведена, Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације против жена, која је ступила на снагу 1981. године.⁸ У смислу ове Конвенције (чл. 1) под дискриминацијом жена подразумева се „свака дискриминација, искључивање или ограничење које се врши на основу пола, а може имати као ефекат или сврху да жене спречи или им не призна право уживања или остварења њихових права, без обзира на брачни статус, а на основу једнакости мушкараца и жена, људских права и темељних слобода на политичком, економском, социјалном, културном, грађанском или сваком другом плану“.

У смислу обезбеђивања услова за оживотворење материјалне једнакости жена, па тако и принципа једнаке плаћености, под окриљем ОУН одржано је више међународних (светских) конференција о жени, са одговарајућим декларацијама и акционим плановима. Најзначајније конференције одржане су у оквиру тзв. ОУН-ове Деценије за жене, која је започела 1975. на Конференцији жена у Мексико Ситију, обновљена у Копенхагену 1980. и кулминирала са Конференцијом у Најробију 1985. године.⁹ Након тога и шире од тога, као универзалнији исказ потребе о једнакости жена и мушкараца у свим областима, а нарочито у области одлучивања и друштвене моћи и у свим важнијим форумима за доношење одлука, јесте Пекиншка платформа за акцију, усвојена на 4. Светској конференцији о жени у Пекингу 1995. године.

2. Међународна организација рада

МОР је својом нормативном и другим активностима посветила велику пажњу начелу недискриминације и пружања једнаких шанси тј. једнаког поступања према људима.

Овим начелом МОР жели да спречи: (1) дискриминацију појединих категорија радника (жена, странаца, радника миграната итд; (2) да спречи одређене врсте дискриминације у односу на све раднике

6 *Сл. л. СФРЈ*, бр. 7/1971.

7 *Сл. л. СФРЈ*, бр. 7/1971.

8 Зборник докумената и текстова Савета Европе о једнакости међу половима, Савет Европе, Страсбур, фебруар 1999, стр. 37.

9 Више о томе: Зборник докумената, *нав. дело*, стр. 38.

на одређеним подручјима (принудни рад, слобода рада, социјална сигурност); и (3) да спроведе општи принцип забране дискриминације у области радних односа.¹⁰

Најважнији документи МОП-а у вези забране дискриминације у области рада јесу: Конвенција бр. 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања из 1958. године и истоимена Препорука бр. 111;¹¹ Конвенција бр. 100 о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности из 1951. године;¹² Конвенција о обавезама према радницима са породицама из 1981. године.¹³ У наведеним документима под дискриминацијом подразумева се свако разликовање, искључење или давање првенства по основу расе, вере, боје, пола, националног и социјалног порекла, политичког мишљења, а са намером да се наруше или униште једнакост могућности или поступања у погледу запошљавања и избора занимања. Дакле, треба приметити, наведени основи дидкриминације су такви да нису од значаја за вршење рада. Зато нису допуштени. Међутим, према чл. 1 Конвенције бр. 111, прављење разлике међу лицима која траже посао по основу њихових квалификација, знања и сопособности (што јесте од значаја за вршење рада), не сматра се дискриминацијом.

Такође, и у праву МОП-а посебно се издваја принцип забране дискриминације по основу пола, а нарочито у вези са плаћањем. Принцип једнаке плаћености у формулацији „једнака плата за једнак рад“ укључен је у преамбулу Устава МОП-а 1946. године.

Посебну разраду тог принципа МОП је дала у Конвенцији о једнаком плаћању мушке и женске радне снаге (бр. 100) из 1951. године. Ова Конвенција увршћена је Декларацијом МОП-а о основним принципима и правима на раду у ред осам фундаменталних конвенција ове међународне организације.¹⁴

Дух Конвенције бр. 100 је изражен у захтеву – једнака плата за рад једнаке вредности. У том духу Конвенција регулише следећа питања: (а) питање плаћања, односно награђивања (чл. 1); (б) питање једнакости плаћања (чл. 1 ал. б); и (в) питање инструмената обезбеђивања једнакости плаћања.

10 Боривоје М. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет у Београду, 2001, стр. 179.

11 *Сл. л. ФНРЈ*, бр. 3/1961 и бр. 3/1962.

12 *Сл. л. ФНРЈ*, бр. 11/1952.

13 *Сл. л. СФРЈ*, бр. 7/1987.

14 Декларација са 86. заседања Међународне конференције рада у Женеви, јуна 1998. године.

(а) Израз плаћање, односно награђивање подразумева надницу или плату, обичну основну или минималну и све друге додатке које послодавац исплаћује раднику на основу запослења непосредно или посредно, у новцу или натури.

(б) Једнакост плаћања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности се односи на стопе награђивања одређене без дискриминације у погледу пола. Правне дефиниције ових стопа и израза „рад једнаке вредности“ препуштају се појединим земљама. Као елементе или методе вредновања, односно процена стопа, неке земље користе број радних сати, друге – ниво одговорности, треће – услове рада, четврте – све ове елементе заједно или неке од њих.

У сваком случају, методе које се примењују код процене стопа награђивања могу бити предмет одлука било од стране власти надлежних за одређивање стопа награђивања, било, ако су стопе награђивања одређене на основу колективних уговора, од стране странака у тим уговорима. Наравно, према чл. 3 став 3 Конвенције, разлике између стопа награђивања које одговарају, без обзира на пол, разликама произашлим из једне објективне процене послова који треба да се врше, не могу да буду сматране као противне принципу једнаког плаћања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности. То се савим уклапа у захтев да једнакост, као део садржине идеје правде, не може бити апсолутна и уперена на све и свакога, него на оне и онако како одређују извесни релевантни критеријуми.

Што се тиче израза „рад једнаке вредности“ илустративан је пример Француске. Француски Закон о раду из 1983. године предвиђа да се под „једнаком вредношћу“ сматра посао који врше радници, а која се одређује на основу професионалног знања, означеном титулом, дипломом или професионалном праксом, постојећим капацитетима и стеченим искуством, одговорностима и физичким и психичким напорима.¹⁵

(в) Инструменти обезбеђивања примене принципа једнаког плаћања могу бити следећи: домаће *законодавство* или други систем одређивања плаћања установљен или признат од стране законодавства; *колективни уговори* закључени између послодаваца и радника; *комбинација* наведених начина.

Већина земаља је, поред уставних одредаба о једнакости плаћања, усвојила и законску регулативу за општу примену овог принципа. При том, неке земље преферирају да укључе одредбу о једнакој плати у генералне одредбе о неоправданој дискриминацији у својим законима о раду,¹⁶

15 Смернице о радном законодавству, *idem.*, стр. 318.

16 Видели смо то је случај са Француском, али и са нашом земљом (чл. 20 Закона о раду Републике Србије, *Сл. ил. РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009).

док друге о томе говоре у посебним законима (закони о једнакости између жена и мушкараца или закони о платама). На пример, све нордијске земље имају посебне законе о једнакости између мушкараца и жена.¹⁷ Тако, према Закону о једнакости Шведске, послодавци и у приватном и у јавном сектору су дужни да активно раде на успостављању и промоцији једнакости између мушкараца и жена, па тако и у области једнаких плата и одговарајуће поделе рада. Уз то, послодавац је дужан, уколико има најмање 10 запослених, да сачини годишњи план једнакости који укључује и полно категорисану статистику о платама, распоред запослених према положају и занимању, новозапослене, кретања у служби и унапређења итд. Слично је и у Финској. Према њиховом Закону о једнакости између жена и мушкараца, послодавац, који има најмање 30 запослених, такође је дужан да има годишњи план једнакости који обухвата плате и накнаде, расподелу послова између жена и мушкараца и друге показатеље који промовишу једнакост. Међутим, интересно је подвући да иако су законима предвиђене обавезе послодавца да имају годишње планове о једнакости, као нормативна огледала одговарајуће праксе и пројекције за будућност, ипак до израде планова не мора и да дође уколико сами запослени и њихови синдикати то не захтевају. Акције синдиката и запослених су још потребније када је реч о реализацији планова. Дакле, прописи о једнакости јесу инструменти обезбеђивања једнакости жена и мушкараца, али стварна реализација тога и овде зависи од воље учесника у овим процесима.¹⁸

Неки од прописа у нордијским земљама предвиђају и јасне механизме контроле примене правила о једнакости плаћања. Рецимо, према Закону о једнакости полова Норвешке из 1978,¹⁹ „ако третман прављења разлика по питању плата између мушкараца и жена постоји при обављању посла исте вредности, послодавац мора доказати да то није проузроковано полом запослених“. Најважнији органи контроле вршења ових обавеза јесу Омбуд за једнакост полова²⁰ и Одбор за жалбе. Омбуд се стара да не долази до кршења Закона, а у спорним случајевима покушава да постигне споразумно решење. Ако то изоста-

17 О ратификацијама наведених аката МОП-а и о њиховој законодавној разради у нордијским земљама види: Peter Wahlgren (уредник), *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stocholm Insitute for Skandinavian Law, Stockholm, 2002, стр. 216 и даље.

18 Зборник докумената, *нав. дело*, стр. 60.

19 Види: Зорица Мршевић, *Стандарди и механизми за постојање родне равноправности у демократским земљама*, ОСЦЕ, Мисија ОЕБС-а у СР Југославији, Београд, 2002, стр. 207.

20 Користи се израз „омбуд“ уместо већ устаљеног – „омбудсман“, јер се сматра да реч „ман“ упућује на мушки пол и његову фаворизацију. Неке земље користе израз „омбудсперсон“.

не, случај се износи пред Одбор који може да забрани било који акт супротан Закону. Непоштовање одлука Омбуде и Одбора може резултирати и одговарајућом одговорношћу и судским гоњењем.

III Правни оквир Европске уније

У праву Европске уније, начело недискриминације је у тесној вези са начелом слободног кретања радника, тј. слобода кретања подразумева начело недискриминације.²¹ Слободно кретање радника, као једна од фундаменталних слобода у праву ЕУ, не може имати свој пуни смисао без једнаких шанси тих радника на читавом простору ЕУ у поступцима остваривања и заштите њихових права у вези са радом. У самом Уговору о оснивању Европске заједнице (чл. 48 тачка 2) је речено да слобода кретања радника заправо значи укидање сваке дискриминације на основу држављанства међу радницима држава чланица у вези са запошљавањем, награђивањем, и других услова рада и запошљавања.

Нормативно уобличавање начела недискриминације у праву ЕУ базирано је на наведеним документима ОУН и МОР-а. Унутар овог начела, акценат је стављен на његовим следећим аспектима: (а) *једнаком људском праву свих људи* – свако има право на једнаку законску заштиту без дискриминације; (б) *једнаком људском праву мушкараца и жена у области рада*; и (в) *могућности „позитивне дискриминације“*.

(а) *Једнак људски људски* дефинисан је у најважнијим документима европског права. Што се тиче некомунитарног права, Европска конвенција за заштиту људских права (чл. 14) изричито предвиђа да уживање права и слобода из ове Конвенције обезбеђује се без обзира на основе као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко и друго мишљење, национално и социјално порекло, веза са неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус. Што се тиче комунитарног права, као што смо напред навели, Уговором о оснивању Заједнице (чл. 48) је јасно речено да не може бити дискриминације међу радницима земаља чланица по основу држављанства у области запошљавања и рада. Такође, видели смо напред, о истом начелу говори се и у Амстердамском уговору из 1997. године, као приоритетном начелу деловања саме ЕУ али и земаља чланица, те у Повељи о основним правима ЕУ из 2000. године, представљеној у Ници када је донесен и Ничански споразум.

(б) *Једнак људски мушкараца и жена* у области рада јесте рефлексија општег начела недискриминације (у овом случају по основу пола). Више директива је донесено у потреби сузбијања различитих об-

21 Roger Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, стр. 219.

лика дискриминације жена. Што се тиче једнаког третмана мушкараца и жена у областима рада, та једнакост се протеже на све области рада, и то: (1) област запошљавања (доступност свих послова под једнаким условима, доступност оспособљавања и напредовања);²² (2) област правног положаја док запосленост траје (једнакост у стицању, остваривању и заштити права по основу рада једнаке вредности);²³ (3) област престанка запослења (недопуштено разлога за престанак радног односа по основу пола, трудноће, породилског одуства).²⁴ У овим распонима једнаког третмана, посебно место у радном праву ЕУ дато је *једнаком њлаћању мушкараца и жена*, и то како у примарним тако и у секундарним изворима, те у одлукама Суда правде ЕУ.

У вези једнаког плаћања мушкараца и жена, кренућемо од Уговора о оснивању Заједнице. Према чл. 119 Уговора, једнако плаћање без дискриминације по основу пола значи: (1) зарада за исти рад исплаћује се по учинку који се вреднује на основу истих мерних јединица; (2) зарада за рад који се мери временским јединицама мора бити иста за иста радна места. Овако формулисан текст о једнаком плаћању има превасходно „*хоризонтални*“ ефекат, тј. усмерен је према државама чланицама (говори о обавезама држава са тим у вези). Међутим, он добија и „*вертикалну*“ димензију и ефекат одлуком Суда правде ЕУ у вези спора *Defrenne v Sabena* (1976).²⁵ Наиме, Суд правде је у случају *Defrenne* (стјуардеса која је тужила своју авиокомпанију – *Sabena* за накнаду због ниже зараде коју је та компанија њој исплаћивала у односу на зараде које је исплаћивала мушкарцима), заузео став о *директном дејствију* одредбе чл. 119 Уговора о оснивању, тј. ова одредба Уговора има *директно дејство* на поједине случајеве (користити се као извор индивидуалних права).²⁶

22 Директива бр. 76/207 која говори о једнаком приступу запошљавању и условима рада, професионалном оспособљавању и напредовању; Директива бр.2000/78 о успостављању општег оквира за једнакост поступања у запошљавању и занимању и друге директиве које говоре о једнакости мушкараца и жена у погледу шанси на тржишту рада и напредовања на раду. Види: Roger Blanpain, Michele Colucci, *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, стр. 17 и даље.

23 Повеља о основним правима ЕУ говори о једнакости између мушкараца и жена у области запошљавања, у области рада и услова рада, те у области награђивања (чл. 23). Andrew Charlesworth, Holly Cullen, *European Community Law*, Pitman Publishing, London, 2001, стр. 360.

24 Повеља о основним правима ЕУ изричито предвиђа заштиту од незаконитог отказа, где спада и отказ мотивисан разлозима везаним за пол, трудноћу и материнство.

25 John Bowers, Simon Honeyball, *Labour Law*, Blackstone Press Limited, London, 1998, стр. 281.

26 Више о овом случају: Steven D. Anderman, *Labour Law*, Butterworths, London, 1992, стр. 208 и даље. Иначе, уз малу дигресију и као што је познато у теорији (види: Ра-

Принцип једнаке плаћености је разрађен и у неколико директива. Директива бр. 75/117 (10. фебруара 1975) о приближавању законодавства земаља чланица у погледу једнаког плаћања мушкараца и жена, тј. о елиминацији дискриминације по основу пола и о једнакој плаћености за исти рад или рад исте вредности. Равноправност мушкараца и жена мора се заснивати на истим критеријумима, нарочито онда уколико плата зависи од систематизације и врсте посла. Принцип једнаке плаћености, према овој Директиви, односи се и на приватни и на јавни сектор и захвата све инструменте регулације зарада, колективне уговоре и уговоре о раду.²⁷

Напред поменута Директива 76/207 о једнаком третману у запошљавању²⁸ индиректно се тиче и принципа једнаке плаћености. У ствари, ова Директива је једна од кључних по питањима равноправности у запошљавању (критеријуми избора), стручног образовања (једнак приступ свим нивоима), напредовања (доступност свих послова и хијерархији једне професије), услова и права по основу рада (статистички гледано просечне плате жена су мање од просечних плата мушкараца), права у вези социјалне сигурности итд. Она је кључна, јер, како се види, односи се на шири дијапазон питања која су антидискриминаторске природе на тржишту рада у целини, као својеврсном друштвено-економском, социјално-политичком и правном подсистему.

дован Д. Вукадиновић, *Стиварање и осиваривање комуниџарних љрава у Европској унији*, Институт за европске студије, Београд, 1998, стр. 50 и даље) појмовима *дирекћина љримена* и *дирекћино дејсћиво* приступа се на два начина: или се ти појмови схватају као синоними (немачка теорија), или се међу њима прави разлика (претежна схватања). У правно-техничком смислу и Суд правде ЕУ прави разлику између наведених појмова, што се види и у случају *Defrenne*. Разлика између појмова *дирекћина љримена* и *дирекћино дејсћиво* своди се на следеће: под *дирекћиним љрименом* подразумева се начин или метод укључивања комуниџарног права у националне правне системе, у том смислу да комуниџарна правила самим њиховим доношењем (*ipso iure*) постају и позитивно право држава чланица, без имплементирајућих аката; под *дирекћиним дејсћивом* подразумева се могућност судске примене комуниџарног права, тј. непосредна утуживост права и обавеза садржаних у том праву (директно позивање на одредбе комуниџарног права пред националним судовима). Дејству комуниџарног права претходи његова примена. У смислу реченог, *љримарни извори* немају директну примену, јер подлежу ратификацији. Њихова директна примена настаје од момента ступања на снагу, тј. након акта ратификације. Што се тиче њиховог директног дејства може се рећи да такво дејство имају само по појединим одредбама, углавном по оним одредбама о којима је Суд правде расправљао и признао им то дејство – нпр. случај *Defrenne* (правна условљеност). Код неких одредаба услов директног дејства јесте испуњеност одређених економских услова, што процењују овлашћени органи Заједнице (економска условљеност).

27 Roger Blanpain, Michele Colucci, *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, стр. 16.

28 Council Directive 76/207/EEC, *OJ No. L 039*, 14/02/1976, стр. 40–42.

У духу захтева о једнаком третману и плаћености мушкараца и жена пажњу привлаче и две, по предмету блиске, директиве: Директива о једнаком третману жена и мушкараца у области социјалне сигурности (79/7/ЕЕС) и Директива о једнаком третману жена и мушкараца у систему социјалног осигурања (86/378/ЕЕС, допуњена Директивом 96/97/ЕЕС).²⁹ Наведене директиве, заправо, шире опсег примене Директиве о једнаком третману жена и мушкараца (76/207). Опсег примене се шири на *два начина*: (1) по кругу лица на која се односе; и (2) по еластичнијем схватању појма зараде.

У *крузи лица* која покривају наведене директиве, сем запослених код послодаваца, улазе и лица која самостално обављају делатност; пензионисана лица и радници са инвалидитетом; незапослени којима је престао радни однос због болести или несреће; незапослени који траже посао.

Еластичније схватање зараде значи да се као зарада не узима само плата коју исплаћује послодавац већ и све остале накнаде и бенефиције које наведена лица имају по основу рада и у вези са радом. На тај начин се, заиста, принцип једнаког плаћања шири ван граница света „активног рада и запослења“ и захвата област социјалне сигурности и социјалног осигурања. Ипак, у области социјалног осигурања (здравственог и пензијско-инвалидског), сходно пракси Суда правде ЕУ, могућа је тзв. легитимна, односно оправдана дискриминација. Пример за то су неједнаке старосне границе за одлазак у старосну пензију мушкараца и жена, јер је то нужно и објективно везано за разлике у психофизичкој конституцији полова.

(в) „*Позитивна дискриминација*“³⁰ (афирмативна акција) је, заправо, *легитимни коректив* начела недискриминације. Ради се о изузетцима када постоји оправдани интерес да се поједине категорије лица, која су суштински у неједнаком положају у односу на друге, уз примену посебних мера, фаворизују у појединим областима рада (запошљавање и друго), ради постизања пуне равноправности у могућностима и шансама са другима.

Позитивна дискриминација, односно афирмативна акција обично се примењује код теже запошљивих лица или код запошљавања на одређеним пословима. Може имати различите основе: (1) *животи*-на доб; (2) *пол*; (3) *етничка* односно *мањинска припадност*; (4) *верска* *одреденост* и *убеђења*; (5) *инвалидност* итд.

29 Council Directive 79/7/EEC, *OJ L* 6/24,1976; Council Directive 86/378/EEC, *OJ L* 225/40, 1986, допуњена са Council Directive 96/97/EEC, *OJ L* 46/20.

30 „Позитивна дискриминација“ је под наводницима због значењског сукоба двеју речи.

1) *Животи́на доб* (млађа лица која траже прво запослење или старија лица од 50 година) могу имати одређене приоритете са циљем да им се олакша приступ запошљавању.³¹

2) *Пол* може бити основ позитивне дискриминације ако је код одређеног пола присутна мања заступљеност у одређеним делатностима (мања запосленост жена у односу на мушкарце у неким професијама). У том случају, могу се предузети мере које дају одговарајућу предност женама.³²

3) *Етничка односно мањинска припадност*, као основ позитивне дискриминације, обично се користи код припадника одређених етничких или мањинских група код којих су наглашенији одређени социјално-економски проблеми (нпр. проблем незапослености).³³

4) *Верска одређеност и убеђења* могу бити основ позитивне дискриминације на два начина. *Први начин* је доминантан и користи при запошљавању у верским организацијама и установама (цркве), ради обезбеђивања одговарајуће лојалности према послу који ће се вршити. *Други начин* је изузетан и резултат је одговарајућих тумачења у европској судској пракси. Као пример наводи се случај *Thlimmenos v Грчка* (одлука Европског суда за људска права из 2000. године).³⁴ Предлагачу није омогућено да се запосли у професији ревизора пословних књига због тога што је претходно био осуђен, јер је одбио да служи војни рок због својих верских убеђења (припадник верске групе *Јеховини сведоци* која је посвећена пацифизму). Прописи Грчке нису дозвољавали приступ наведеној професији лицима која су осуђивана (разлика у приступу професији између осуђиваних и других лица). Међутим, предлагач је тражио, у суштини, примену принципа *позитивне дискриминације*, тј. да буде фаворизован међу осуђеним лицима јер је осуђен због вршења своје слободе вероисповести која је загарантована чланом 9 Европске конвенције за заштиту људских права. Суд је закључио да је у овом случају прекршен чл. 14 Европске конвенције за заштиту људских права, који говори о забрани дискриминације (по различитим основима, те и по основу вероисповести) у уживању права и слобода предвиђених том Конвенцијом, а у вези са чл. 9 Конвенције који гарантује слободу вероисповести. Дакле, ради се о кршењу права предлагача да не буде дискриминисан у уживању слободе вероисповести, односно да буде по-

31 Директива 2000/78 о једнакости шанси у запошљавања и занимању (чл. 6).

32 Према чл. 23 Повеље о основним правима ЕУ.

33 Коришћење одређених мера, средстава и приоритета код запошљавања избеглих и расељених лица, припадника етничких мањина итд.

34 Жил Дитертр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 335.

зитивно дискриминисан у односу на друга лица осуђена за тешка кривична дела.

5) *Инвалидност* може бити легитимни основ за позитивну дискриминацију, а утемељен је Директивом 2000/78 о успостављању општег оквира за једнакост поступања у запошљавању и занимању. Директива садржи општи оквир за позитивну дискриминацију инвалида и за обавезе послодавца у прилагођавању радних места за рад лица са инвалидетом, а земље чланице могу предвидети веће степене заштите тих лица. У многим земљама, као и у нашој, донесени су одговарајући прописи о спречавању дискриминације лица са инвалидитетом и о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом.³⁵

Predrag JOVANOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

GENERAL INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK OF THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN THE FIELD OF WORK

Summary

Discrimination principle is the basic postulate of the legal international, European and our law because it is an expression of justice and equality among people. This paper shows the overall international (and European) legal framework of non-discrimination at work, with emphasis on the prohibition of sex discrimination. In this sense, the main sources of international and European law were singled out.

Key words: *discrimination, international law, European law, gender equality, equal payment.*

35 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидетом, *Сл. ил. РС*, бр. 33/2006; Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидетом, *Сл. ил. РС*, бр. 36/2009.

др Душан Д. ДАБОВИЋ
Министарство пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде
Управа за заштиту биља

АМАНДМАН НА ЗАКОН О ИЗМЕНАМА ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА У ПОГЛЕДУ РАДНИХ ОДНОСА*

Резиме

У јануару 2009. године, у Републици Србији је сачињено на снагу Закон о јавним набавкама, који је заменио закон са истим називом из 2002. године. У члану 7 (тачка 12) новог закона формулисана је одредба којом се из примене закона искључују набавке „које се односе на заснивање радног односа и закључивање уговора о обављању привремених и повремених послова“. Ова одредба није у складу са одговарајућом одредбом Директиве 2004/18/ЕЗ, као ни са одговарајућим одредбама закона о јавним набавкама земаља у окружењу. Тиме је у Републици Србији угрожено тржиште рада и створена правна несигурност у погледу сукоба закона. У раду се предлаже амандман на Закон о изменама Закона о јавним набавкама, чиме би се спорна одредба ускладила са Директивом ЕУ, као и са Законом о раду и омогућило зајошљавање по основу рада ван радног односа.

Кључне речи: јавне набавке, уговор о раду, радни односи, уговор о делу.

* Ставови изнети у овом раду су ставови искључиво аутора, а не и Министарства пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде.

І Увод

Област јавних набавки је у Републици Србији први пут регулисана Законом о јавним набавкама из 2002. године („Сл. гласник РС“, бр. 39/02, 43/03, 55/04, 101/05), који је у више наврата мењан и допуњаван. Имајући у виду да Србија претендује да постане пуноправан члан Европске уније, наша земља има обавезу да, на основу препорука из документа Европско партнерство, као и на основу потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању, континуирано усклађује своје законодавство са правом Европске уније (тзв. „*acquis communautaire*“). Ово усклађивање односи се, наравно, и на прописе у области јавних набавки (члан 76 потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању). Закон из 2002. године, био је усклађен са тзв. „старим“ директивама (упутствима) Европске уније (92/50/ЕЕЗ, 93/36/ЕЕЗ, 93/37/ЕЕЗ, 93/38/ЕЕЗ). Важећи Закон о јавним набавкама највећим делом је усклађен са тзв. „новим“ директивама ЕУ које се односе на јавне набавке, а то су директива ЕУ 2004/18/ЕЗ и директива ЕУ 2004/17/ЕЗ.

Директива 2004/18/ЕЗ усвојена је 31. марта 2004. године од стране Европског парламента и Савета Европске уније. Званичан назив ове директиве је *Директива о координацији процедура за доделу јавних уговора о радовима, добрима и услугама* и припремљена је на основу искустава Европског суда правде, односно пресуда овог Суда у области јавних набавки. Ова директива односи се на поступке јавних набавки искључиво у јавном сектору и позната је под називом „класична“ односно „традиционална“ директива. Она је заменила „старе“ директиве које су регулисале јавне набавке у тзв. „традиционалном“ сектору (92/50/ЕЕЗ, 93/36/ЕЕЗ, 93/37/ЕЕЗ).¹

Директиву 2004/17/ЕЗ усвојили су Европски парламента и Савет Европске уније такође 31. марта 2004. године и позната је под називом „комунална директива“. Њен званичан назив је *Директива којом се усклађују процедураи набавке субјеката који делују у сектору водопровреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга*. С обзиром на то да су 2004. године ступиле на снагу две нове директиве ЕУ у области јавних набавки, јавила се потреба да се и позитивни прописи Републике Србије у области јавних набавки ускладе се прописима ЕУ. Са тим циљем, у 2005. години прво је почео рад на изменама и допунама постојећег Закона о јавним набавкама, а убрзо, с обзиром на обим неопходних измена, и на доношењу новог Закона о јавним набавкама. Тај посао је окончан 2008. године, када је 22. децембра у Народној скупштини усвојен Закон

¹ Приручник за обуку и полагање испитија за стицање сертификата за службеника за јавне набавке, Министарство финансија и Управа за јавне набавке, Београд, стр. 9.

о јавним набавкама („Сл. гласник РС“, бр. 116/08; у даљем тексту: Закон), који је сада на снази.² У скупштинској процедури се налази Закон о изменама закона о јавним набавкама, те се овим радом предлаже амандман на овај закон, у погледу радних односа, односно ради измене члана 7 тачка 12) Закона.

II Појам и врсте заснивања рада према Закону о раду и Закона о државним службеницима

Према члану 1 став 1 Закона о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09) „права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују се овим законом и посебним законом, у складу са ратификованим међународним конвенцијама“.³ Дакле, рад се може засновати у виду радног односа (на неодређено или на одређено време), или у виду рада ван радног односа. У оквиру главе XVIII Посебне одредбе, одељак 1. Рад ван радног односа, предвиђено је пет облика рада ван радног односа: привремени или повремени послови; уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад.

Према члановима 197–198 Закона о раду, послодавац може за обављање послова, који су по својој природи такви да не трају дуже од 120 радних дана у календарској години, да закључи уговор о обављању привремених и повремених послова са: незапосленим лицем; запосленим који ради непуно радно време – до пуног радног времена; са корисником старосне пензије; или са лицем које је члан омладинске или студентске задруге и које није старије од 30 година.

Уговор о делу послодавац може да закључи са одређеним лицем, ради обављања послова који су ван делатности послодавца, а који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног посла (члан 199 Закона о раду).

Уговором о заступању или посредовању утврђује се право на накнаду за заступање или посредовање и друга међусобна права, обавезе и одговорности лица које обавља послове заступања или посредовања и послодавца, у складу са законом (члан 200 Закона о раду).

Чланом 201 Закона о раду, регулисан је уговор о стручном оспособљавању и усавршавању. Предвиђено је да послодавац може да закључи овај уговор: са незапосленим лицем, ради обављања приправ-

2 *Ibid.*, стр. 10.

3 Члан 1 став 1 Закона о јавним набавкама.

ничког стажа и полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци; са лицем које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно да обави специјализацију, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације. Према овом закону, послодавац може ангажованом лицу да обезбеди новчану накнаду и друга права, у складу са законом, општим актом или уговором о стручном оспособљавању и усавршавању.

Закон о раду предвиђа да запослени који ради са пуним радним временом код послодавца може да закључи уговор о допунском раду са другим послодавцем, а највише до једне трећине пуног радног времена (члан 202 Закона о раду).

Према Закону о државним службеницима („Службени гласник РС“, бр. 79/05, 81/05 – исправка, 83/05 – исправка, 64/07, 67/07 – исправка, 116/08, 104/09), државни службеник заснива радни однос на неодређено време, док радни однос на одређено време може да се заснује: ради замене одсутног државног службеника до његовог повратка; због привремено повећаног обима посла који постојећи број државних службеника не може да изврши, најдуже на шест месеци; на радним местима у кабинету, док траје дужност функционера; и ради обуке приправника, док траје приправнички стаж. Међутим, чланом 4 овог закона, прописано је да права и дужности државних службеника и намештеника који нису уређени овим или посебним законом или другим прописом примењују се општи прописи о раду и посебан колективни уговор за државне органе. Дакле, овим чланом је омогућено да и државни органи закључују уговоре на основу рада, који су предвиђени Законом о раду.

III „Изгубљено у преводу“ или?

У члану 16 став (е) Директиве 2004/18/ЕЗ (у даљем тексту: Директива), која је представљала модел са којим се усклађивао Закон, у верзији на енглеском језику, као разлог за искључивање набавке из надлежности директиве, наводи се: „*employment contracts*“. На француском језику овај став гласи: „*concernant les contrats d'emplo*“. Превод овог појма на српском гласи „уговори о раду“, односно „везано за уговоре о раду“. Дакле, Директива користи најшири појам уговора о раду, који обухвата све врсте радног ангажмана. На тај начин, намера европског законодавца је била да се из поступка јавних набавки искључе све врсте радног ангажмана, јер је радно ангажовање потпуно различит правни институт од јавне набавке. Наиме, приликом радног ангажмана, послодавац, без обзира да ли је државни орган, односно носилац јавних овлашћења, или

не, на основу личних стручних квалификација, радног искуства, и других личних карактеристика, одређује с којим ће кандидатом да закључи уговор о раду, при чему му одређује износ плате која је у складу са платама других радно ангажованих у тој организацији.

Према томе, послодавац не доноси одлуку о радном ангажовању на основу најниже понуде за рад, од стране кандидата, јер цена рада није одлучујућа за послодавца, већ су то, поред битних услова у погледу стручности и радног искуства, и неке друге личне карактеристике, као што су комуникативност, способност тимског рада, и сл. Дакле, послодавац не доноси одлуку о радном ангажовању запосленог само на основу његове најниже понуде за одређени рад, нити се таква обавеза може наметнути послодавцу законом. Стога је сасвим јасно из ког разлога је европски законодавац у потпуности искључио уговоре о раду из надлежности прописа о јавним набавкама. Овакав приступ је прихваћен и од држава чланица ЕУ које су усклађивале своје националне законе о јавним набавкама са наведеном директивом, као и од стране земаља које су у поступку пријема у чланство у ЕУ, као што су земље у нашем окружењу, бивше југословенске републике. Наиме, у члану 5 тачка 10 Закона о јавној набави Републике Хрватске („НН“, бр. 110/07 и 125/08), као разлог за изузимање од примене овог закона наводи се: „уговори о раду“. Такође, у члану 3 тачка 3, алинеја г) Закона о јавним набавкама Републике Црне Горе („Службени гласник Републике Црне Горе“, бр. 46/06), наводи се: „услуге везане за запошљавање“. Осим тога, у члану 8 алинеја 5 Закона о јавним набавкама Републике Македоније („Службен весник на Република Македонија“, бр. 21/2002) новоди се да се овај закон не примењује на уговоре „који се односе на уговоре о раду“.

Међутим, у члану 7 тачка 12 Закона, којим се регулишу набавке на које се не примењује Закон, наводи се да се Закон не примењује на набавке „које се односе на заснивање радног односа и закључивање уговора о обављању привремених и повремених послова“. Дакле, наш законодавац је знатно сузио појам уговора о раду на које се не примењује Закон. Наиме, у односу на уговоре о раду предвиђене Законом о раду (уговор о заснивању радног односа и пет облика рада без заснивања радног односа), Закон спомиње само уговоре који се односе на заснивање радног односа и уговоре о привременим и повременим пословима, док су преостале четири врсте заснивања рада ван радног односа (уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад), неоправдано изостављени, односно успостављена је законска обавеза државним органима да спроводе поступак јавних набавки за прибављање услуга у овим формама рада. Дакле, донета је законска одредба која није у скла-

ду са одговарајућом одредбом директиве са којом се Закон усклађивао, те се може рећи да у том погледу Закон није усклађен са одговарајућом директивом ЕУ. Осим тога, ова одредба није у складу ни са релевантним законима земаља у окружењу. Такође, ни са теоријског становишта се не може оправдати оваква формулација нашег законодавца. Тиме је у нашој земљи угрожено тржиште рада, оптерећени су носиоци јавних овлашћења да непотребно спроводе дуготрајне и скупе процедуре, а дошло је и до правне конфузије различитих правних института, односно до сукоба са Законом о раду.

У време високе незапослености у Србији, државни органи и други носиоци јавних овлашћења су овом одредбом Закона практично онемогућени да запошљавају лица по основу уговора о делу, уговора о заступању или посредовању; уговора о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунског рада. Могућност да се неки посао обавља искључиво уз спровођење поступка јавних набавки обесмишљава поступак запошљавања, јер се опредељивање послодавца за неког кандидата не заснива на најнижој понуђеној цени за тај рад, већ осим стручности и радног искуства и на неким личним карактеристикама, које не могу доћи до изражаја у поступку јавних набавки. Уколико је рецимо, неком државном органу, с обзиром на повећане међународне активности у процесу приступања наше земље Европској унији, потребно да привремено, али на дужи од четири месеца годишње, запосли преводиоца за неки страни језик, при чему ће преводилац превођење обављати у форми свакодневног посла, у просторијама послодавца, у радно време, за унапред неодређен обим посла, орган неће моћи да се одлучи за неког преводиоца, за којег има сазнања да би потпуно одговарао његовим потребама, и са њим да закључи уговор о делу, већ би морао да спроводи поступак јавне набавке услуге превођења, са неизвесним исходом по питању најповољнијег понуђача.

При томе, ако би ова спорна одредба Закона била у складу са директивом 2004/18/ЕЗ, наручилац би могао да у случајевима да му је потребно превођење неког конкретнег интелектуалног дела спроведе јавну набавку да би за одређену услугу постигао најнижу цену, али са друге стране, могао би да за свакодневни посао у форми рада ангажује преводиоца по уговору о делу без поступка јавних набавки, односно на основу директног контакта са преводиоцем. Такође, на исти начин, послодавци који су корисници буџета не могу да са одређеним лицем закључе уговор о допунском раду до трећине радног времена, што је чест случај у научној области, односно у државним факултетима и институтима, већ би требало да и у овом случају спроводе поступак јавне набавке, што је најчешће апсурдно, јер такве установе желе да закључе

уговор са одређеним стручњаком, односно научником, који поседује адекватно знање у ужој научној области и који може на неодређено време да обавља неодређени обим посла у датој области, а не искључиво да постигну најнижу понуђену цену за неку услугу.

Дакле, као што је напред наведено, иако се у Закону о државним службеницима не омогућава запошљавања на основу рада ван радног односа у четири законска облика (уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад), на основу члана 4 Закона о државним службеницима и Закона о раду, државни службеницима и намештеницима је омогућено да се запошљавају и на основу рада ван радног односа. У том смислу, управо спорна одредба Закона о јавним набавкама, онемогућава, односно отежава ове врсте запошљавања.

IV Предлог амандмана и образложење

Имајући у виду енглеску и француску верзију Директиве 2004/18/ЕЗ, као и наш Закон о раду, члан 7 тачка 12) Закона требало би да гласи: „које се односе на заснивање радног односа и на рад ван радног односа“.

Уставни основ за доношење ове измене закона налази се у члану 60. ставови 1–3 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 98/2006), по којем Република Србија јемчи право на рад, у складу са законом, односно да свако има право на слободан избор рада, те да су свима, под једнаким условима, доступна сва радна места. Наиме, ако би се ова одредба изменила на наведени начин, свако би могао да заснује рад на основу уговора о делу, уговора о заступању или посредовању; уговора о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунског рада, а да при томе не мора да учествује у дугом и скупом поступку јавних набавки. Осим тога, у неким случајевима би, на одређеном простору, могло бити немогуће прибавити довољан број понуда понуђача са одговарајућим стручном спремом, тако да би запошљавање у наведеним формама рада без заснивања радног односа било у потпуности онемогућено. У време економске кризе у земљи, олакшавање свих форми запошљавања би требало да је примарни задатак власти, те би стога оваква измена Закона ишла у правцу либералнијег тржишта рада. При том, поступак јавних набавки не би био ни на који начин угрожен, односно начело конкуренције не би било повређено, јер је важећом одредбом члана 7 тачке 12 Закона на очигледан начин одступљено од формулација датих у одговарајућој директиви ЕУ, али и у законима земаља у нашем

околу које су већ ускладили своје законе о јавним набавкама са датом директивом.

Односно, приликом формулисања ове одредбе, погрешно је тумачено да се форме рада ван радног односа заснивају на понуди услуге, што се може прихватити само у неким случајевима, али не у свим, дакле такав приступ не би требало третирали као правило. Дobar пример за ове тврдње је контрола финансијског пословања неких министарстава коју је 2010. године спровела Државна ревизорска институција. У свом извештају за 2009. годину, ДРИ је утврдила да су се у више министарстава закључивали уговори о делу за несистематизоване послове, најчешће преводилачке, а да при том није поштована наведена одредба Закона којом се ови органи обавезују да за те послове спроведу поступке јавних набавки. Дакле, ДРИ је доследно применила ову одредбу, при том не узимајући у обзир да запошљавањем лица по уговору о делу министарства нису имала у виду један одређени посао, односно услугу, коју би требало прибавити за ту услугу исплатити најмању цену.

Напротив, с обзиром на повећани обим посла у процесу европских интеграција, министарства су радно ангажовала преводиоце, али и друге административне раднике, за несистематизоване послове, да у просторијама министарства, у радно време, обављају унапред неодређен обим посла, за месечну накнаду која је најчешће одговарала службеничким платама. Стога је, у овим случајевима, било потпуно непримерено прибављање понуда за услуге, јер се углавном радило о форми запошљавања за несистематизоване послове, што је у складу са одредбама Закона о раду којима се регулише уговор о делу. На тај начин, у јавности је створена слика о злоупотребама положаја одговорних функционера у овим органима, иако је прави разлог за овакве „пропусте у раду“, заправо била неадекватно усклађена законска одредба са међународним прописом. Осим тога, органи би, са измењеном одредбом у складу са овим предлогом, за одређене услуге које су унапред дефинисане по обавезама и процењеној вредности, могли да спроведу поступке јавних набавки, у којима би до изражаја дошло постизање најниже цене, односно корист за државни буџет, али би истовремено, за послове који се обављају у форми рада, било омогућено запошљавање.

V Закључак

Ступањем на снагу Закона о јавним набавкама 2009. године, ова област је усклађена са Директивом 2004/18/ЕЗ из 2004. године. Међутим, у члану 7 који регулише набавке на које се овај закон не примењује, у тачки 12 која се односи на област рада, наводи се да се закон не примењује

на набавке „које се односе на заснивање радног односа и закључивање уговора о обављању привремених и понављаних послова“. Ова одредба није у потпуности усклађена са чланом 16 став (е) Директиве, као ни са одговарајућим одредбама закона о јавним набавкама земаља у нашем окружењу, које су се у потпуности ускладили са одредбом Директиве ЕУ. Осим тога, наведена одредба није у складу ни са члановима 199–202 Закона о раду. Тиме је створена правна несигурност у овој области, у нашој земљи, а није занемарљив ни негативан утицај на тржиште рада, у виду смањења могућности запошљавања на основу уговора о раду без заснивања радног односа (уговор о делу; уговор о заступању или посредовању; уговор о стручном оспособљавању и усавршавању; и допунски рад). Предложеним амандманом на Закон о изменама Закона о јавним набавкама, изнетом у овом раду, спорна одредба се усклађује са Директивом 2004/18/ЕЗ, као и са домаћим Законом о раду, при чему се у целој земљи олакшава и омогућава запошљавање по основу рада ван радног односа.

Dušan D. DABOVIĆ, PhD

Senior Advisor, Ministry for Agriculture, Trade, Forestry and Water Management, Plant Protection Directorate

AMENDMENT ON DRAFT LAW AMENDING LAW ON PUBLIC PROCUREMENT CONCERNING LABOUR RELATIONS

Summary

By enforcement of the Law on Public Procurement in 2009, this area was harmonized with Directive 2004/18/EC. However, in Article 7 paragraph 12) of the Law, provision “related to employment and contracting on temporary and part-time jobs” has not been in accordance with the Directive. This provision is entirely inconsistent with the Article 16, paragraph (e) of the Directive, as well as with the relevant provisions of laws on public procurement of our neighboring countries, which have fully complied with the Directive of the EU. In addition, the provision is not in accordance with the Articles 199–202 of the Labour Act. The provision has created legal uncertainty in this area, in Serbia, and can have negative impact on the labor market, in the form of reduced employment opportunities on the basis of the certain employment contracts (contract of work,

agency agreement or mediation, contract of professional education and training, and additional work). The proposed amendment to the law, set out in this paper, is harmonized with the Directive 2004/18/EC, as well as with the domestic labor law, and provides employment on the basis of part-time employees.

Key words: *procurement, employment contract, labour relation, contract of work.*

др Весна СИМОВИЋ
сарадник на Правном факултету Универзитета Црне Горе

ХАРМОНИЗАЦИЈА МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА О РАДНО-ПРАВНОМ СТАТУСУ ПОМОРАЦА

Резиме

Процес глобализације највише је дошао до изражаја у области поморске индустрије, која, иако се развија у националним оквирима, превазилази их. Овај процес је тјесно повезан са употребом за обезбеђивањем правне сигурности поморцима, независно до заставе брода под којим плове. Хармонизација пројиса у области поморској радној права условљена је интересима и потребама како помораца, тако и бродовласника. Из тог разлога, квалитетна регулативе у овој области подразумева проналажење равнотеже између захтева за униформношћу права (међународно поморско право) и флексибилности правила – које произлазе из специфичности у појединим државама.

У раду се указује на значај међународних организација у процесу хармонизације међународних стандарда у области поморској права, и то како оних организација које се баве питањима сигурности живота и имовине на мору и заштитом морске околине, тако и оних организација које у својим документима уређују питања која се односе на радне и животне услове помораца на броду. Посебно је указано на значај Конвенције о раду помораца, која је усвојена у фебруару 2006. године, на 94. сједници Међународне организације рада (МОП) у Женеви. Конвенција регулише не само радне, већ и социјалне и животне услове помораца. С тим у вези, један од њених основних циљева јесте да се обезбједи правна сигурност за све поморце, независно од заставе брода под којим плове.

Кључне речи: хармонизација, глобализација, универзални стандарди, радно-правни статус помораца.

I Утицај глобализације на трендове у поморском радном праву

Поморска индустрија је главни покретач свјетске трговине. На то указује чињеница да поморска индустрија константно биљежи раст, и поред ширења мреже других превозних средстава.¹

Радно-правни статус помораца умногоме се разликује од осталих категорија запослених, прије свега због чињенице да брод није физички везан за територију једне државе, што врло често компликује радне односе помораца. С тим у вези, за примјену националних прописа којима се уређује радно-правни статус помораца на броду најважније питање је: да ли је поморац запослен на броду код којег постоји стварноправна веза између брода и државе или је у питању фиктивни однос брода и државе (заставе погодности). Ово из разлога што су савремени трендови у поморској индустрији обиљежени промјеном власничке структуре на бродовима, тако да власници бродова све чешће долазе из земаља из којих нијесу ни брод ни поморци, а и посаде бродова су све више мултинационалне. Тешкоће у регулисању радно-правног статуса помораца на тај начин произлазе и из чињеница да се њихови радни односи регулишу по прописима неких других држава, односно држава у којима они имају статус странца. Један од разлога који је утицао на хармонизацију прописа у области поморског радног права је тај што бродови све више вију заставе држава у којима је ефективна контрола над бродовима мања. Овдје је посебно изражен проблем заштите права морнара који су ангажовани на бродовима који вију заставе погодности. Дакле, у оваквим ситуацијама морнар, бродовласник и застава брода потичу из различитих држава. Застава погодности је карактеристична за економски неразвијене земље, које предвиђају веома флексибилне услове за добијање дозвола за пловидбу на мору, што има посљедице како по сигурност на броду (обзиром да постоји могућност добијања дозвола за бродове који посједују застарјелу опрему), тако и по радно-правни статус морнара (јер је на овим бродовима углавном ангажова-

1 У 2006. години свјетска трговачка флота је имало око 50.000 бродова, који су били регистровани у око 150 држава, а њихова носивост је била била 960 милиона тона, што је било 64,2 милиона тона више него почетком 2005. године. Ти су бродови 2006. године превезли 7,11 милијарди тона терета и при томе биљежили 3,5% повећање у односу на претходну годину. Видјети: Иван Јововић, *Међународно правна заштитна помораца*, Матица црногорска, 2009, стр. 103.

на јефтина радна снага, којој се обезбјеђују само минимални услови за рад). На овим бродовима, који су од стране међународних тијела које прописују стандарде у овој области названи „подстандардни бродови“² је најизраженији проблем илегалног запошљавања странаца, којима се обезбјеђују само минимални стандарди живота и рада на броду, а најчешће нијесу социјално осигурани.³

Осим наведених проблема, глобализација као феномен и тренд у међународним односима наметнула је потребу да се изграде универзални стандарди у области поморства, обзиром да је управо поморство индустрија која је одавно прешла националне и регионалне оквире. С тим у вези, рјешења на националном нивоу нијесу могла обезбиједити адекватну заштиту поморцима, посебно онима који нијесу њени држављани. Имајући у виду да и поморци и бродовласници имају жељу и интерес да знају која су њихова права и обавезе, независно од тога у којој земљи се налази брод на којем плове, хармонизација стандарда у овој области је један од кључних услова за унапређење поморске индустрије. Ово из разлога што неједначност закона и других прописа којима се уређују услови пловидбе и статус бродовласника и помораца изазивају правну несигурност, што онемогућава несметан развој поморске пловидбе. Осим тога, одсуство хармонизације прописа за директну посљедицу може имати постојање дискриминације помораца, како по непрофесионалним основима, као што су: раса, вјера, национална припадност, тако и по основу професионалних квалификација, тј. занимања.

Имајући у виду наведене трендове у области поморске индустрије, као и проблеме који су изазвани услед постојања различитих услова за примјену мађународних стандарда из области поморског радног права на националном нивоу, можемо закључити да је хармонизација прописа у овој области услов за даљи развој поморске индустрије и као таква, она подразумијева испуњавање два циља, која су међусобно повезана. Први циљ је уједначавање стандарда из области поморског права на националном нивоу. То подразумијева постојање регулативе која ће омогућити што флексибилније, односно поједностављено уређење односа у овој области. Од квалитетног постављања смјерница, односно креирања политике како би се остварио овај циљ, зависи и реализација другог циља, а то је постизање правне сигурности помораца независно од заставе брода на којем плове. То подразумијева довољно познавање

2 Видјети: Н. Угрин, *ITF* и „GLOBAL MARINER“ у борби против бродова који илове по зашћавом иододносћии, доступно на адреси: www.PlimalTF.htm.

3 Тако у Либерии Панама и постоји само осигурање за случај инвалидности, старости и смрти, као и осигурање за случај несреће на послу, док други облици социјалног осигурања, као што су осигурање за случај незапослености, не постоје. Видјети: И. Јововић, *Међународнојравна зашћиићиа йомораца*, Матица црногорска, 2009, стр. 111.

правила и процедура у поморском праву од стране оних на које се та правила и процедуре односе, тј. бродовласника и помораца. Међутим, за квалитетну реализацију оба постављена циља неопходно је успоставити равнотежу између интереса обје уговорне стране у радном односу, тј. бродовласника и помораца. Другим ријечима, квалитетна регулатива у овој области подразумева постојање равнотеже између флексибилности, која је неопходна за обезбјеђивање конкурентности на тржишту и степена правне сигурности помораца. Ово из разлога што су досадашње искуство и пракса у овој области показали да су правна сигурност и радно-правни статус помораца у великој мјери били у другом плану, посебно у ситуацијама када бродови плове под „заставама погодности“,⁴ тј. заставама држава које не предвиђају скоро никакве услове за давање своје државне припадности бродовима, што и јесте главни разлог за уједначавање стандарда у области поморске индустрије. Ипак, треба нагласити да иако је хармонизација прописа у области поморског права крајњи циљ политика које се воде на међународном нивоу, одређене разлике на националном нивоу у регулисању питања која се тичу услова рада у овој области морају постојати, што је посљедица поморске традиције у појединим државама, степена развијености поморске индустрије у њима, као и конкретних економских интереса појединих држава у области поморства. Управо због ових разлога, један од главних показатеља степена хармонизације односа у овој области треба да буде уједначеност економских интереса на нивоу појединих држава, посебно оних са дужом поморском традицијом.

II Заштита радно-правног статуса помораца у међународним документима

Прве идеје о хармонизацији прописа у области поморског права јавиле су се у оквиру међународних организација које су окупљале поморце. Прве активности на том пољу отпочеле су средином деветнаестог вијека. Међутим, највећи број докумената који се односио на уједначавање прописа у области поморског права у почетку се односио само на регулисање односа између бродовласника, да би се са хармонизацијом прописа који се тичу радно-правног статуса помораца отпочело знатно касније – у другој половини двадесетог вијека.

4 Државе „застава погодности“ доминирају тржиштем бродарства, посебно због јефтних административних такса и пореза, а међу њима се издвајају: Панама, Либериа, Малта, Бахами и др., и оне су посебно привлачне власницима бродова који потичу из земаља са дугом поморском традицијом, али у којима важе много рестриктивнији услови за добијање поменутих дозвола, као што су: САД, Јапан, Грчка, Италија и др. Видјети: *Ibidem*.

Прва међународна организација која се бавила проблемима хармонизације поморског права био је Међународни поморски одбор (*Comité Maritime International – CMI*), који је основан 1897. године у Антверпену.⁵ У оквиру ове организације је донијет један број међународних уговора који су се, између осталог, бавили и регулисањем радноправног статуса помораца.⁶ Међутим, иако су ови документи доношени као резултат копромиса чланова Међународног поморског одбора, њихов домет у пракси је био ограничен, што је било последица дијелом непрецизности, односно двосмислености одредаба које су се односиле на ову проблематику, а дијелом и непостојања услова на националном нивоу за њихову имплементацију. То је доводило до слабљења утицаја Међународног поморског одбора у креирању политике у области поморског радног права. Због тога 60-их година двадесетог вијека доминантну улогу у овој области преузима Међународна поморска организација (*International Maritime Organization – IMO*), која је основана 1948. године, са сједиштем у Лондону.⁷ Иначе, *IMO* је специјализована установа Организације уједињених нација, а циљ њеног дјеловања је првенствено обезбјеђивање сигурности живота и имовине на мору, као и заштита морске околине.⁸ Посебан значај имају

5 Чланови *CMI*-а су појединци заслужни за развој поморског права и национална удружења за поморско право.

6 Прва конвенција која је донијета у оквиру ове организације Конвенција о судару бродова из 1910. године. Након тога, донијет је један број конвенција које су регулисале следећа питања: пружање помоћи и спашавање на мору; ограничење одговорности власника поморских бродова; поморске привилегије и хипотеке; грађанска надлежности при судару и другим пловидбеним незгодама; ограничење одговорности власника поморских бродова; заустављање поморских бродова и др. Опширније видјети: Војислав Борчић, *Уговори о искоришћавању бродова – коментар Поморској законика*, Удруга поморских агената Хрватске, Ријека, 2000, стр. 76.

7 *IMO* је основана 1948. године у Женеви, а први састанак *IMO*-а је одржан 1949. године у Лондону, гдје јој се и данас налази сједиште. Првобитан назив ове организације био је: Међувладина поморска савјетодавна организација (енгл. *Intergovernmental Maritime Consultative Organization – IMO*), да би 1975. године промијенила назив у Међународна поморска организација. На челу *IMO*-а је Скупштина која се састаје сваке четврте године, а у међувремену овом организацијом управља Савјет у којем се налазе представници 36 земаља чланица које бира Скупштина. *IMO* своје активности спроводи преко пет комитета од којих највећи значај има Комитет за сигурност пловидбе – *MSC (Maritime Safety Committee)*. Поред овог комитета, велики значај има и Комитет за заштиту мора – *MEPC (Maritime Environment Protection Committee)*, чији је главни задатак превенција загађења мора од стране бродова. У оквиру ова два комитета функционише велики број подкомитета. Доступно на адреси: www.imo.org.

8 Поред ових организација, хармонизацијом прописа у области поморског права бавиле су се и неке друге специјализоване организације у оквиру УН-а, које нијесу специјализоване искључиво за област поморског радног права, као што су: Конференција УН-а за трговину и развој, Повјереништво УН-а за међународно трговачко право, Међународни институт за изједначавање приватног права,

три конвенције које су донијете у оквиру ове организације, а то су: SOLAS 74, MARPOL 73/78 и STCW 95.

- SOLAS (*Safety of Life at Sea*) је прва конвенција о сигурности људских живота на мору.⁹ Конвенција је ревидирана више пута, а након измјена из 1974., године обухвата одредбе којима су утврђени технички стандарди изградње и опреме које бродови морају задовољити, као и начини обављања појединих поступака са становишта сигурности брода и људи на мору (као што су одредбе које се односе на опрему за спасавање и противпожарну заштиту за све бродове, обавезе одржавања вјежби спасавања и процедуре спасавања). Основни циљ њеног усвајања је потреба да се наметну што виши стандарди сигурности, у првом реду на трговачким бродовима. Конвенција се односи на све путничке бродове без обзира на величину и на све теретне бродове преко 500 бруто тона који плове у међународним водама, док за мање бродове и за бродове који плове националним водама, државе потписнице конвенције могу захтијевати и блаже стандарде од оних који су дефинисани SOLAS-ом.
- MARPOL – Међународна конвенција о спречавању загађења са бродова (*International Convention for the Prevention of Pollution From Ships*) усвојена је 1973. године. Ова конвенција се односи на све бродове, осим на ратне бродове. Циљ њеног усвајања био је да се у потпуности и на једном мјесту утврде поступци помораца, као и неопходна опрема брода, како би се ефикасно спријечило загађивање морске околине. Конвенција предвиђа минималне техничке стандарде који треба да спријече загађење са бродова: уљем (конвенција предвиђа смањење количине уља

Међународна трговачка комора. Такође, значајан допринос уједначавању стандарда у овој области дале су друге организације које су основане на регионалном и међународном нивоу, као што су: Балтички и међународни поморски савјет; Федерација националних удружења поморских агената; Међународна федерација удруга отпремника; Међународна бродарска комора; Међународно удружење независних танкерских бродара и др. Опширније видјети: Борчић Војислав, *Уговори о искористићавању бродова – коментар Поморској законика*, Удруга поморских агената Хрватске, Ријека, 2000, стр. 7.

9 Рад на конвенцији је започео одмах након оснивања ИМО-а, односно 1948 године, а њена прва верзија усвојена је 1960. године, због чега је и носила име SOLAS '60. Конвенције је мијењана шест пута (1966, 1967, 1968, 1969, 1971, 1973.) да би 1974. године усвојена нова конвенције (позната под именом SOLAS 74), која обухвата све до тада извршене измјене и уноси значајне новине у погледу регулисања безбједности људи на мору. Конвенција је у након 1974. године добила и два Протокола. Протокол из 1978. године дефинисао је процедуру прегледа и инспекције бродова, а Протокол из 1988. године увео је и хармонизовани систем прегледа бродова. Доступно на адреси: www.imo.org.

које може бити испуштено са брода, док у у неким водама то потпуно забрањује), хемикалијама, штетним супстанцама, отпадом, отпадним водама и сл. Међутим, конвенција се не односи на загађења која настају у вези са истраживањем и експлоатацијом морског дна, као и на уклањање отпада бацањем у море.

- *STCW* – (*Standard of Training, Certificates and Watchkeeping for Seafarers*) је међународна конвенција о стандардима за обуку, издавању овлашћења и вршењу бродске страже. Ово је најзначајнија конвенције *ИМО*-а. Усвојена је 1978. у Лондону¹⁰ и обухвата све бродске и управљачке компаније, центре за обучавање, офицере и посаде на бродовима. У складу са овом конвенцијом све земље су дужне да прилагоде своје системе обуке и сертификације новим захтјевима конвенције.

Када је у питању заштита животних и радних услова на броду, највећи значај имају активности које је у циљу хармонизације прописа у овој области предузимала Међународна организација рада (*МОП*). Можемо рећи да управо документи који су донијети од стране *МОП*-а представљају темеље међународног поморског радног права, јер се они односе не само на поморце, већ и на рибаре и лучке раднике. Важно је напоменути да је ова организација прва препознала негативне ефекте употребе застава погодности по радноправни статус помораца.¹¹ Из тог разлога, *МОП* је од свог оснивања посебну пажњу посвећивала стварању услова за хармонизацију прописа у области поморског радног права, и то како усвајањем посебних докумената који се односе на радно-правни статус помораца, тако и бројних других конвенција и препорука које се посредно или непосредно могу односити на њих, а којима се регулишу питања која су од посебне важности за заштиту права помораца на броду, као што су: синдикалне слободе, колективно уговарање, социјално осигурање, заштита на раду и друга права која имају поморци на основу саме чињенице да су у радном односу. Међутим, специфичност радно-правног статуса помораца захтијевала је да се заштита њихових права

10 Првобитни текст је садржао минималне захтјеве у вези са знањем и вјештинама помораца које су у то доба традиционалне поморске државе потпуно задовољавале. Ова конвенције је ступила на снагу 1984., а 1995. године сазвана је нова конференција на којој су усвојене њене измјене, а ступила је на снагу 1997. године.

11 Тако у извјештају из 1950. године, који се односио на радне и животне услове помораца на бродовима који виђу панамску заставу, наводи се да су панамски бродари неодговорни, спремни да у сврху постизања што већег профита преузимају ризике у погледу људи и имовине на мору, користећи старе и лоше одржаване бродове, с обзиром на то да многи од њих представљају пловехе олупине. На таквим бродовима је присутно илегално запошљавање помораца који су притиснути егзистенцијалним потребама спремни толерисати и најниже радне и социјалне стандарде, неголи да остану без посла. Видјети: Т. Alderton, М. Bloor, Е. Kahveci, *Global Seafarer, Living and working conditions in a globalized industry*, Geneva, 2004, стр. 71.

из рада и по основу рада обезбиједи кроз усвајање посебних докумената, тако да су ова питања била периодично разматрана на посебним конференцијама МОР-а.¹² До сада је у овој области усвојено око 70-ак конвенција и препорука, које се односе на све поморске бродове – како јавне, тако и приватне. Оволики број конвенције последица је не само специфичних проблема у регулисању радно-правног статуса помораца, већ и брзих промјена у поморској индустрији, односно њеног развоја, који је са собом доносио нове изазове и потребу да се на њих нађе адекватан одговор, због чега је један број конвенција често требало мијењати и допуњавати.

Оно што је специфично за конвенције МОР-а које се односе на регулисање радних услова помораца у односу на остале документе које је усвојила ова организација је то да су услови за њихово ступање на снагу знатно строжији у односу на остале конвенције. Наиме, док се за остале конвенције МОР-а као услов за ступање на снагу предвиђа одређен број ратификација (најчешће двије), када је у питању ступање на снагу конвенција које се баве питањима из области живота и рада помораца, осим тога тражи се одређена тонажа трговачке флоте држава које је ратификују. Ово из разлога што се на овај начин жели обезбиједити сигурност да ће конвенције бити ратификоване од стране држава са дужом поморском традицијом.¹³

III Специфичности Конвенције о раду помораца у односу на остале конвенције МОР-а

Оправданост усвајања посебне конвенције о раду помораца произлази из међународног карактера пловидбе на мору. Конвенција о раду помораца усвојена је у фебруару 2006. године, на 94. сједници Међународне организације рада (МОР) у Женеви.¹⁴ У научној и стручној

12 Посебна засиједања Опште конференције МОР-а која су била повећана проблематици рада у поморству одржана су: 1920, 1926, 1929, 1936, 1946, 1958, 1970, 1976. и 1996. године. До сада је у овој области, осим Конвенције о раду помораца из 2006. године усвојено 39 конвенција, један протокол и 29 препорука које су груписане по одговарајућим тематским поглављима. Опширније видјети: Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, стр. 386–430.

13 МОР је отпочела са поштравањем услова за ступање на снагу поморских конвенција још 1936. године. Ти услови су у период од 1936. до 1976. године били све ригорознији и повећавали су се са пет на седам, девет до десет регистрованих ратификација од држава чланица. Тако је Конвенција бр. 147 из 1976. године, предвиђала да ће ступити на снагу када је ратификује најмање 10 држава чланица које заједно имају трговачку флоту чија бруто тонажа износи 25% од укупне свјетске трговачке флоте. Видјети: И. Јововић, *Међународноправна заштитија помораца*, Матица црногорска, 2009, стр. 123.

14 За Конвенцију је гласало 314 делегата из 96 држава, није било гласова против, док су представници Либана и Венецуеле били уздржани. Либан је то учинио

јавности преовладава мишљење да је ово најбоља конвенција у области поморства која је до сада усвојена под окриљем МОР-а. Стога се она често квалификује као „супер конвенција“ и „Повеља о правима помораца“. Она се сматра „четвртим стубом“ квалитетног бродарства, уз универзална правила о сигурности бродова, која су усвојена у оквиру Међународне поморске организације (ИМО): *SOLAS 74*, *MARPOL 73/78* и *STCW 95*.

Конвенција регулише не само радне, већ и социјалне и животне услове помораца. С тим у вези, један од њених основних циљева јесте да се обезбиједи правна сигурност за све поморце, независно од заставе брода под којим плове. Обзиром да је ово питање МОР до сада регулисала са око 70-ак докумената, Конвенција је донијета у циљу обједињавања постојећих стандарда и њиховог прилагођавања савременим условима у области поморства. Посебну вриједност Конвенције чини обједињавање цјелокупне материје која се односи на рад помораца у оквиру једног документа, и то како императивних норми, тако и упуштава за њену примјену, што заинтересованим субјектима омогућава једноставнији и бржи увид у ову материју.

Конвенције о раду помораца се разликује у односу на остале конвенције МОР-а по томе што има специфичну структуру. Наиме, у пракси МОР-а је уобичајено да се обавезујуће норме одвоје од оних које немају императиван карактер, односно да се приликом регулисања неког питања из области рада доносе два документа: конвенције и препоруке. Међутим, структура ове конвенције је урађена по угледу на структуру коју користи Међународна поморска организација, а то је обједињавање обавезујућих норми и препорука у један акт. Тако, Конвенцију о раду помораца чине три различита, али међусобно повезана дијела: Чланови, Правила и Кодекс. Чланови и Правила садрже основна права и начела као и основне обавезе држава које су ратификовале Конвенцију. Кодекс садржи појединости у вези примјене Правила и подијељен је у два дијела. Дио А Кодекса је обавезујући, а дио Б садржи препоруке које би државе потписнице требале узети у обзир код доношења националних прописа којима се имплементира. Можемо закључити да Кодекс има форму препоруке и садржи упуштава и инструкције који имају за циљ да државама чланицама олакшају примјену конвенције. Ово је посебно важно из разлога што је Конвенција специфична и по томе што не предвиђа могућност изузимања од примјене појединих њених дјелова или одредаба, као што је то случај код неких других конвенција МОР-а, већ се

због финансијске ситуације у земљи, док се Венезуела уздржала због референце у преамбули нове конвенције на Конвенцију о праву мора из 1982. године, којој се Венезуела противила. Опширније: Дејан Петровић, „Глобална права за поморце: нова конвенција о раду у области поморства“, *Наше море*, бр. 53(1-2)/2006.

мора ратификовати у цјелокупном понуђеном тексту. Посебан квалитет конвенције представља вертикална интеграција њених одредби, што је омогућено кроз додјељивање истих наслова и нумеричким начином означавања поглавља. Такође, свако позивање на одредбе Конвенције садржане у Члановима значи истовремено позивање на Правила и Кодекс и обрнуто.

Правила и Кодекс подијељени су у пет поглавља.

У првом поглављу су садржане норме које се односе на услове и поступак заснивања радног односа помораца. У том смислу, предвиђени су минимални стандарди који се односе на заснивање радног односа помораца, као што су: старосна граница за заснивање радног односа, здравствено увјерење којим се потврђује постојање здравствене способности за рад на броду, одредбе које се односе на стручне квалификације помораца, а прецизиран је и поступак заснивања радног односа.

У другом поглављу су осим одредби које се односе на најмањи број чланова посаде на броду прописани и стандарди који се односе на услове запослења, односно регулисана су индивидуална права из радног односа за поморце, као што су: зарада, радно вријеме, право на одморе (са посебним освртом на годишњи одмор), право на стручно усавршавање и напредовање у звању, право на репатријацију, као и право на накнаду у случају губитка или потонућа брода.

Треће поглавље носи наслов: Просторије за смјештај и одмор, прехрана и послуживање хране. О овом дијелу су предвиђене норме које се односе на обезбјеђивање адекватних социјалних и животних услова на броду, што ову конвенцију чини специфичном у односу на остале конвенције МОР-а и даје јој посебан квалитет. Због специфичности радно-правног статуса помораца, у овом поглављу су прецизирани захтјеви које брод мора да испуни у циљу обезбјеђивања адекватних услова за смјештај и боравак на броду помораца. У том контексту говори се о минималним стандардима које треба да испуњавају просторије за смјештај и одмор на броду, као што су: вентилација, гријање, расвјета, спаваонице, санитарне просторије, просторије за медицинску заштиту, посјете на броду и сл. Осим тога, у овом дијелу конвенције садржане су и норме које се односе на прехрану и послуживање хране.

У четвртом поглављу обухваћена су питања која се тичу остваривања права по основу рада, односно права из социјалног осигурања. У контексту права на заштиту здравља, регулисана је и здравствена заштита помораца на броду и копну, одговорност бродовласника за последице болести или незгода на раду, спречавање незгода на броду. Осим тога, у овом дијелу се говори и о праву помораца на социјалну заштиту.

На крају, у петом дијелу су садржане норме о одговорности у погледу спровођења стандарда који су садржани у конвенцији, и то како о одговорности државе под чијом заставом брод плови, тако и о одговорности државе у чију луку брод пристаје, као и одговорности државе која обезбјеђује тржиште радном снагом, тј. државе чији грађани су радно ангажовани на броду.

Конвенција има и специфичности које се огледају у пољу њене примјене. С тим у вези, поље примјене Конвенције се може третирати на два начина, зависно од критеријума који се узима у обзир. Ако пођемо од критеријума *ratione personae*, односно категорије лица на које се односи, Конвенција обухвата појмове: поморац и бродовласник. Једна од значајнијих новина у Конвенцији односи се на дефинисање појма поморац. Под овим појмом, у смислу Конвенције подразумијева се: „свака особа која је запослена, узета у службу или која ради у било којем својству на броду на који се примјењује Конвенција.“¹⁵ Из ове дефиниције произлази да се права која су предвиђена конвенцијом односе како на лица која су ангажована на броду у форми радног односа, тако и на она лица која остварују право на рад кроз неки други флексибилни облик запошљавања. Осим тога, под појмом „поморац“ подразумијевају се не само лица која учествују у техничким операцијама на броду, већ и лица која обављају друге послове, као што је пружање услуга путницима на бродовима. Осим тога, Конвенција оставља могућност проширења примјене на све поморце, дакле не само на оне који плове на бродовима на које се односи конвенција. С тим у вези, важно је напоменути да у случају спора око тога да ли нека категорија лица има статус поморца у смислу ове Конвенције, предвиђено је да одлуку доноси надлежни државни орган, али уз обавезно консултовање организација које окупљају поморце и бродовласнике.

Конвенција проширује и круг лица која су одговорна за задовољавање услова који су предвиђени овим документом, на начин што предвиђа широко тумачење појма „бродовласник“. Овим појмом је обухваћен не само власник брода него било која друга организација или особа која је од бродовласника преузела одговорност за рад брода (као што су нпр. менаџер или закупац брода). Проширење круга лица на које се односи Конвенција има посебну важност због утврђивања одговорности у случају не испуњавања захтјева који су предвиђени Конвенцијом, јер се ова лица не могу ослободити одговорности, чак ни у оним случајевима када нека друго лице испуњава услове у име бродовласника.

15 Све до 1926., односно 1936. године, у конвенцијама и препорукама Међународне организације рада умјесто појма поморац користио се појам морнар. Први пут је појам поморац коришћен у Препоруци о инспекцији рада (помораца) 1926. и касније у Конвенцији 1936. године. Видјети: Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, стр. 386–430.

Када је у питању критеријум *ratione materiae*, у Конвенцији је направљена подјела на бродове на које се Конвенција примјењује и на оне који су изузети из примјене. Ова подјела је направљена зависно од тога да ли се ради о бродовима за унутрашњу или међународну пловидбу. Тако, Конвенција у члану 2, став 4 садржи дефиницију бродова на којима је обавезна примјена предвиђених стандарда, а то су трговачки бродови, независно од тога да ли су у приватном или јавном власништву. Са друге стране, Конвенција се не односи на бродове који плове у унутрашњим водама, као ни на оне бродове који плове у близини затворених вода, односно на подручјима гдје важе лучка правила. При томе, Конвенција није дефинисала до краја израз „близина затворених вода“, већ ће се то дефинисати националним законодавствима, зависно од услова и праксе појединих држава, и уз обавезно консултовање социјалних партнера у овој области, тј. организација помораца и бродовласника. Осим ове врсте бродова, из примјене Конвенције су искључени и бродови који се баве риболовом или сличним пословима, бродови традиционалне градње као и ратни бродови, односно помоћни бродови ратне морнарице.

Конвенција је специфична и по томе што предвиђа рестриктивне услове за ступање на снагу. Наиме, предвиђено је да ће ступити на снагу 12 мјесеци након што јој приступи најмање 30 држава чланица МОР-а под чијом се заставом налази најмање 33% свјетске бруто тонаже.¹⁶ Оправдање за постојање овако високог стандарда за ступање на снагу Конвенције можемо извести из чињенице да су рјешења која су њоме предвиђена усмјерена прије свега према земљама које имају поморску традицију.¹⁷

Битна новина Конвенције о раду помораца односи се на контролу испуњености стандарда на броду. Конвенција у овом дијелу даје широка овлашћења држави под чијом заставом брод плови, која обавља инспекцију и обезбјеђује примјену Конвенције. Предвиђено издавање сертификата бродовима према стандардима Међународне

16 Конвенција је ступила на снагу, а њена ратификација је већ завршена у великим поморским земљама, као што су: Панама, Либериа, Маршалска Острва, Бахами, Норвешка што представља 43% укупне свјетске бруто тонаже бродова. Од земаља у нашем окружењу ратуфиковале су је: Хрватска и Босна и Херцеговина.

17 Када је у питању ратификација ове конвенције за земље које су чланице Европске уније предвиђен је другачији систем обавезивања на њену примјену. Наиме, правни основ за примјену Конвенције предвиђен је Директивом бр. 2009/13, која је ступила на снагу истовремено са Конвенцијом. Директива обезбјеђује правни основ за спровођење Уговора о Конвенцији о раду помораца, који је закључен 2008. године између социјалних партнера (*European Community Shipowners' Associations and European Transport Workers' Federation*). Доступно на адреси: www.euractiv.com/en/transport.

организације рада, што је до сада био вршено само у складу са стандардима Међународне поморске организације. У том смислу, повећана је улога државе под чијом заставом брод плови. Конвенција предвиђа да сви бродови који прелазе 500 бруто-тона који иду на међународна путовања, односно који испловљавају из луке или плове између двије луке у иностраној држави морају имати двије врсте сертификата, које издаје државе чију заставу вију.

Први документ је Потврда о поштовању радних стандарда (*Maritime Labour Certificate*), који држава издаје оним бродовима за које је инспекцијом утврђено да поштују одредбе Конвенције. Услов за издавање ове потврде је да су на броду испоштовани стандарди који се односе на радне и животне услове помораца.¹⁸ Ова потврда важи најдуже пет година, у којем период је предвиђена најмање једна контрола од стране надлежног државног органа. Међутим, у одређеним случајевима (који су оправдани промјеном заставе брода, промјеном бродара или се ради о новом броду) постоји могућност издавања Привремене потврде о поштовању радних стандарда (*Interim Maritime Labour Certificate*), која важи најдуже шест мјесеци.

Други документ који издаје држава чију заставу брод вије је Изјава о поштовању радних стандарда (*Declaration of Maritime Labour Compliance*), која прати потврду о поштовању стандарда на броду. У изјави се наводе мјере којима се обезбјеђује примјена стандарда који су предвиђени у Конвенцији. Овај документ се састоји од два дијела, при чему први дио саставља надлежна власт, а други дио бродовласник.

Ова два документа се морају налазити на броду, чиме се значајно олакшава контрола у лукама. С тим у вези, Конвенција предвиђа и додатне флексибилности за државе које је ратификују, а једна од њих је могућност оснивања специјализиране организације која испуњава услове који су предвиђени Конвенцијом да обављају контролу и издаје поменуте сертификате у име државе.

Осим државе чију заставу брод вије, могућност контролисања примјене стандарда на броду има и државе у чијој луци се брод налази, али она у том поступку не може детаљно прегледати брод, већ мора узети у обзир документе које је за брод издала друга држава која је ратификовала Конвенцију. Само у одређеним случајевима који су предвиђени

18 Ови стандарди обухваћају следеће: најнижи узраст помораца; њихову здравствену способност да плове; оспособљеност помораца; уговоре о запослењу; ангажовање овлашћене приватне службе за запошљавање помораца; бројност посаде на броду; смјештај; бродске просторије за одмор; храну и послуживање; заштиту здравља; сигурност и спречавање незгода; сате рада или одмора; зараде помораца; медицинску заштиту на броду; бродски поступак по приговору и др. *The Maritime Labour Convention, 2006*, доступно на адреси: www.ilo.org.

Конвенцијом, држава у чијој луци се брод налази, може детаљно прегледати брод. Један од таквих случајева је кад се сматра или тврди да недостатак може представљати опасност за „сигурност, здравље или сигурносну заштиту помораца.“¹⁹ У том смислу, посебно је значајно рјешење које се односи на „неповлашћени третман“ (*no more favourable treatment*), које подразумева могућност да држава која је ратификовала Конвенцију прегледа бродове који се налазе у њеним лукама, а који вију заставу државе која није ратификовала Конвенцију. Ово рјешење има за циљ како да онемогући предност држава које нијесу ратификовале Конвенцију, тако и да их подстакне да то учине.

Једна од специфичности Конвенције која има за циљ прилагођавање условима који постоје у поморској индустрији односи се на поступак њених измјена и допуна. У овом дијелу предвиђена је флексибилност у погледу измјене одредби које имају технички карактер, а у циљу избјегавања примјене застарјелих одредби. Наиме, у случају измјене одредби које имају технички карактер предвиђен поједностављен поступак, што значи да измјене у овом дијелу не захтијевају ревизију читаве конвенције.²⁰

- 19 Осим овог, детаљна инспекција у луци ће се обавити и у следећим случајевима: ако овлашћени службеник утврди да Потврда о раду помораца и Изјава о задовољавању услова помораца нијесу на располагању или се не држе на броду, да су лажне, да не садрже податке које захтијева Конвенција, односно да су на други начин неисправне; ако постоји основана сумња да радни и животни услови на броду нијесу у складу са захтјевима из Конвенције, да постоји оправдана сумња да је брод промијенио заставу како би избјегао поштовање Конвенције, односно да постоји приговор у којем се тврди да посебни радни и животни услови на броду нијесу у складу са захтјевима Конвенције. Видјети: *Ibidem*.
- 20 Овај поступак могу предложити како представници влада држава чланица, тако и организације бродовласника и помораца. Измјену подржати најмање пет влада чланица које су ратификовале Конвенцију или организације бродовласника или помораца. Генерални директор Међународног бироа рада провјерава да ли су испуњени формални услови за подношење предлога за измјену, након чега обавјештава чланице МОР-а и позива их да своја запажања или савјете о предлогу доставе у року од 6 мјесеци или неком другом року (који не смије бити краћи од три мјесеца, нити дужи од девет мјесеци) који пропише Управно вијеће. Након овог рока, предлог са осталом документацијом се доставља Одбору на разматрање, који ће предлог усвојити ако су следећи услови: ако је најмање половина влада чланица које су ратификовале Конвенцију присутна на сједници која је разматрала предлог; ако већина од најмање двије трећине чланова Одбора гласа за измјену; ако ова већина у корист предлога укључује гласове најмање половине владиних гласова, половине гласова бродовласника и половине гласова помораца чланова Одбора, утврђених на сједници кад је предлог стављен на гласање. Измјене које су усвојене на Одбору подносе се на следећој сједници Опште конференције на одобрење. За такво одобрење захтијева се већина од двије трећине гласова присутних чланова. Измјена коју је одобрила Конференција сматра се прихваћеном, осим ако до краја прописаног периода Генерални директор није примио формалну

Vesna SIMOVIĆ, PhD
Faculty of Law, University of Montenegro

HARMONIZATION OF INTERNATIONAL STANDARDS ON THE EMPLOYMENT STATUS OF SEAFARERS

Summary

The process of globalization is most prominent in the field of maritime industry. This process is closely linked with the need for providing legal security of seafarers, irrespective of the flag ship. Harmonization of international standards in the field of maritime labor law is conditioned by the interests and needs of both seafarers and shipowners. For this reason, the quality of regulation in this area involves finding a balance between the requirements for uniformity of law (international maritime law) and the flexibility of rules – that result from the specificity of individual countries.

This paper deals with the legal problems concerning the seafarers' working, living and social conditions and the activities of the International Labour Organization and other organizations – organizations that deal with issues of safety of life and property at sea and protection of the marine environment, and those organizations in their documents regulating issues related to the working and living conditions of seafarers on board. It especially stresses the importance of the Maritime Labour Convention, adopted in February 2006 on the 94th session of the International Labour Organization (ILO) in Geneva. This Convention provides for a new seafarers' identity document that enhances maritime security while facilitating shore leave and the professional movement of seafarers.

Key words: *harmonization, globalization, universal standards, employment status of seafarers.*

изјаву о противљењу више од 40% чланица које су ратификовале Конвенцију и које представљају најмање 40% бруто тонаже бродова чланица које су ратификовале Конвенцију. *Ibidem.*

Рагмила БУКУМИРИЋ-КАТИЋ
помоћник министра рада и социјалне политике

КОЛЕКТИВНИ УГОВОРИ КАО СРЕДСТВО ОДГОВОРНОГ ПОСЛОВАЊА

Резиме

Колективни уговор је оштри акти којим се уређују права, обавезе и одговорности значајне за међусобни однос између послодавца и запослених. Колективним уговором не могу се утврдити мања права и неповољнији услови рада запосленом од права и услова утврђених Законом о раду, оштрим, односно посебним колективним уговором који обавезује шти послодавца. С друге стране, системско и нормативно реулисање којим се дефинише сфера запошљавања и рада и унапређење односа између послодавца и запослених, кроз колективно преоварање, су две кључне области у вези са друштвено одговорним пословањем. За побољшање односа између послодавца и запослених и корпоративне управе један од најефикаснијих корака је подстицање учешћа запослених у процесу доношења одлука, као и закључивање колективних уговора између послодавца и синдиката, као алтернатива пракси социјалних конфликта и ометања. Колективни уговори између послодавца и синдиката треба да се посматрају као социјална норма и као један од предуслова за адекватно пословање команија, оштри доприносе социјалном и економском добросћању. Ово важи како за оштри, иако и за посебне колективне уговоре.

Кључне речи: колективни уговор, оштри акти, оштри, посебни и колективни уговори код послодавца, принцип добровољности, друштвено одговорно пословање, корпоративна управа, социјални дијало.

I Уводне напомене

Колективним уговором уређују се права, обавезе и одговорности из радног односа, међусобни односи учесника колективног уговора, поступак за измене и допуне колективног уговора и друга питања од значаја за запослене, послодавца и представника запослених (представници синдиката).

Колективни уговор је општи акт и примењује се на све запослене код послодавца. Колективни уговор се не доноси, већ закључује, и зато је колективни уговор – *општи акт* који представља сагласност воља учесника у преговорима. Колективни уговор се закључује између послодавца, репрезентативног удружења послодавца или удружених репрезентативних удружења послодаваца, са једне стране и репрезентативног синдиката или удружених репрезентативних синдиката, са друге стране.

Колективни уговори закључују се на разлчитим нивоима и могу се закључити као:

- општи за територију Републике,
- посебни за грану, подгрупу или делатност за територију Републике,
- посебни за територију јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе, и
- код послодавца.

Општи и посебни колективни уговори, такође, имају карактер општег акта и обавезују послодавце који су у време закључења колективног уговора били чланови удружења послодаваца – учесника колективног уговора. То значи да колективни уговор закључен на нижем нивоу колективног преговарања не може да садржи одредбе којима се запосленом утврђују мања права и неповољнији услови рада утврђених колективним уговором закљученим на вишем нивоу преговарања.

Учесници у закључивању колективног уговора дужни су да преговарају, али не и да закључе колективни уговор (сходно одредби члана 254 Закона о раду (у даљем тексту: Закон). Закључивање колективних уговора заснива се на *принципу добровољности*.

Уколико код послодавца није закључен колективни уговор, права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се правилником о раду и уговором о раду.

II Колективни уговор код послодавца

Колективним уговором код послодавца, у складу са законом, уређују се права, обавезе и одговорности из радног односа и међусобни односи учесника колективног уговора. Такође, колективним уговором код послодавца не могу се утврдити мања права и неповољнији услови рада запосленом од права и услова утврђених општим, односно посебним колективним уговором који обавезује тог послодавца.

Учесници у закључивању колективног уговора код послодавца су послодавац и репрезентативни синдикат код послодавца. Репрезентативним синдикатом сматра се синдикат који је основан и делује на начелима слободе синдикалног организовања и деловања, који је независан од државних органа и послодавца, који се финансира претежно из чланарине и других сопствених извора, који је уписан у регистар и ако је у њега учлањено најмање 15% од укупног броја запослених код послодавца. Репрезентативност синдиката утврђује послодавац, на захтев синдиката. Синдикат уз захтев прилаже упис у регистар и приступнице чланова. У поступку преговарања ради закључења колективног уговора код послодавца репрезентативни синдикат је дужан да сарађује са нерепрезентативним синдикатом у који је учлањено најмање 10% запослених код послодавца, да би изразио интересе и тих запослених.

У случају да ниједан од синдиката код послодавца не испуњава услове репрезентативности, или да није основан синдикат, може се закључити споразум о удруживању, ради испуњења услова репрезентативности и учествовања у закључивању колективног уговора.

Садржај колективног уговора код послодавца обухвата: област заснивања радних односа, радно време, одмори и одсуства, заштита запослених, зараде, накнаде зараде, накнада е трошкова, друга примања (отпремнине, јубиларне награде, солидарна помоћ и др. помоћи), утврђивање вишка запослених, забрана конкуренције, накнаду штете, измене уговора о раду, отказ уговора о раду, услови за рад синдиката, решавање спорова и др.

III Примена колективних уговора

Колективни уговори се непосредно примењују и обавезују учеснике у закључивању колективног уговора, а под законом прописаним условима и послодавце који нису учествовали у закључивању колективног уговора. Ради остваривања економске и социјалне политике у Србији, у циљу обезбеђења једнаких услова рада који представљају минимум права запослених из рада и по основу рада могуће је одлуком

министра рада о проширеном дејству обезбедити да се колективни уговор или поједине његове одредбе примењују и на послодавце који нису чланови удружења послодаваца – учесника колективног уговора.

У одлучивању о појединачним правима, обавезама и одговорностима запослених послодавац је дужан да примени:

- одредбе колективног уговора који га обавезује и који је на снази на дан доношења одлуке (решење, анекс уговора о раду и др.) и
- већа права и повољније услове рада утврђене општим и посебним колективним уговором од права и услова утврђених код послодавца.

Колективни уговор се закључује на период од три године. По истеку тог периода колективни уговор престаје да важи, осим ако се учесници колективног уговора, најкасније 30 дана пре истека колективног уговора, не споразумеју да колективни уговор остане на снази и по истеку три године. Важење колективног уговора пре истека рока од три године може престати споразумом свих учесника или отказом. Начин престанка колективног уговора се утврђује тим уговором. Споразум у коме нису учествовали сви учесници колективног уговора не производи правно дејство. Колективни уговор може да откаже сваки његов учесник, и у том случају, колективни уговор се примењује најдуже шест месеци од дана подношења отказа, стим што су учесници дужни да поступак преговарања започну најкасније у року од 15 дана од дана подношења отказа. Дакле, у току трајања отказног рока учесници су обавезни да преговарају о закључењу новог колективног уговора.

Према ранијем закону, колективни уговор је могао да се закључи на неодређено и одређено време. После доношења новог Закона о раду 2005. године, колективни уговор могуће је само закључити на одређено време (чл. 263 Закона). Према члану 284 ст. 1 произлази да Законом нису стављене ван снаге колективни уговори код послодавца без обзира у ком периоду су закључени, као и посебни колективни уговори закључени од јануара 2002.

Спорна питања и спорови у примени колективног уговора, између послодаваца и синдиката, настали у поступку примене и тумачења колективних уговора може да решава арбитража коју образују учесници колективног уговора, или пред надлежним судом. Одлука арбитраже обавезује учеснике у колективном уговору и они су обавезни да је примене.

IV Синдикати и удружења послодаваца у функцији друштвено одговорног пословања

Друштвено одговорно пословање је важно, како за развој конкурентности и динамичног пословања заснованог на знању, тако и за социјалну кохезију и одрживи развој.

Дакле, основни циљеви друштвено одговорног пословања, утврђени су у Зеленој књизи и могли би да се накраће изложе у лисабонском ставу: *„посијати најконкурентнија и најдинамичнија привреда у свету ушмељена на знању, способна за одржив економски развој, уз већи број бољих радних места и већи степен друштвене повезаности...“*

Истовремено друштвено одговорним пословањем предлаже се приступ заснован на продубљивању партнерства у којима сви актери имају активну улогу. Ово све упућује на чињеницу да *бити друштвено одговоран не значи само следити закон и радити по закону, већ треба ићи и даље: улазити у људски капитал, животну средину, и односе са заинтересованим странама.*

То даље значи да друштвено одговорно пословање може да се дефинише и изрази у три нивоа:

- прво, обухвата поштовање законских обавеза и стандарда привредног окружења,
- друго, укључује умањивање или елиминисање негативних ефеката пословања по друштво и управљање ризиком, и
- треће, повећава позитивне ефекте пословања и стварања вредности кроз иновације, инвестиције, и партнерства усмерена ка друштвеном добру.

Системско и нормативно регулисање којим се дефинише сфера запошљавања и рада и унапређење односа између послодаваца и запослених су две области међу кључним областима у вези са друштвено одговорним пословањем.

Упркос чињеници да развој односа између послодаваца и запослених, као ни квалитет корпоративне управе, није још достигао ниво који постоји у развијеним земљама, важно је развити свест код свих социјалних партнера – државе, послодаваца, као и синдиката – да они морају константно да се развијају и унапређују како би се постигла хармонизација са постојећим односима у земљама Европске уније.

Даља институционализација и успостављање нових односа између послодаваца и запослених, или развој друштвено одговорног понашања у овој области, захтева постепено дерегулисање постојећих односа између послодаваца и запослених на радном месту, у складу са

принципима и стандардима Европске уније. Такође се процењује да би превентивна контрола инспекције могла да помогне послодавцима да свеобухватније и адекватније уведу мере које би могле да допринесу безбедности и здрављу на раду. Ово подржавају и искуства земаља чланица ЕУ којима је у већини случајева било потребно више година да постепено уведу мере које осигуравају пуну заштиту и безбедност запосленима и другим лицима који се задесе у области рада послодавца.

V Колективни уговори као инструмент одговорног пословања

Текући процес транзиције у Републици Србији, недостатак иностраних инвестиција, огромни социјални терет наметнут приватизацијом, као и висока стопа незапослености захтевају трансформацију *социјалног дијалога* како би адекватније могло да се допринесе ублажавању или превазилажењу ових проблема.

Односи између послодаваца и запослених у Србији нису на задовољавајућем нивоу из следећих разлога: нове власничке структуре у којој недостаје право искуство у односима између послодаваца и запослених, лоша економска ситуација која за резултат има неисплаћене плате и социјалне доприносе, лош квалитет корпоративне управе и др.

Пошто социјални дијалог и на локалном нивоу није довољно развијен и не функционише на жељени начин, синдикати би могли да дају већи допринос тако што ће заступати своју улогу на локалном нивоу и обучавати појединце који би могли да постану чланови локалних социјалних и привредних савета.

Тренутно, синдикати и удружења послодаваца одају утисак да им недостаје неопходни капацитет за коришћење концепта друштвено одговорног пословања као механизма за промовисање и заштиту интереса њихових чланова.

Синдикати и удружења послодаваца треба да играју важну улогу у промовисању друштвено одговорног пословања, нарочито у областима развоја модерних односа између послодаваца и запослених, *јобољшање корпоративне управе*, развој функционалног социјалног дијалога на националном и локалном нивоу, а такође и постизање фер колективних уговора.

За побољшање односа између послодаваца и запослених и корпоративне управе један од најефикаснијих корака би био подстицање учешћа запослених у процесу доношења одлука, као и закључивање колективних уговора између компанија и синдиката, као алтернатива пракси социјалних конфликта и ометања.

Да би се синдикатима омогућио улазак у смислени процес колективног преговарања које би за резултат имало постизање колективних уговора са послодавцима, мора се учинити следеће:

- обезбедити ресурсе представницима запослених који ће оспособити њихове капацитете у процесу колективног преговарања;
- обезбедити податке представницима запослених који ће им омогућити увид у пословне активности послодаваца за време преговора са истима о условима рада;
- промовисати консултације и сарадњу између послодаваца и представника запослених.

Даљи развој односа између послодаваца и запослених треба да буде заснован на скупу принципа, укључујући следеће:

- целовит приступ уместо разматрања појединачних случајева;
- постепено регулисање односа између послодаваца и запослених, у складу са принципима и стандардима Европске уније;
- учешће запослених у доношењу одлука и успостављање партнерстава између компанија и синдиката, као алтернатива пракси социјалних конфликта и ометања;
- стални социјални дијалог и социјална сарадња.

Као проблем на којем треба још радити је и појава да одређен број послодаваца не поштује своје обавезе у односу на плаћање пореза и доприноса за социјално осигурање и не поштује права радника која проистичу из рада, а с друге стране, систем контроле тих послодаваца још увек није у потпуности успостављен, најпре због великог броја послодаваца и недовољног броја инспектора рада.

VI Признавање колективних уговора

Колективни уговори између послодаваца и синдиката треба да се посматрају као социјална норма и као један од предуслова за адекватно пословање компанија, пошто доприносе социјалном и економском добробраћу. Ово важи како за опште, тако и за посебне колективне уговоре.

Ово питање је даље регулисано у Кодексу корпоративног управљања (*Службени гласник РС*, бр. 1/06).

Да би се поспешило друштвено одговорно пословање у Србији, између осталог, потребно је да се испуни следеће:

- ефективно признавање права удруживања и права радника на заступање преко синдиката, као и права да буду укључени у колективне преговоре;

- обезбеђивање ресурса представницима запослених који ће оспособити њихов капацитет у процесу колективног преговарања;
- пружање података представницима запослених који ће им омогућити да стекну увид у пословне активности послодаваца за време преговора о условима рада;
- промовисање консултација и сарадње између послодаваца и представника запослених;
- компаније у страном власништву би требало да обезбеде радне стандарде који нису мање повољни од оних датих у земљама где су њихова седишта;
- осигуравање безбедности и здравља на раду;
- за време процеса колективног преговарања, послодавци неће покушати да врше неправичан утицај на сам процес давањем изјава да ће пословне активности бити пренете у друге земље, или да ће део запослених бити преведен у друге јединице пословања.

По ступању на снагу Закона о раду, колективни уговори су закључени углавном за јавни сектор. С друге стране, само два уговора закључена су у приватном сектору. Такође је закључен један општи колективни уговор. Даљи приоритет се односи на закључивање посебних колективних уговора у свим индустријама. Свеобухватни приступ друштвено одговорном пословању истиче неопходност постојања закљученог Општег и посебних колективних уговора код послодавца

Важност колективних уговора огледа се, пре свега, у постизању оптималне равнотеже, како у погледу реализације циљева послодавца, тако и у погледу остварених планираних права и заштите запослених.

Неопходни предуслови за одржавање ефикаснијег колективног преговарања уведени су кроз спецификацију услова којима се осигурава заступање синдиката и удружења послодаваца, као и посебним захтевима који су усмерени на унапређење процеса колективног преговарања.

На крају треба истаћи да се *колективним уговорима* промовише одржавање слободе удрживања и права на социјалну сигурност, да се колективним уговорима успоставља промоција социјалних односа, саопштава у којој је мери нека компанија друштвено одговорна према својим запосленима и иностраним партнерима, степен интегрисаности праксе пословања које омогућују спајање посла и породице, такође и награђивање компанија са високим оценама, сертификатом или правом да користе специјалну ознаку на својим производима.

Колективним уговором се, такође, доприноси унапређењу понашања на радном месту, а нарочито лимитира понашање које погађају особе са инвалидитетом, жене, старије и друге категорије запослених.

Колективним уговором се иницирају олакшице за одређене категорије запослених, предлаже стипендирање једног броја запослених, односно ученика и студената и даје подршка за функционисање сервиса за особе са инвалидитетом као персонална асистенција.

Партнерство између компанија, организација заједница и локалних самоуправа и намера да се окрену решавању локалних социјалних и економских изазова и стратегија обнове суседства који ће циљати на решавање проблема социјалне искључености, сиромаштва и незапослености у посебним областима са умањеним могућностима (неразвијеним срединама), је циљ и изазов за колективно уговарање.

Radmila BUKUMIRIĆ-KATIĆ

Assistant Minister in the Ministry of Labour and Social Policy

COLLECTIVE AGREEMENTS AS A SOCIALLY RESPONSIBLE BEHAVIOUR

Summary

A collective agreement is a general act which regulates the rights, obligations and responsibilities relevant to the relationship between employer and employees. Collective agreement is obliged to offer more rights and favorable working conditions than the employee rights and conditions established by the Labour Law, general or special collective agreement that obliges the employer. On the other hand, systemic and normative regulation which defines the sphere of employment and occupation and improving relations between employers and employees through collective agreement, are the two key areas related to corporate social responsibility. To improve relations between employers and employees, and corporate governance, one of the most effective step is to encourage employees to participate in the decision making process, and conclusion of collective agreements between employers and trade unions as an alternative to the practice of social conflict and disruption. Collective agreements between employers and unions should be seen as a social norm and as a precondition for the proper performance of the companies, as contributing to social and economic well-being. This applies to both general and specific collective agreements.

Key words: *collective agreement, a general act, general, special and collective agreement with the employer, the principle of voluntarism, social responsibility, corporate governance, social dialogue.*

мр Љубинка КОВАЧЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ИЗАЗОВИ ЗАШТИТЕ ЗАПОСЛЕНИХ КОЈИ РАДЕ (К)ОД КУЋЕ

Резиме

Рада код куће и рада на даљину остављају запосленима већу слободу у погледу организације и извршавања рада, будући да их редовно обављају без непосредној физичкој присуства послодавца или другој лица овлашћеној за контролу рада запослених. Стога се prima facie може констативати да рад (к)од куће обезбеђује запосленима већу аутономију него што је то случај са радом који се обавља у просторијама послодавца. Запослени који раде код куће или на даљину су, са друге стране, суочени са ризиком да буду доведени у неповољнији положај у односу на запослене са стандардним местом рада, будући да је радно законодавство традиционално конципирано према моделу запосленог који обавља послове у просторијама послодавца и под његовим непосредним надзором. Ошуда радно законодавство, по правилу, не уважава у довољној мери специфичности рада код куће и рада на даљину. У раду су разматране најзначајније правне последице редовној обавља послова на специфичном месту рада, уз анализирање кључних изазова заштите запослених који раде код куће, односно на даљину. У том смислу, у раду је, најпре, анализан проблем правне квалификације запослених који раде (к)од куће, будући да аутономија коју уживају доводи у питање могућност да буду квалификовани као запослени, односно као субјекти радноправне заштите. Посебна пажња посвећена је изазову елиминисања ризика неповољније ситуације према овим два категоријама запослених у односу на запослене са стандардним местом рада, при чему је као посебно осетљиво питање уочено стварање услова за делотворно остваривање

њихових њива на безбедности и здравље на раду, ораничено радно време и њошивање њивајној живојиа, као и њива из колекиивној радној односа.

Кључне речи: сјецифично место рада, рад код куће, рад на даљину, надзор над радом зайослених, раднојравна зашишија.

I Увод

Вршећи управљачку власт, послодавац одређује место извршавања престације рада. Оно је, традиционално, ограничено на послодавчеве просторије, због чега се у литератури истиче да власт послодавца, по правилу, „не напушта зидове предузећа“.¹ Прецизно одређивање места рада, тако, није представљало посебан правни проблем све до средине ХХ века, будући да је за велику већину запослених оно било ограничено на просторије послодавца. Изузетак од тог правила представљао је рад код куће, као и други случајеви рада ван просторија послодавца, као што је то, нпр. случај са запосленима који, због специфичне природе послова које обављају за послодавца, раде на отвореном (нпр. запослени у грађевинарству) или у просторијама послодавчевих клијената. Проблем одређивања места рада прати и рад запослених који обављају интелектуалне послове за послодавца, будући да неке од тих послова могу обављати и код куће, иако не закључују уговор о раду ван просторија послодавца (нпр. припрема предавања, редиговање научних радова и кратке консултације са студентима путем телефона у случају наставника у високошколској установи). Почетком осамдесетих година прошлог века, у свет рада продрле су нове информационе и комуникационе технологије, које су омогућиле да се многи послови обављају (к)од куће и да се рад организује и извршава на посебан начин, који се означава изразом „рад на даљину“ (енгл. *telework*, *remote work*, *distance work*, *telecommuting*; фр. *télétravail*, *travail à distance*). Међу ауторима, при том, изостаје сагласност о значењу појма рада на даљину, што се, пре свега, може објаснити чињеницом да рад на даљину може да се обавља не само у кући запосленог (тзв. рад од куће), већ и у просторијама које припадају трећим лицима (рад у тзв. теле-центрима /енгл. *telecottages*, *telecentres*/), док посебан облик рада на даљину представља и рад на пословима код којих је запослени стално у покрету.² Проблем дефинисања

1 Frank Vischer, „Le contrat de travail“ у: Max Gutzwiller *et al.* (sous la direction de), *Traité de droit privé suisse*, volume VII, tome I/2, Éditions universitaires, Fribourg, 1982, стр. 71.

2 За преглед свих правнорелеватних облика рада на даљину вид.: Vittorio di Martino, Linda Wirth, „Telework: A new way of working and living“, *International Labour Review*,

рада на даљину су, у значајној мери, олакшали европски социјални партнери, када су у Оквирном споразуму о раду на даљину, дефинисали овај појам као „облик организације и/или извршавања рада уз употребу информационих технологија, у оквиру уговора о раду/радног односа, где се рад – који би, такође, могао да се обавља и у просторијама послодавца – редовно обавља изван ових просторија“.³ Ову дефиницију прихватили су социјални партнери у већини европских држава,⁴ због чега ужива широку подршку и у стручној и научној литератури.

Организација и извршавање рада код куће и рада на даљину, међутим, представља посебан изазов за радно законодавство и праксу, и то, из више разлога. Први од њих тиче се чињенице да се, у овим случајевима, рад не обавља у непосредном (физичком) присуству послодавца, што доводи у питање постојање субординације као битног елемента радног односа (и уговора о раду). Отуда се као први изазов приликом обезбеђивања заштите лица која раде код куће или на даљину појављује изазов њихове правне квалификације, будући да аутономија коју уживају на раду доводи у питање могућност да буду квалификовани као запослени, односно као субјекти радноправне заштите. Осим тога, заштиту запослених који раде (к)од куће прати и изазов отклањања ризика њихове дискриминације у односу на запослене са стандардним местом рада, као и изазов стварања услова за делотворно остваривање њихових права на безбедност и здравље на раду, ограничено радно време и поштовање приватног и породичног живота, као и основних права из колективног радног односа. У нашем раду биће разматрани кључни аспекти ових трију изазова.

бр. 5/1999, стр. 530. и даље. У средишту неких дефиниција рада на даљину налази се коришћење нових технологија, због чега се овај појам одређује као „професионална активност која се обавља на даљину захваљујући интерактивној употреби телекомуникационих средстава и мрежа“ (Marie-France Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, L.G.D.J., Paris, 1996, стр. 62). Други аутори, међутим, као основно обележје рада на даљину уочавају специфичну организацију рада, одређујући овај појам као „организацију рада која подразумева да се, путем модерних средстава за телекомуникацију, радне операције обављају на начин да су корисник рада (предузеће, установа, налогодавац) и радник географски удаљени један од другог“. Lionel Bocharberg, Sébastien Cornuau, *Internet et la vie privée au bureau*, Dalloz, Paris, 2001, стр. 132.

3 Framework agreement on telework concluded by UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 2 став 1.

4 На изузетак наилазимо у мађарском праву, где је рад на даљину дефинисан као облик рада којем је својствено да запослени „саопштава“ послодавцу резултате рада путем електронских уређаја. Нав. према: ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, Implementation of the European framework agreement on telework. Report by the European social partners adopted by the Social dialogue committee on 28 June 2006, стр. 15.

II Специфично место рада

Место рада представља простор у којем запослени обавља послове свог радног места, у складу са уговором о раду. Запослени се, у том простору, подређује послодавчевим овлашћењима и одриче дела своје аутономије, будући да „пролазак кроз врата предузећа за запосленог значи улазак у нови свет и преузимање везе субординације“.⁵ Упркос таквом значају места рада, из радног законодавства, редовно, изостаје дефиниција овог појма, осим када је реч о прописима о безбедности и здрављу на раду.⁶ Одговарајућих дефиниција, по правилу, нема ни у научној и стручној литератури, у којој је крајње ретка и обрада овог радноправног института. Ипак, међу ауторима постоји и извесна сагласност о значењу места рада. То приближавање ставова подразумева да место рада обухвата *свако место на којем се обављају послови, и које је, у њом смислу, досљудно запосленима*. Тако схваћено место рада, не обухвата само просторије послодавца, већ и сваки други простор и објекте намењене обављању послова. Стога је могуће закључити да појам места рада, суштински, одређују три елемента: 1) *намена*; 2) *досљудносћ запосленима*; 3) *могућносћ послодавчеве контроле*. У том, смислу, место рада представља сваки простор који је намењен обављању послова и доступан запосленима, а налази се под (непосредном или посредном) контролом послодавца.

Рад код куће подразумева да запослени ради у свом стану, кући или другом објекту или простору који може да користи (као држалац, закупац, пазакупац, уживалац).⁷ Стога специфично место рада представља битан елемент овој појма. Исто вреди и за рад на даљину, као специфичан начин организације рада, односно специфичан начин извршавања рада, с тим што ваља уочити да се рад на даљину може обављати не само у стану, кући или другом простору који запослени

5 Paul-Henri Mousseron, „Le lieu de travail, territoire de l'entreprise“, *Droit social*, бр. 11/2007, стр. 1110.

6 Вид. Закон о безбедности и здрављу на раду (*Службени гласник РС*, бр. 101/05), члан 4 тачка 6.

7 Тако се, у смислу универзалних међународних радних стандарда, радом код куће сматра рад који једно лице обавља за накнаду у свом дому или другим просторијама по свом избору које не припадају послодавцу. Тај рад се састоји у производњи производа или пружању услуга које је одредио послодавац, независно од тога ко обезбеђује опрему, материјал и друга средства за рад. Наведену дефиницију допуњује захтев да радник не обавља посао код куће повремено и да не ужива степен аутономије и економске независности који је неопходан да се сматра самозапосленим лицем, у смислу одредби националног законодавства или ставова судске праксе (Конвенција Међународне организације рада број 177 о раду код куће, члан 1 тач. а-б).

може да користи, већ на било ком адекватном месту које се налази изван просторија одређеног привредног друштва, установе или друге радне средине. На то указује и комунитарноправна дефиниција рада на даљину, која проширује место рада са куће или стана запосленог на све друге просторе, објекте и просторије који не припадају послодавцу. Тиме су из садржине појма „рад на даљину“ искључени случајеви редовног обављања послова на стандардном месту рада, тј. у просторијама послодавца, с тим што запослени може да буде ангажован за рад на даљину само ако је сагласан да се његов рад организује и извршава на овај начин. Са друге стране, треба уочити да се *редовни карактер рада на даљину* испољава кроз захтев да запослени редовно и уобичајено (а не повремено и од случаја до случаја) ради ван просторија послодавца, уз употребу информационих технологија. Та редовност, међутим, не значи да се престација рада обавља само и искључиво ван просторија послодавца, већ запослени, понекад, може да обавља поједине послове и у просторијама послодавца.⁸

III Изазов правне квалификације лица која раде (к)од куће

Стандардни начин организације рада подразумева редовно обављање послова у послодавчевим просторијама, што омогућава послодавцу да непосредно усмерава и надзире рад запосленог, а запосленом да ради са својим колегама. Отуда се, у литератури, као важно обележје зависног рада истиче „видљивост” (*visibility*) и ‘присуство’ (*presence*) радника”.⁹ Тај „месни императив“ се разуме и као једно од битних обележја субординације,¹⁰ подразумевајући да је присуство запосленог на месту рада према утврђеном распореду радног времена – неопходан услов за делотворно вршење управљачких и других овлашћења послодавца.

Обележја видљивости и присутности радника изостају у случају рада код куће и рада на даљину, будући да радници обављају посло-

8 Иако би овај елемент могао да се разуме на начин да претпоставља одређивање неког минималног фонда радних сати испод којег одређени начин рада не може бити квалификован као рад на даљину (нпр. захтев да запослени ради ван просторија послодавца најмање 10 сати недељно), већина позитивноправних дефиниција рада на даљину не предвиђа такво квантитативно ограничење.

9 Matthieu de Nanteuil Miribel, Laurent Taskin, *Politics facing the market: Regulating labour flexibility in a society of individuals* у „Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action“, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, стр. 184.

10 Guillaume Henri Camerlynck, Gérard Lyon-Caen, *Droit du travail*, Onzième édition, Dalloz, Paris, 1982, стр. 137.

ве у свом стану, кући или другом објекту или простору који не припада послодавцу. Специфично место рада, при том, има за последицу „узмицање“ запосленог пред неким послодавчевим овлашћењима, посебно када је реч о организацији рада и надзору над радом запослених. То је и разлог што се основна специфичност рада (к)од куће огледа у *одсуству нейосредне, сироје и уобичајене контроле послодавца над радом зайосленої*. Ово обележје рада код куће било је и основни разлог што је он, у прошлости, у теорији, законодавству и пракси, квалификован као независан рад,¹¹ док ће слична дилема, изнова, постати актуелна приликом квалификације лица која раде на даљину.

1. Радноправна заштита лица која раде код куће

Историја радног права сведочи да је, после дуготрајног оклевања законодаваца да заштите лица која раде код куће, отпочео процес њиховог постепеног укључивања у подручје радног (и социјалног) законодавства. У неким државама, тај процес је подразумевао афирмисање економске зависности као битног елемента радног односа, као што је то, нпр. био случај у Француској, док је у другим државама, подручје радноправне заштите проширено на основу изједначавања радника који раде код куће са запосленима који раде на стандардном месту рада (увођењем правног појма „лица слична запосленима“ и апстраховањем природе односа који се успоставља поводом рада код куће), као што је то био случају у Немачкој.¹²

У савременом радном праву, запослени који раде код куће уживају заштиту коју предвиђа радно законодавство, тако да се на њих примењују матични закони о раду, а у неким државама и посебни закони о раду код куће. У тим правним изворима, рад код куће се сматра атипичним обликом радног односа. Значајну улогу у таквој квалификацији има критеријум који се односи на терет ризика, будући да се сматра да однос субординације постоји све дотле док ризик посла сноси искључиво послодавац (*cuius commoda, eius et incommoda*), под условом да послодавац има овлашћење да запосленом издаје, макар, и само оквирне, налоге и упутства за рад. И супротно, рад код куће који радник обавља

11 Guillaume Henri Camerlynck, *Traité de droit du travail: Contrat de travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1968, стр. 565. Тако, примера ради, Балтић као основне разлоге за квалификацију рада код куће као рада ван радног односа наводи неукључивање радника у организацију рада и радни процес, као и чињеницу да радник „није непосредно (ни посредно) потчињен надзору и контроли организације (послодавца) у извршењу свог посла“. Александар Балтић, *Основи радној љрава ФНРЈ*, Научна књига, Београд, 1955, стр. 40–43.

12 Радомир Живковић, „Уговор о раду и социјално законодавство“, *Архив за љравне и друштвене науке*, књ. XXXVI (LIII), бр. 1–2 (посебан отисак), Београд, 1938, стр. 2.

на свој ризик и независно од ма каквих упутстава другог лица не може да се квалификује као радни однос. Примена критеријума који се тиче сношења ризика и издавања налога и упутстава за рад, дакле, треба да покаже да ли је у одређеном случају рад код куће организован у интересу послодавца или не, и да, у случају потврдног одговора, посведочи о постојању радног односа, упркос томе што запослени ужива већу или мању аутономију на раду.¹³

Рад код куће одликује „специфичан режим надзорних овлашћења“, који се огледа у изостанку непосредне, стриктне и уобичајене контроле над радом запосленог,¹⁴ као и у чињеници да ово специфично место рада ужива снажну заштиту изражену кроз уставну гаранцију неповредивости стана. Стога се, надзорно овлашћење према запосленима који раде у својим домовима пре своди на контролу резултата рада, него на уобичајену контролу начина извршавања престације рада, независно од тога што се основна обавеза коју запослени дугује послодавцу не састоји у предаји готовог производа или пружању одређене услуге, већ у раду који запослени обавља за послодавца. Упркос аутономији коју уживају запослени који раде код куће, посебно у погледу подређивања послодавчевим надзорним овлашћењима, правна субординација представља елемент рада код куће све дотле док послодавац сноси искључиви ризик посла и задржава овлашћење за издавање упутстава и налога запосленом. Такву квалификацију не доводи у питање ни могућност радника да за обављање послова користи свој материјал, па, и помоћ чланова уже по-

13 Стога се, примера ради, не може квалификовати као радни однос рад цртача који обавља послове код куће, ако наручилац посла може само да му предложи тему цртежа, коју цртач може да одбије, баш као што наручилац може слободно да одлучи да не објављује пристигле цртеже цртача (*Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, V, n° 61). И супротно, сматраће се да је цртач који ради код куће засновао радни однос са новинском агенцијом ако има обавезу да црта илустрације за одређене чланке, при чему илустрације морају имати унапред одређене димензије и спектар боја и одговарати теми чланака (*Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, V, n° 533). То, коначно, значи да аутономија радника која се испољава само у његовој начелној слободи да организује радно време и могућности да у раду користи сопствени материјал и прибор – није довољна за квалификацију samozапосленог, уколико је радник дужан да у одређеном року и на унапред опредељен начин обавља задатке које му поверава послодавац. Laurent Drai, *Le droit du travail intellectuel*, L.G.D.J., Paris 2005, стр. 406.

14 У том смислу, белгијски Закон о раду код куће предвиђа да се уговор о раду код куће суштински разликује од стандардног уговора о раду на основу два критеријума: први критеријум подразумева обављање рада код куће или на било ком другом месту по избору радника, док се други критеријум испољава у одсуству непосредне контроле или надзора над радом радника. *Loi du 6 décembre 1996 relative au travail à domicile* (*Moniteur belge* du 24 décembre 1996), члан 4.

родице, ако се ти послови обављају за рачун послодавца. Ово стога што субординација не престаје да постоји и онда када је „разлабављена или пригушена“, о чему најбоље сведочи чињеница да запослени који раде код куће не иступају на тржишту у своје име и за свој рачун, нити сами траже клијенте, већ обављају послове које им поверава послодавац.¹⁵ Тиме се елиминише ризик мешања својства запосленог и samozапосленог, тим пре што је запослени који ради код куће дужан да поштује унапред утврђена правила за извршавање радних задатака и да поступа у складу са налозима и упутствима послодавца, иако она могу задобити различите облике, зависно од природе поверених послова.

2. Продор послодавчевих овлашћења до запослених који раде на даљину

Развој рада на даљину обележиле су озбиљне резерве како запослених и синдиката, тако и послодавца и њихових професионалних организација, у погледу оправданости организовања и извршавања рада на овај начин. Када је реч о запосленима, основни разлог за противљење, уздржаност и опрез приликом увођења рада на даљину представљао је страх да би нови начин организације рада могао да отвори врата експлоатацији радника, због њихове изолованости, слабије интегрисаности у радну средину и ризика дискриминације у односу на запослене са стандардним местом рада. Тај изразито негативан однос према раду на даљину имао је за последицу да су нека удружења синдиката, чак, тражила од законодаваца да императивним нормама забране рад на даљину.¹⁶ Законском уређивању рада на даљину противили су се и послодавци, јер је примена радног законодавства на запослене који раде на даљину значила крај пракси да се радници на даљину, у свим случајевима, квалификују као samozапослена лица, што је послодавцима одговарало због нижих трошкова и могућности да избегну примену норми о заштити за случај отказа и другим аспектима радноправне заштите. Након почетних непријатељских или уздржаних ставова, однос социјалних партнера према раду на даљину постепено се мењао, и то, у правцу сагледавања предности и потенцијала овог начина организације рада. Паралелно са тим, настају и прве иницијативе за нормирање рада на даљину, па су синдикати запослених преформулисали првобитни захтев за забраном рада на даљину у захтев да се подручје радног и социјалног законодавства прошири на запослене који раде на овај

15 Luz Vega Ruiz, „La travail à domicile: vers une nouvelle réglementation?“, *Revue internationale du Travail*, бр. 2/1992, стр. 213.

16 Vittorio Di Martino, Linda Wirth, „Telework: An overview“, *Conditions of work digest*, бр. 1/1990, International Labour Office, Geneva, 1990, стр. 27.

начин. Потоњи захтев представља посебан изазов за радно законодавство и праксу, будући да се рад на даљину не обавља у непосредном (физичком) присуству послодавца, што доводи у питање постојање субординације као битног елемента радног односа (и уговора о раду).

За разлику од стандардног начина организације рада, лице које ради на даљину, по правилу, обавља послове независно од неког унапред строго утврђеног распореда радног времена и без непосредне послодавчеве контроле. Тиме се рад на даљину приближава раду samozапослених лица, доводећи у питање могућност да се лица која раде на даљину квалификују као запослени. Мишљења аутора о оправданости и умесности ове квалификације нису усаглашена, будући да таква квалификација претпоставља испуњеност два, међусобно супротстављена, захтева. Први захтев односи се на право послодавца да надзире извршавање престације рада, док се други захтев тиче поштовања аутономије запослених ван просторија послодавца. Отуда, најпре, ваља уочити да рад на даљину не опозива право послодавца да контролише рад радника, и поред тога што му није својствена непосредна, мање или више строга, контрола рада запослених. Уместо тога, надзорна овлашћења послодавца у случају рада на даљину добијају нове облике, што, неретко, подразумева да послодавац више надзире резултате рада, него начин обављања радних задатака.¹⁷ Истовремено, ваља приметити да немогућност „физичког“ надзора *a priori* не искључује и могућност „виртуелног“ надзора над радом запослених, о чему сведоче различити облици аутоматског надзора и праћења процеса рада, попут регистрације времена проведеног за рачунаром, на интернету или у вези са сервером послодавца, иако се у неким случајевима надзор над радом лица која раде на даљину исцрпљује у њиховој обавези да воде евиденцију о раду.

Могућност непосредног или посредног надзора над радом запослених који раде на даљину сведочи о постојању субординације у радном односу, с тим што се она сада испољава у новом облику¹⁸. Стога су у праву аутори који упозоравају да рад на даљину стварно не противречи конструкцији правне субординације у радном односу, будући да се однос подређености и надређености успоставља „независно од тога да ли је запослени повезан са базом података или послодавчевом унутрашњом рачунарском мрежом (*intranet*) – из послодавчевих просторија, од своје куће или из просторија послодавчевог клијента“.¹⁹

17 Alain Supiot, „Les nouveaux visages de la subordination“, *Droit social*, бр. 2/2000, стр. 134.

18 Lord Wedderburn, „Labour law: From here to autonomy?“, *Industrial Law Journal*, бр. 1/1987, стр. 7.

19 Jean-Emmanuel Ray, Jacques Rojot, „A comparative study of the impact of electronic technology on workplace disputes“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, бр. 24, 2002/2003, стр. 118–119.

Отуда се може сматрати да се између запосленог који ради на даљину и послодавца успоставља однос подређености и надређености све докле док послодавац сноси ризик посла, има овлашћење да издаје налоге и упутства и посредно или непосредно надзире рад запосленог. Исто закључује и Пескинеова (*Elsa Peskine*) када пише да нови облици рада нису супротни конструкцији о односу субординације, упркос томе што он, у овим случајевима, показује ново лице.²⁰ Стога тврдња да субординација задобија нове облике у случају рада на даљину не представља довољан разлог да се доведе у питање квалификација рада на даљину као радног односа. То има за последицу да се у упоредном радном праву, рад на даљину уређује као посебан начин организације или извршавања рада, уз захтев да се запосленима који раде на даљину обезбеде иста права и исти услови рада као и запосленима који раде у просторијама послодавца.

Са друге стране, треба одговорити на питање да ли специфичности рада на даљину оправдавају увођење неког посебног правног режима који би важио само за запослене који раде на даљину. Стога се у литератури поставило питање да ли је подесно да се на запослене који раде од куће примењују правила о раду код куће. Тако је у немачкој доктрини заступан став да лица која раде на даљину улазе у подручје примене Закона о раду код куће само ако раде *off-line*, тј. без тренутне везе са централним рачунаром послодавчевог рачунарског система.²¹ Када је, међутим реч о запосленима који су, док раде, умрежени и непосредно повезани са централним рачунаром послодавца (дакле, раде *on line*), постоји претпоставка да послодавац непосредно надзире и контролише њихов рад, због чега је предложено да се на њих примењују прописи који важе за запослене са стандардним местом рада.²² Питање подесности примене прописа о раду код куће на запослене који раде на даљину поставило се и у другим државама и широко је дискутовано у литератури. Полазну тачку у тим дискусијама чини констатација да између рада на даљину и рада код куће постоје одређене сличности, попут обављања послова ван просторије послодавца и проблема у примени императивних норми о ограниченом радном времену, одморима и безбедности и здрављу на раду. Са друге стране, између ових облика рада постоје

20 Elsa Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2008, стр. 81. Попут других аутора, и ауторка користи успешну синтагму „нова лица субординације“, коју је осмислио Сипио (*Alain Supiot*), желећи да истакне да нови начини организације рада нису имали за последицу ишчезавање субординације из радног односа. Она и даље остаје елемент радног односа, с тим што, због промена у организацији и уређивању рада, може да задобије нове облике, односно да покаже своја „нова лица“.

21 V. Di Martino, L. Wirth, *Telework: An overview*, нав. чланак, стр. 21.

22 *Ibid.*

разлике које се не могу свести на чињеницу да запослени који раде на даљину користе савремене технологије за извршавање престације рада. Ово тим пре што се рад на даљину може обављати не само из стана или куће запосленог, већ и из сваке друге адекватне просторије која не припада послодавцу. Отуда је могуће закључити да се рад на даљину, због своје сложености и мноштва различитих облика у којима се испољава, не може сматрати само једним (новим) обликом рада код куће. Стога ће и евентуална примена прописа о раду код куће на запослене који раде на даљину зависити од конкретне врсте рада.

И, најзад, ваља уочити да различита мишљења о потреби нормирања рада на даљину нису била и једина тачка размимоилажења социјалних партнера и радноправних посленика. Одређене дилеме појавиле су се и у погледу метода стварања норми о раду на даљину. Због сложености рада на даљину и мноштва његових појавних облика, афирмисан је став да колективно преговарање представља повољнији метод стварања норми о заштити запослених који раде на даљину од законског уређивања ове материје.²³ Са друге стране, ваља имати у виду да, колективни уговори, упркос томе што омогућавају да се рад на даљину уреди на начин који највише одговара различитим ситуацијама у одређеној грани или делатности, показују и одређене недостатке. Најзначајнији недостатак тиче се чињенице да запослени који раде на даљину, због слабије интегрисаности у предузећу и својеврсне изолованости, неретко, нису синдикално организовани или наилазе на тешкоће у остваривању права на синдикално организовање и деловање, колективно преговарање и заштиту интереса путем штрајка и других метода колективне акције.²⁴ Ипак, у већини држава чланица Европске уније, по узору на Европски оквирни споразум о раду даљину, рад на даљину уређују социјални партнери општим или гранским колективним уговорима (нпр. у Грчкој, Данској, Исланду, Италији, Француској, Шведској), док се у сразмерно мањем броју држава предметна материја уређује изворима државног порекла (Мађарска, Португал, Чешка).²⁵ Са друге стране, постоје и државе

23 *Ibid.*, стр. 23.

24 Више о препрекама за делотворно остваривање слободе синдикалног организовања и деловања запослених који раде на даљину вид. у Juan Carmona-Schneider, Renato Di Ruzza, Serge Le Roux, Marc Vandercammen, *Le travail à distance: Analyses syndicales et enjeux européens*, 2^{ème} édition, De Boeck, Paris, 1999.

25 ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, Implementation of the European framework agreement on telework, *op. cit.*, стр. 13. Рад на даљину није неспоредно уређен на нивоу Међународне организације рада, али не треба губити из вида да се поједини извори права Међународне организације рада баве утицајем технолошких иновација на правни положај запослених (Конвенција број 158 и Препорука број 166 о престанку запослења на иницијативу послодавца; Конвенција број 168 о политици запошљавања). Ови извори предвиђају право запослених и њихових професионалних организација да буду обавештени и консултовани увек када

у којима рад на даљину представља предмет регулације колективних уговора и закона (Белгија, Луксембург), док је у Великој Британији и у Ирској ова материја уређена кодексима понашања.

IV Ризик неповољнијег поступања према запосленима због специфичног места рада

Будући да се редовно обавља без непосредног физичког присуства послодавца или другог лица овлашћеног за контролу рада запослених, рад код куће и рад на даљину остављају запосленима већу слободу у погледу организације и извршавања рада. Стога се *prima facie* може констатовати да рад (к)од куће обезбеђује запосленима већу аутономију у раду него што је то случај са радом који се организује и извршава у просторијама послодавца. Запослени који раде код куће или на даљину су, са друге стране, суочени са ризиком да буду доведени у неповољнији положај у односу на запослене са стандардним местом рада, будући да је радно законодавство традиционално конципирано према моделу запосленог који обавља послове у просторијама послодавца и под његовим непосредним надзором. Отуда радно законодавство, по правилу, не уважава у довољној мери специфичности рада код куће и рада на даљину. Такав приступ подразумева и игнорисање чињенице да измештеност запосленог из послодавчевих просторија и његова одвојеност од колега, саме по себи, доводе до својеврсне маргинализације запослених који раде на овај начин, на шта упозорава и Реј (*Jean-Emmanuel Ray*), када полушалаиво (иронично), примећује да за запослене који раде на даљину важи изрека „Далеко од очију, далеко од срца“.²⁶

Решење овог проблема, најпре, претпоставља стварање услова да запослени који раде код куће, као и запослени који раде на даљину имају иста права и услове рада као и запослени који обављају послове у просторијама послодавца. Отуда се *начело једнакости* афирмише као основно начело заштите ових категорија запослених,²⁷ које подразумева да запослени који раде код куће, односно на даљину имају право на исте услове рада, учешће у управљању, приступ стручном усавршавању и исте могућности за напредовање као и запослени који раде у просторијама послодавца. Истовремено, постоји потреба да се одређена радноправ-

послодавац планира или реализује увођење нових технологија које значајно утичу на положај запослених.

26 Jean-Emmanuel Ray, „Temps professionnel et temps personnels“, *Droit social*, бр. 1/2004, стр. 69.

27 Вид.: Конвенција МОП-а број 177 о раду код куће, члан 4; Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 4.

на правила прилагоде специфичним обележјима организације рада код куће, односно рада на даљину, што је нарочито важно у погледу организације и уређивања радног времена, обезбеђивања безбедности и здрављу на раду и заштите приватности запослених, као и остваривања права из колективног радног односа. Такво решење предвиђа и Европски споразум о раду на даљину, захтевајући да радници који раде на даљину, у погледу услова рада, имају иста права која меродавно законодавство и колективни уговори гарантују упоредивим радницима који раде у просторијама послодавца, с тим што, „ипак, могу бити неопходни и специфични допунски колективни и/или индивидуални споразуми како би се уважиле посебности рада на даљину“.²⁸ Ово правило се примењује у свим европским државама, где је социјалним партнерима и субјектима индивидуалног радног односа препуштено да (колективним уговорима, односно уговорима о раду) уреде неопходне измене услова рада и утврде посебна правила за одређене аспекте организације рада.²⁹ Осим тога, европски социјални партнери уважавају значај ризика изолованости, обавезујући послодавце на предузимање мера за спречавање изолације запослених који раде на даљину од остатка радне заједнице, што, посебно, подразумева стварање могућности за њихове редовне сусрете са колегама и учешће на радним састанцима.³⁰

Посебан проблем заштите запослених који раде (к)од куће представља стварање услова за делотворно остваривање права на ограничено радно време. Ово стога што *распоред радној времена* запослених који раде код куће, односно на даљину, по правилу, није строго утврђен, што неки аутори неоправдано оцењују као изостанак интеграције запосленог у организовани радни процес. Изузетак од тог правила представља обавеза послодавца да, у договору са запосленим, утврди време у којем запослени мора бити доступан послодавцу и у којем послодавац може да га контактира. У том смислу је општим колективним споразумима у Белгији, Луксембургу и Француској предвиђено утврђивање оквирног

28 Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 4.

29 ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, Implementation of the European framework agreement on telework, стр. 20. Посебно интересантно решење предвиђа луксембуршки колективни уговор, који радницима који раде на даљину обезбеђује и већу заштиту од оне предвиђене Европским споразумом. Та заштита подразумева обавезу послодавца да запосленима који, због преласка на рад на даљину, губе могућност да остварују раније стечене погодности које послодавац обезбеђује запосленима у натури – обезбеди другу новчану или натуралну престацију, као компензацију. Convention du 21 février 2006 relative au régime juridique du télétravail (*Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 189 du 6 novembre 2006), тачка 8 став 3.

30 Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 9 став 3.

распореда радног времена (фр. *plages horaires*), које, између осталог, доприноси и заштити права на поштовање приватног живота запосленог.³¹ Ако такве обавезе нема, као радно време запосленог који раде на даљину може бити одређен сваки период у којем он обавља професионалне активности, чак и ако би одлучио да неко краће време у том периоду посвети личним активностима. Ово стога што запослени који раде на даљину имају могућност да организују своје време рада, паузе, време одмора и породичне активности на начин који им највише одговара. Са таквом праксом скопчана је тешкоћа да се на ову категорију запослених доследно примене императивне норме о ограниченом радном времену, одморима и ноћном и прековременом раду, што, даље, представља ризик за безбедност и здравље запослених, посебно ако се има у виду пракса запослених који раде (к)од куће да неретко оптирају за ноћни и прековремени рад. Стварању овог ризика доприноси и немогућност непосредног надзора над радом запослених, због чега послодавци преузимају (само) обавезу да рокове за извршавање поверених послова одређују на начин да не лишавају запослене могућности да користе дневни и недељни одмор у истом трајању као и запослени са стандардним местом рада.³² У литератури се, са друге стране, истиче да се правила о ограниченом радном времену и одморима лакше примењују на запослене који раде *on line*, јер су они за време извршавања престације рада непосредно повезани са централним рачунаром послодавца, који може да обезбеди примену правила о ограниченом радном времену и паузама прекидањем приступа централном рачунару за време пауза, односно по истеку дневног радног времена.³³ Тешкоће, међутим, постоје ако запослени током рада није непосредно повезан са централним рачунаром послодавца, када се поштовање правила о ограниченом радном времену обезбеђује на други начин, нпр. посредством телефонских провера или софтверске контроле времена и дужине употребе рачунара, под условом да је запослени претходно обавештен о овим мерама надзора.³⁴

31 Француски национални међугрански споразум о раду на даљину, тако, предвиђа да је послодавац обавезан да поштује приватни живот запосленог који ради на даљину и да, у том смислу, у договору са запосленим, одређује временске периоде (*plages horaires*) у којима може да га контактира (Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 relatif au télétravail, члан 6 став 1). Вид.: Convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005 concernant le télétravail (*Moniteur belge* du 5 septembre 2006), modifiée par la convention collective de travail n° 85 bis du 27 février 2008 (*Moniteur belge* du 14 avril 2008), члан 6 став 2 тач. 1–2; Convention du 21 février 2006 relative au régime juridique du télétravail (*Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 189 du 6 novembre 2006), тачка 4 став 2 алинеја 4.

32 Препорука Међународне организације рада број 184 о раду код куће, тачка 23.

33 V. Di Martino, L. Wirth, *нав. чланак*, стр. 23.

34 *Ibid.*

Осим тога, ваља приметити да специфично место рада запослених који раде на даљину, у начелу, мора бити доступно послодавцу, радничким представницима и инспекцији у циљу надзора над применом прописа о безбедности и здрављу на раду, такође, под условом да је запослени претходно обавештен и сагласан са контролом.³⁵

Осим радног времена, посебно осетљиву област заштите запослених који раде код куће, односно на даљину, представља *безбедности и здравље на раду*, такође, због чињенице да ова категорија запослених обавља послове ван просторија послодавца. Проблем стварања услова за делотворно остваривање права на безбедност и здравље на раду добија на тежини када запослени обављају послове код куће, будући да гаранција права на поштовање приватног и породичног живота (односно права на неповредивост стана) може представљати својеврсно ограничење за контролу радног окружења. То, међутим, не значи да се обавезе послодавца своде само на информисање запослених о ризицима и обезбеђивање и одржавање заштитне опреме и безбедносних уређаја. Општа правила о заштити безбедности и здравља на раду се, уместо тога, примењују и на запослене који не раде у просторијама послодавца, уз неопходно уважавање специфичности њиховог места рада. Потоњи захтев, између осталог, укључује и забрану употребе опасних средстава за рад или забрану уговарања послова који су опасни или штетни за здравље запосленог и других лица.³⁶ Проблем делотворног остваривања права на безбедност и здравље на раду једнако погађа и запослене који раде на даљину, тим пре што су они угрожени специфичним ризицима због коришћења електричних уређаја и опреме са екранима (пожари, неодговарајуће осветљење, стрес и сл.). Заштита њихове безбедности и здравља, нарочито, подразумева обавезу коришћења опреме која испуњава услове прописане императивним нормама о заштити безбедности и здравља на раду, при чему послодавац, по правилу, одговара за

35 Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 8 ст. 3–4. У том смислу, посебно интересантно решење садржи луксембуршки колективни уговор о правном режиму рада на даљину, који детаљно уређује поступак контроле наменске употребе материјала за рад који обезбеђује послодавац. Послодавац је дужан да обавести запосленог о планираној контроли и да се са њим договори о датуму и времену контроле. Термин контроле, при том, мора бити одређен у оквиру временског периода у којем је запослени, иначе, дужан да буде доступан послодавцу, осим у изузетним случајевима (нпр. ако постоји опасност да ће материјал или софтвер бити оштећени). Ако запослени ради код куће, послодавац може имати приступ само оном делу стана или куће запосленог у којем се налази предметни материјал. Convention du 21 février 2006 relative au régime juridique du télétravail (*Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 189 du 6 novembre 2006), тачка 10 став 2 алинеја 1.

36 Вид.: Конвенција Међународне организације рада број 177, члан 7; Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 44.

безбедност опреме коју сам обезбеђује, док је запослени одговоран за исправност електричног система у својим просторијама.³⁷ Правни прописи неких држава обавезују послодавце да организују претходну обуку запослених за употребу информатичке опреме (Пољска), односно да врше процену ризика на „приватном“ месту рада како би се радна станица организовала у складу са овим нормама (Велика Британија, Ирска)³⁸. Поред прелиминарне контроле, послодавац обезбеђује и периодичне провере места рада, с тим што специфично место рада, у начелу, мора бити доступно послодавцу, радничким представницима и инспекцији рада у циљу надзора над применом прописа о безбедности и здрављу на раду, али само ако је запослени сагласан са овом контролом.³⁹

Посебно деликатан аспект заштите запослених који раде (к)од куће, односно на даљину, представља *заштитна права на поштовање приватног живота*. Ово стога што обављање послова на специфичном месту рада прати интензивно преплитање сфера професионалног и приватног живота запосленог, нарочито ако послодавац користи модерне технологије за надзор над радом запослених.⁴⁰ Отуда се граница између допуштене и недопуштене контроле рада запослених који раде код куће, односно на даљину, може повући на различитим тачкама. Где ће оне бити постављене зависи, преваходно, од послова које запослени обавља за послодавца, од стандарда рада који важе у одређеној радној средини и од појединачних споразума заинтересованих лица. У сваком случају, послодавац може вршити надзорна овлашћења само у оквиру општих начела и правила која уређују контролу рада запослених у просторијама послодавца, што, пре свега, укључује ограничење контроле у светлу послодавчеве обавезе лојалности запосленом и обавезе уздржавања од прекомерног задирања у права и слободе запослених. Ако је оправдана, таква контрола мора бити строго уређена, уз

37 ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, Implementation of the European framework agreement on telework, стр. 24.

38 *Ibid.*

39 Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 8 ст. 3-4. Са друге стране, Препорука Међународне организације рада број 184 предвиђа да се инспекторима рада мора обезбедити приступ деловима стана или других приватних просторија у којима се обављају послови ради надзора над применом прописа о раду код куће (тачка 8).

40 Европски споразум, тако, ограничава технички и информатички надзор над радом запослених само на случајеве у којима је он сразмеран циљу одређеног посла и реализован у складу са техничким правилима из Директиве Савета 90/270/EЗ о минимуму безбедносних и здравствених услова за рад са опремом са екранима. Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002, тачка 6 став 2.

прецизно одређивање циљева надзора и начина прикупљања података – од прецизирања врсте и природе података који ће бити прикупљени, преко утврђивања круга лица која ће имати увид у прикупљене податке, до дефинисања рока у којем ће одговарајући подаци бити чувани. Истовремено, важно ограничење за употребу надзора представља и забрана тајног надзора, односно захтев да запослени морају бити унапред обавештени о примени одређене надзорне мере (начело транспарентности), иако би било идеално ако би раднички представници били и консултовани о овим питањима.

V Закључак

Појава рада на даљину као посебног начина организације рада везује се за ране осамдесете године XX века. У то време је најављиван масовни повратак запослених на рад код куће и широко коришћење нових технологија у раду,⁴¹ што је појединим ауторима дало повода за тврдњу да традиционални модел места рада све више уступа место „виртуелном моделу места рада, који чине мреже предузећа и сајбер-простор“; уз ишчезавање „радничких тврђава“ оличених у великим фабрикама и сличним радним срединама.⁴² Такве оцене су, међутим, биле претеране, будући да се рад на даљину развијао спорије него што се очекивало. Данас, на овај начин ради релативно мали број запослених, а може се очекивати да ће рад у просторијама које припадају послодавцу и у будућности представљати доминантан начин извршавања престације рада.⁴³ Ипак, постоји потреба да се савладају изазови заштите запослених који раде (к)од куће, тим пре што он, данас, не представља некакву ексклузивну технолошку иновацију, већ саставни део система радних односа у већини европских држава.

Са друге стране, домаћа пракса показује да послодавци у Србији у недовољној мери користе могућности које пружају савремене информационе технологије, иако је могуће претпоставити да неки од њих већ организују рад на даљину (сва је прилика, спонтано /од случаја до случаја/ и неформално). На увођење и развој рада на даљину утичу бројни организациони и културни фактори, тако да незнање, неповерење и страх од непознатог, неретко, одвраћају социјалне партнере

41 V. Di Martino, L. Wirth, *нав. чланак*, стр. 7.

42 P.-H. Mousseron, *нав. чланак*, стр. 1111.

43 Овај закључак, између осталог, потврђује и податак да у државама чланицама Европске уније на овај начин ради 4,5 милиона запослених, од којих је највећи број запослен у Великој Британији и Холандији. ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, *Implementation of the European framework agreement on telework*, стр. 4.

од новог начина организације рада. Послодавци се устручавају да прихвате овај *novum* јер нису упознати са могућностима које пружа, док неки од њих зазиру од примене другачијих модела управљања радом запослених. Када је реч о запосленима, код њих и њихових професионалних удружења постоји бојазан да послодавци могу да злоупотребе изолованост запослених који раде ван просторија послодавца и да према њима поступају неповољније од запослених који раде на стандардан начин. Овим проблемима супротстављају се предности рада на даљину, од којих је најзначајнија могућност да се значајно сниже трошкови рада, посебно трошкови за обезбеђивање просторних услова за рад и превоза запослених.⁴⁴ Поред уштеде, коју, у извесној мери, релативизују трошкови набавке и одржавања рачунарске и телекомуникационе опреме, предност рада на даљину представљају и модернизација рада и већа продуктивност, али и мањи апсентизам запослених.⁴⁵ Са друге стране, рад на даљину омогућава запосленима да боље организују и користе своје време, односно да боље ускладе приватне и пословне обавезе (због уштеде времена које би трошили на путовање од куће до посла и натраг, због лакше доступности члановима породице и др.), али и да остваре виши степен аутономије у организацији, планирању и извршавању рада, премда за велику већину запослених рад на даљину, односно рад код куће не представља питање избора, већ питање нужности да се прихвати неопходно запослење, упркос жељи за закључењем стандардног уговора о раду.⁴⁶ Поред лица са породичним обавезама, овај начин организације рада нарочито је повољан и за запошљавање лица са инвалидитетом (посебно лица са отежаним кретањем) и старијих лица. Осим тога, организовање рада на даљину омогућава да се лица која живе у руралним срединама и удаљеним подручјима ангажују за обављање послова који су, иначе, доступни само у градовима, што се може разумети и као инструмент у борби против незапослености.

Имајући у виду недостатке и предности рада на даљину, као и чињеницу да овај начин организације рада, данас, не представља некакву ексклузивну технолошку иновацију, могуће је закључити да се изазов организовања рада на даљину налази и пред домаћим социјалним партнерима. Као полазна тачка у савлађивању тог изазова може послужити упознавање са искуствима европских држава. Она показују да би на запослене који раде на даљину ваљало применити општа радноправна правила, уз захтев да им се обезбеде иста права и исти услови рада као и запосленима који раде у просторијама послодавца. Истовремено,

44 Vittorio Di Martino, *The high road to teleworking*, International Labour Organization, Geneva, 2001, стр. 65 и даље.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

постоји потреба да се одређена правна правила прилагоде специфичним обележјима рада на даљину, посебно када је реч о стварању услова за делотворно остваривање права на безбедност и здравље на раду, организацији и уређивању радног времена, заштити права на поштовање приватног живота запослених и остваривању права из колективног радног односа. Чини се да би само под тим условом могућности које пружа рад на даљину могле да се употребе на корист свих страна индивидуалног и колективног радног односа и читавог друштва.

Mag. Ljubinka KOVAČEVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

CHALLENGES OF LEGAL PROTECTION OF EMPLOYEES WORKING AT (FROM) HOME

Summary

This paper seeks to examine the status of homeworkers and teleworkers, and their protection in international, comparative and Serbian labour law. The author shows that work at home and telework challenge traditional model of work in many ways. Most of all, they challenge the concept of legal subordination (employee's autonomy at work, lack of employer's direct control of work), as well as the idea of the clear separation of professional and private life. In spite of that, homeworkers and teleworkers maintain employee status and should suffer no discrimination due to their specific place of work or specific way to perform a job. Therefore, it is possible to use the existing labour legislation for regulation of work at home and telework, trying to adapt its provisions to the changed organization and performance of work. It has been argued that the next step in regulation of working at (from) home should be the elimination of obstacles which may limit consistent use of principle of equal treatment, and the special protection of homeworkers and teleworkers (i.e. making conditions for the effective exercise of their collective labour rights and rights to limited working hours, to safe and healthy working conditions and to protection of private life).

Key words: *specific place of work, work at home, telework, control of work, labour law protection.*

Параскева МИХАЈЛОВИЋ
дипломирани правник

ИЗАЗОВИ ЗА ПРОМЕНЕ ЗАКОНА У ОБЛАСТИ РАДА

Резиме

Предмет овог рада су моћни фактори промена закона у области рада, пре свега, Закона о раду, који уређује систем радних односа и има карактер основног/матичног закона у области рада, а који се примењује од 23. марта 2005. године, без значајнијих промена у овом периоду и поред бројних захтева и предлога, првенствено од стране послодавца.

Полазећи од најзначајнијих захтева и предлога, у раду су изнећи разлози и потреба да се изврши промена одређених одредаба Закона о раду, као и предлози и сујестије које промене и у ком смислу их треба извршити, који су предлози нејрихвалјиви и због чега.

Посебна важња у раду освештена је потреби да се законом уреди питање статуса запослених који остварују радни однос код једног послодавца на основу уговора о раду, а обављају посао за другој послодавца, чиме су њихове услуге заправо изнајмљивање (Outsourcing модел), као и потреби да се изврши усклађивање postoјећих закона о заштити наших радника на раду у иностранству, о запошљавању странаца и о евиденцијама у области рада, са реалним потребама.

Кључне речи: *изазови за промене, закони у области рада, предлози за промене, изнајмљивање запослених.*

I Увод

Закон о раду,¹ који се примењује од 23. марта 2005. године, претрпео је одређене измене и допуне исте године, које се примењују од 19. јула 2005. године, као и допуне члана 116 које се примењују од 25. јула 2009. године.

Примена овог закона у протеклом периоду, поред значајних резултата у примени највећег броја одредаба, испољила је и одређене недостатке и недоречености, као и потребу да се одређени радноправни институти, који представљају правну празнину, уреде овим законом. Уочени недостаци и недоречености стварају послодавцима велику сметњу и ограничење у раду, посебно у условима економске кризе, а који нису у интересу ни запослених ни послодаваца.

Питања и предлоге за промене одређених радноправних института, њихово побољшање и/или усклађивање са ратификованим међународним конвенцијама и стандардима Европске уније постављају послодавци у свим областима рада, пре свега страни инвеститори који послују у Србији, као и они који сагледавају услове и могућности улгања на овим просторима.

С тим у вези посебно истичемо предлоге и примедбе Савета страних инвеститора, датих у оквиру предлога за побољшање пословног окружења у Србији, тзв. Бела књига, за 2009, односно за 2010. годину, предлоге Привредне коморе САД-а (*American Chamber of Commerce in Serbia*), Привредне коморе Србије и других привредних субјеката, јавних служби и сл.

II Радноправни прописи донети по ступању на снагу Закона о раду

важећи Закон о раду, као што је напред изнето, донет је и примењује се од 23. марта 2005. године, који уређује ситем радних односа и спада у ред системских закона. Основне карактеристике Закона, института и целине односа изражене су у: јединственом радноправном положају свих запослених – примењује се на све запослене који раде на територији Републике Србије, има карактер основног/матичног закона у односу на друге законе који садрже посебне одредбе о радним односима; у уређивању права, обавеза и одговорности колективним уговорима и уговором о раду, а само изузетно правилником о раду; утврђивању обавезе колективног преговарања, али не и обавезе закључивања колек-

1 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09).

тивног уговора; успостављању међусобног односа закона, колективног уговора, правилника о раду и уговора о раду на принципима да општи акт и уговор о раду може да садржи само већа права и повољније услове рада од права и услова утврђених законом; стварању простора за синдикални плурализам; заштити синдикалних представника и обезбеђивању услова за рад синдиката; заштити омладине, жена, инвалида и материнства и др.

После ступања на снагу Закона о раду донето је више закона (више од 10), подзаконских и других прописа којима се уређују одређена питања из области радних односа и у вези са радом. То су посебни закони којима се, на одређени начин, обезбеђује потпуније уређивање значајних питања из области рада и у вези са радом, а тиме и доследнија примена одредаба Закона о раду.

Поред тога, закључен је Општи колективни уговор, који се на основу одлуке о проширеном дејству, примењује на све послодавце у Републици Србије од 11. фебруара 2009. године, осим одредаба чија је примена привремено одложена Анексом II Општег колективног уговора („Сл. гласник РС“, бр. 8/09).

Осталим одредбама Општег колективног уговора, према оцени послодаваца, значајно су проширена права запослених, неке процедуре (обрачун зараде, додатно отежан начин престанка радног односа по основу неостваривања резултата рада и/или недостатка знања и способности за обављање послова на којима ради) су компликованије него пре, што успорава, односно онемогућује ефикасан рад.

У току је и закључивање посебних колективних уговора за одређене гране, области, или територију јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе. До сада је закључено више од 10 ових уговора, првенствено у ванпривреди и комуналним делатностима. Закључена су два посебна колективна уговора у области грађевинарства и пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде, и за оба је донета одлука министра о проширеном дејству на све послодавце у тим областима.

Донет је низ подзаконских аката за имплементацију највећег броја новодонетих закона у области рада. Међутим, многи од ових аката донети су знатно после прописаних рокова, што има за последицу стварање неизвесности и неадекватну припрему за њихову примену. Оцењује се, стога, да је неопходно да се подзаконски прописи доносе у роковима предвиђеним у прелазним и завршним одредбама тих закона, како би се обезбедила њихова благовремена и адекватна примена.

III Могући правци промена закона у области рада

Полазећи од датих предлога и питања која се у примени одређених одредаба закона у области рада најчешће постављају, намеће се потреба да се одређена питања која нису уређена нашим прописима, а која се појављују у пракси, уреде Законом о раду, као и да се изврши адекватно преиспитивање и иновирање једног броја закона, чија је примена формално настављена, без усаглашавања њиховог садржаја са реалним потребама. То су, пре свега:

*Закон о заштити грађана Савезне Републике Југославије на раду у иностранству,*² примењује се од 23. маја 1998. године. Изменама и допунама овог закона 2005. године утврђене су новчане казне за прекршаје и привредне преступе у чл. 33 и 34 Закона, а ступањем на снагу новог Закона о запошљавању и осигурању за слушај незапослености (23. маја 2009. године), чланом 110 тог закона, престају да важе одредбе чл. 2 до 10 овог закона, у делу који се односи на запошљавање.

Остале одредбе овог закона, међутим, нису ни садржајно ни језички прилагођене реалним потребама, имајући у виду чињеницу да ће све више бити потребе за применом одредаба овог закона, упоредо са развојем привреде и приливом страних инвестиција.

*Закон о условима за заснивање радног односа са страним држављанима,*³ примењује се од 1978. године, а одредбама о изменама овог закона из 2005. године извршена је само промена износа новчаних казни за привредне преступе и прекршаје у члану 12 Закона.

Потребно је, међутим, донети нови закон о запошљавању странаца и целовито уредити сва питања која се у вези с тим јављају. Посебно је проблематично питање запошљавања странаца са привременим боравком, као и страних држављана који раде код страног послодавца чије седиште или седиште његовог представништва није регистровано на територији Републике Србије, а који своју делатност обављају на основу директних уговора закључених са домаћим послодавцима.

*Закон о евиденцијама у области рада,*⁴ примењује се од 1. јануара 1997. године. Ступањем на снагу Закона о запошљавању и осигурању за

2 Закон о заштити грађана СРЈ на раду у иностранству (*Службени лист СРЈ*, 24/98, *Службени лист РС*, бр. 101/05 и 36/09).

3 Закон о условима за заснивање радног односа са страним држављанима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 11/78, 64/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/92, 24/94, 28/96 и *Службени лист РС*, бр. 101/05).

4 Закон о евиденцијама у области рада (*Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени лист РС*, бр. 101/05).

случај незапослености (у даљем тексту: Закон о запошљавању), одредбама члана 110 овог закона, прописано је да престају да важе одредбе чл. 8 до 22 и чл. 26 до 40 Закона о евиденцијама у области рада. Међутим, остале одредбе нису преиспитане и усаглашене са другим прописима у области рада.

У Закону о раду или Закону о запошљавању потребно је уредити питање статуса запослених који остварују радни однос код једног послодавца на основу уговора о раду, који закључују са агенцијама за стално или привремено запошљавање, а обављају посао за другог послодавца, чиме су њихове услуге заправо изнајмљивање (*Outsourcing* модел).

Овај радноправни институт ниједним законом није уређен и поред чињенице да су од 2003. године Законом о запошљавању први пут, у наш правни систем, уведене приватне агенције за запошљавање, којима су у надлежност дати само послови *из њрве љрује услуја* предвиђених чланом 1 став 1а Конвенције МОР-а бр. 181,⁵ које имају за циљ да приближе (доведу у везу) понудиоце и потражиоце посла.

Према одредбама ове конвенције *друју љрују* чине услуге сталног запошљавања радника у циљу стављања на располагање трећим лицима – физичким или правним (предузеће корисник), која утврђују њихове послове и надзиру извршавање. Овде се ради о томе да агенција (физичко или правно лице), као послодавац запошљава раднике, тј. заснива са њима радни однос. Међутим, ова лица неће извршавати послове код агенције, у овом случају њиховог послодавца, него ће их агенција упутити на рад код другог послодавца (предузећа корисника) које ће бити корисник њиховог рада.

Иако ово питање није до сада уређено законом, у Републици Србији већ дуже времена ради неколино страних агенција које се баве сталним или привременим запошљавањем и изнајмљивањем запослених другим послодавцима, што се толерише. Стога се поставља као императив да се ово питање што пре уреди законом како би се на одговарајући начин обезбедила, првенствено заштита запослених, али и послодаваца корисника ових услуга.

5 Конвенција бр. 181 усвојена је 19. јуна 1997. године, коју наша држава није ратификовала. Одредбама ове конвенције услуге су сврстане у три групе. *Прву љрују* чине услуге које имају за циљ да приближе (да доведу у везу) понудиоце и потражиоце посла, тј. запослења (чл. 1 ст. 1-а). *Друју љрују* чине услуге *сталној зайошљавања радника у циљу стављања на располагање трећим лицима физичким или љравним* (предузеће корисник) која утврђују њихове послове и надзиру извршење (чл. 1. ст. 1-а). *Трећу љрују* чине друге услуге за које је карактеристично истраживање (проучавање) тражиоца запослења тј. незапослених. Види: Боривоје М. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, 2001, стр. 267.

IV Промене које треба извршити у Закону о раду

Поред промена у наведеним законима, односно уређивања питања које није уређено законом и представља правну празнину, потребно је преиспитати и одредбе за које се оцењује да су проблематичне и које послодавцима стварају велике сметње или ограничења у раду, и извршити одговарајуће измене и допуне у Закону о раду.

Полазећи од датих предлога и примедби, као и уочених недостатака у примени овог закона, анализираћемо све одредбе које по нашем мишљењу треба преиспитати и тражити адекватнија решења.

Одредбама члана 3 став 3 Закона утврђена је обавеза учесника колективног уговора код послодавца да у случају да не постигну сагласност за закључивање колективног уговора у року од 60 дана од дана започињања преговора (чл. 3 ст. 2 тач. 3), дужни су да наставе преговоре у доброј вољи.

Примена ове одредбе (чл. 3 ст. 3) доводи у питање смисао одредаба о могућности доношења правилника о раду. Послодавац нема интерес да доноси такав акт, јер његовим доношењем има обавезу да настави преговоре за закључивање колективног уговора. Тиме су његове преговарачке позиције ослабљене, а синдикат већ има „освојене“ позиције и наставља са захтевима за више, без притиска запослених да се преговори завршавају ради остваривања већ договорених права која су за њих повољнија. Ово посебно, имајући у виду одредбе става 5 истог члана, према којима правилник о раду престаје да важи ступањем на снагу колективног уговора.

Стога став 3 члана 3 Закона треба изменити тако што би се ова одредба могла изменити тако да синдикат може покренути иницијативу за наставак преговора за закључивање новог колективног уговора по истеку шест месеци од доношења правилника о раду.

Одредбама члана 14 прописано је да се уговором о раду или одлуком послодавца може утврдити учешће запосленог у добити оствареној у пословној години у складу са законом и општим актом.

Има мишљења да је ова одредба ограничавајућа, јер учешће запосленог у добити везује за пословну годину. Период у коме ће се то утврдити треба препустити послодавцу и синдикатима, односно општем акту и/или уговору о раду.

Овај члан треба изменити и предвидети уређивање овог питања и општим актом, али добит свакако треба везати за пословну годину. Тако измењена одредба члана 14 могла би да гласи: „Општим актом, односно уговором о раду или одлуком послодавца може се утврдити

учешће запосленог у добити оствареној у пословној години, у складу са законом.“

Одредбама члана 16 у њачки 2 утврђена је обавеза послодавца да запосленом обезбеди услове рада и организује рад ради безбедности и заштите здравља на раду, у складу са законом и другим прописима.

Имајући у виду стање и присутне проблеме у остваривању безбедности и здравља на раду, посебно у грађевинарству и индустријској производњи, где су повређивања и професионална обољења најчешћа, ову одредбу треба допунити тако да се њоме гарантује *да су мере које је послодавац дужан да обезбеди ради безбедности и здравља на раду и сироведене*, у складу са законом и другим прописима.

Одредбу члана 23 којом је прописано да у случајевима дискриминације у смислу одредаба чл. 18 до 21 овог закона, лице које тражи запослење и запослени, може да покрене поступак пред надлежним судом за накнаду штете, у складу са законом, *треба* допунити тако да ту накнаду штете у судском поступку *може да тражи од послодавца*.

Коришћење могућности за покретање судског поступка у наведеним случајевима дискриминације и обезбеђивање успеха у том поступку треба условити обезбеђивањем одговарајућих доказа о томе, што представља велики проблем за лице које је дискриминисано. Стога, у овом члану треба додати нови став којим би се утврдила обавеза *да је шерет доказивања да није било дискриминације на њуженом*, ако је у току поступка тужилац учинио вероватним да је извршена дискриминација у смислу овог закона.

Одредбом члана 33 сџав 1 њачка 10 прописано је да уговор о раду садржи новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог. Оцена је да примена ове одредбе изазива доста питања и проблема код послодавца. Доследна примена ове одредбе онемогућава утврђивање вредности посла по радном сату, као једног од елемената за утврђивање зараде. То, такође, утиче на честе измене уговора о раду, што непотребно повећава администрирање. Примена ове одредбе нарочито је компликована за послодавце са великим бројем запослених, јер најмање једном годишње треба припремити анексе уговора о раду за све запослене и обезбедити њихово потписивање, што може да изазове додатне социјалне тензије, без потребе.

Стога би промену текста тачке 10 требало извршити тако да гласи: „износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка, ако се он утврђује, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања.“

Из истих разлога (смањења администрирања), у *члану 33 треба брисајти и њексџ њачке 12* – позив на колективни уговор, односно пра-

вилник о раду који је на снази. Савака промена колективног уговора код послодавца или промена обавезујућег гранског или општег колективног уговора, замена правилника о раду и слично, намеће потребу промене уговора о раду, а да при томе ни на који начин не повећава заштиту запосленог, што би требало да буде сврха тога.

У циљу сузбијања *фактичкој рада* или „рада на црно“; једна од мера јесте контрола постојања уговора о раду и доказа о обавезном социјалном осигурању запослених код послодавца од стране инспекције рада, што сада законом није прописано.

Према Извештају Инспектората рада,⁶ чести су случајеви да инспектори рада, приликом контроле постојања уговора о раду у просторијама послодавца, добију изјаву затеченог запосленог да нема закључен уговор о раду у писаном облику, нити је осигуран на обавезно социјално осигурање, што се записнички констатује. Међутим, послодавци обезвреде овакав налаз стања тако што накнадно у службеним просторијама инспектору презентују уговоре о раду закључене у складу са законом, по правилу, дан-два пре вршења надзора, уз пратећу изјаву да је пријављивање на социјално осигурање у току и да ће бити завршено у законском року, што се, по правилу, и учини.

Да би се избегле овакве и сличне ситуације потребно је да се посебним чланом утврди обавеза да се уговор о раду и пријава на обавезно социјално осигурање мора налазити у седишту, односно другој просторији послодавца, као и обавеза послодавца да један примерак уговора о раду достави запосленом.

Одредбе члана 37 које се односе на могућност заснивања радног односа на одређено време, дате су на уопштен и недовољно прецизан начин. Овим одредбама обухваћен је само мали број случајева (сезонски послови, рад на одређеном пројекту, повећање обима посла који траје одређено време и замена привремено одсутног запосленог) за чије обављање се може засновати радни однос на одређено време, који са прекидима или без прекида, може да траје најдуже 12 месеци, осим у случају замене привремено одсутног запосленог – до повратка привремено одсутног запосленог.

Овим, међутим, нису обухваћени сви случајеви, а требало би обухватити све случајеве који по својој природи имају ограничено трајање. Поред наведених, одредбама овог члана треба обухватити и: радни однос са страним држављанином, односно лицем без држављанства који поседују привремену радну дозволу, радни однос са приправницима, припрема или рад на одређеном пројекту, друге случајеве утврђене законом или општим актом.

⁶ Ефикасно сузбијање сиве економије – Прилог Сива економија из угла Инспектората рада, Социјално економски савет Републике Србије, Београд, 2010.

Заснивање и трајање радног односа на одређено време треба прецизније регулисати у смислу прописивања јасне и концизне норме, која ће недвосмислено дати одговоре на питања: у којим случајевима је дозвољено заснивање радног односа на одређено време и колико је максимално дозвољено време трајања радног односа за сваки случај. Члан 37 би требало поменити тако да гласи:

„Радни однос заснива се на време чије је трајање унапред одређено, када су у питању послови који по својој природи имају ограничено трајање, као што су: припрема или рад на одређеном пројекту; привремено повећани обим посла и у другим случајевима прописаним законом и општим актом.

Радни однос из става 1 овог члана непрекидно или с прекидима не може да траје дуже од 36 месеци, с тим што се под прекидом рада не сматра прекид краћи од 30 дана.

Радни однос на одређено време ради замене привремено одсутног запосленог може се засновати до повратка привремено одсутног запосленог.

Радни однос на одређено време са страним држављанином, односно лицем без држављанства, може да се заснује најдуже за период за који је том запосленом издата радна дозвола.

Радни однос са приправником може да се заснује за период који је потребан за обављање приправничког стажа и полагање приправничког испита, у складу са законом.

Радни однос може да се заснује на одређено време за обављање сезонских послова који не трају дуже од ___ месеци у календарској години (утврдити најдуже време трајања ових послова).

Радни однос заснован на одређено време постаје радни однос на неодређено време, ако запослени настави да ради најмање пет радних дана по истеку рока за који је засновао радни однос.“

У вези са применом члана 37 постављају се и питања поновног заснивања радног односа на одређено време, односно продужења претходног уговора, због повећаног обима посла на истим пословима, по истеку максималног рока трајања радног односа. У вези с тим има предлога да се у том случају радни однос на одређено време може поново засновати по истеку рока од шест месеци од дана престанка претходног радног односа, као и да се у супротном, сматра да је запослени засновао радни однос на неодређено време.

Одредбама члана 53 став 2 прописано је да прековремени рад не може да траје дуже од осам часова недељно, нити дуже од четири часа дневно по запосленом. Ово решење у закону оцењује се као

ограничавајуће, те да га треба изменити или релативизовати, тако што ће се оставити могућност и за дужи прековремени рад уз сагласност запосленог.

Одредбама члана 57 став 2 прописано је да прерасподела радног времена врши се тако да укупно радно време запосленог у периоду од шест месеци у току календарске године у просеку не може да буде дуже од пуног радног времена.

Предлози су, међутим, да се прерасподела радног времена омогући на период календарске године, будући да период од шест месеци не представља период цикличних промена којима се покрива прерасподела радног времена. Поред тога, није сасвим јасно како постојећу одредбу применити. Да ли шест месеци представља прво и друго полугође или било којих узастопних шест месеци у календарској години. Предлози су прихватљиви и прерасподелу радног времена треба усклађивати на период календарске године.

Одредбе које се односе на годишњи одмор захтевају значајније промене, у погледу: минималног трајања годишњег одмора од 20 радних дана (четири недеље), што је више него у много економски развијенијим земљама; прописано је много обавезних критеријума за повећање трајања годишњег одмора, што смањује слободу послодавца да примени критеријуме који су у конкретној ситуацији битни; коришћење годишњег одмора у деловима, које није усклађено са чланом 8 Конвенције МОП-а бр. 132;⁷ промене послодавца и преношења неискоришћеног годишњег одмора; обавезе достављања решења о годишњем одмору најмање 15 дана пре коришћења годишњег одмора.

Предлози о минималном трајању годишњег одмора су неприхватљиви јер су у супротности са Европском социјалном повељом. Из сличних разлога су не могу прихватити ни предлози који се односе на преношење неискоришћеног годишњег одмора у случају промене послодавца, имајући у виду чињеницу да је право на годишњи одмор неотуђиво право запосленог, које гарантује и Европска социјална повеља и Конвенција МОП-а о плаћеном годишњем одмору.

Полазећи од датих предлога, потребно је извршити одговарајуће промене, пре свега, у одредбама:

– *члана 68 став 2* којим се уређује стицање права на годишњи одмор, када је у питању прекид радног односа дужи од 30 радних дана треба изменити тако да се брише реч „радних“, те да се прекидом сматра прекид радног односа дужи од 30 дана (календарских);

7 Конвенција МОП-а бр. 132 ратификована је Законом објављеним у „Сл. листу СФРЈ“, бр. 52/73, којом је предвиђено да се један део користи без прекида најмање две радне недеље ако друкчије није предвиђено споразумом који важи за послодавца и за дотично запослено лице.

– у члану 72 којим се уређује сразмерни део годишњег одмора, треба додати нову тачку „3) ако му радни однос престаје пре 1. јула“, чиме се онемогућава запосленом коме радни однос престаје у првој половини године, да за ту календарску годину стекне право на пун годишњи одмор;

– у члану 73 којим се уређује коришћење годишњег одмора у деловима, треба уважити предлоге и дозволити да се годишњи одмор може користити у *два или више делова*;

– да, уколико запослени користи годишњи одмор у деловима, први део користи у трајању од *најмање две недеље непрекидно* у току календарске године, а *остатак најкасније до 30. јуна* наредне године, као и да се годишњи одмор у више делова може користити само на захтев запосленог;

– у члану 75 којим се утврђује распоред коришћења годишњег одмора, треба уважити предлоге и примедбе и ст. 1 и 2 овог члана изменити и допунити, тако што ће се, поред постојећег текста да, у зависности од потребе посла, послодавац одлучује о времену коришћења годишњег одмора, уз претходну консултацију запосленог, да је дужан и да решење о коришћењу годишњег одмора запосленом достави најкасније 15 дана пре датума одређеног за почетак коришћења годишњег одмора. Изузетно, ако се годишњи одмор користи на захтев запосленог, послодавац је дужан да запосленом достави решење непосредно пре коришћења годишњег одмора.

У члану 81 *став 2* треба јасно дефинисати који је то здравствени орган (служба медицине рада основана при домовима здравља или заводи за медицину рада из чл. 124 Закона о здравственој заштити), који утврђују постојање здравствених сметњи код запосленог због којих не може да обавља послове који би изазвали погоршање његовог здравственог стања или последице опасне по његову околину. Решавање ових питања захтева додатне консултације и усклађивање решења садржаних у Закону о безбедности и здрављу на раду (надлежност службе медицине рада код послодавца) и Закона о здравственој заштити (организација службе медицине рада).

У члану 82 текст треба усагласити са одредбама садржаним у Закону о безбедности и здрављу на раду тако да се на пословима на којима постоји повећани ризик од настанка повреда на раду и професионалних или других обољења може да ради само запослени који, поред посебних услова утврђених правилником, испуњава и услове за рад у погледу здравственог стања, психофизичких способности и доба живота, у складу са законом.

Потребно је, такође, запосленом који ради на пословима на којима је уведено скраћено радно време, у складу са чланом 52 овог закона, да

се не може се одредити прековремени рад нити прерасподела радног времена, у смислу овог закона.

У оквиру *огредаба о заштити мајтеринска* дати су предлози о могућности да запослена на породилском одсуству и одсуству са рада ради неге детета, која жели да почне да ради за време тог одсуства и да остварује право на зараду, односно накнаду зараде, сразмерно времену проведеном на раду, што би било у интересу и запослене и послодавца.

Предлози су прихватљиви и могуће је, у оквиру постојећих или посебних одредби, предвидети више различитих решења, на пример:

„Запослена која се врати на рад пре истека породилског одсуства или одсуства са рада ради неге детета има право на две паузе за дојење у току рада у трајању од најмање сат времена, које се рачунају у радно време.

Запослена жена може да користи право на паузе за дојење најдуже до годину дана живота детета.“ и/или да:

„Запослена која се врати на рад пре истека породилског одсуства или одсуства са рада ради неге детета има право да ради *нејуно радно време* до истека права на породилско, односно одсуства са рада ради неге детета.

За време рада са непуним радним временом запослена остварује право на зараду сразмерно времену проведеном на раду, односно накнаду зараде за преостало време до пуног радног времена, у складу са законом.

По истеку породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета запослена има право да се врати на рад на послове на којима је радила пре коришћења тих права, а ако је престала потреба за обављањем тих послова, послодавац је дужан да је премести на друге одговарајуће послове.

Права из ст. 1 до 3 овог члана има и отац детета ако се врати на рад пре истека породилског одсуства, односно одсуства са рада ради неге детета, које користи у смислу члана 94 ст. 5 и 6 овог закона.“

Најзначајније примедбе и предлози у појављу о зарадама и накнадама зарада, односе се на: обрачун зараде, истичући да је компликованији него раније; да евиденција о заради треба да буде потписана од стране запосленог што је у пракси технички веома компликовано; због изузетно широког тумачења појма зараде, долази се у ситуацију да се зарадом сматрају и нека друга давања која нису везана за зараду (коришћење службеног аутомобила и накнада трошкова становања); због нејасне формулације законског текста о увећаној заради за сменски рад и рад ноћу из кога би се могло закључити да запосленом који има распоред

у сменама треба по том основу увећати зараду најмање 26%, а када у току таквог распореда ради ноћу – најмање још за додатних 26%, што свакако није била интенција законодавца, али су могући притисци синдиката, па и одлуке Инспекције рада и судова да се спорна одредба управо овако примени; накнада зараде за време одсуствовања са рада у време боловања, на дан државног празника, за време годишњег одмора, плаћеног одсуства и сл. обрачунава се у висини просечне зараде у последња три месеца, што у случају високих једнократних исплата (као што су годишњи бонуси, регрес и сл.) накнада зараде може бити знатно виша од саме зараде која би припала запосленом да не одсуствује што послодавцу отежава реално планирање буџета.

На основу наведених и других предлога и примедби треба преиспитати највећи број одредба у овом поглављу, које су од кључног значаја за запослене и за послодавце.

Треба отклонити нејасноће у примени одредбе која се односи на сменски рад и рад ноћу, тако што ту одредбу треба дефинисати тако да се само за рад ноћу предвиди увећана зарада у висини најмање 26% од основице. Прихватљиве су и примедбе и предлози који се односе на висину накнаде зараде из чл. 114 и 115 Закона, тако што висину накнаде треба утврдити у висини основне зараде увећане по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину остварену у радном односу.

Члан 116 међутим, треба у целости преформулисати и накнаду зараде утврдити најмање у висини 60% основне зараде, без могућности увећања по основу „минулог рада“. Потребно је прецизније формулисати ст. 2 и 3 овог члана и предвидети да по истеку рока из става 1 овог члана, послодавац може да упути запосленог на плаћено одсуство, само на основу претходне сагласности министра, а због привременог прекида рада или смањења посла који су последица поремећаја на тржишту или других спољних утицаја. Одлуком министра треба утврдити дужину трајања овог одсуства, колико се дана најдуже може одобрити.

У члану 122 *сйав 5* треба брисати. Овом одредбом прописано је да је запослени, коме је извршена исплата зараде, односно накнаде зараде дужан да потпише евиденцију. Ова одредба је скоро непримењива у условима електронског преноса средстава, нарочито код послодавца који запошљавају велики број радника, који имају сменски режим рада и др.

Одредбе члана 158 којима се утврђује обавеза послодавца да у случају отказа уговора о раду по основу технолошког вишка запосленом исплати отпремнину за сваку навршену годину рада у радном односу, а не само за период трајања радног односа код тог послодавца, подстичу, између осталог, потенцијалну дискриминацију запошљавања старијих

особа, тј. радника са дугогодишњим радним искуством. Ови предлози су оправдани и члан 158 треба изменити у том смислу, и предвидети да се запосленом који је већ остварио право на отпремнину због престанка радног односа по основу вишка код другог послодавца, висина отпремнине утврђује само за период проведен у радном односу после исплате отпремнине.

Предлог је, такође, да се речи: „у висини утврђеној општим актом или уговором о раду“ замене речима: „у висини утврђеној програмом“, а будући да је законом предвиђена обавеза достављања програма на мишљење синдикату, то би могло да омогући већи утицај синдиката на висину отпремнине. Овај предлог, није прихватљив, јер би се њиме запослени довели у неједнак положај, посебно у случају када послодавац није обавезан да доноси програм за решавање вишка запослених.

У вези забране конкуренције (члан 162) изнете су примедбе да постојећа одредба не омогућава послодавцу да се, уколико најкасније до дана престанка радног односа запосленог ослободи обавезе забране конкуренције за период након престанка радног односа, у целости регресира за исплаћени износ накнаде, већ се искључиво може ослонити да ће запослени поступити у доброј вери. Ова примедба је оправдана, и у члану 162 треба додати нови став којим би се предвидело да послодавац може одустати од забране конкуренције у смислу одредаба овог члана до дана престанка радног односа запосленом, у ком случају се ослобађа плаћања новчане накнаде по том основу.

Оправдана је примедба да је спорна примена члана 169 тачка 2, којом се предвиђа да запосленом за време удаљења са рада у смислу чл. 165 и 166 овог закона, *йрийада разлика између износа накнаде зараде йримљене йо основу члана 168 овој закона и йуној износа основне зараде*, ако запосленом не престане радни однос у смислу члана 179 тач. 2 до 4 овог закона. Постојећом одредбом није уважавана чињеница да се према члану 180 став 3 Закона запослени не ослобађа одговорности, већ му се даје још једна шанса, јер је удаљење са рада било оправдано и послодавац је имао основа да му откаже уговор о раду, али то није учинио да би му дао још једну шансу. Стога, одредбу тачке 2 члана 169 треба променити да гласи: „ако запосленом не престане радни однос у смислу члана 179 тач. 2 до 4 овог закона, односно ако му не буде изречена друга санкција или мера упозорења у складу са чланом 180 став 3 овог закона.“

Одредба члана 170 сйав 2 оцењена је у пракси као добра мера која за запосленог представља озбиљно упозорење, а послодавцу даје могућност да „одложи“ доношење тешких одлука. Примедбе се, међутим, односе на дужину удаљења са рада. Требало би дати већи простор за градације, тако да се за озбиљне повреде радне обавезе и дисциплине

на раду, могла изрицати суспензија у дужем трајању. Примедбу треба прихватити и овом одредбом предвидети удаљење са рада без накнаде зараде од један до 15 радних дана.

Закон дозвољава послодавцима да понуде запосленом измену уговорених услова рада закључивањем анекса уговора само у случајевима утврђеним чланом 171 који не обухватају све случајеве у пракси, када је потребно закључити анекс уговора о раду. Предлог се може прихватити тако што у члану 171 треба додати нову тачку: „7) у другим случајевима када се послодавац и запослени договоре.“

Одредбом члана 185 став 6 утврђена је обавеза запосленог да наредног дана од дана пријема решења у писаном облику обавести послодавца ако жели да спор решава пред арбитром у смислу члана 194 овог закона. Оцењује се да постојеће решење практично искључује тај метод решавања спорова, а њега тек треба промовисати и развијати. Зато је неопходно да се запосленом остави примерен рок – од пет радних дана.

У вези посебне заштите од отказа уговора о раду појединих категорија запослених из чл. 187 и 188 предложено је да се тим одредбама конкретније утврде случајеви и трајање заштите. Полазећи од ових предлога, у наведеним члановима би требало извршити одговарајуће промене, и то:

– у члану 187 треба предвидети да за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета, као и одсуства са рада ради посебне неге детета, послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду, осим ако је радни однос заснован на одређено време или ако су се стекли услови из члана 179 тач. 2 до 4 и тачке 6 овог закона, као и да запослени остварује заштиту из става 1. овог члана и шест месеци након престанка стања или коришћења права из тог става;

– у члану 188 треба додати нови став којим би се предвидело да послодавац може да откаже уговор о раду представнику запослених из става 1 овог члана: „1) ако одбије понуђени посао у смислу члана 171 тачка 4 овог закона, уз претходно прибављену сагласност министарства; 2) ако запослени на то пристане изјавом у писаном облику.“

Сагласно предложеној промени у члану 185 став 6 и у члану 194 став 4 потребно је рок за покретање спора пред арбитром, са садашња три дана продужити на 15 дана, што даје довољно времена и послодавцу да одлучи о прихватању овог начина решавања спора, као и странама у спору да изаберу арбитра и уреде сва питања битна за ваљано вођење поступка решавања спора пред арбитром.

У члану 195 којим је прописано да се спор пред надлежним судом правноснажно окончава у року од шест месеци од дана покретања спора, предлаже се да се став 3 овог члана, као нерелан, брише.

Примена одредаба чл. 210 и 211 омогућава настајање великог броја малих синдиката, често са мање од 10 чланова, који траже закључивање споразума са послодавцем ради добијања слободних часова, просторија, техничку подршку и сл. Предлаже се, стога, да се обезбеђивање услова за рад синдиката веже за репрезентативност. Ови предлози су, међутим, неприхватљиви, будући да нису у складу са међународним стандардима МОП-а (чл. 1 и 2 Конвенције МОП-а бр. 135).

Према одредбама члана 254 у преговарању за закључивање колективног уговора може учествовати више репрезентативних синдиката, а код закључивања посебног или општег колективног уговора – и више репрезентативних удружења послодаваца. Према одредбама члана 251 овог закона, они тада имају обавезу да формирају заједнички одбор за преговоре. Међутим, како постоји само обавеза преговарања, а не и закључивања колективног уговора, то сваки од репрезентативних синдиката, односно репрезентативних удружења послодаваца одлучује да ли ће или неће закључити колективни уговор. Није нужно да сви учесници, који су формирали заједнички одбор за преговоре, прихвате колективни уговор да би он био закључен. Закључиће га репрезентативни синдикат, односно репрезентативно удружење послодаваца које га прихвата.

Сагласно овим предлозима, у члану 254 треба додати нови став који би могао да гласи: „Ако у закључивању колективног уговора учествује више репрезентативних синдиката или репрезентативних удружења послодаваца, колективни уговор могу закључити учесници у преговарању који постигну сагласност за закључивање колективног уговора.“

Овим су обухваћени и анализирани само предлози који, по нашем мишљењу, представљају стварне тешкоће и ограничења у примени овог закона и који у одређеној мери могу да утичу на избегавање примене Закона у целости или појединих његових одредаба. Оцењује се да не постоје објективни разлози за одлагање промена овог закона, јер тиме се може само допринети бољем положају запослених и послодаваца и стварати повољније могућности за отварање нових радних места и смањење стопе незапослености.

Paraskeva MIHAJLOVIĆ
Bachelor of Law

LABOUR LAW AMENDMENT CHALLENGES

Summary

The subject of this paper includes possible trends in modifications of laws in the field of labour, especially the Labour Law, which regulates the employment relations system and has the character of the basic/elementary law in the field of labour and which has been applied since 23 March 2005, with no important changes in this period despite numerous requests and propositions, primarily on the part of employers.

Tarting from the most significant requests and propositions, this paper presents the reasons for and necessity of modifications of certain provisions of the Labour Law, as well as suggestions about particular changes to be effected and their context, or which propositions are unacceptable and why.

The paper lays special emphasis on the necessity of legal regulation of the issue of the status of employees hired by an employer on the basis of a work contract and working for another employer, whereby the services they render amount to outsourcing (Outsourcing Model) and the necessity of adjustment of current laws on the protection of our employees working abroad, on the employment of foreigners and on keeping records in the field of labour, with realistic needs.

Key words: *amendment challenges, laws in the field of labour, propositions for changes, outsourcing employees.*

Ташјана ПРИЈИЋ

руководилац групе за нормативне послове и хармонизацију прописа,
Министарство економије и регионалног развоја

ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ

Резиме

Положај особа са инвалидитетом у великој мери зависи од односа целој друштва у свим аспектима живота према остваривању њихових основних права. У циљу остваривања права особа са инвалидитетом на равнојравној основи неопходно је схватити појам дискриминације и препознавати је у сваком случају без обзира о ком се јавном облику ради. Право на рад, као једно од основних људских права, када су у питању особе са инвалидитетом, може се остварити само свеобухватним сагледавањем јојединачних могућности и способности и њиховим уважавањем у њеном смислу те речи. У овом раду се тако указује на правни оквир забране дискриминације особа са инвалидитетом у нашој земљи, посебно у области рада и запошљавања, као и примену утврђених норми у пракси ради стварања основа за равнојравно укључивање на тржиште рада ове изузетно рањиве категорије становништва.

Кључне речи: забрана дискриминације, особа са инвалидитетом, рад и запошљавање, заштита од дискриминације.

I Појам дискриминације

Дискриминација¹ представља разликовање, различито поступање према лицима на основу неке чињенице која их одређује. Дискриминација нарушава људска права и људско достојанство јер су дискриминисани практично искључени из различитих области друштвеног живота. Једнакост свих људи као једно од основних људских права захтева недискриминацију, те савремено права привилеговано штити начело недискриминације и забрањује узроке разликовања појединаца или група због расне, националне, религијске припадности, инвалидитета, социјалног или брачног статуса или других карактеристика.

Забрана дискриминације и једнака права и обавезе за све грађане као начело представљају начин за укидање различитог поступања. Доследном применом начела недискриминације од стране свих носилаца, онемогућавањем било каквих искључивања, ограничавања, привилегија, корупције и других деформација у остваривању права могуће је искорењивање дискриминације и тиме остваривање једнаких права за све грађане.

II Правни оквир

Устав Републике Србије² као једно од основних начела истиче забрану сваке дискриминације, непосредне или посредне, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета, истовремено наводећи да се дискриминацијом не сматрају посебне мере које се могу увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица које су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

Доношењем Закона о забрани дискриминације³ постигнут је конкретан допринос у остваривању тог уставног начела наше земље – равноправности и недискриминације свих грађана. Овим законом прецизно су уређени облици и случајеви, као и поступци заштите од дискриминације у свим облицима друштвеног живота.

Тако се под дискриминацијом, у складу са овим законом, подразумева свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, одно-

1 Лат. *discriminare* – одвајати, правити разлику.

2 Службени гласник РС, бр. 95/06.

3 Службени гласник РС, бр. 22/09.

сно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица, групе, чланове њихових породица или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, које се заснива на личним својствима, односно на: раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и др.

Облици дискриминације могу бити различити и манифестују се као непосредна и посредна дискриминација, повреда начела једнаких права и обавеза, позивање на одговорност, удруживање ради вршења дискриминације, говор мржње и узнемиравање, понижавајуће поступање.

III Дискриминација особа са инвалидитетом

Током последње две деценије широм света права особа са инвалидитетом налазе се у средишту интересовања свих фактора који се баве питањима људских права. Генерална скупштина УН је 1993. године усвојила Стандардна правила УН за изједначавање могућности за особе са инвалидитетом (од 1995. године део унутрашњег правног поретка наше земље). 2009. године у нашој земљи су усвојени Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом⁴ и Закон о потврђивању Опционог протокола уз Конвенцију о правима особа са инвалидитетом.⁵

У међувремену су у великом броју земаља широм света усвојени закони о забрани дискриминације особа са инвалидитетом и једнаким могућностима за ове особе. У земљама ЕУ се све више људи бави сузбијањем дискриминације особа са инвалидитетом и стварањем могућности за њихово равноправно учешће у свим областима друштвеног живота (нпр. 2000. године у ЕУ је усвојена Директива о једнаком поступању при запошљавању, којом је забрањена дискриминација по основу инвалидности у области запошљавања и рада).

Дискриминација особа са инвалидитетом изражена је у свим облицима друштвеног живота, а најизраженија је у егзистенцијалним областима као што су запошљавање, образовање и здравство. Последице

4 Службени гласник РС – Међународни уједњени, бр. 42/09.

5 Службени гласник РС – Међународни уједњени, бр. 42/09.

кршења основних људских права особа са инвалидитетом су, са једне стране, пораст самоизолације и стварање осећаја беспомоћности и бескорисности ових људи, док је, са друге стране, друштво ускраћено за допринос који се може очекивати пуним укључивањем свих појединаца на равнопшравној основи.

Начин остваривања и заштита права особа са инвалидитетом уређени су Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 33/06; даље: ЗСДОСИ). Овај закон заснован је на начелима поштовања људских права и достојанства; укључености, на равнопшравној основи, у све сфере друштвеног живота и процесе у којима се одлучује о њиховим правима и обавезама; једнаких права и обавеза; подстицања запослености на одговарајућим радним местима и у одговарајућим условима рада предузимањем афирмативних акција... Управо ове афирмативне акције представљају основ за побољшање положаја особа са инвалидитетом, с обзиром да се тиме у суштини пружа посебна подршка, неопходна за уживање и остваривање њихових права под истим условима под којима их уживају и остварују други. Таквим деловањем се не повређују начела једнаких права и обавеза, него се управо мерама посебне подршке отклања, односно поправља неповољнији положај особа са инвалидитетом на тржишту рада.

Усвајањем ЗСДОСИ наша земља је предузела један од првих корака у правцу хармонизације нашег правног система са системом ЕУ у кључној области људских права. Законом против дискриминације особа са инвалидитетом се уређује општи режим забране дискриминације по основу инвалидности, посебни случајеви дискриминације особа са инвалидитетом, поступак заштите особа изложених дискриминацији, органи надлежни за спречавање дискриминације и предузимање мера за подстицање равноправности особа са инвалидитетом и мере које држава предузима ради подстицања равноправности и социјалне укључености особа са инвалидитетом.

Приликом одређивања појмова дискриминације и дискриминаторског поступања у ЗСДОСИ користи се уобичајена дефиниција из међународних докумената и упоредног права која обухвата све облике неоправданог и недозвољеног прављења разлике и неједнаког поступања у смислу искључивања, ограничавања или давања првенства, без обзира да ли се они врше на отворен или прикривен начин, према лицима или групама, као и члановима њихових породица, или њима блиским лицима који се заснивају на инвалидности или из разлога у вези са њом.

IV Дискриминација особа са инвалидитетом у области рада и запошљавања

1. Уопште

Када се посматрају посебни облици дискриминације, ЗСДОСИ поред осталих препознаје и дискриминацију у области рада, као специфичан облик дискриминације који може имати велике последице уколико се према појединцима или групама, у односу на лична својства, неоправдано прави разлика, те се тиме доводе у неједнак положај на тржишту рада, а самим тим се посредно онемогућава и укључивање у друге друштвене токове.

Дискриминација особа са инвалидитетом постоји ако се према овим лицима поступа противно начелу поштовања једнаких права и слобода у остваривању права на рад у најширем смислу – код заснивања радног односа, задржавања запослења, напредовања у каријери, стручног усавршавања и образовања, укључивања у мере и активности професионалне рехабилитације и др.

Положај особа са инвалидитетом на тржишту рада јасно је видљив ако се има у виду да је, до увођења обавезе запошљавања особа са инвалидитетом, у Србији, у радном односу било свега око 13% особа са инвалидитетом у односу на њихов укупан број, да је око 70% на доњој линији сиромаштва, као и да преко 50% од укупног броја особа са инвалидитетом има непотпуно или има само основно образовање.

Кад се посматра остваривање једнаких права у области рада и запошљавања треба имати у виду и Закон о раду⁶ и Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом.⁷

2. Дефиниција

Под дискриминацијом у области рада и запошљавања подразумева се нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености. Посебно тежак облик дискриминације у области

6 Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05 и 54/09.

7 Службени гласник РС, бр. 36/09.

рада је узнемиривање, вређање и омаловажавање запосленог са инвалидитетом од стране послодавца или непосредно претпостављеног.

Истовремено је битно напоменути шта се под дискриминацијом не подразумева, односно, када је у питању остваривање права на рад, како у пракси деловати примењујући наведен прописе како се ово кључно начело нашег законодавства не би повредило. Тако се, под дискриминацијом не сматра прављење разлике, искључење или давање првенства због специфичности неког посла код кога лично својство представља стварни и одлучујући услов за његово обављање, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана, као и предузимање мера заштите према појединим категоријама лица – нпр. женама, трудницама, родитељима, малолетницима, особама са инвалидитетом и другим.

Чл. 22 ЗСДОСИ утврђено је да се под дискриминацијом због инвалидности у запошљавању сматра:

1. непримање у радни однос особе са инвалидитетом или пратиоца особе са инвалидитетом због инвалидности;

2. постављање посебних здравствених услова за пријем у радни однос особе са инвалидитетом, осим ако су посебни здравствени услови за обављање одређених послова утврђени у складу са законом;

3. претходна провера психофизичких способности које нису у непосредној вези са пословима за које се заснива радни однос;

4. одбијање да се изврши техничка адаптација радног места која омогућује ефикасан рад особе са инвалидитетом, ако трошкови адаптације не падају на терет послодавца или нису несразмерни у односу на добит коју послодавац остварује запошљавањем особе са инвалидитетом.

Ово практично значи да се у поступку запошљавања морају сагледати могућности и способности сваког кандидата за запослење и да се, на равноправној основи, без предрасуда о способностима, утврди ко је лице које испуњава услове за рад на конкретном радном месту. Инвалидност може представљати и предност, када се има у виду да особе са инвалидитетом врло често имају личне квалитете и познају посебне вештине које их чине добрим, поузданим и стабилним радницима. Ови људи су, управо због инвалидности, често били принуђени да развију друге предности, одлике и квалитете за решавање проблема и постављање циљева што их чини пожељнима на радним местима. Стога, послодавац чини дискриминацију уколико априори одбацује особу са инвалидитетом као кандидата за одређено радно место. Особе са инвалидитетом имају право да конкуришу на свако радно место, а послодавац има обавезу да реално сагледа способности и могућности сваког

кандидата и да, у складу са својим потребама, одабере одговарајућег. Како се то спроводи – једино објективним приступом, без унапред постављених елиминишућих услова, омогућавањем приступачности као предуслова, поштујући безбедност и заштиту здравља свих и у сваком делу процеса рада.

3. Примена у пракси

Свако радно место садржи опис послова и услове за њихово обављање. Посебни услови за обављање одређених послова су могући. Овакви услови се утврђују или законом или општим актом (правилником) послодавца. Ако се нпр. ради о раду на висини, под земљом, у специфичном окружењу и сл. па су због тога законом предвиђени и посебни здравствени или други услови за њихово обављање, послодавац не само да може, него је и у обавези да о тим условима унапред обавести кандидате. Дакле, ако је посебним законом утврђено да се за обављање појединих послова тражи испуњавање одређених услова, послодавац је у обавези да такве одредбе прописа поштује и примењује. Уколико сам послодавац има, у оквиру организације свог пословања, потребу да се за обављање одређених послова захтевају посебни услови, то мора бити уређено, у складу са прописима о раду, правилником којим се утврђују организациони делови код послодавца, врста послова, врста и степен образовања и други посебни услови за рад на одређеним пословима. Међутим, то опет не значи да особа са инвалидитетом, у сваком случају, овакве послове није у стању да обавља. Уговор о раду може да се закључи за послове за које су прописани посебни услови рада само ако запослени испуњава услове за рад на тим пословима. Доказ о испуњености услова за обављање ових послова представља претходно утврђена здравствена способност за рад на тим конкретним пословима. Не може се дакле тражити општа здравствена способност или било какав доказ о здравственој способности уколико то није уређено законом или актом послодавца. Уколико је за обављање послова потребна одређена здравствена способност, онда се захтева доказ о управо таквој здравственој способности, коју може имати и особа са инвалидитетом.

Такође, неопходно је водити рачуна и о чињеници да је законом утврђено да на пословима на којима постоји повећана опасност од повређивања, професионалних или других обољења може да ради само запослени који, поред посебних услова утврђених правилником, испуњава и услове за рад у погледу здравственог стања, психофизичких способности и доба живота.

Са друге стране, и кандидат – особа са инвалидитетом, је дужан да приликом заснивања радног односа послодавцу достави исправе и

друге доказе о испуњености услова за рад на пословима за које заснива радни однос. У конкретном случају кандидат је дужан да достави доказ о здравственој способности за обављање тих конкретних послова, онако како су они постављени законом или општим актом. Послодавац не може да захтева податке о другим способностима или стању које није од непосредног значаја за обављање послова за које се заснива радни однос.

Доказ о здравственој способности издаје надлежни здравствени орган, односно орган медицине рада, који треба да процени здравствено стање појединца и специфичне услове рада, и у односу на то, изда исправу о здравственим могућностима за обављање конкретних послова.

Уколико ће особа са инвалидитетом поједине послове бити у могућности да обавља ако се изврши техничка адаптација радног места, односно опремање радног места, послодавац такво опремање треба да предузме и тиме омогући особи са инвалидитетом пуни радни учинак. За овакве адаптације могуће је обезбедити средства укључивањем у мере активне политике запошљавања, на основу прописа о запошљавању особа са инвалидитетом. Мерама активне политике запошљавања врши се обезбеђивање техничке, стручне и финансијске подршке за прилагођавање послова, радног места или послова и радног места, укључујући и техничка и технолошка помагала у циљу повећања могућности запошљавања или одржања запослења особа са инвалидитетом. Реализација ових мера поверена је Националној служби за запошљавање, управо са циљем да се свима пружају једнаке могућности и да се користе све погодности како би се такве могућности у пракси и реализовале.

Дискриминацијом због инвалидности у запошљавању не сматра се избор кандидата без инвалидитета који је показао најбољи резултат на претходној провери психофизичких способности непосредно везаних за захтеве радног места. Послодавац дакле бира лице са којим ће засновати радни однос, али транспарентно, без предрасуда, са обавезом сагледавања здравственог стања у односу на послове, ако је тако предвиђено. Дискриминација није прављење разлике, искључење или давање првенства у односу на одређени посао када је природа посла таква или се посао обавља у таквим условима да представљају стварни и одлучујући услов за обављања посла, као и да је сврха која се тиме жели постићи оправдана. Из наведеног следи и мора се нагласити да особе са инвалидитетом заснивају радни однос под истим условима и на исти начин као и друга лица и једино такав приступ представља основ за комплетну социјалну инклузију особа са инвалидитетом.

Дискриминацијом се не сматра ни предузимање подстицајних мера за брже или лакше запошљавање особа са инвалидитетом. Послодавац

може и треба да сагледа све могућности које му стоје на располагању – поред обезбеђивања средстава за прилагођавање, могуће је обезбедити и рефундацију зараде за особе са инвалидитетом, рефундацију пореза и доприноса који падају на терет послодавца, бесповратна средства за ново запошљавање, укључивање у различите врсте обука и слично.

Када се говори о самом радном односу, распоређивању запосленог, условима рада, очекиваним резултатима и другим околностима од утицаја на положај и радника и послодавца, битно је нагласити неколико чињеница. Сваки запослени је дужан да савесно и одговорно обавља послове на којима ради; да поштује организацију рада и пословања код послодавца, као и услове и правила послодавца у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза из радног односа; да обавести послодавца о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање послова утврђених уговором о раду; да обавести послодавца о свакој врсти потенцијалне опасности за живот и здравље и настанак материјалне штете. Права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се законом, колективним уговором и уговором о раду. С тим у вези, законом је уређено да је обавеза самог запосленог да обавести послодавца, уколико дође до неких промена у току рада које су од утицаја на способности лица, ефекте њиховог рада или радни учинак.

Дискриминацијом због инвалидности у остваривању права из радног односа не сматра се ни награђивање запосленог према радном учинку. Сваки запослени има право на одговарајућу зараду, при чему је послодавац у обавези да води рачуна о једнакој заради за исти рад или рад исте вредности. Под радом исте вредности подразумева се рад за који се захтева исти степен стручне спреме, иста радна способност, одговорност и физички и интелектуални рад. Дакле, уколико дође до промене радне способности од утицаја на радни учинак лица, потребно је сагледати способности и могућности лица у односу на конкретне послове и закључити уговор о раду чији ће елементи садржавати тачну врсту и опис послова које запослени треба да обавља као и новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка радника. Основна зарада одређује се на основу услова, утврђених правилником послодавца, потребних за рад на пословима и времена проведеног на раду. Радни учинак одређује се на основу квалитета и обима обављеног посла, као и односа запосленог према радним обавезама. Правилником се утврђују елементи за обрачун и исплату основне зараде и зараде по основу радног учинка.

Такође, сви запослени су дужни да поштују прописе о безбедности и заштити живота и здравља на раду како не би угрозили своју безбедност и здравље, као и безбедност и здравље запослених и других лица. У том смислу, запослени је дужан да обавести послодавца о свакој

врсти потенцијалне опасности која би могла да утиче на безбедност и здравље на раду. То практично значи да је запослени у обавези да обавести послодавца о промени своје радне и/или здравствене способности, те оно лице које то не учини чини повреду обавеза у вези са радом.

Са друге стране, запослени не може да ради прековремено ако би, по налазу надлежног здравственог органа, такав рад могао да погорша његово здравствено стање. Запослени са здравственим сметњама не може да обавља послове који би изазвали погоршање његовог здравственог стања или последице опасне за његову околину.

Послодавац је дужан да запосленој особи са инвалидитетом обезбеди обављање послова према њеној радној способности, односно обављање одговарајућег посла. Да би се утврдило киоји је то одговарајући посао код конкретног послодавца потребно је сагледати радну способност појединца у односу на одговарајуће послове. Тако је потребно да се од стране надлежног органа медицине рада или у поступку процене радне способности и могућности запослења или одржања запослења сагледа укупно стање појединца и могућности и способности за обављање одређених послова. Уколико запослени одбије сагледавање стања, па послодавац због тога није у могућности да му обезбеди одговарајуће послове а не остварује предвиђене резултате рада, или одбије да прихвати одговарајући посао, послодавац, као крајњу меру, може да откаже уговор о раду запосленом. Отказ уговора о раду је могућ ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца. Такође, ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, послодавац може да откаже уговор о раду.

Међутим, послодавац не сме да постави посебне услове рада запосленом са инвалидитетом, ако ти услови непосредно не проистичу из захтева радног места нити да му одреди мању зараду због инвалидности, независно од радног учинка. Такође, није дозвољено постављање посебних услова запосленом са инвалидитетом за коришћење других права из радног односа.

Све наведено указује на чињеницу да се низом наведених прописа у суштини омогућава остваривање права на рад под једнаким условима особама са инвалидитетом као и осталим радницима, да нико није изузет како ни из остваривања права тако ни из поштовања обавеза, да се предузимањем подстицајних мера особама са инвалидитетом жели омогућити изједначен положај на тржишту рада, а да прописи из области забране дискриминације не подразумевају повлашћен положај ни у једном сегменту друштвеног живота, него обратно само једнакост у складу са могућностима.

V Заштита од дискриминације

Заштита од дискриминације особа са инвалидитетом првенствено се постиже доследном применом прописа и пуним поштовањем људских права и достојанства сваког појединца. ЗСДОСИ уређује заштиту од дискриминације прописујући посебан парнични поступак који се покреће тужбом од стране особе са инвалидитетом или њеног законског заступника.

Ипак, посебно је потребно издвојити специфичне облике заштите од дискриминације које је неопходно перманентно спроводити. Ти специфични облици заштите свакако јесу подизање свести о важности овог проблема, едукација државних и локалних институција, медија и целог пословног сектора, односно сваког послодавца, невладиних организација. Такође, неопходно је информисати и саме особе са инвалидитетом како да препознају и реагују на случајеве дискриминације. Овакав процес подразумева широку и дуготрајну друштвену акцију коју треба континуирано спроводити ради постизања жељених резултата. Наиме, спречавање дискриминације особа са инвалидитетом у области рада и запошљавања, у најширем смислу, отпочело је доношењем наведених прописа, а њихова примена у пракси тек треба да да резултате који ће се, равноправним остваривањем права на рад, одразити на пуно укључивање особа са инвалидитетом у све друштвене токове.

Tatjana PRIJIĆ

Ministry of Economy and Regional Development

PROHIBITION OF DISCRIMINATION AGAINST PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

Position of people with disabilities depends, to a large extent, on the relation of the whole society, in all aspects of life, toward exercising fundamental rights of persons with disabilities. In order to exercise the rights of persons with disabilities on an equal basis, it is necessary to understand the concept of discrimination and recognized it in any case, regardless of the manifestation. In terms of persons with disabilities, the right to work, as a basic human right, can be achieved only by a comprehensive understanding of individual capabilities

and skills and their appreciation in the full sense of the word. Therefore, this paper deals with legal framework of prohibition of discrimination against persons with disabilities in our country, particularly in labour and employment, and use of the established norms in practice, in order to create the basis for equal inclusion of this extremely vulnerable population in the labour market.

Key words: *non-discrimination, persons with disabilities, labour and employment, protection from discrimination.*

Филип БОЈИЋ

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

ЕВРОПСКИ КОДЕКС СОЦИЈАЛНЕ СИГУРНОСТИ

Резиме

Предмет овог рада је анализа Европског кодекса социјалне сигурности и дубље сагледавање могућности његове ратификације и практичне примене у Републици Србији. Након осврта на историјат увођења инструмената Савета Европе којима се уређује координација и хармонизација система социјалне сигурности, аутор детаљно анализира Европски кодекс социјалне сигурности из 1964.

Приликом анализе овог документа, аутор настоји да понуди оригиналне одговоре на нека од актуелних питања која изазивају правне контроверзе (механизми контроле, сличности Кодекса и конвенције МОП-а, питање одношења колективних жалби, итд.).

Присушна је тежња да се предоче предности и мане анализираног документа у светлу употребе за ратификацијом и применом у Републици Србији. На основу даће предности Бизмарковом моделу социјалне сигурности у односу на Беверицов модел, аутор указује на делове Кодекса и напомиње са питањем да ли је и на који начин Србија спремна да прихвати ратификацију овог документа и зайочне хармонизацију са правом ЕУ у домену социјалне сигурности.

Посебно се јако усредсређује на социјална давања у случају незапослености и болести, у којима аутор настоји да понуди оптимизована практична решења законодавцу у овој области, будући да се рад на имплементацији тек може очекивати.

Кључне речи: *Европски кодекс социјалне сигурности, Савет Европе, социјална сигурност, системи социјалног осигурања, хармонизација са правом ЕУ.*

Србија је 2003. године постала чланица Савета Европе и до данас је ратификовала 52 конвенције ове организације, међу којима и две најзначајније у погледу заштите људских права – Европску конвенцију о људским правима и Ревидирану европску социјалну повељу. Упоредо са развојем заштите грађанских и политичких права у оквиру ове организације, развијали су се и стандарди и усвајале конвенције којима су се штитила социјална и економска права, која се у литератури називају и правима друге генерације људских права. Као један од важних постулата при успостављању социјалних права, наводи се обезбеђивање социјалне сигурности појединца, породице и целокупног становништва.¹

Савет Европе је као један од својих основних циљева поставио социјални напредак земаља чланица у оквиру којег је требало „успоставити минимум стандарда социјалног осигурања, развој координације система социјалне сигурности између држава чланица, као и сталну контролу развоја социјалне заштите у Европи“.² Постављени циљеви могли су се спровести кроз примену конвенција усвојених од стране Комитета министара ове организације. Када је реч о инструментима Савета Европе којима се регулишу права из социјалног осигурања, они се могу поделити на оне у оквиру којих се спроводи концепт координације система социјалне сигурности и оне у оквиру којих се постављају стандарди хармонизације система социјалне сигурности држава чланица.

Концепт координације установљен је првенствено због све већег броја радника миграната у Европи, а дефинише се као „скуп правила којим се прилагођавају системи социјалног осигурања држава чланица, како би се заштитио пре свега социјални положај радника миграната“.³ Најзначајнији инструменти Савета Европе којима се уређује координација система социјалне сигурности су Европски привремени споразум о системима социјалног осигурања који се односи на старо-

1 Опширније о социјалним правима: D. Pieters, *Social security comparison and social security systems in Europe*, second edition/ revised, Kluwer Law International, 2006; Б. Шундерић, *Социјално право*, Београд, 2009; С. Јашаревић, *Социјално право*, Нови Сад, 2010.

2 Опширније о Савету Европе: *Савет Европе 1949–1996., документи и прилози*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1996; К. Обрадовић, „Савет Европе“, *Посрбијолошки гласник и Југославија*, Београд, 2000, стр. 237; Б. Милинковић, „Савет Европе и његова улога у заштити људских права“, *Људска права – њихова деценија од усвајања оштрих декларације о правима човека*, Београд, 1998, стр. 81; www.coe.int.

3 F. Pennings, *European Social Security Law*, 5th edition, Intersentia, 2010, стр. 3–10. Концепт координације система социјалног осигурања веома је заступљен у оквиру комунитарног права. У Европској унији донета су бројна правила (регулативе) којима се уређује принцип координације (1408/71, 883/2004).

сну, инвалидску и породичну пензију (1953), Европски привремени споразум о другим системима социјалног осигурања (1953), Европска конвенција о социјалној и медицинској помоћи (1953), Европска конвенција о социјалној сигурности (1973) и одређени делови Европске конвенције о правном статусу радника миграната (1977).⁴ Уз инструменте Савета Европе, координација система социјалне сигурности може се остварити и путем закључивања билатералних споразума између две државе. Овом концепту приступила је Србија која до сада није ратификовала ниједну конвенцију Савета Европе посвећену координацији, али је зато закључила велики број билатералних споразума о социјалном осигурању.⁵

Концепт хармонизације система социјалне сигурности држава чланица Савета Европе заснива се на „унификацији“ националних система са циљем постављања минималних стандарда које би све земље чланице прихватиле, са разликом што се ратификоване конвенције одnose на све грађане, а не само на мигранте што је случај код концепта координације.⁶ Инструменти хармонизације система социјалне сигур-

4 Опширније о овим конвенцијама: *Coordination of social security in the Council of Europe: short guide*, by Council of Europe, 2003, стр. 18–20.

5 Србија је закључила билатералне споразуме о социјалном осигурању са следећим државама: Аустријом (Службени листи СРЈ – Међународни ујовори, бр. 7/98), Белгијом (Службени листи ФНРЈ Додаџак – МУИДС, бр. 7/56), Босном и Херцеговином (Службени листи СЦГ – Међународни ујовори, бр. 7/03), Бугарском (Службени листи ФНРЈ – Међународни ујовори, бр. 8/58), Црном Гором (Службени листи РС – Међународни ујовори, бр. 102/07), Чешком (Службени листи СРЈ – Међународни ујовори, бр. 7/02), Данском (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 5/80), Египтом (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 12/88), Француском (Службени весник ФНРЈ, бр. 4/51, Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 1/67... 9/90), Холандијом (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 11/80), Хрватском (Службени листи СРЈ – Међународни ујовори, бр. 1/01), Италијом (Службени листи ФНРЈ – Међународни ујовори, бр. 1/59), Кипром (Службени листи РС – Међународни ујовори, бр. 12/10), Либијом (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 1/90), Луксембургом (Службени листи СЦГ – Међународни ујовори, бр. 10/04), Мађарском (Службени листи ФНРЈ, Додаџак, бр. 8/58, 5/59, Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори и други споразуми, бр. 3/60... 33/75), Македонијом (Службени листи СРЈ – Међународни ујовори, бр. 1/01), Немачком (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 9/69), Норвешком (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 22/75), Панамом (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 11/77), Пољском (Службени листи ФНРЈ – Међународни ујовори, бр. 9/58), Румунијом (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 13/77), Словачком (Службени листи ФНРЈ – Додаџак, бр. 1/58), Словенијом (Службени листи РС, бр. 111/09), Шведском (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 12/79), Швајцарском (Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори, бр. 8/63 и 12/84) и Великој Британијом (Службени листи ФНРЈ Додаџак – МУИДС, бр. 7/58). Укупно је до данас закључено 27 билатералних споразума. Опширније на сајту www.zso.gov.rs.

6 *Coordination of social security in the Council of Europe: short guide*, стр. 11.

ности држава чланица Савета Европе су пре свега Европска социјална повеља (1961) и Ревидирана европска социјална повеља (1996) у оквиру којих су прокламована основна социјална права за грађане Европе, међу којима и право на социјалну сигурност, социјалну и медицинску помоћ, на бенефиције из службе социјалног старања, права старијих лица на социјалну заштиту, права радника на заштиту од сиромаштва и социјалне искључености као и права запослених жена на заштиту материнства.⁷ Инструменти којима се експлицитно и детаљно на једном месту уређују сва права грађана на социјална давања, у складу са европским стандардима, у случају наступања социјалног ризика су Европски кодекс социјалне сигурности са протоколом (1964) и Ревидирани европски кодекс социјалне сигурности (1990).⁸ У групу инструмената којима је основна улога хармонизација система социјалне сигурности спада и Европска конвенција о социјалној заштити пољопривредника (1974).⁹

Идеја о усвајању европске конвенције којом би се унапредио животни стандард лица која су преживела други светски рат, а којим је неопходно обезбедити социјалну сигурност, обнародована је још током првог заседања скупштине Савета Европе.¹⁰ Међутим, рад на доношењу међународног акта којим би била покривена сва поља социјалног осигурања трајао је скоро 15 година. У периоду када се преговарало о акту хармонизације којим би се уједначили системи социјалне сигурности у Европи, конвенција са скоро идентичном тематиком усваја се у оквиру Међународне организације рада.¹¹ Конвенцијом МОП-а 102 о ми-

7 Србија је ратификовала Ревидирану европску социјалну повељу 2009. године (Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/2009). Прихваћени су сви чланови који се односе на права из социјалног осигурања. Опширније код: Б. Лубарда, *Ревидирана европска социјална повеља – обавезе државе и улога социјалних јарџнера после ратификације*, Социјално-економски савет Републике Србије, Београд, 2009.

8 У оквиру рада неће се обрађивати одредбе протокола и Ревидираног кодекса социјалне сигурности. Протоколом је предвиђен виши ниво заштите у односу на Европски кодекс социјалне сигурности, док се у оквиру Ревидираног европског кодекса социјалне сигурности уносе нове одредбе у складу са временом, проширује се круг осигураних лица и успостављају се највиши стандарди социјалне сигурности. До данас ниједна држава није ратификовала Ревидирани кодекс.

9 Опширније код Б. Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2004.

10 Прва скупштина Савета Европе одржана је између 10. августа и 8. септембра 1949. године, J. Nickless, *European Code of Social Security: short guide*, Strasbourg, 2003, стр. 9.

11 Међународна организација рада је од свог оснивања 1919. године као један од основних циљева поставила обезбеђивање социјалне сигурности за што већи број грађана. Устав МОП-а као један од циљева поставља и заштиту радника у случају општих и професионалних болести и од несрећних случајева на раду, као и обезбеђење пензија у случају старости и изнемоглости. До данас је усвојен велики број конвенција и препорука којим се регулише област социјалног осигурања. Већ на првом заседању Међународне организације рада усвојена је конвенција бр. 3 којом је уређена за-

нималним нормама социјалног обезбеђења из 1952. године, извршена је кодификација свих предратних конвенција ове организације, којима су уређивана права из социјалног осигурања.¹² Управо је усвојена конвенције МОП-а 102 послужила као модел за израду Европског кодекса социјалне сигурност, тако да је Комитет министара Савета Европе донео одлуку да усвоји кодекс који ће се заснивати на недавно усвојеној међународној конвенцији са тим што ће се при ратификацији исте, од стране држава чланица, поставити доста строжи услови.¹³ Разлози за постављање строжих услова при ратификацији Европског кодекса социјалне сигурности леже у правној природи конвенције која је регионалног карактера и која ће се примењивати у случају ратификације само у земљама чланицама Савета Европе, док је једна од основних карактеристика Међународне организације рада универзалност те се стандарди усвојени у оквиру ове организације примењују на све државе чланице МОП-а.¹⁴

Коначна верзија Европског кодекса социјалне сигурности са протоколом, усвојена је од стране Комитета министара Савета Европе 11. марта 1964. године у оквиру 129. заседања, да би четири године касније кодекс ступио на снагу после ратификације од стране три државе чланице колико је било предвиђено конвенцијом.¹⁵ Преамбула кодекса

штита жена пре и после порођаја. Од тада па до данас усвојено је у оквиру Опште конференције рада 41 конвенција и 25 препорука. Србија је ратификовала 13 конвенција МОП-а из области социјалног осигурања. Опширније код Б. Шундерић, *Право МОП-а*, Београд, 2001, стр. 538–542, и на сајту www.ilo.org/lex.

С. Јашаревић сврстава конвенције МОП-а којима се регулишу права из социјалног осигурања у три генерације: „1) Документа донета пре другог светског рата – тзв. ера социјалног осигурања; 2) документа донета после четрдесетих година прошлог века – ера социјалног обезбеђења; 3) модерна ера – период у којем је дошло до допуњавања и ширења категорија и стандарда из Конвенције бр. 102.“ С. Јашаревић, *Социјално право*, Нови Сад, 2010, стр. 30.

12 J. Nickless, *нав. дело*, стр. 9.

13 A. Gomez Heredero, *Social Security – Protection at the international level and developments in Europe*, Council of Europe, 2009, стр. 20.

14 Не треба заборавити на чињеницу да Међународна организација рада данас броји 183 државе чланице, велики број чланица су и земље у развоју у којима је присутан низак степен социјалне сигурности. Према прошлодишњим истраживањима 50% светске популације није покривено ни једним обликом социјалног осигурања и са тим разлогом је у складу са клаузулом флексибилности, карактеристичном за конвенције ове организације, омогућено државама које желе да ратификују конвенцију да изаберу најмање три од девет социјалних давања утврђених конвенцијом. 47 држава је до данас ратификовало Конвенцију 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења. Веома је мали број земаља који су приступили ратификацији конвенције, а не налазе се у Европи (Јапан, Бразил, Барбадос, Конго, Боливија, Костарика, Еквадор, Мауританија, Мексико, Нигер, Перу, Сенегал, Уругвај и Венецуела).

15 A. Gomez Heredero, *нав. дело*, стр. 21. Прве три земље које су ратификовале Европски кодекс социјалне сигурности биле су Шведска (1965), Норвешка (1966) и Холандија (1967).

наводи основне социјалне циљеве Савета Европе, као и идеју да се у оквиру кодекса постави виши ниво заштите него што је успостављен Конвенцијом МОР-а о минималним нормама социјалног обезбеђења.¹⁶ Кодекс, поред преамбуле, чине четрнаест делова. Првим и последњим делом Кодекса уређују се опште и завршне одредбе, делови од II–X сваки понаособ обрађује по једно социјално давање, док део XI, XII и XIII уређују поступке и стандарде при исплати и остваривању права на престајације у ситуацијама наступања одређеног социјалног ризика, као и механизме контроле надлежних комитета при примени Кодекса у оквиру националних законодавстава држава које би спровеле поступак ратификације.¹⁷ Кодекс броји укупно 83 члана, четири мање него Конвенција МОР-а о минималним нормама социјалног обезбеђења.¹⁸

У оквиру општих одредби наводи се да је свака држава чланица која ратификује Кодекс, дужна да прихвати пет „обавезних“ делова (део I, делове XI–XIV) и да изабере најмање шест од девет социјалних ризика, сходно клаузули флексибилности, који се предвиђају у оквиру Кодекса (II–X део).¹⁹ И поред идеје да се у оквиру Европског кодекса социјалне сигурности поставе строжи услови него у Конвенцији МОР-а бр. 102, при прихватању одредби о социјалним ризицима, прихваћен је принцип да се при ратификацији Кодекса прихватање другог дела о медицинској нези рачуна као прихватање два дела, док би се прихватање дела о давањима у случају старости (део IV) рачунало као прихватање три дела што доводи до ситуације да држава у суштини може прихватити само три социјална ризика при ратификацији Кодекса, па неке суштинске разлике у односу на Конвенцију 102 нема. Наравно, држава ако жели може прихватити и више делова од предвиђеног минимума, па чак и све делове Кодекса који се односе на стандарде о социјалним давањима што су и учиниле Белгија, Луксембург, Немачка и Холандија.²⁰

16 European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security, Strasbourg, 16. IV1964, *European Treaty Series/48*, Preamble.

17 European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security.

18 Конвенција Међународне организације рада бр. 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења за разлику од Кодекса садржи 15 делова. У оквиру конвенције постоји посебан део (део XII), којим се регулише једнак третман домаћих и страних држављана у области социјалне сигурности. Десет година по усвајању Конвенције 102, усвојена је 1962. године Конвенција 118 која је у целости била посвећена једнаком третману домаћих и страних држављана. Забрана дискриминације између ових лица, представља једно од основних начела принципа координације, па највероватније управо из тог разлога део XII није нашао своје место у Европском кодексу социјалне сигурности који је типичан инструмент хармонизације система социјалне сигурности.

19 *European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security*, чл. 2.

20 Љ. Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза, Београд, 2007. стр. 346.

Посебно би требало одбратити пажњу на механизме контроле, који су као што је речено уређени у оквиру XIII дела Кодекса. Механизам контроле заснива се на поступку испитивања извештаја које упућују државе чланице које су ратификовале Кодекс. Држава која је извршила ратификацију Кодекса има обавезу да сваке године Генералном секретару Савета Европе упути годишњи извештај о примени ратификованих одредаба Кодекса у оквирима националног законодавства.²¹ Извештај треба да садржи и неопходне статистичке податке као што су број особа покривених неким обликом социјалног осигурања, износ накнада које се исплаћују корисницима, затим дужина трајања права на накнаду у случају незапослености, износи које уплаћују послодавац и запослени при уплатама доприноса за социјално осигурање.²² Занимљивост је и да се на овом месту „користе“ сличности Европског кодекса социјалне сигурности са конвенцијом МОР-а 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења. Из разлога што су национални извештаји прилично обимни и што се доста времена изгуби при њиховој припреми, постоји споразум између Међународне организације рада и Савета Европе да Генерални секретар Савета Европе по примању извештаја исти прослеђује генералном директору МОР-а који извештај упућује на контролу Комитету експерата МОР-а.²³ По извршеној контроли, Комитет експерата, који је иначе одговоран за контролу извештаја о примени ратификованих конвенција МОР-а, извештај са закључцима о примени Европског кодекса социјалне сигурности у оквиру националних законодавстава прослеђује Европском комитету за социјална права који свој закључак прослеђује Комитету министара Савета Европе.²⁴ На основу члана 75 Кодекса, а у складу са закључцима комитета, Комитет министара двотрећинском већином одлучује о томе да ли је држава поступала у складу са преузетим обавезама. У случају да држава није испунила обавезе прихваћене ратификацијом Кодекса, Комитет министара упутиће држави одређене препоруке са мерама које је неопходно предузети како би се испуниле преузете обавезе.²⁵

Поред обавезе слања годишњих извештаја, утврђена је и обавеза држава чланица које су извршиле ратификацију Кодекса да сваке две године шаљу извештаје Генералном секретару Савета Европе о

21 European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security, чл. 74.

22 J. Nickless, *нав. дело*, стр. 41.

23 A. Otting, *The Monitoring of the Application of the European Code of Social Security and its Protocol*, Training course on standard-setting instruments in the social security field, 2010, стр. 5.

24 A. Otting, *нав. дело*, стр. 6.

25 *European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security*, чл. 75.

нератификованим деловима Кодекса, тј. о примени одредаба којим се уређују социјални ризици које државе чланице нису прихватиле при ратификацији.²⁶ Можда би се још већи ефекат постигао када би и оне државе које још увек нису ратификовале Европски кодекс социјалне сигурности имале обавезу да припремају извештаје о имплементацији постулата из домена социјалне сигурности у оквиру својих националних законодавстава и на тај начин се определиле да у што краћем року приступе ратификацији Кодекса.

Ипак, Комитет министара Савета Европе увидео је да припрема националних извештаја изискује много напора и времена, па је на састанку министарских представника, одржаном 1995. године, одлучено да се детаљан извештај о примени ратификованих стандарда Кодекса припрема сваке пете године са резервом да се у случају какве промене у националним системима о томе одмах обавесте надлежни комитети Савета Европе.²⁷

За разлику од Европске социјалне повеље²⁸ и Ревидиране европске социјалне повеље, Европски кодекс социјалне сигурности не предвиђа могућност подношења колективних жалби од стране социјалних партнера и невладиних организација у случајевима непоштовања одредаба Кодекса од стране држава које су извршиле ратификацију.

Идеја о успостављању јединственог кодекса социјалног осигурања није заживела у Европи онолико колико се очекивало. Од укупно 48 држава чланица Савета Европе, Европски кодекс социјалне сигурности ратификовало је до данас 21 држава – Белгија, Кипар, Чешка, Данска, Естонија, Француска, Грчка, Ирска, Италија, Луксембург, Холандија, Немачка, Норвешка, Португал, Румунија, Словенија, Шпанија, Шведска, Швајцарска, Турска, и Велика Британија.²⁹ Србија, која је, већ је напоменуто, постала чланица Савета Европе 2003. године, још увек није ратификовала Европски кодекс социјалне сигурности.

Кодекс, наведено је, предвиђа девет социјалних давања и то: медицинску негу, новчана давања у случају болести, давања у случају старости, затим, у случају незапослености, давања у случају повреде на раду, такозвана породична давања (породичне потпоре), давања за материнство, давања у случају наступања инвалидности и давања услед губитка

26 *European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security*, чл. 76.

27 А. Gomez Heredero, *нав. дело*, стр. 105.

28 Могућност подношења колективних жалби у државама које су ратификовале Европску социјалну повељу омогућен је тек усвајањем Додатног протокола 1995. године. Опширније код Б. Лубарда, *нав. дело*, стр. 50.

29 Пет држава чланица (Аустрија, Литванија, Летонија, Молдавија и Словачка) су потписале Европски кодекс социјалне сигурности, али још увек нису извршиле ратификацију, www.conventions.coe.int.

издржаваоца породице (породичне пензије).³⁰ Свако од ових социјалних давања уређено је и у оквиру нашег законодавства, али поставља се питање да ли се у довољној мери обезбеђују стандарди који су прописани Европским кодексом социјалне сигурности. Шта је то што је Комитет министара пре близу четрдесет година желео да прокламује Кодексом? Основна идеја била је да се државе чланице, које би ратификовале Европски кодекс социјалне сигурности, обавезу једном међународном конвенцијом да ће што већем броју грађана обезбедити пристојне услове живота у ситуацијама када наступи одређени социјални ризик. Ратификоване одредбе Кодекса постале би део националног правног система и држава чланица која изврши ратификацију била је у обавези да успостави стандарде о социјалној заштити утврђене Кодексом.

У Србији преовлађује Бизмарков модел социјалног осигурања. На основу Закона о доприносима за социјално осигурање, предвиђа се уплата доприноса за социјално осигурање у једнаком износу од стране осигураника³¹ и послодавца.³² Уплатом доприноса у фондове социјалног осигурања обезбеђује се финансирање здравственог осигурања, пензијског и инвалидског осигурања и осигурања у случају незапослености.³³ Остали социјални ризици који се предвиђају у Европском кодексу социјалне сигурности, као што су породична давања и давања за материнство обезбеђују се из буџета на основу Закона о финансијској подршци породици са децом³⁴ и управо на овом месту може се закључити да у нашем систему постоје и одређене карактеристике Беверицеог модела универзалног социјалног осигурања.³⁵ Модел нашег система социјалне сигурности почива на основним начелима

30 Опширније о појединачним социјалним давањима: Љ. Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза, Београд, 2007, стр. 350–374.

31 Осигураник је према чл. 7–9 Закона о доприносима за социјално осигурање „запослени, изабрана, именована и постављена лица која остварују разлику зараде, лица која обављају привремене и повремене послове, предузетници, пољопривредници, самостални уметници, свештеници и верски службеници...“.

32 Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 84/04... 3/10).

33 Европски кодекс социјалне сигурности у чл. 70 предвиђа принципе финансирања система социјалне сигурности, те наводи да се системи финансирају посредством уплаћених доприноса, из буџета или комбинацијом два наведена модела финансирања. *European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security*, чл. 70.

34 „Обрачун и накнаду зараде врши општинска, односно градска управа из средстава обезбеђених у буџету републике“, Закон о финансијској подршци породици са децом (*Службени гласник РС*, бр. 16/02... 115/05), чл. 13.

35 Опширније о моделима система социјалне сигурности: Б. Лубарда, „Основна обележја система социјалног осигурања и социјалне сигурности у упоредном праву“, *Зайошљавање и социјални проблеми*, Београд, 1996, стр. 145.

социјалног осигурања – обавезности, солидарности и узајамности. На овом месту не треба запоставити и улогу државе која мерама социјалне политике на све начине покушава да ублажи социјалне разлике међу својим грађанима, гарантујући остваривање права утврђених законима и ратификованим конвенцијама, а неретко из својих средстава финансира и дефиците у социјалним фондовима.³⁶

Србија је 2009. године ратификовала Ревидирану европску социјалну повељу. Ратификован је у целости и члан 12 који прокламује право на социјалну сигурност у којем се наводи да се „стране уговорнице обавезују да успоставе или одржавају систем социјалне сигурности“.³⁷ У наставку се утврђује обавеза одржавања система социјалне сигурности на одговарајућем нивоу, „барем на оном нивоу који је неопходан за ратификацију Европског кодекса социјалне сигурности“.³⁸ Сходно преузетом члану, Србија која ће први извештај о примени Ревидиране социјалне повеље упутити Генералном секретару Савета Европе 2012. године, могла би у наредном периоду приступити и потписивању и ратификацији Европског кодекса социјалне сигурности. Поставља се питање да ли су стандарди социјалне сигурности успостављени домаћим законодавством усклађени са стандардима предвиђеним у оквиру Европског кодекса социјалне сигурности.

Анализом *exempli causa* два дела Кодекса којим се регулишу давања у случају наступања социјалног ризика, указаће се на однос националног законодавства са стандардима утврђеним у оквиру Европског кодекса социјалне сигурности. Да ли је наша земља која је у процесу придруживања Европској унији у могућности да на основу постојећих стандарда приступи поступку ратификације Кодекса?

Усклађеност давања у случају незапослености предвиђених у четвртм делу Европског кодекса социјалне сигурности³⁹ и домаћег законодавства огледа се пре свега кроз обезбеђивања права на накнаду у случају незапослености. Кодекс предвиђа да ће право на новчану накнаду остварити „оно лице које је остало без прихода и које није

36 Према подацима Републичког завода за статистику, годишње 12%–14% БДП-а одлази за финансирање Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање.

37 Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/2009), чл. 12.

38 Идентичан члан стоји и у Европској социјалној повељи, са тим што се у ставу 2 захтева одржавање система социјалне сигурности на нивоу предвиђеном у оквиру Конвенције МОП-а бр. 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења. Европска социјална повеља усвојена је 1961. године, три године пре Европског кодекса социјалне сигурности па је и логично позивање на Конвенцију МОП-а.

39 Шеснаест земаља је ратификовало део четврти Кодекса који се односи на давања у случају незапослености, остале земље ратификовале су одредбе Протокола којима се предвиђају виши стандарди, А. Gomez Heredero, *нав. дело*, стр. 127.

у могућности да добије одговарајуће запослење у ситуацијама када је способно и спремно да ради,⁴⁰ док наш Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености предвиђа да ће право на давања у случају незапослености остварити незапослено лице у случају престанка радног односа или престанка обавезног осигурања.⁴¹ Пошто је наш систем социјалног осигурања, као што је наведено, у највећој мери изграђен на основама Бизмарковог модела социјалног осигурања, овај вид осигурања финансираће се првенствено из доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености. Кодекс промовише концепт „одговарајућег запослења“, што значи да се незапосленом лицу не може понудити било које запослење. Овај концепт прихваћен је и у нашем законодавству, где се у оквиру закона наводи да „током првих 12 месеци од увођења у евиденцију Националне службе, одговарајуће запослење за незапосленог јесте оно запослење у оквиру стеченог нивоа и врсте образовања“.⁴² По истеку рока, одговарајуће запослење за незапосленог је и „запослење на нижем нивоу у оквиру исте или сродне врсте стеченог образовања“.

И Кодекс и Закон о запошљавању и осигурању у случају незапослености предвиђају да се лицима која се нађу у стању незапослености обезбеђују периодична новчана давања. Право на новчану накнаду се стиче после одређеног периода осигурања. У оквиру кодекса наводи се да се „исплата новчане накнаде може ограничити на период од 13 недеља за време од 12 месеци или 13 недеља у свакој ситуацији суспензије прихода“. Овај услов предвиђен је Кодексом како би се спречиле одређене злоупотребе. Наш закон овај проблем регулише тако што као услов за стицање права из осигурања у случају незапослености, предвиђа да лице мора бити најмање осигурано 12 месеци непрекидно или 18 месеци са прекидима.⁴³ Незапослени којем је престало право на новчану накнаду може остварити ово право ако поново испуни прописане услове утврђене законом. Из наведеног, може се закључити да је наша легислатива у великој мери усклађена са стандардима о давањима у случају незапослености предвиђених у оквиру четвртог дела Европског кодекса социјалне сигурности.

Трећим делом Кодекса којим се уређују давања у случају губитка зараде услед болести, покривају се ситуације које настају наступањем

40 *European Code of Social Security and Protocol to the European Code of Social Security*, чл. 20.

41 У оквиру члана наводи се у којим ће ситуацијама престанка радног односа лице имати права на давања у случају незапослености. Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009), чл. 67.

42 ЗЗИОСН, чл. 33.

43 ЗЗИОСН, чл. 66.

болести услед које запослени не може да обезбеди приходе за себе и чланове своје породице. Болест се дефинише у складу са стандардима Међународне организације рада као било која ситуација која захтева здравствену негу.⁴⁴ Социјална давања услед болести, наш законодавац уређује у оквиру Закона о здравственом осигурању где се предвиђа да осигураник остварује право на накнаду зараде услед привремене спречености за рад.⁴⁵ Кодекс експлицитно не наводи колики је стаж осигурања потребан да би осигураник стекао право на новчану накнаду у случају спречености за рад услед болести, државе чланице које изврше ратификацију имају могућност да саме својим законодавством утврде минимални период осигурања, након којег осигураник стиче право на накнаду. Наш закон предвиђа да за остваривање права из обавезног здравственог осигурања, осигураници морају имати претходни стаж осигурања у трајању од три месеца непрекидно или шест месеци са прекидима у последњих 18 месеци.⁴⁶ У вези са трајањем права на новчану накнаду у случају болести, Кодекс је прописао да би осигураник имао права на давања све док траје неспособност за рад али да се трајање може и ограничити на 26 недеља за сваки случај болести.⁴⁷ Закон о здравственом осигурању предвиђа да право на накнаду за време привремене спречености за рад може трајати до отклањања узрока спречености за рад, тако да се у оквиру нашег законодавства не предвиђа ограничено трајање накнаде.⁴⁸

На основу два анализирана дела, може се закључити да су одредбе домаћег законодавства и те како усклађене са одредбама Европског кодекса социјалне сигурности, те Србија има све потребне услове да приступи потписивању и ратификацији Кодекса. Пре свега треба узети у обзир чињеницу да је наша земља ратификовала Конвенцију МОР-а 102 о минималним нормама социјалног обезбеђења и да је прихватила стандарде о социјалном осигурању које ова Конвенција прокламује. Као

44 J. Nickless, *нав. дело*, стр. 61. Ово се не односи на одсуство са рада услед породилског одсуства што се уређује у оквиру посебног дела Кодекса.

45 Закон о здравственом осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005 и 109/2005), чл. 30.

46 Овај услов се не примењује у ситуацијама када дође до повреде на раду или професионалне болести, у случају хитне медицинске помоћи и остваривања припадајућих новчаних накнада. ЗЗО, чл. 31.

47 ЗЗО, чл. 18.

48 ЗЗО, чл. 78 Закон прописује да „услед дужег трајања спречености за рад, проузочване болешћу или повредом, а најкасније по истеку шест месеци непрекидне спречености за рад (или ако је осигураник био у последњих 18 месеци спречен за рад 12 месеци са прекидима), изабрани лекар или лекарска комисија имају обавезу да осигураника са потребном медицинском документацијом упуте на инвалидску комисију ради утврђивања губитка радне способности“. ЗЗО, чл. 81.

што је већ указано, ратификација једне овако значајне конвенције, којом се постављају стандарди хармонизације система социјалне сигурности у оквиру земаља чланица Савета Европе, представљала би свакако значајан корак ка даљем процесу придруживања наше земље Европској унији и прихватању европских стандарда социјалне сигурности којима би се обезбедила релативна социјална сигурност унутар друштва.

Filip BOJIĆ

Teaching Assistant at the Faculty of Law University of Belgrade

EUROPEAN CODE OF SOCIAL SECURITY

Summary

The subject of this paper is to analyze the European Code of Social Security and deeper appreciation of the possibilities of its ratification and practical application in the Republic of Serbia. After reviewing the history of the introduction of the Council of Europe instruments governing the coordination and harmonization of social security system, the author analyzes in detail the European Code of Social Security of 1964.

In the analysis of this document, the author is trying to give genuine answers to some of the current issues of legal controversies (control mechanisms, the similarity of the Code and the conventions of International Labour Organization, the issue of filing collective complaints, etc.).

There is a tendency to present the advantages and disadvantages of the analyzed documents in the light of the need for its ratification and implementation in the Republic of Serbia. Based on the given advantage to Bismarck model of social security in relation to the Beveridge model, the author points out the parts of the Code and contemplates the question of whether and how Serbia is ready to ratify this document and start harmonization with the EU in the field of social security.

Particular attention focuses on the social benefits in the event of unemployment and sickness, in which the author tries to offer potential practical solutions to the legislature in this area, since the work on the implementation is only to be expected.

Key words: *European Code of Social Security, the Council of Europe, social security, social security systems, harmonization with the EU law.*

мр Љиљана СТОЈШИЋ
инспектор рада, Министарство рада и социјалне политике

ПРОМЕНЕ У СВЕТУ РАДА И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ИНСПЕКЦИЈУ РАДА

Резиме

Свети рада, као поље у коме делују послодавци и запослени, као и друга лица која имају утицај на радне процесе, налази се у периоду брзих и коренијих промена. Те промене условљавају друшачију организацију радног процеса и друшачије односе између субјеката који у њему учествују. Инспекција рада, као орган управе који врши надзор над применом радног законодавства, да би одговорила изазовима ових промена мора их најпре препознати а потом и пронаћи механизме помоћу којих ће своје деловање прилагодити новонасталим приликама и допринети имплементирању радних стандарда. Овај рад указује на најзначајније промене које су се догодиле у сферама: економије и друштвеној животи, привредне структуре, организационих карактеристика послодавца и синдикалних организација, структуре радне снаге, појаве нових ризика и улоге и очекивања јавности и њихов утицај на области рада и деловање инспекције рада.

Кључне речи: *послодавац, запослени, инспекција рада, привреда, надзор, ризик, безбедност и здравље на раду.*

I Увод

Крај XX и почетак XXI века донео је бројне промене на економском, политичком, социјалном, културном и многим другим пољима.

Реструктурирање привреде, глобализација, технолошке промене, међународна конкуренција, светска економска криза и други фактори снажно су се одразили на положај запослених и остваривање њихових права. Значајан технолошки напредак, уз убрзану глобализацију, условио је промене у радно-правном положају многих запослених широм света. Дошло је до суштинских промена у структури запослености, појаве нових ризика, експанзије флексибилних облика радног ангажовања, раста сиве економије, нових облика дискриминације и злостављања у вези са радом и других појава које су се неминовно одразиле на улогу свих чинилаца који делују у сфери рада – послодаваца, запослених, њихових удружења, инспекције рада и других. Сваки од ових чинилаца, да би наставио да остварује улогу коју има, мора своје деловање прилагодити новонасталим приликама, извршити промене које су неопходне и пронаћи ефикасније инструменте за вршење утицаја на остале чиниоце у правцу остварења своје улоге. Од успешности ових процеса зависи и успешност остварења улоге сваког чиниоца у области рада.

II Тенденције промена у свету рада

Новонастале прилике условљене променама у свету рада врше снажан утицај на све чиниоце који делују у области рада намећући им потребу мењања образаца свог деловања, како би се прилагодили новим условима. То подразумева пре свега праћење промена у свету рада и препознавање нових тенденција а потом и конкретне акције усмерене ка овим променама. Промене које су се значајније одразиле на област рада можемо сврстати у шест основних категорија о којима ће у наставку бити више речи, то су:

- економске и друштвене промене,
- промене у привредној структури,
- промене у радној снази,
- организационе промене послодаваца и синдикалних организација,
- појаве нових ризика, и
- промене у улози и очекивањима јавности.

1. Економске и друштвене промене

Светска економска криза је у првој деценији XXI века захватила многе земље света, како оне неразвијене, тако и оне у развоју, па и оне најразвијеније. Њен утицај се веома брзо осетио у области рада

изазивајући низ субјективних и објективних реакција великог броја послодаваца, које су се одразиле на права и обавезе запослених. Са објективне стране дошло је до пада производње, несигурности на тржишту и логичне борбе послодаваца за опстанак. У таквим условима појавио се вишак запослених за које је требало пронаћи пут решавања економског и социјалног положаја у ком су се нашли. Послодавци су у овој ситуацији различито поступали. Најчешће бирани пут био је смањивање броја запослених кроз утврђивање вишка радне снаге и отказивање уговора о раду. С обзиром да је у овим процесима улога представника запослених или синдикалних организација врло често била маргинализована, то је изазвало велико неповерење запослених у објективност и правичност послодаваца и могућност заштите својих права. Са друге стране, послодавци су настојали да што пре повуку „одговарајуће“ потезе, како би што већи део привредане активности успели очувати, уз јачање притиска на запослене да максимално повећају своју продуктивност а смање трошкове. Јасно је да се последица оваквих промена одразила на стопе запослености и потенцијално угрожавање основних права радно ангажованих лица, те се пред инспекцијом рада као приоритет наметнула област запошљавања и остваривања основних права из области радних односа и здравља и безбедности на раду, док су питања побољшања радног окружења дошла у други план.

2. Промене у привредној структури

Многе земље се данас, под утицајем економских прилика, сусрећу са променом привредне структуре. Дошло је до опадања традиционално најразвијенијих грана индустрије (као што су производња гвожђа и рударска индустрија), због великих трошкова и спорог обрта капитала, те преласка на друге привредне гране где је обрт капитала знатно бржи, као што су услуге и трговина.

У земљама где је постојала државна или друштвена својина дошло је до процеса приватизације, који је условио трансформацију привредних и организационих карактеристика послодавца и довео до значајних промена у броју и структури радне снаге.

Велике приватне компаније све чешће обављају своју делатност паралелно у више региона, држава, па и на више континената, неретко уз истовремено бављење већим бројем делатности у зависности од тржишта на ком се налазе поједини организациони делови и могућности увећања капитала.

Све чешће послодавци се фокусирају само на своју основну делатност, смањујући, или потпуно укидајући послове који у ову делатност

не улазе (на пример: одржавање просторија, физичко обезбеђивање објеката, помоћно особље и сл.), који су се раније уклапали у његову организациону и кадровску структуру. Тако долазимо до ситуације да се за обављање оваквих послова, који се не односе директно на основну делатност послодавца, не заснивају радни односи, већ се ови послови организују преко услужних агенција и кроз разне облике флексибилног запошљавања.

У сектору пољопривреде дошло је до смањења броја „великих“ послодаваца, који су ангажовали значајан број запослених, те пада пољопривредне производње и уситњавања организационих форми у којима се она одвија. Овај тренд осетан је и у другим привредним грама а нарочито у области производње.

3. Промене у радној снази

Паралелно са променама економских и привредних кретања догодиле су се и значајне промене у погледу радне снаге.

Тренд старења становништва одразио се и на област рада. Специфични проблеми са којима се сусрећу старији запослени све више добијају одлике дискриминације. Са једне стране, они су изложени већем ризику од губитка посла, а поготово проналаска новог, а са друге стране, недовољно се обраћа пажња на специфичне ризике ове категорије запослених којим су изложени.

Положај осетљивијих категорија запослених (као што су деца, млади радници, жене, инвалидна лица, лица са посебним потребама и сл.) који се и иначе сусрећу са многим облицима дискриминације у условима економске кризе и немилосрдне борбе за опстанак постаје још угроженији. И поред значајне пажње међународне заједнице која се поклања овим категоријама запослених, њихов положај у многим земљама је далеко испод минималних захтева које подразумевају радни стандарди. При том, они се најчешће срећу са прикривеним облицима дискриминације, која се тешко открива и на коју они сами прећутно пристају, настојећи да сачувају запослење.

Радници мигранти, као и лица ангажована у „неформалној економији“ немајући избора, често прихватају рад под условима недостојним човека, без социјалне заштите, са лошим зарадама и условима рада, па неретко бивају жртве повреда на раду или професионалних обољења.

Све ове појаве утичу на општу несигурност запослених, снажне ударе на тржиште рада, повећање нивоа ризика и погоршање услова рада. Што се тиче запослених у оваквим околностима изузетно је наглашен њихов страх од могућег губитка посла и тежња да се на било који начин

и под било којим условима посао задржи. Страх од губитка посла довео је до избегавања коришћења „редовних“ инструмената остваривања права запослених (путем синдикалне организације, инспекцијских служби или судова) и њихово прибегавање „радикалнијим“ методама (штрајковима, физичким сукобима, повређивањима и сл.) у ситуацији кад више нису могли да издрже притисак под којим су били. Клима несигурности и незадовољства довела је до неповерења између запослених и послодавца. У таквој ситуацији запослени често, ради заштите својих права, не предузимају никакве, или предузимају погрешне кораке: од непријављивања уочених опасности по своју безбедност и здравље, или безбедност и здравље других радно ангажованих лица, лицима задуженим за ову област или инспекцији рада, преко извршавања незаконитих налога претпостављених чак и онда када су директно везани за повећање ризика од могућих повреда на раду, па до физичких сукоба са представницима послодавца. Ниједан од наведених потеза не доприноси заштити права запослених, иако их запослени са тим циљем предузимају. Ређи су случајеви правовременог ангажовања запослених да својим деловањем, или деловањем надлежних органа, заштите угрожено или повређено право из области рада. Оваква ситуација додатно повећава ризике по здравље запослених, њихову безбедност и даље радно ангажовање.

4. Организационе промене послодавца и промене у синдикалном организовању запослених

С обзиром на поменуте промене у привредним структурама у великом броју земаља дошло је до наглог увећања броја малих и средњих предузећа. Оваква промена снажно се одразила на односе у сфери рада, јер овај облик организовања најчешће не прати синдикално или друго организовање запослених, нити посебне службе послодавца које се старају о људским ресурсима, како је то уобичајено у већим компанијама.

Преоријентација великих индустријских компанија у форме малих и средњих предузећа прати смањење броја запослених и значајно опадање синдикалног чланства, па самим тим и смањење утицаја синдикалних организација на побољшање положаја запослених. И сами запослени, оптерећени социјалним и економским проблемима, губе интересовање за заједничким деловањем, настојећи да индивидуалним средствима сачувају запослење. Томе доприносе и нове форме организовања радног процеса као што су рад од куће или рад трговачких путника, које се одвијају индивидуално, без контакта са другим за-

посленима и могућности изградње и стварања заједничких интересних група.

У појединим делатностима, као што је на пример грађевинарство, дошло је до нових форми организовања радног процеса, кроз истовремено учешће већег броја послодаваца у истој привредној активности, преко појединих облика извођења и подизвођења радова. Таква ситуација често доводи до нових опасности јер исти простор користе запослени код различитих послодаваца, који често имају другачији приступ у области безбедности и здравља на раду и међу којима углавном није успостављен ефикасан систем међусобне координације и контроле ризика. Учесници у заједничком процесу рада најчешће уопште нису свесни ризика ни од сопствене делатности, а поготово не од делатности других извођача радова, што неретко доводи до повреда на раду или оштећења здравља запослених.

Приватни предузетници, пољопривредна газдинства и друге организационе форме привредне активности физичких лица све се чешће користе, а да притом физичко лице, које је носилац ових активности, нема довољно знања у области рада, нити ангажује лица која оваквим знањима располажу, што често доводи до угрожавања основних права запослених или радно ангажованих лица, па и опасности по њихово здравље или живот.

Кризни периоди по правилу носе и проблеме са ширењем „црног“ тржишта са чим се нарочито сусрећу мање развијене земље. Најчешће је реч о нелегалном организовању привредне активности, без прибављања потребних дозвола или уписа у установљене регистре послодаваца. Инспекција рада најчешће није надлежна за борбу против оваквих појава, али постоји једна димензија ове појаве која се тиче и инспекције рада а то је рад лица без закљученог уговора о раду, или другог одговарајућег уговора о радном ангажовању. Нелегални рад привредног субјекта по правилу повлачи ангажовање лица без адекватних аката о радном ангажовању, њиховог оспособљавања за безбедан и здрав рад и обезбеђивања средстава и опреме за њихову личну заштиту на раду. Због тога су лица, радно ангажована на овакав начин, изложена повећаним ризицима по здравље и безбедност на раду, те су често и жртве повреда на раду.

5. Појава нових ризика

Услед претходно поменутих промена и њиховог утицаја на радне процесе, долази до специфичних опасности и штетности којима су из-

ложена лица на раду. Ове опасности и штетности или нису препознате приликом процене ризика, или на њих није обраћена довољна пажња, што све чешће доводи до повреда на раду или оштећења здравља запослених услед ризика на које се није благовремено деловало како би се њихов интензитет смањило и држао под контролом. Ради указивања на ову појаву Европска опсерваторија ризика (*European Risk Observatory*) је у 2009. години објавила Студију о новим и наступајућим ризицима којима су изложени запослени у Европској унији.¹ Међу препознатим новим ризицима налазе се и:

- *Нове технологије* – као што је нанотехнологија² која се данас примењује у многим областима (здравство, енергетика, хемијска индустрија, електро индустрија, пољопривреда, војна индустрија, грађевинарство и др.).³ Ова технологија је још увек у настајању па су и ризици у вези са њеном употребом и коришћењем производа, насталих као њен резултат, умногоме непознати. Због тога су покренута бројна истраживања која ће допринети утврђивању ризика, али за њих треба доста времена, а до тада значајан број запослених ће бити изложен опасностима које не познаје, па се од њих не може ни адекватно заштитити.
- *Нове опасности у вези са мускуло-скелетним проблемима* – као што су хроничне деформације изазване употребом тастатуре компјутера, мануелним пословима, дугим седењем, сталним понављањем истих покрета и сл. Недостатак физичких активности резултат је технолошких промена и модернизације начина производње. Овим опасностима посебно су изложени административни радници, чији су радни задаци претежно везани за седећи положај и употребу компјутера, као и радници у појединим облицима мануелне или комбиноване производње где се радне операције најчешће свode на бројна понављања истих радњи. Ергономски дизајн оруђа за рад уколико није прилагођен раднику повећава не само његово физичко већ и психичко оптерећења што доводи до учесталости људских грешака и ризика од несрећа на раду.

1 Студија се може видети на Интернет адреси: www.osha.europa/publications, 15.2.2011.

2 Нанотехнологија се односи на манипулацију супстанцама које мењају физичка својства других материјала. Оне могу утицати на пример на механичка својства материјала као што су чврстоћа и еластичност.

3 Према спроведеним истраживањима Европске опсерваторије ризика очекује се да ће до 2020. године око 20% укупно произведене робе у свету бити базирано на употреби нанотехнологије.

- *Нови биолошки ризици* – као што су новонастале инфективне болести (САРС, грип Х1Н1 и др.), инфективне болести које су стекле отпорност на лекове (турбекулоза, маларија и сл.), као и епидемија ХИВ/СИДА у појединим регионима. Опасностима од биолошких ризика посебно су изложени здравствени радници, земљорадници и узгајивачи животиња, као и запослени у другим професијама који се свакодневно сусрећу са већим бројем људи или животиња. Посебну опасност представља производња и употреба генетски модификованих производа. Биолошки ризици су нарочито опасни у ситуацији кад се о начинима преношења болести мало зна, а запосленима се не обезбеђују средства за личну заштиту на раду, или обезбеђена средства нису адекватна. Знање на пољу биолошких ризика још увек је прилично ограничено што доводи до подцењивања њиховог утицаја и до лоше процене нивоа потенцијалних ризика.
- *Нови хемијски ризици* – употреба олова, живе, других тешких метала, као и пестицида у многим земљама, нарочито мање развијеним, није довољно контролисана, или се о штетности хемијских средстава не зна довољно, па се често не предузимају адекватне мере заштите запослених. Извор све веће забринутости је и употреба алергених, карциногених и мутогених супстанци, као и супстанци које су токсичне за репродуктивни систем. Последице њихове употребе често су врло озбиљне. Генерално посматрано дошло је до огромног пораста броја хемикалија које се користе у индустрији а да претходно нису адекватно тестиране, па саме по себи представљају повећан ризик.
- *Нови облици запошљавања* (привремени рад, ангажовање преко услужних агенција, разне уговорне форме повремених активности и сл.) представљају ризик по радно ангажована лица, јер она не остварују права по основу радног односа и најчешће нису упозната са свим опасностима и штетностима којима су изложена. Овакви облици запошљавања најчешће представљају „несигуран посао“ (са ниским примањима, лошим условима рада и немогућношћу напредовања).
- *Ширење нелегалног тржишта* – као појава кроз коју се радно ангажују лица без икакве радно-правне форме носи са собом значајне ризике. Лица која раде на овакав начин најчешће су лишена многих права по основу рада, а готово по правилу нису оспособљавана за безбедан и здрав рад, што само по себи представља значајно повећање нивоа потенцијалних ри-

зика. Поред тога, највећи број оваквих лица није евидентиран, њихов радни однос није заштићен радним законодавством, недоступне су им информације и савети о заштити права, немају развијену свест о безбедности и здрављу на раду, нити им се обезбеђују средства за примену превентивних мера.

- *Миџрације радне снаге* – често су везане за покушаје нискоквалификоване радне снаге из мање развијених земаља да у развијенијим земљама обезбеди себи и својим породицама пристојан живот. Због тога су мигранти неретко склони да рада на високоризичним пословима и у сивој економији. Многи раде прековремено како би остварили одговарајућу зараду под изузетно лошим условима рада. Они најчешће немају адекватна средства личне заштите, не пролазе потребне обуке, нити су информисани о правима и обавезама у области рада. Процењује се да на подручју Европске уније око пет милиона имиграната ради у неформалној економији а њихов положај је посебно тежак јер је несигуран и често праћен изузетно лошим радним условима и ниским зарадама.
- *Ризици везани за старије раднике* – све више долазе до изражаја са трендом старења становништва. Уочава се повећана осетљивост старијих радника на неке ризике, који се мање испољавају у млађој популацији, као што су ризици од инфективних болести или мишићно-коштаних поремећаја. Због лошије равнотеже старији радници склонији су падовима. Они спорије реагују на надражаје, чешће имају проблема са видом, повреде уганућа и деформација због губитка снаге и слабију издржљивост и савитљивост.
- *Ризици везани за младе раднике* – најчешће проистичу из њиховог недовољног искуства. Међутим, они могу бити везани и за недостатак физичке и психичке зрелости или недовољан ниво обука и савладавања потребних вештина. Млади често немају развијену свест о значају примене мера за безбедан и здрав рад и потенцијалним ризицима и последицама које они носе. Поред тога, млађи радници су чешће ангажовани на опасним и несигурним пословима, што дугорочно утиче на здравље и квалитет живота целокупне радне популације.
- *Ризици везани за жене* – најчешће се односе на излагање биолошким агенсима штетним за њихово репродуктивно здравље. Поред тога, дужина радног дана код ових категорија запослених повећава ризик од могућих повреда због немогућности постизања равнотеже између професионалног и приватног

живота. Поред тога жене су више изложене стресу него мушкарци због чешћег сексуалног узнемиравања, дискриминације и двоструких захтева (захтева на послу, у виду плаћеног рада и захтева за рад код куће, у виду неплаћеног рада).

- *Психосоцијални фактори и стрес у вези са радом* – све чешће се препознају као узрочници многих болести. Повећана несигурност запослених, флексибилност радног ангажовања, појачани захтеви за интензивирањем рада и облици дискриминације и злостављања на радном месту представљају неке од фактора који утичу на повећање броја оболелих од стресних поремећаја у вези са радом. Стрес се данас сматра једним од главних разлога одсуствовања са рада и узрока читавог низа обољења. Дугорочно посматрано, стрес може допринети мишићно-коштаним поремећајима и другим облицима нарушавања здравља као што су: хипертензија, чир, кардиоваскуларна обољења и др.

6. Промене у улози и очекивањима јавности

Јавност је у данашње време много боље информисана о свим питањима па и питањима у области рада и заштите појединачних права запослених. Она више није само пуки посматрач збивања, већ и моћан чинилац који усмерава пут промена. Развој информационих технологија, доступност информација и медијска заинтересованост за сферу рада довели су до тога да се сва заинтересована лица могу лако упознати са правима и обавезама запослених и послодаваца и о томе исказати своје мишљење. То је добар тренд који ствара својеврсни притисак на све актере у области рада да дају пуни допринос развоју ове области и смањењу броја повреда на раду и оштећења здравља запослених, као и побољшању услова рада. У том смислу јавност врши притисак на:

- доносиоце прописа у области рада – да: уреде област рада на одговарајући начин пратећи трендове који на њу утичу, да заузму оштрији став према узрочницима лоших услова рада и повреда на раду и те да дефинишу ефикасна средства за заштиту основних права запослених;
- послодавце – да: предузму све превентивне мере како се не би догодиле повреде на раду, јер се у противном, поред осталих последица, кроз медијску критику смањује њихов углед у пословном свету;
- синдикалне организације – да: се више позабаве питањима заштите права запослених и да ојачају своју заштитну улогу;

- запослене – да: заштите своја права по основу рада и да буду активни чиниоци у свим дешавањима која могу утицати на ниво остваривања права и обавеза у овој области;
- инспекторе рада – да: буду што активнији, да реагују брзо и ефикасно и да користе све расположиве методе утицаја како би допринели остваривању права и обавеза запослених и послодавца у области рада.

III Утицај промена у свету рада на деловање инспекције рада

Наведене промене имају брз темпо и свако неблаговремено деловање „заштитних механизма“ повећава њихову снагу и чини још тежим последице које оне носе по услове рада, безбедност и здравље запослених. Због тога је од кључне важности да инспекција рада и сви актери који делују у правцу заштите области рада константно ревидирају своје приоритете и активности, оцењују њихову ефикасност и врше потребне корекције.

Економске, техничке, социјалне и друге промене, које су се догодиле, не утичу само у националним оквирима где су се најпре испојиле, већ и на целокупан свет рада кроз ефекте опште глобализације. Због тога су: Организација уједињених нација, Међународна организација рада, Европска унија и друге наднационалне организације предузеле мноштво активности истичући, поред осталог, значај и улогу инспекције рада у новонасталим приликама и потребу њеног што ефикаснијег деловања ради заштите општепризнатих радних стандарда. Поменуте организације увиделе су неопходност јачања механизма за заштиту основних права запослених са акцентом на заштиту посебно угрожених категорија као што су: деца, млади, жене, лица са посебним потребама и др. У центру њихових активности стављена је борба за побољшање положаја запослених кроз подсећање свих актера у области рада на универзална људска права и неопходност њихове заштите, те општеприхваћене стандарде из најзначајнијих међународних аката као што су: Универзална декларација о људским правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Европска конвенција о заштити права човека и основних слобода, Европска социјална повеља, конвенције и препоруке МОР и др. Циљ активности међународних организација је уградња општеприхваћених радних стандарда у савремене токове привредног развоја и новонастале промене у свету рада и изградња додатних радних стандарда, путем којих ће се ефикасније деловати на постојеће прилике. Полазећи од поменутог циља:

- Организација уједињених нација иступа са новим конвенцијама као што су:
 - Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена и
 - Конвенција о правима особа са инвалидитетом,

указујући на потребу додатне заштите ових категорија лица генерално а посебно у радном процесу;

- Европска унија посебну пажњу посвећује области безбедности и здравља на раду, сматрајући ову област темељним условом за остваривање основних права из рада и успостављање радних стандарда, те доноси значајан број директива, резолуција и стратегија успостављајући систем превенције ризика као основни радни стандард у овој области. Истичући значај универзалних права, међу којима истакнуто место заузимају социјална и економска права, Европска унија доноси и:
 - Повељу заједнице о основним социјалним правима радника и
 - Повељу о основним правима у Европској унији, наглашавајући потребу заштите ових права.

Посебну пажњу Европска унија поклања инспекцији рада захтевајући њено активно учешће у остваривању основних права запослених. У том смислу на европском нивоу доносе се веома значајни акти за инспекцију рада као што су:

- Резолуција о улози инспекције рада у спровођењу Стратегије о здрављу и заштити на раду за период 2002–2006. године и
- Заједнички принципи за инспекцију рада у вези са здрављем и безбедношћу на радном месту;
- Међународна организација рада истичући основна и општеприхваћена социјална права, која треба да пруже заштиту свету рада у тешким економским и социјалних приликама кроз промоцију концепта пристојног рада и афирмацију принципа социјалне правде, доноси:
 - Декларацију о основним принципима и правима на раду и
 - Декларацију о социјалној правди у циљу праведне глобализације.

Поред тога Међународна организација рада посебну пажњу посвећује области радних односа и безбедности и здравља на раду па у том смислу доноси нове конвенције и препоруке (Конвенција и препорука о

заштити на раду, здравственој заштити и радној околини, Конвенција и препорука о промотивном оквиру безбедности и здравља на раду и Препорука о радним односима). Инспекцију рада МОП препознаје као једног од главних чинилаца који обезбеђује остваривање поменутих принципа, те инсистира на што ширем концепту прихватања основних конвенција и препорука које се тичу инспекције рада (Конвенције и препоруке о инспекцији рада у индустрији и трговини и пољопривреди) и промовише значај модернизације и даљег развоја ове службе. Притом Међународна организација рада предузима и бројне практичне активности у правцу анализе постојећих система инспекција рада, њихове ефикасности и потреба прилагођавања новонасталим приликама, па у том смислу пружа стручну и техничку помоћ земљама чланицама како би успоставиле што ефикаснији систем инспекцијске контроле у области рада.

Међународна заједница је, као што смо видели, препознала значај инспекције рада и потребу њеног ефикасног деловања на област рада и заштиту основних радних стандарда. На тему деловања, стратегије и праксе служби инспекција рада широм света одржавају се бројни скупови са циљем указивања на проблеме са којима се иста суочава и правцима њиховог превазилажења. На међународној трипартитној основи постигнут је консензус о кључној улози инспекције рада која се огледа не само у домену здравља и безбедности запослених, већ и у домену здравља привреде. Због тога је посебно истакнуто да ефикасна инспекција рада промовише стабилну пословну климу и утиче на конкурентност, економски раст, отварање нових радних места и смањење сиромаштва.⁴ Међутим, изазови које носе промене у свету рада захтевају корените промене и у свим сегментима деловања инспекције рада. Од инспектора рада данас се тражи да:

- препозна разлику између употребе и злоупотребе права послодаваца и запослених, те да подстиче употребу а спречава злоупотребу,
- подстиче сарадњу између послодаваца и запослених, као и њихових организација,
- своје деловање прилагоди привредној активности послодавца и организационој форми у којој се она одвија,
- препозна скривене облике дискриминације и злостављања на раду, те да предузме ефикасна средства како би спречио њихово даље деловање,

4 О томе видети на пример у извештају Одбора за запошљавање и социјалну политику МОП о спроведеној расправи на тему стратегије и праксе инспекција рада одржаној у Женеви у новембру 2006. године: Committee on Employment and Social Policy „Strategies and practice for labour inspection“ који се може наћи на Интернет адреси МОП-а: www.ilo.org/public.

- посебну пажњу посвети осетљивијим категоријама запослених и решавању њихових проблема у вези са радом,
- препозна нове ризике и предложи превентивне мере ради спречавања повреда на раду или професионалних обољења,
- активно сарађује са послодавцима и запосленима и њиховим организацијама у правцу превенције повреда на раду и заштите права из области рада,
- примењује широку палету прописа (међународних и националних) и помаже послодавцима да уреде свој унутрашњи радно-правни оквир у складу са овим прописима,
- утиче на промену свести послодаваца и запослених о значају безбедности и здравља на раду и неопходности примене превентивних мера,
- проналази најефикаснија средства путем којих ће побољшати стање у примени мера у области рада код сваког конкретног послодавца,
- стално проширује своја знања и вештине и др.

Овакви захтеви намећу обавезу свакој држави да преиспита постојећи систем инспекције рада, установи његове „слабе тачке“ и предузме активне мере како би он био модернизован и довољно ефикасан да одговори захтевима који се пред њега постављају. Ретке зе земље у свету које могу повећањем броја инспектора рада утицати на повећање ефикасности ове службе. У већини земаља тренд је супротан, захтева се смањење администрације, а повећање њене ефикасности. То значи да се извор повећања ефикасности мора тражити на другим странама, кроз бољу организацију рада у оквиру постојећих ресурса и модернизацију система инспекције рада. У том правцу иде и Стратегија Међународна организација рада за модернизацију и реорганизацију система инспекције рада⁵ која се темељи на неколико елемената:

- јасној државној политици о улози инспекције рада и њеном значају, те интеграцији инспекције рада у националне стратегије развоја,
- организовању међународних сусрета инспекција рада ради усаглашавања стратегија њиховог развоја и деловања,
- развоју информационих технологија и других инструмената размене информација, литературе, упутстава, примера добре праксе, истраживања и сл.,

5 Committee on Employment and Social Policy „Strategies and practice for labour inspection“, стр. 13–14.

- даљем промовисању значаја инспекције рада и ширењу ратификација и примена конвенција Међународне организације рада број 81 и 129, као темељних принципа организовања и деловања служби инспекција рада,
- развоју политике и алата за обуку инспектора рада и повећање њихове ефикасности, и
- даљем разматрању улоге других чинилаца који могу допринети побољшању остваривања радних стандарда и њиховог односа са системом инспекције рада.

Као један од начина модернизације инспекције рада и повећања њене ефикасности Међународна организација рада последњих година промовише интегрисани приступ у раду инспекције. Он може имати различите облике, као што су: интегрисање различитих „сродних“ инспекцијских служби кроз њихов координирани рад, преношење дела надлежности из једних у друге инспекцијске службе, централизовање управљања системом свих инспекцијских служби у земљи, или пружање основних знања из свих области којим се инспекција рада бави свим, или већем делу, инспектора рада, уз укључивање посебних стручњака за поједина „специјална“ знања и сл. Циљ интеграције инспекције рада је концентрација постојећих ресурса и повећање њихове ефикасности, кроз шири концепт деловања. Систем интеграције може се огледати у административном, процедуралном или техничком смислу.⁶ МОР је развила методологију Интегрисане инспекције рада систем обуке – *Integrated Labour Inspection Training System (ILITS)* која треба да олакша државама чланицама, које се определиле за овакав концепт, модернизовање инспекције рада у процесу обуке инспектора рада и изградњу новог – ефикаснијег система инспекцијског надзора у област рада. Методологија је тако конципирана да пружа потребна знања и смернице остављајући слободу државама чланицама да на бази овог система развију своје сопствене програме који ће највише одговарати њиховим потребама и условима.⁷

Када је у питању Република Србија стратешким документима у области рада утврђена је потреба реформисања инспекције рада у правцу модернизације и интеграције овог система. Без обзира на мноштво

6 О интеграцији инспекције рада као новом концепту МОР видети више: G. Albracht, „Integrated labour inspection system: The strategy of the ILO“, Labour Education No. 140, Volfgang fon Fihthofen, „Инспекција рада, Водич за професију“, *op. cit.*, стр. 27.–32.

7 О систему обуке и методологији МОР за увођење интегрисаног концепта видети: G. Albracht, F. Martin-Daza, B. Brückner, *Integrated Labour Inspection – Training System*, ILO, Geneva, 2006.

проблема са којима се инспектори рада данас сусрећу можемо рећи да се систем инспекције рада у Републици Србији налази на прекретници и да ће од неколико наредних корака зависити успешност овог система. У Инспекторату за рад су започете врло значајне реформе које уколико се правилно и доследно спроведу представљају шансу за „хватање корака“ са системима инспекција рада развијених земаља европске регије, које су своје деловање већ усагласиле са новонасталим приликама и новим захтевима који се постављају пред инспекцију рада. Започете реформе делују у три правца:

- ка проширењу знања инспектора путем интеграције инспекције рада,
- ка стратешком планирању активности, и
- ка уређивању положаја инспекције рада, њених специфичности и деловања путем иницијативе за доношење посебног закона који би ову материју уредио.

Сва три правца иду ка истом циљу – модернизацији инспекције рада и повећању њене ефикасности.

IV Закључак

Промене света рада и сви процеси који је прате указују на нову улогу инспекције рада која мора да се прилагоди новонасталим приликама и да на њих одговори повећањем своје ефикасности. То је изазов који усмерава процесе промена у системима инспекција рада широм света.

Деловање инспекције рада у сегменту управног надзора треба прилагодити потребама привредних субјеката према којима су њене активности усмерене. Инспекцијске контроле по правилу треба да буду брзе и ефикасне а не да трају више дана и да оптерећују превеликим формализмом и инспектора и послодавца а да довољно пажње не посвећују конкретним проблемима који се испољавају у одређеном сегменту примене прописа из области рада. Из овог разлога, паралелно са променама у приоритетима и организацији инспекцијских надзора требало би одредити и нове врсте и садржину инспекцијских надзора којима би се обухватили најзначајнији сегменти области деловања инспекције рада. Као што смо видели на глобалном нивоу област деловања инспекција рада последњих година трпи значајне промене. У савременим инспекцијским системима у области рада одавно се одустало од концепта да инспекција рада једнако делује на све сегменте у области рада, јер инспекцијски капацитети то не дозвољавају, већ се путем деловања по приоритетима

покушава остварити максималан ефекат. То подразумева да се користе инструменти који не делују само на објект надзора, већ и на ширу област која је у неком смислу повезана са објектом надзора.

Поред инспекцијских надзора неопходно је развити и друге форме деловања инспекције рада као што су:

- облици превентивног рада са послодавцима и запосленима,
- давање савета о најефикаснијим начинима примене прописа у области рада свим заинтересованим лицима,
- сарадња са синдикатима и удружењима послодаваца,
- медијске кампање ради развоја свести о неопходности примене превентивних мера за безбедан и здрав рад и остваривање права и обавеза по основу рада и сл.

Деловање инспекције рада оваквим средствима пружа могућност повећања њене ефикасности и поред ограничених ресурса за вршење инспекцијских надзора, јер ова средства истовремено делују на већи број послодаваца и запослених.

Паралелно са развојем нових облика деловања инспекције рада потребно је трансформисати и методе њеног деловања, са палетом инструмената путем којих се може утицати на друге чиниоце у области рада.

За инспекторе рада неопходно је обезбедити стално и континуирано усавршавања како би били у могућности да примене нове методе деловања и повећају своју ефикасност и ауторитет. Нарочиту пажњу треба посветити: овладавању новим „меким“ техникама деловања, принципима решавања спорова, избору мера, презентовању права и обавеза по основу рада већем броју субјеката, начину деловања путем медија и сл.

Започете реформе инспекције рада у Републици Србији треба наставити још јачим интензитетом уз паралелно укључивање свих других елемената који се такође морају реформисати, како би постепено, кроз свеобухватни развој система инспекције рада, била изграђена модерна и ефикасна служба инспекцијског деловања у овој области која ће истовремено вршити контролу над спровођењем радног законодавства и бити подршка послодавцима и запосленима на путу имплементације радних стандарда.

Mag. Ljiljana STOJŠIĆ

Labor Inspector, Ministry for Labor and Social Policy

CHANGES IN THE WORLD OF WORK AND ITS INFLUENCE ON LABOR INSPECTION

Summary

The world of work, as a field in which employers and employees work, as well as other subjects that have an impact on work processes, there is a period of rapid and radical changes. These changes bring about different organization workflow and different relations between the subjects it participate. Labour Inspection, as an administrative body that supervises application of labor laws, to meet the challenges of changes they must first recognize and then to devise mechanisms by which to adjust their operation to new opportunities and contribute to the implementation of labor standards. This paper highlights the major changes that have occurred in the fields of: economics and social life, economic structure, organizational characteristics of employers and unions is changing, the emergence of new risks and the roles and expectations and their impact on the area of work and operation of inspection work.

Key words: *employers, employees, labor inspection, the economy, control, risk, safety and health at work.*

мр Весна БИЛБИЈА
Јавно предузеће ПТТ саобраћаја „Србија“, Суботица

ЗАКОН О ВОЛОНТИРАЊУ, 2011. – ЕВРОПСКА ГОДИНА ВОЛОНТИРАЊА

Резиме

У овом раду представљен је Закон о волонтирању Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 36/2010) и то: доношење, реулисање појма волонтирања и основних начела, права и обавезе волонтера и организатора волонтирања, појам корисника волонтирања, уговор о волонтирању. У раду су, даље, представљени пројиси за извршење закона, њј. правилници донети од стране Министра за рад и социјалну политику. Затим, иако је посвећена дилемама у погледу појединих законских решења уз осврт на поједина решења из Закона о волонтерству Републике Хрватске и искуства у области волонтирања у овој републици.

Законом о волонтирању уравни систем се уводи облик волонтирања, као пружање услуга за оштећено добро или добро другој особи, добровољно и без накнаде и на тај начин јасно се дефинише разлика у односу на радно ангажовање лица на основу уговора о раду и рада ван радног односа.

Циљ овог рада је учинити значајнијим доношење овог закона у години која је означена као Европска година волонтирања.

Кључне речи: дуторочно волонтирање, краткорочно волонтирање, волонтер, организатор волонтирања, корисник волонтирања, уговор о волонтирању.

I Уводне напомене

Европска година волонтирања је и славље и изазов.

Она слави преданост милиона Европљана који својим несребичним залагањем промовишу солидарност, толеранцију, равноправност, мир, ненасиље, живот у складу са природом; који своје слободно време поклањају другима, о њима брину, брину о животној средини и чувају је, чинећи тако огромну разлику у нашим животима на безброј начина.

Она је и изазов за оне Европљане који не волонтирају.¹ Волонтирајмо.

Уједињене нације су још 2001. године усвојиле Универзалну декларацију о волонтирању и ту су годину прогласиле Међународном годином волонтера. Декларација истиче волонтирање као камен темељац цивилног друштва.² Оно оживотворује најплеменитије аспирације људске врсте – тежње према миру, слободи, сигурности и правди за све људе, које би у ери глобализације, када свет постаје међузависнији и сложенији, нарочито требале бити подржане и оснажене. У протеклих 10 година урађено је много на признавању важности рада волонтера, олакшавању њиховог напора, на умрежавању волонтерских организација и других учесника, на промоцији волонтирања и повећању броја волонтера.

Волонтирање по Универзалној декларацији о волонтирању представља један од основа грађанског друштва и афирмише право човека да се „индивидуално или колективно ангажује, без очекивања материјалне надокнаде“ и тако схваћено, оно заслужује да га свака држава подржи и ову материју адекватно правно уреди.³

У региону, Република Хрватска је то прва учинила. Хрватски сабор је 18.5.2007. године донео Закон о волонтерству. Уз чињеницу да Хрватска хронолошки предњачи у правцу хармонизације са савременим правима високоразвијених земаља, најпре са правним системима земаља Европске уније, разлог што је Хрватска три године пре Србије створила законско окружење које укључује волонтерску инфраструктуру лежи и у томе што се захваљујући активностима организација као што су *Crveni križ* или *Hrvatski Caritas*, волонтерски дух у Хрватској више негује него у Србији или Црној Гори.

1 Интернет адреса: <http://www.osvolonteri.hr/linkovi/2011-europska-godina-volonterstva>, 9.2.2011, стр. 2.

2 Интернет адреса: http://sh.wikipedia.org/wiki/Me%C4%91unarodna_godina_volontera, 7.2.2011, стр. 1.

3 Интернет адреса: http://www.nsch.org.rs/pdf/obrazlozenje_zakona_o_volontiranju.pdf, 9.2.2011, стр. 2.

У Републици Српској Закон о волонтирању донет је 17.7.2008. године.

Закон о волонтерском раду Црна Гора је донела 22.4.2010. године.

II Доношење Закона о волонтирању у Републици Србији

Народна скупштина Републике Србије донела је Закон о волонтирању, који је објављен у „Службеном гласнику РС“ број 36/2010 и који је ступио на снагу осам дана од дана објављивања, тј. 5.6.2010. године. Закон се примењује од 6.12.2010. године, тј. по истеку рока од шест месеци од дана његовог ступања на снагу, с тим да се у истом року донесу и прописи за извршење закона.

Наш правни систем до доношења овог закона није познавао волонтирање као добровољно пружање услуге за опште добро или за добро другог лица без накнаде. Под волонтирањем, у смислу Закона о раду („Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/06 и 54/09), Закона о здравственој заштити, Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана („Службени гласник РС“, бр. 36/91, 79/91, 33/93, 67/93, 46/94, 48/94, 52/96, 29/01, 84/04, 101/05, 115/05), као и у другим посебним законима у појединим областима подразумева се стручно оспособљавање и усавршавање ради обављања приправничког стажа и полагања стручног испита, односно ради обављања специјализације у одређеним професијама (лекари, адвокати, судије и др.) Значај Закона о волонтирању огледа се превасходно у томе што се у правни систем уводи облик волонтирања, као пружање услуга за опште добро или добро другог лица, добровољно и без накнаде, чиме се постиже његово јасно разликовање од радног ангажовања лица на основу уговора о раду и рада ван радног односа. Доношењем Закона о волонтирању обезбеђује се правна заштита волонтера, као и заштита корисника њихових услуга од евентуалне штете која би од те активности могла да настане.

Уз опште уставно начело о солидарности грађана, уставни основ за доношење Закона о волонтирању садржан је у члану 97 тачка 8 Устава Републике Србије, којим је прописано да Република Србија уређује и обезбеђује, између осталог, систем у области радних односа, заштите на раду и друге економске и социјалне односе од општег интереса. Надаље, чланом 18 Устава Републике Србије, јемче се и као таква непосредно примењују људска и мањинска права, зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима, међу којима су за доношење Закона о волонтирању посебно значајни принципи из Опште декларације ОУН о људским правима из 1948. године, Међународног пакта о економским социјалним и култур-

ним правима из 1966. године и Европске конвенција о заштити људских права и основних слобода из 2004. године.

III Појам волонтирања и начела на којима се волонтирање заснива

Овим законом уређују се основни појмови у вези са волонтирањем, начела волонтирања, уговор о волонтирању, права и обавезе волонтера и организатора волонтирања и надзор над применом овог закона. Сви појмови који се користе у мушком роду обухватају исте појмове и у женском роду у складу са законом.⁴

Уз предмет, основне одредбе закона обухватају и значење појмова. Тако, волонтирање јесте организовано добровољно пружање услуге или обављање активности од општег интереса, за опште добро или за добро другог лица, без исплате новчане накнаде или потраживања друге имовинске користи, осим ако овим законом није друкчије одређено.⁵ Израз „услуга“ уместо израза „рад“ више одговара идеји и садржини закона. Слично је и у компаративним прописима о волонтирању, са напоменом да је тачно да у Црној Гори сам закон носи име Закон о волонтерском раду, али је приликом дефинисања појма волонтерског рада наведено да је волонтерски рад добровољно и бесплатно улагање времена, знања и вјештина којима се обављају услуге или активности у корист другог лица или за општу добробит друштва и у даљем тексту закона означава се као волонтерске услуге.⁶

Волонтирање може бити дугорочно волонтирање и краткорочно волонтирање. Дугорочно волонтирање је волонтирање које траје дуже од 10 часова недељно, најмање три месеца без прекида, а волонтирање које траје краће од 10 часова недељно и мање од три месеца без прекида је краткорочно.

Шта није волонтирање?

Волонтирањем се не сматра време проведено на стручном оспособљавању и усавршавању или на практичном раду без заснивања радног односа, у складу са законом; рад ван радног односа, у складу са законом; обављање услуга или активности које је једно лице дужно да пружи другом лицу, у складу са законом; извршавање судских, прекршајних и других одлука надлежних органа; обављање услуга или

4 Закон о волонтирању (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010; даље у фуснотама: ЗОВ), чл. 1.

5 ЗОВ, чл. 2.

6 Закон о волонтерском раду (*Службени лист Црне Горе*, бр. 26/2010), чл. 2.

активности које су уобичајене у породичним, пријатељским или судским односима; обављање послова Црвеног крста Србије који су везани за остваривање циљева и задатака у складу са законом и другим прописом; обављање послова и активности у политичким странкама, синдикатима и другим удружењима, који су везани за остваривање циљева и задатака тих организација, односно удружења од стране њихових чланова, у складу са статутом; обављање *ad hoc* активности од општег интереса, за опште добро или за добро трећег лица, које не трају дуже од 10 часова недељно, најдуже 30 дана без прекида или са прекидима, у току календарске године.⁷

Начела волонтирања су: начело солидарности и промовисања волонтирања, начело забране дискриминације, начело заштите корисника волонтирања, начело забране злоупотребе волонтирања, начело заштите омладине и начело бесплатности волонтирања.

У компаративним прописима, Закон о волонтерству Републике Хрватске садржи слична *шемељна начела волонтирања*, а слични су и *основни принцип* волонтирања из Закона о волонтирању у Републици Српској. Можемо приметити да поменута два закона, за разлику од нашег посебно прописују начело транснационалности волонтирања којим регулишу статус међународног волонтера, тј. волонтирање страних држављана или пак, волонтирање домаћих држављана у иностранству.⁸

Начело солидарности и промовисања волонтирања⁹ – солидарност као свест о потреби узајамних одговорности ради остваривања праведнијих односа међу људима и промоција препознатљивости доприноса волонтирања заједно дају један снажан замањ који, посебно међу младима, мења свест људи, побољшава квалитет живота, развија толеранцију, руши предрасуде и негативне стереотипе.

Начело забране дискриминације¹⁰ тиче се самих волонтера и њиховог положаја и забрањује неоправдано прављење разлике или неједнако поступање према волонтерима, док треће начело¹¹ штити положај корисника осигурања, односно лични интегритет и интерес корисника осигурања.

Забрањено је организовање волонтирања у циљу стицања добити и оно којим се замењује рад који обављају лица у складу са прописима

7 ЗОВ, чл. 3.

8 Закон о волонтерству (*Народне новине РС*, бр. 58/2007; даље у фуснотама: ЗОВ РХ), чл. 17; Закон о волонтирању (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 73/2008), чл. 17.

9 ЗОВ, чл. 5.

10 ЗОВ, чл. 6.

11 ЗОВ, чл. 7.

у раду.¹² Волонтирање, видели смо, није време проведено на стручном оспособљавању и усавршавању или на практичном раду без заснивања радног односа, нити рад ван радног односа, али то поготово није рад на који би се требали применити прописи о раду и сматра се злоупотребом поступање које је с тим у супротности. Само на малолетне волонтере и лица између навршене 18. и 21. године живота примењују се прописи у вези са радом и то они који се односе на заштиту ових лица на раду, а све у складу са начелом заштите омладине.¹³

Од највећег практичног значаја је начело бесплатности волонтирања.¹⁴ Приликом одређивања појма волонтирања, утврђено је да волонтер нема право на новчану накнаду или другу имовинску корист за волонтирање. При томе, новчаном накнадом или имовинском користи не сматра се накнада трошкова волонтирања за радну одећу и средства и опрему за личну заштиту волонтера, за путовања, смештај и исхрану волонтера и других трошкова који настану у вези са извршавањем волонтерских услуга и активности, за лекарске прегледе обезбеђене за потребе волонтирања, за обуке за обављање волонтерских услуга и активности, за премије осигурања исплаћене за случај повреде или професионалне болести током волонтирања, односно новчане накнаде у сврху осигурања од одговорности за штету насталу код организатора волонтирања или трећег лица, за исплату џепарца код дугорочног волонтирања, чији месечни износ не може бити већи од 30% од нето износа минималне месечне зараде за пуно радно време у Републици Србији (исплата џепарца утврђује се уговором о волонтирању).

IV Субјекти волонтирања: волонтер, корисник волонтирања и организатор волонтирања

Волонтер, корисник волонтирања и организатор волонтирања су субјекти, актери овог Закона о волонтирању. Законом су регулисана њихова права, њихове обавезе, њихова посебна заштита.

1. Волонтер

Волонтер може бити домаће или страно физичко лице, као и лице без држављанства (последња два то могу учинити у складу са законом и потврђеним међународним уговорима¹⁵).

12 ЗОВ, чл. 8.

13 ЗОВ, чл. 9.

14 ЗОВ, чл. 10.

15 ЗОВ, чл. 13.

Надаље, волонтирање може да обавља лице које има најмање 15 година живота, с тим да лице млађе од 18 година може да волонтира уз писмену сагласност родитеља или старатеља, док лице млађе од 15 година може бити укључено у обављање васпитно-образовних волонтерских активности, у складу са прописима о образовању и васпитању и ратификованим међународним конвенцијама. Волонтери не могу радити на пословима који су опасни по живот и здравље или се обављају у условима опасним за живот и здравље.¹⁶

Волонтер има права и има дужности.

а) Права волонтера

Волонтер има право да буде упознат са условима волонтирања, услугама и активностима које ће обављати, правима која му припадају на основу закона, других прописа и општих аката организатора волонтирања; да у писаном облику, на свој захтев, добије опис волонтерске услуге или активности; да буде упознат са кодексом понашања, односно етичким правилима понашања која су прописана у делатностима у којима се обавља волонтирање. Надаље, волонтер има право на одговарајуће оспособљавање, ако је такво оспособљавање потребно за обављање волонтерских услуга и активности, на стручну помоћ и подршку током волонтирања, на накнаду уговорених трошкова насталих у вези са волонтирањем, на безбедне и здраве услове рада и средства и опрему за личну заштиту, у складу са природом волонтерских услуга и активности које обавља, да се упозна са опасностима и штетностима која су вези са волонтерским услугама и активностима које обавља, на одмор у току волонтирања и дневни одмор, у уговореном трајању, на заштиту приватности и личних података, да буде консултован при одлучивању о начину обављања волонтерске услуге и активности, као и друга права одређена овим законом и уговором о волонтирању.¹⁷

Волонтер је посебно заштићен одредбом да се волонтирањем у складу са овим законом не губе права по основу незапослености.¹⁸ Ова недвосмислена одредба значајна је за положај волонтера и још једном је волонтирање „удаљила“ од радног односа.

б) Обавезе волонтера

Истовремено, волонтер је дужан да волонтира у складу са законом, уговором о волонтирању и упутствима организатора волонтирања,

16 ЗОВ, чл. 11.

17 ЗОВ, чл. 21.

18 ЗОВ, чл. 17.

да пружа услуге лично и непосредно у складу са правилима струке и професионалне етике, када пружање услуге захтева стручна знања, да обавести организатора волонтирања о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање волонтерских услуга и активности или које угрожавају његов живот или здравље, односно живот или здравље лица с којима долази у контакт за време волонтирања; да чува службену тајну и поверљиве, личне податке о кориснику волонтирања и има дужност да одбије волонтирање које није у складу са законом или уговором о волонтирању.¹⁹

У вези са обавезом волонтера да волонтира у складу са упутствима организатора волонтирања, закон посебно прописује да волонтер није дужан да их поштује ако извршавање упутства може да угрози његов живот и здравље, живот и здравље корисника волонтирања или другог лица, затим ако је упутство за њега, за корисника или друго лице морално неприхватљиво и ако је упутство у супротности са законом или уговором о волонтирању. Што се тиче упутства које може да проузрокује штету волонтеру, кориснику волонтирања или трећем лицу, волонтер је дужан да на то писменим путем упозори организатора волонтирања, у ком случају ће се и ослободити одговорности за проузроковану штету.²⁰

2. Корисник волонтирања

Корисник волонтирања може бити физичко лице, затим то може бити правно лице чији основни циљ није стицање добити и корисник волонтирања може бити организатор волонтирања чији основни циљ није стицање добити.²¹

Ако су корисници волонтирања посебно осетљиве групе, закон их је посебно заштитио. Тако, предвиђено је да је организатор волонтирања дужан да поступа са посебном пажњом приликом избора и обуке волонтера ако су корисници волонтирања деца, особе са инвалидитетом, стара лица, лица којима је неопходна помоћ и нега другог лица, болесне особе или особе које су потпуно или делимично лишене пословне способности. Уз то, волонтирање са наведеним корисницима не могу да обављају лица којима је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења или обавезног лечења наркомана или алкохоличара или забране вршења позива, делатности и дужности, која је у вези са делатношћу волонтирања; правоснажно осуђена лица за кривично

19 ЗОВ, чл. 22.

20 ЗОВ, чл. 23.

21 ЗОВ, чл. 14 ст. 5.

дело против живота и тела, против слобода и права грађана, против полне слободе, против брака и породице, против здравља људи; као и лица која су у потпуности или делимично лишена пословне способности или родитељског права и лица према којима су изречене мере због насиља у породици.²²

3. Организатор волонтирања

Организатор волонтирања може бити правно лице чији основни циљ, у складу са оснивачким актом, није стицање добити.²³

Организатор волонтирања може бити привредно и јавно предузеће под одређеним условима, односно ако организује волонтирање за опште добро, односно добро другог лица на пословима ван делатности привредног друштва, односно јавног предузећа; ако се обављањем волонтерских услуга и активности не стиче добит и ако волонтирање не замењује рад запослених и других радно ангажованих лица у привредном друштву, односно јавном предузећу.²⁴ У том случају, привредно друштво, односно јавно предузеће дужно је да припреми програм волонтирања и сагласност министарства надлежног за рад на програм волонтирања. Програм треба да садржи податке о организатору и кориснику волонтирања, месту обављања и трајање волонтирања, планирани број волонтера, опис волонтерских услуга и активности, податке о оспособљавању за волонтере. Привредно друштво, односно јавно предузеће има обавезу да уз програм достави и своје податке, тачније извод из регистра привредних субјеката, правилник о организацији и систематизацији, а на захтев министарства и документацију којом доказује да испуњава прописане услове да буде организатор волонтирања. Министарство је дужно да одлучи о давању сагласности на програм у року од 15 дана од дана пријема програма, односно допуне документације, уколико је тражена.²⁵

За правно лице које испуњава све услове да буде организатор волонтирања, закон је прописао његове обавезе као организатора волонтирања и одговорност за штету.

Организатор волонтирања је дужан да обезбеди волонтеру безбедност и здравље током обављања волонтерских услуга и активности, у складу са законом; изда волонтеру потврду о обављеном волонтирању, на његов захтев; обезбеди средства за обављање волонтерских услуга и активности; обезбеди тајност личних података волонтера и заштиту

22 ЗОВ, чл. 12.

23 ЗОВ, чл. 4 ст. 2.

24 ЗОВ, чл. 4 ст. 3; чл. 14 ст. 1 тач. 1–3.

25 ЗОВ, чл. 14.

приватности и друге услове за волонтирање и права волонтера прописана законом или уговором о волонтирању. Што се тиче потврде о волонтирању, иста се издаје на захтев волонтера даном престанка волонтирања, може бити у облику књижице (волонтерска књижица) и садржи личне податке о волонтеру, кориснику и организатору волонтирања, кратак опис волонтерских услуга и активности, њихово трајање, те податке о оспособљавању волонтера током волонтирања. Организатор волонтирања одговара за тачност података уписаних у потврду о волонтирању, а њену садржину и изглед ближе прописује министар надлежан за послове рада.²⁶

Организатор волонтирања има додатну обавезу у случају када су корисници волонтирања посебно осетљиве групе (деца, особе са инавалдитетом, стара лица и др.): дужан је да организује оспособљавање волонтера за рад са оваквом групом корисника волонтирања, када је такво оспособљавање потребно за обављање волонтерских услуга и активности.²⁷

Организатор волонтирања дужан је да волонтера осигура за случај повреде и професионалног обољења током волонтирања, када се ради о дугорочном волонтирању и ако је тако уговорено.²⁸ Надаље, организатор волонтирања је одговоран за штету коју проузрокује волонтер кориснику или трећем лицу у вези са вршењем волонтерске услуге или активности, али има право да надокнађену штету захтева од волонтера, уколико је овај штету проузроковао намерно или крајњом непажњом. На утврђивање постојање штете, њену висину, околности под којима је настала, одговорност и начин накнаде, сходно се примењују прописи о раду. Ако, пак, волонтер претрпи штету у вези са волонтирањем, организатор волонтирања је у обавези да је накнади волонтеру, осим ако је штета настала крајњом непажњом волонтера.²⁹

V Уговор о волонтирању

Предмет овог закона је само уговорно – двострано и формално – добровољно пружање услуга без накнаде. У питању је регулисање посебног, до сада неименованог уговора.³⁰

26 ЗОВ, чл. 25.

27 ЗОВ, чл. 26.

28 ЗОВ, чл. 27.

29 ЗОВ, чл. 24.

30 Интернет адреса: http://www.nsch.org.rs/pdf/obrazlozenje_zakona_o_volontiranju.pdf, 9.2.2011., стр. 4.

Дакле, волонтирање се обавља на основу уговора о волонтирању који закључују организатор волонтирања и волонтер. Писмена форма овог уговора обавезна је код дугорочног волонтирања, затим у случају када је волонтер малолетан, страни држављанин, лице без држављанства и држављанин републике Србије који волонтира у иностранству, ако организатор волонтирања има седиште у Републици Србији, те када су корисници осигурања посебно осетљиве групе (деца, особе са инвалидитетом, стара лица и др.), као и када писмену форму уговора захтева волонтер, организатор волонтирања или корисник волонтирања.³¹

Битни елементи уговора о волонтирању су подаци о волонтеру (име, презиме, пребивалиште, односно боравиште), о организатору волонтирања, кориснику волонтирања, самом волонтирању (место, трајање, опис волонтерских услуга и активности), подаци о оспособљавању за волонтирање, трошковима волонтирања и начину њихове накнаде, о другим правима и обавезама волонтера, организатора или корисника волонтирања. Ни код регулисања битних елемената уговора, није изостала нарочита пажња за случај да су корисници волонтирања посебно осетљиве групе (деца, особе са инавалдитетом, стара лица и др.): организатор волонтирања је обавезан у том случају да прибави потврду надлежног органа, која не може бити старија од шест месеци, да код волонтера не постоје сметње за рад са овом групом корисника волонтирања.³²

Како престаје уговор о волонтирању?

Волонтер може у свако доба да раскине уговор о волонтирању на начин прописан за његово закључивање без обавезе да за то наведе разлог.³³

Могућност да раскине уговор о волонтирању има и друга уговорна страна – организатор волонтирања. Кад престане потреба за волонтирањем, ако не може да обезбеди услове за даље волонтирање, ако волонтер не испуњава уговорене обавезе, ако волонтер својим активностима угрожава корисника волонтирања, као и другим случајевима одређеним уговором о волонтирању, организатор волонтирања може да раскине уговор о волонтирању.³⁴

Уговор о волонтирању свакако престаје истеком времена на који је закључен или испуњењем уговорне обавезе; споразумом уговорних страна; једностраним раскидом уговора; даном правоснажности одлуке о наступању сметњи за рад са посебно осетљивом групом корисника

31 ЗОВ, чл. 15.

32 ЗОВ, чл. 18.

33 ЗОВ, чл. 20 ст. 1.

34 ЗОВ, чл. 20 ст. 2 тач. 1–5.

волонтирања; када се родитељ или старатељ малолетног лица не сагласи са наставком волонтирања и у другим случајевима одређеним уговором о волонтирању.³⁵

VI Правилници

Закон о волонтирању се примењује по истеку рока од шест месеци од дана његовог ступања на снагу, с тим да се у истом року донесу и прописи за извршење закона. У складу са тим, 6.12.2010. године ступила су на снагу три подзаконска прописа које је, ради спровођења закона, донео Министар рада и социјалне политике. У „Службеном гласнику РС“, бр. 92/2010 објављени су Правилник о садржини и изгледу потврде о волонтирању, Правилник о садржини и начину вођења евиденције о волонтирању и подношењу извештаја о волонтирању и Правилник о начину вођења евиденције о организаторима волонтирања.

Према Правилнику о садржини и изгледу потврде о волонтирању, потврда о волонтирању носи назив „Потврда о обављеном волонтирању“³⁶ и садржи податке о организатору волонтирања, личне податке о волонтеру, податке о крајњем кориснику волонтирања, кратак опис и место волонтерских услуга и активности, трајање волонтирања, податке о оспособљавању волонтера током волонтирања, затим број и датум потврде, те потпис и печат овлашћеног лица.³⁷ Овлашћено лице је организатор волонтирања и издавање ове потврде је његова дужност.

Уз садржину и изглед потврде о волонтирању, овим Правилником уређена је и волонтерска књижица, њен изглед и садржина.³⁸

Још једна дужност организатора волонтирања: организатор волонтирања дужан је да води евиденцију о волонтирању.

Ова обавеза почиње првим даном волонтирања, дакле почев од дана почетка обављања волонтирања, а престаје даном престанка волонтирања.³⁹

Према Правилнику о садржини и начину вођења евиденције о волонтирању и подношењу извештаја о волонтирању, организатор волонтирања води евиденцију и о краткорочном и о дугорочном волонтирању.

Евиденција о краткорочном волонтирању садржи опис програма волонтирања, односно волонтерских услуга и активности, област у

35 ЗОВ, чл. 19.

36 Правилник о садржини и изгледу потврде о волонтирању, чл. 3.

37 Правилник о садржини и изгледу потврде о волонтирању, чл. 2.

38 Правилник о садржини и изгледу потврде о волонтирању, чл. 4.

39 ЗОВ, чл. 28 ст. 4.

којој се програм волонтирања обавља и место обављања волонтерских услуга и активности, затим трајање програма волонтирања, односно волонтерских услуга и активности, те укупан број ангажованих волонтера. Евиденција о дугорочном волонтирању, уз ове податке, садржи податке који се односе на податке о волонтеру (име и презиме, датум рођења, ЈМБГ, место пребивалишта, односно боравишта и др.), податке о кориснику волонтирања (назив и седиште правног лица или назнаку да се ради о физичком лицу) и крајњем кориснику волонтирања (нпр. културно, добро, природно добро, жене, деца, Роми и др.), податке о оспособљавању волонтера током волонтирања, области у којој су волонтерске услуге и активности обављене, те друге податке од значаја за волонтирање.⁴⁰

Уз вођење евиденције, организатор волонтирања има обавезу да поднесе извештај о волонтирању. Извештај о волонтирању подноси сваки организатор волонтирања који је у извештајном периоду организовао волонтирање. Попуњава се у два примерка од којих један задржава сам организатор волонтирања, а други доставља министарству надлежном за рад. Подаци садржани у извештају о волонтирању одговарају подацима из евиденције о волонтирању.⁴¹ Организатор волонтирања дужан је да министарству достави извештај о волонтирању најкасније до 31. марта текуће године за претходну годину.⁴²

Евиденцију о самим организаторима волонтирања води министарство надлежно за рад и то на основу пријаве за упис у евиденцију о организаторима волонтирања.⁴³

Пријава се подноси приликом првог организовања волонтирања и садржи податке о организатору волонтирања (назив и седиште, број телефона, шифра делатности, број и датум регистрације код надлежног органа, врста волонтирања) и податке о програму волонтирања (област у којој се организује програм волонтирања, опис програма волонтирања и период његовог организовања).⁴⁴

У евиденцију министарства уписују се подаци из пријаве, редни број, датум уписа. Министарство доставља обавештење организатору волонтирања о извршеном упису, а свака измена података из пријаве

40 Правилнику о садржини и начину вођења евиденције о волонтирању и подношењу извештаја о волонтирању, чл. 2.

41 Правилнику о садржини и начину вођења евиденције о волонтирању и подношењу извештаја о волонтирању, чл. 5, 7.

42 ЗОВ, чл. 30 ст. 1.

43 Правилник о начину вођења евиденције о организаторима волонтирања, чл. 2.

44 Правилник о начину вођења евиденције о организаторима волонтирања, чл. 3 ст. 1–2.

пријављује се, уз доказе о насталој промени, у року од 15 дана од дана наступања промене, ради уписа у евиденцију.⁴⁵

На основу пријаве организатора волонтирања, надлежно министарство врши брисање подносиоца пријаве из евиденције и обавештава га о извршеном брисању.⁴⁶

VII Дилеме

На пропусте у Закону о волонтирању и потребу да се исти допуни, најбоље ће указати примена у пракси.

Како је Закон тек почео да се примењује, прве дилеме и критике у вези са одређеним решењима, потичу од оних који су се до сада на различите начине бавили волонтирањем, нпр. невладине организације. Поједини недостаци могу да се уоче постављањем питања да ли је донети закон у духу релевантних међународних докумената, те анализом и упоређивањем појединих решења са решењима које су усвојиле друге земље, нпр. Република Хрватска.

Први и најчешћи приговор тиче се усвојеног концепта свеобухватног законског регулисања волонтирања, дугорочног и краткорочног.⁴⁷ Овом свеобухватношћу, волонтирање губи карактер приватно-правног односа, а добија карактер јавно-правног и радно-правног односа. Наиме, волонтирање је по својој природи добровољна и приватна иницијатива грађана која подразумева минималну законодавну иницијативу. Замислимо акцију „Очистимо Србију“, у којој треба повремено да учествује стотине малолетних ученика, средњошколаца-волонтера, а организатор волонтирања, при свакој од једнодневних акција чишћења, има обавезу да са сваким од волонтера закључи уговор о волонтирању,⁴⁸ води евиденију о краткорочном волонтирању, изда потврду о краткорочном волонтирању на захтев волонтера и на крају поднесе извештај о волонтирању надлежном министарству!⁴⁹

Овакав концепт свеобухватног законског регулисања волонтирања, тачније посебно законско регулисање и краткорочног волонтирања,

45 Правилник о начину вођења евиденције о организаторима волонтирања, чл. 4–5.

46 Правилник о начину вођења евиденције о организаторима волонтирања, чл. 6.

47 Интернет адреса: <http://www.gradanske.org/page/news/sr.html?view=storysid=1327§ionId=1>, 14.2.2011.

48 Волонтирање јесте краткорочно, али је волонтер малолетан, те је писмена форма обавезна. ЗОВ, чл. 15.

49 Интернет адреса: [http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520\(1\).doc%3Fid%3D506](http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520(1).doc%3Fid%3D506), 23.2.2011, стр. 1.

није у духу са резолуцијама Генералне скупштине Уједињених нација бр. 56/38 (2001) и 57/106 (2003) о промоцији волонтирања и Препоруци Савета Европе бр. 1496 (2001) о међународној години волонтирања, која изричито позива земље чланице да уклоне правне препреке за развој волонтирања.⁵⁰ У Републици Хрватској, предмет посебне законске регулативе је превасходно дугорочно волонтирање, док се на краткорочно волонтирање примењују општа правила облигационог права која уређују питање одговорности организатора јавног окупљања.⁵¹

У пракси није немогуће да би ово решење Закона о волонтирању могло имати негативне последице на промовисање и стимулисање културе волонтирања у Србији.

Још једно законско решење не иде у корист стимулисања културе волонтирања у Србији: ограничење према коме волонтирање не може да обавља лице које нема најмање 15 година живота. Лице млађе од 15 година само може, у складу са прописима о образовању и васпитању и ратификованим међународним конвенцијама, бити укључено у обављање васпитно-образовних волонтерских активности. Последица наведеног ограничења је елиминисање волонтирања у основној школи. Управо основна школа има највише могућности да код младих људи развије културу волонтирања.

Закон је предвидео још једно ограничење у погледу тога ко може бити волонтер: ако су корисници волонтирања деца, особе са инвалидитетом, стара лица, лица којима је неопходна помоћ и нега другог лица, болесне особе или особе које су потпуно или делимично лишене пословне способности волонтирање, волонтирање, између осталих, не могу да обављају лица која су у потпуности или делимично лишена пословне способности. Практици појединих невладиних организација није страна да ментално недовољно развијене особе волонтирају са особама које су сличне њима или су у тежем положају.⁵² Надаље, један број особа са инвалидитетом је због физичког, а не менталног инвалидитета делимично или потпуно лишено пословне способности, а ова одредба закона их дискриминише.⁵³

50 Интернет адреса: [http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520\(1\).doc%3Fid%3D506](http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520(1).doc%3Fid%3D506), 23.2.2011, стр. 1–2.

51 Интернет адреса: [http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520\(1\).doc%3Fid%3D506](http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520(1).doc%3Fid%3D506), 23.2.2011, стр. 2.

52 Интернет адреса: http://www.rtv.rs/sr_ci/sport/ozakonjenje-volontiranja-pod-kritikom-nvo_194292.html, 1.2.2011.

53 Интернет адреса: <http://www.gradanske.org/page/news/sr.html?view=storysid=1327§ionId=1>, 14.2.2011.

Друга врста недостатака овог закона тиче се обавеза које стоје на страни организатора волонтирања и које би могле додатно погоршати амбијент за волонтирање.

Наиме, организатор волонтирања је дужан да почев од првог дана обављања волонтирања, до дана престанка обављања волонтирања води евиденцију о волонтирању, како дугорочном, тако и краткорочном. Увидом у Правилник о садржини и начину вођења евиденције о волонтирању и подношењу извештаја о волонтирању, можемо приметити које све податке евиденција садржи. Наметање ове опште обавезе тражи од организатора волонтирања да се додатно временски ангажује, компликује процес волонтирања, није немогуће ни стварање додатних материјалних трошкова за организатора волонтирања. Ако се организатор волонтирања са својством правног лица оглуши о ову обавезу, казниће се за прекршај новчаном казном од 100.000,00 до 500.000,00 динара.⁵⁴ Одговорно лице у правном лицу и одговорно лице у државном органу, органу територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе, за исти прекршај казниће се новчаном казном од 10.000,00 до 100.000,00 динара.⁵⁵ Ови износи су за велики број организатора волонтирања превелики. Ако знамо да организатор волонтирања може бити правно лице чији основни циљ, у складу са оснивачким актом, није стицање добити, а привредно и јавно предузеће под одређеним условима, онда је за ове прве сасвим могуће да прописане новчане казне буду разлог да одустану од организовања волонтирања. Једно од алтернативних решења је установљавање обавезе вођења евиденције о волонтирању у случају када су корисници волонтирања посебно осетљиве (и прецизно дефинисане) друштвене групе.⁵⁶

Исте новчане казне предвиђене су за организатора волонтирања, ако у складу са законом, не пријави организовање волонтирања или ако не достави извештај министарству. Извештаји се подnose на годишњем нивоу. Истина је да у Републици Србији не постоје поуздани подаци о волонтерским активностима и да су поменути извештаји неопходни како би држава могла да их прати. Дакле, потпуно је оправдан интерес државе за праћење рада организатора волонтирања. С друге стране, сем мера усмерених на новчано кажњавање, у случају непоштовања прописаних обавеза, држава није прописала овим законом ни једну меру или новчано давање које ће стимулисати организаторе волонтирања и допринети развоју волонтеризма.

Добро би било да пракса оповргне стављене приговоре.

54 ЗОВ, чл. 32 ст. 1 тач. 9.

55 ЗОВ, чл. 32 ст. 3.

56 Интернет адреса: [http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520\(1\).doc%3Fid%3D506](http://www.gradjanske.org/admin/article/download/files/AMANDMANI%2520NA%2520PREDLOG%2520ZAKONA%2520O%2520VOLONTIRANJU%2520(1).doc%3Fid%3D506), 23.2.2011, стр. 3.

VIII Волонтерство у Републици Хрватској

Приликом разматрања начина регулисања волонтирања у нашем закону, указано је на поједине разлике са законским решењима у Закону о волонтерству Републике Хрватске. Већи значај од одговора на питање да ли је усвојено законско решење појединог питања или односа хрватског Закона о волонтерству боље од начина на које је то питање/однос регулисано у Закону о волонтирању Републике Србије или Републике Српске или у Црној Гори, има чињеница да је у Републици Хрватској већ четири године област волонтирање законски регулисана.

До 2007. године, када је донет Закон о волонтерству, у Хрватској није било систематског праћења, нити вођења евиденције о волонтерима. Међутим, ситуација је данас знатно другачија: база волонтера у Загребу, али и у остала три регионална центра (Сплиту, Ријеци и Осиеку) сваким је даном све већа. У поређењу са стањем од пре пет година, напредак је очигледан, али то је још увек далеко испод европског или светског просека.

Наиме, у Хрватској волонтира само 5% грађана, према истраживању Националне закладе, док је Институт Иво Пилар дошао до нешто оптимистичнијег броја од 10,7%. Већина грађана се на волонтерски ангажман одважи само пар пута годишње, што је у односу на 3,5 сати недељно колико амерички тинејџер проведе у волонтирању – поражавајуће мало.⁵⁷ У Европској унији, волонтирање је најраспрострањеније у Аустрији, Холандији, Шведској и Великој Британији где је више од 40% одраслих особа укључено у волонтерске активности; у Француској је то 20–29%, а свега 10% одраслих волонтира у Бугарској, Грчкој, Италији.⁵⁸

Према подацима Волонтерског центра Загреб, у неким деловима Хрватске се више волонтира, а у другима уопште нема волонтера. Волонтерски рад је био резервисан за особе с довољно новца које могу себи приуштити да раде, а не примају плату, али су напори на промоцији волонтирања дали резултате. Сем што волонтирање, тј. улагање свог времена, знања и вештине у волонтерски рад, помаже волонтерима да се осећају кориснима и тако добију позитивне вредности које су често вредније од новца, волонтирање може помоћи у смањењу негативних последица незапослености. Активно укључивање у заједницу и изградњу професионалног статуса, лично и стручно ће оснажити појединца, осигурати ширење пословних контаката незапосленима и неретко довести до радног места.⁵⁹

57 Интернет адреса: <http://www.vcst.info/volonterstvo/volontiranje-ublaava-posljedice-nezaposlenosti.html>, 7.7.2010.

58 Интернет адреса: http://www.matis.hr/vijesti_ostalo.php?id=2890, 24.1.2011.

59 Интернет адреса: <http://www.vcst.info/volonterstvo/volontiranje-ublaava-posljedice-nezaposlenosti.html>, 7.7.2010.

1. Државна награда за волонтирање

Државна награда за волонтирање највише је признање што га Република Хрватска додељује за волонтирање, допринос промицању волонтерства и друге волонтерске активности и додељује се волонтерима и организаторима волонтирања као годишња награда. Средства за додељивање награде и материјалне трошкове сваке се године осигуравају у прорачуну Републике Хрватске и воде се на рачуну Министарства.⁶⁰

Дакле, државна награда за волонтирање додељује се од 2007. године и највише је признање које се у Хрватској додељује за волонтерска постигнућа у категорији физичког лица – волонтер године и категорији правног лица – организатор волонтирања. Те 2007. године, волонтерка Зденка Марасовић из Триља добила је државну награду. На дан када је добила награду, Зденка је 18 година волонтирала у Заједници бивших овисника Сепасоло. Награда за организатора волонтирања припала је Удрузи за рад са младима Бреза из Осијека. Следеће, 2008. године, награђени организатор волонтирања је Дом за психички болесне одрасле особе Турнић из Ријеке, а 2009. године државну награду добила је Удруга за рад с дјецом и младима Звоно из Белишћа. Наравно, у 2008. и 2009. години додељене су Државне награде и волонтерима, физичким лицима.⁶¹

Сличну меру подршке и награђивања наш Закон о волонтирању није предвидео.

2. Корпоративно волонтирање

Корпоративно волонтирање представља организовану подршку волонтирању од стране профитних организација за своје запослене. У економски развијеним земљама није реткост да компанија својим запосленицима омогућава обављање волонтерског рада, чак и у радно време. На тај начин стварају се мотивисани тимови, кључни за пословни успех и ствара се слика компаније као одговорног социјалног партнера. У практичном смислу, потребно је информисати и подржати запослене, односно омогућити флексибилније радно време, увести систем награђивања волонтерски активних запослених и др. Корпоративно волонтирање могло би бити алтернатива излетима, спортским активностима, када запослени уместо нпр. *paintball*-а могу провести време у уређивању школских дворишта или пружању свог пословног знања разним удружењима (које би иначе тешко такву услугу могле платити).⁶²

60 ЗОВ РХ, чл. 24.

61 Интернет адреса: http://www.matis.hr/vijesti_ostalo.php?id=2890, 24.1.2011.

62 Интернет адреса: <http://www.vcst.info/volonterstvo/volontiranje-ublaava-posljedice-nezaposlenosti.html>, 7.7.2010.

Новембра месеца 2008. године, Интернет портал у Хрватској, *MoјPosao*, спровео је истраживање о корпоративном волонтирању у Хрватској на узорку од преко 400 запослених и преко 80 послодаваца. На питање постоји ли организовано корпоративно волонтирање у њиховом предузећу, само 12% послодаваца и запослених је одговорило потврдно. Испитаници који су запослени у фирмама где је организовано корпоративно волонтирање, изјавили су да се оно најчешће организује у сврху прикупљања новца и подучавања (34%), следе послови поправке и одржавања (32%), затим дружења и сличне активности (30%). У овом истраживању, као предност корпоративног волонтирања послодавци су истакли развијање тимског духа, подизање задовољства код запослених због сазнања да су неком помогли, док у много мањој мери сматрају да корпоративно волонтирање подиже углед и пословни имиџ предузећа. Као препреку за организовање корпоративног волонтирања, обе групе испитаника навеле су недостатак подршке и информација.⁶³

Слично истраживање није изнова рађено, али обзиром на привредни амбијент данашњице, тешко да је дошло до знатнијег помака. И у Србији и у Хрватској, води се свакодневна борба за радно место, запослени раде са минималном или никаквом зарадом и неретко се налазе у положају „принудних волонтера“. Организовано корпоративно волонтирање тренутно нема светлу будућност, реалније су појединачне и *ad hoc* акције запослених и њихових послодаваца.

IX Закључак

Новим Законом о волонтирању у Републици Србији област волонтирања је регулисана правним прописом, законом. Регулисан је уговор о волонтирању и дефинисана разлика од радног ангажовања лица на основу уговора о раду и рада ван радног односа. Волонтери су заштићени. О њима и њиховом ангажовању води се евиденција. То што је добровољно пружање услуге или обављање активности од општег интереса, за опште добро или за добро другог лица, на овај начин регулисано и признато, има и следећу добру последицу: волонтер ће моћи да своје волонтирање уврсти у радну биографију и тај свој ангажман по потреби поткрепи доказима. У недостачу радног искуства, послодавац ће ценити његов волонтерски ангажман и искуство.

Иако су поједине земље у региону раније законски регулисале ову област волонтирања, добра је ствар што се доношење, тачније почетак примене нашег Закона о волонтирању поклапа са Европском годином волонтирања. Србија неће бити усамљена у промоцији и истицању предности волонтирања, већ ће се придружити једном лепом и, надамо се, масовном европском покрету.

63 Интернет адреса: http://www.matis.hr/vijesti_ostalo.php?id=2890, 24.1.2011.

Mag. Vesna BILBIJA

Public Enterprise of PTT Communications “Serbia”, Subotica

LAW CONCERNING VOLUNTEERING, 2011 – EUROPEAN YEAR OF VOLUNTEERING

Summary

The Parliament of the Republic of Serbia has passed the Law concerning volunteering (“Službeni glasnik RS”, No. 36/2010) which came into effect eight days after its publication, 5th June, 2010. The Law is being applied after the six month period, starting on the day of its coming into effect. During that same period, the regulations concerning the implementation of the Law should be passed. Before this Law was passed, our legal system did not recognize volunteering as willingly provided services for public welfare or the welfare of an individual without compensation. The subject of this Law is only contractual – bilateral and formally – willing provision of services without compensation. It concerns the regulation of a particular, so far unnamed contract. The application of the Law in practice shall be the best way to show the lapses of the Law concerning volunteering as well as the need for it to be amended. Since the Law has just started to be applied, the first dilemmas and criticism concerning certain solutions come from those who have, so far, been dealing with volunteerism in different ways, such are non-governmental organizations. Certain lapses could be noted by asking the question whether the issued Law is in coherence with the relevant international documents, as well as by analysing and comparing certain resolutions with the resolutions acquired by some other countries, e.g. the Republic of Croatia.

Key words: long-term volunteering, short-term volunteering, volunteer, volunteering coordinator, volunteering beneficiary, volunteering contract.

ПОРЕСКО ПРАВО

др Зоран ИСАИЛОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Приштини

УРЕЂЕЊЕ И ПРИМЕНА ПОРЕСКОГ СИСТЕМА У СРБИЈИ

Резиме

Осељљивосћ, бројносћ и сложеносћ љравних норми које обликују модерни љорески сисћем, захћевају изузетну љажњу љриликом љејовој уређења и ефикасне љримене у љпракси. Привредни и друшћивени амбијент савремене Србије, дејтерминише љоћребу изћрадне љореској сисћема који љодразумева у највећој моћућој мери, неминовносћ љејовећања љореској оћћеређења (љрићиска) обвезника, и љошћовања усћавној начела оћћосћи и равномерносћи љлаћања.

У циљу оћћваривања наведених начела, аућор указује на забрињавајуће избејавање љлаћања доћриноса за финансирање обавезној социјалној осћурања и љредлаже низ мера љроменама љројиса ради уредној љлаћања овој љрихода. Поред љоја, љо мишљењу аућора, љорески сисћем ћреба љоједносћавићи и љовећаћи ефикасносћ љејове љримене, љоред оћћалој, и љућем редуцирања љореских расхода и свођења ових на реалну љоћребу љпривреде и друшћива. Примена наведених мера, деловала би љозићивно у љравцу љејовећања љореској ћеретћа ради љокривања јавних љоћреба.

Кључне речи: љорески сисћем, евазија, доћриноси, једносћавносћ љлаћања, љорески расход, љраведносћ, рећулатћива.

I Увод

Бурне реакције јавности готово на сваки потез државе у вези са прикупљањем јавних прихода у изразито незавидном привредном амбијенту, јасно говори о значају правне регулативе у овој сфери друштвеног живота. При томе, природно је, да су поменуте реакције, најжешће од оних физичких и правних лица који су највише погођени конкретним решењима. Али и генерално говорећи, природа порескоправног односа условљава да већина људи у савременом свету, на питање да ли је порески систем праведан одговара негативно. Дакле, у примени је чувено начело да „људском бићу није дато да буде опорезовано, а задовољно“. Према томе унапред упозоравамо читаоца, да и поред често пута оправданог револта бројних обвезника, не треба веровати у моћ законодавца да доношењем пореских закона задовољи све заинтересоване субјекте. Нажалост, морамо се задовољити тиме да је могуће у пракси конципирати и применити такав порески систем, који ће за највећи број грађана бити толерантан и углавном заснован на темељима савремене теорије и праксе.¹ Међутим, то нимало не ослобађа одговорности креаторе и реализаторе финансијског система за бројне слабости које усложњавају функционисање и мултиплицирају негативне ефекте привредног живота државе.²

1 Поред неопходне аргументоване критичности нашег пореског система у циљу његовог побољшања и ефикаснијег деловања на привредни живот, треба имати у виду и његове добре карактеристике које га у приличној мери чине компарабилним са модерним савременим пореским системима. Као потврда у прилог овом ставу представљати упозорење овогодишње Беле књиге, збирке препорука које је Савет страних инвеститора (*FIC*) упутио властима у Београду. Конкретно, у наведеној књизи стране инвеститоре посебно забрињавају наши слаби резултати у области – својинских права, терет државне регулативе, ефикасност правосудног система у решавању спорова, ефикасност антимонополске политике и побољшање сарадње радника и послодаваца. Дакле, овде значај пореског система могуће је везивати само у делу потребе оптимализације пореске регулативе у делу која није усклађена са модерном теоријом и праксом. По мом мишљењу то се код нас пре свега односи на материју опорезивања дохотка грађана.

2 С тим у вези, илустрације ради Унија послодаваца Србије упозорила је Владу и јавност, да привреда не може пуњењем буџета да финансира нереална повећања зарада у јавном сектору који могу да изазову пропадање привреде. Такође, помену-та Унија упозорава да је недопустиво да Република има најгломазнији јавни сектор у Европи, који ће уколико се захтеви за повећањем зарада усвоје имати за скоро 50 одсто веће просечне зараде од привреде. Наведено негодовање се поткрепљује чињеницама, да су компанијама из приватног сектора уведене 17 нових такси, накнада и пореза у 2011. години, због чега су плате запослених у приватним компанијама пале за 8,3 одсто у просеку, а само 18,3 одсто предузећа успева да зараде запосленима исплати на време, докле запослени у јавном сектору који своје плате добијају без закашњења траже да њихове зараде буду 50 одсто веће од просека плата у привреди. Најзад, Унија послодаваца усвом протесту закључује: при-

Пореско оптерећење увелико је зависно од јавних потреба које је неминовно задовољити на одређеном степену привредног развоја државе. Ипак, креатори пореског система у сваком случају морају имати у виду да: „друштво због опорезивања може да пропадне на два начина: у првом случају, онда када износ пореза превазилази могућности друштва и није сразмеран општем богатству. У другом случају, када је износ пореза у целини сразмеран могућности друштва, али је погрешно расподељен.“³ Због тога, природно је да се у условима економске кризе у савременим државама настоји да захватање буде што мање у циљу што већег растерећења привреде. Дакле, води се таква пореска политика која се ослања на оптерећење које обухвата што шири круг пореских обвезника, и примењује широка основица, ниске пореске стопе и ослобођења и олакшице од плаћања пореза су сведене на мању меру. Поред примењивања у пракси изложених мера, ипак се мора водити рачуна да неопходна штедљивост државе у конкретной ситуацији има своје границе, које би се метафорички могле изразити речима председника САД Барака Обаме, који у свом говору о стању нације истиче:⁴ „о бесмислености олакшавања преоптерећеног авиона тиме што ће му се скинути један мотор – јер ће брзо треснути о земљу.“ Указивањем на одређене нужности везане за управљањем државним финансијама, посебно се упозорава да је за порески систем битно да буде оптимално правно уређен, стабилан, предвидљив, некомплицован, са што мање правних празнина и самим тим оптимално применљив у пракси.

II Потреба оптималне расподеле пореског терета

Светска економска криза условила је да бројне државе света посебну пажњу посвећују потреби оптималне расподеле пореског терета између пореских обвезника. С тим у вези, данас је изузетно важно питање како оптималном правном регулативом онемогућити физичким и правним лицима да неосновано потпуно избегну или умање обавезу плаћања пореза. Објективно гледано, то у пракси нимало није лако. У теорији се с правом истиче: „упркос томе што се порески закони мењају, стално се води битка између државе и адвоката специјализованих за по-

вред Србије пуни 91,4 одсто буџета Србије и не жели да буде талац неогворних политичких лидера и синдиката који не разумеју да је сразмера у којој на једног радника у производњи долази 5,5 оних у непроизводним делатностима неодржива и води у даљи суноврат националне економије и пад животног стандарда грађана. – „Јавни сектор ће угушити привреду“, *Политика*, 5. фебруар 2011. године.

3 Пијетро Вери (цитирано према раду Харвеу С. Росен и Тед Гауер, Јавне финансије, Економски факултет у Београду, 2009, стр. 383).

4 *Политика* од 27. јануара 2011. године.

резе, који увек проналазе нове рупе у закону – готово истом брзином које се старе затварају.⁵

Сводно говорећи, омогућавање евазије пореза је сложена појава. Другим речима, не може се данас просто рећи, да до недопустивог избегавања долази зато што су прописи тако конципирани да својим бројним мањкавостима омогућавају релативно лако избегавање. Са јачањем пореске администрације, у савременим условима уређених држава то није случај. У већини случајева, различито пореско третирање обвезника од стране пореске власти, плод је сложености привредног и друштвеног живота, дилемама законодавца код остваривања утврђене економске политике, што се у пракси реперкутује у неједнаком третирању пореских обвезника и суштински утиче на њихов економски и социјални положај. Дакле, потребно је бити довољно мудар, водити рачуна о бројним релевантним економским и социјалним околностима, да би се могло констатовати да је порески систем за дато време и друштво толерантно задовољавајући за привредни и друштвени напредак. Задовољавање за реализацију само толерантног пореског система произлази из неминовне реалности да приликом конципирања пореског система, пресудну улогу има однос политичких снага у парламенту, који често пута је такав да се приликом усвајања пореских закона не води или недовољно води рачуна о економским и социјалним последицама њихове примене у пракси.

За државу је најважније да онемогући незаконито избегавање плаћања пореза. Да би се остварили позитивни резултати, зависи од више релевантних фактора које је дужна да уреди држава. Најпре, потребно је да држава ангажује високо обучени стручни кадар који ће конципирати прописе, и администрацију која ће бити у стању да оптимално утврди и наплати порез пореском обвезнику.

Пошто је природно, да би мали број субјеката платио порез да та обавеза није принудна, за спречавање избегавања пореза важна је регулација система санкција у овој материји и њихова доследна примена. За лица која незаконито избегну порез у пореским законима савремених држава прописане су бројне санкције: новчане казне, затвор, конфискација имовине, забрана бављења одређеним занимањем и др. Висина казни прописане су у пореском и кривичном законодавству. У пракси је уочено да су санкције које се изричу за пореске преступе осетно блаже него санкције прописане за друга противправна понашања, што суштински утиче на повећано избегавање плаћања пореза.

Указујући на могућност да се добром одмереном висином казни, може утицати на јачање пореске дисциплине, ипак у томе у пракси не

5 Joseph E. Stiglitz, *Економија јавног сектора*, прво издање, 2004, Београд, Економски факултет у Београду, стр. 691.

треба претеривати. Важније је да законодавац озбиљно поведе рачуна о висини пореског оптерећења обвезника. Слободно можемо рећи, да ако држава не води рачуна о умерености дажбинског оптерећења нежељено ће проузроковати масовно избегавање плаћања пореза. У теорији се истиче, да укупно пореско оптерећење не сме да пређе тзв. апсолутни порески лимит. Преласком наведеног лимита довело би да и поред увођења нових пореза или повећања стопа, због избегавања плаћања не дође до повећане наплате пореза, већ обрнуто до смањења прихода. Наведену појаву објашњава тзв. Лаферова крива. Суштина овог концепта полази од тога да преласком нивоа апсолутног пореског лимита у пракси имамо да приходи опадају а не повећавају се и ако су се повећале пореске стопе. Према томе, бесмислено би било водити пореску политику појачавања пореског оптерећења без обзира шта се у пракси стварно дешава. Питање достизања нивоа апсолутног пореског лимита је емпиријске природе. Када је он достигнут или премашен зависи од више релевантних фактора. Ако је земља богатија он у пракси може бити на вишем нивоу него у земљама у развоју.

Због великог значаја за пореске системе савремених држава проблематика о узроцима, обележјима и последицама избегавања пореза истраживана је од великог броја аутора. Међутим, у пракси је примећено осетно продирање оптерећења грађана плаћањем доприноса, које се по својим ефектима на привредни и друштвени живот увелико приближавају ефектима пореза. Ово је важно, јер је у савременим државама дошло до значајног преусмеравања избегавања с пореза на доприносе. Али, те тенденције у пракси нису праћене у истој мери теоријским истраживањем проблематике неплаћања доприноса. Из изложених разлога, по мом мишљењу, неопходна је пажљива анализа и овог прихода. Главни разлог бројних избегавања доприноса је њихова претерана висина, која се негативно одражава на лојалност обвезника и на привреду земље. Конкретно, привредници су мишљења да правно утврђени високи доприноси повећавају трошкове рада те тиме смањују конкурентну способност привредника. Дугорочно гледано, изложено оптерећење се преноси на запослене смањењем њихових плата.

У фискалној теорији доприноси имају више значења. Тако, традиционална фискална теорија полази од тога да држава наплаћује овај приход зато што пружа одређену индивидуалну корист обвезнику. Али та корист истовремено је и шира, јер се распростире и обухвата и друге чланове друштва. Испреплетеност користи од доприноса појединца и друштва, је у пракси сложена те ју је често немогуће јасно разлучити. Поред тога, плаћање доприноса настаје наметањем од стране државе (без изражене воље корисника за одређеним услугама). Због наведених разлога, доприносе је могуће аргументовано сврстати у порезе.

Међутим, значење доприноса није само онако како га је дефинисала традиционална фискална теорија. У практичном животу и новијој теорији, штавише, овај приход чешће се поистовећује са приходима намењеним за финансирање социјалног осигурања и сврстава у паракфискалне приходе. Пре свега због својих ефеката на економски и друштвени живот већи број аутора га сврстава у наменске порезе. То се образлаже тиме да се обавеза плаћања доприноса за социјално осигурање намеће законом, за сва лица која се нађу у одређеној ситуацији (припадају одређеној друштвеној групи), а полази се и од тога да је корист од плаћања доприноса „апстрактна“. Дакле, док је обавеза плаћања доприноса редовна, противнакнада ће се добити само под условом да се оствари осигурани случај (да лице напуни одређени број година, да доживи инвалидност, да оболи, да остане без посла итд.). Поред тога, у пракси неретко егзистирају такви пензијски системи који су недовољно повезани између плаћених доприноса за пензијско осигурање и пензија које се исплаћују.⁶

У контексту изложеног, доприноси за обавезно социјално осигурање – у ОЕЦД класификацији пореза сматрају се посебном врстом пореза, сврстаном у групу 2000. Истина аутори те класификације истичу да се доприноси могу разликовати од пореза утолико што накнада из социјалног осигурања зависи од околности да ли је прописани износ доприноса уплаћен, али размере те накнаде, у начелу не зависе од величине нечијег плаћеног доприноса.⁷

Имајући у виду његов финансијски значај и друштвене потребе које се задовољавају овим приходом, допринос је изузетноважно питање везано за правну уређеност јавних дажбина у Србији. Функционисање овог прихода у пракси код нас прате многе мањкавости и забрињавајуће непримењивости прописа, које за последицу имају велику евазију која се осетно манифестије кроз потребу обезбеђивања додатних неопходних средстава у буџету. Ова појава код нас има актуелност већ двадесетак година и настала је још за време егзистирања СФРЈ. Главни узроци наведеним процесима су драстичан пад нивоа економске активности и запослености у условима распада јединствене државе, економских

6 „Доприноси за социјално осигурање су слични порезима, јер је код њих нарушен однос између давања и примљених користи (на основу одређене вероватности наступања осигураног случаја), и то када се примењује концепт међугенерациске солидарности, када се дају државне потпоре доприносима за осигурање, или када држава за поједина лица или групе преузима плаћање осигурања премда она никада нису уплаћивали доприносе за то осигурање.“ Видети: Dieter Brummerhoff, *Јавне финансије*, седмо издање, R. Oldenbourg Verlag, Munchen Wien, превод, МАТЕ, 2000, Загреб, стр. 224.

7 Видети: P. M. Gaudemet, *Finances publiques, Emprunt et impot*, Editions Montchrestien, Paris, 1975.

санкција Савета безбедности ОУН, одвијања ратних сукоба у окружењу, ваздушне агресије НАТО пакта и спровођења економских, политичких и социјалних промена у периоду транзиције. Сасвим разумљиво да је држава у таквим условима била толерантна према нарастању сиве економије, јер је ангажовање људи у овим активностима значило извор егзистенције за многе раднике и њихове породице.⁸

Међутим, по мом мишљењу, изложени аргументи би били довољни за оправдање које би дала пореска власт али не и за неутралног и објективног аналитичара. Очито је да су у пракси били могући и другачији резултати. Од практичара се с правом указује да је у времену егзистирања Службе друштвеног књиговодства (касније ЗОП – Завод за обрачун и плаћања који је био у оквиру Народне банке Србије), преко којих се одвијао платни промет и код које су се налазили текући рачуни свих учесника платног промета, евазија доприноса приликом исплате зараде, била могућа само ако се исплата зарада обављала изван канала платног промета. Заслуга за наведено онемогућавање избегавања плаћања доприноса, се с правом приписује ефикасној контроли коју су вршиле наведене службе. Међутим, када је од 2003. године платни промет прешао у банке, немамо претходну контролу и дошло је до несметане исплате зарада без плаћања јавних дажбина.⁹ Пореска управа као надлежни орган није задовољавајуће обављала контролу наплате доприноса. Неefикасна и готово непостојећа принуда је овај облик прихода претворио у добровољни нефискални приход.

Истина заобилазним путем наплату доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, принудном наплатом путем правоснажних судских пресуда које су доношене по тужбама запослених против послодаваца остваривао је суд. Такође, у истом правцу реализација доприноса у одређеној мери, индиректно се остваривала активношћу Фонда за пензијско и инвалидско осигурање који је умањивао пензије осигураницима самосталних делатности за износ неплаћених доприноса. Одређено побољшање наплате доприноса, истина недовољно, у пракси је од пољопривредника¹⁰ омогућавао Републички завод за здравствено осигурање тако што је коришћење права на здравствену заштиту условљавао пружањем доказа о плаћеним доприносима за здравствене

8 Велизар Голубовић, „Евазија доприноса и мере за њено спречавање“, *Право и привреда*, бр. 1–3, 2010, Београд, стр. 62.

9 Видети: В. Голубовић, *нав. чланак*, стр. 63 и 64.

10 Због незаинтересованости пољопривредника само 15% пољопривредника осигураника плаћа обавезне доприносе за социјално осигурање. Повећање заинтересованости пољопривредника за плаћање доприноса није успело ни променом Закона о пензијског и инвалидског осигурања од 2003. године, којим је омогућено да само један члан пољопривредног домаћинства мора да буде осигуран.

но осигурање. Најзад, ублажавање неуредне уплате доприноса требало би да омогуће прописи којим се послодавац обавезује да доприносе из основице и на основицу за запослене, изабрана, именована и постављена лица и лица која обављају привремене и повремене послове дужан да обрачуна до 30. у текућем месецу за претходни месец иако није исплатио зараде, на најнижу месечну основицу утврђену Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање. Природно, послодавац је дужан да при исплати зараде за одговарајући месец плати разлику између плаћеног износа доприноса и износа доприноса обрачунатог на зараду која се исплаћује.¹¹ Међутим, Законом о приватизацији прописано је да друштвена предузећа која су започела припреме за приватизацију буду ослобођена плаћања доприноса. У наведеној групи затекло се више од 1000 фирми, неке су приватизоване, отишле у стечај или већ уташене. Половина њих још чека новог власника.

Често и одређена добронамерна решења намењена помоћи обвезницима доприноса у пракси не даје позитивне резултате за друштво у целини. С тим у вези, примера ради, да би ублажила негативне последице не плаћања доприноса Србија је донела Закон о уплати доприноса за пензијско осигурање за поједине категорије осигураника – запослених.¹² Овим прописом држава се обавезала да на износ најниже основице, уместо послодаваца уплати доприносе. Овим путем, држава је за период од 2001. до 2003. године уплатила из буџета допринос за пензијско осигурање за 264.000 осигураника. Међутим, наведеним Законом било је прописано да се наведена плаћања наплате од послодаваца чију је обавезу требало само привремено да преузме држава. Због сложене ситуације у нашој пракси држава је одустала од принудне наплате плаћања које је извршила и тим путем је настала неправда која се изразила у томе, да су несавесни послодавци охрабрени и стимулисани да уредно не извршавају своје законске обавезе. Нажалост, и касније се наставља са потребом државе да повезује стаж и тражило финансијско покриће из буџета.

Републичка управа јавних прихода је до краја 2003. године била овлашћена за утврђивање и наплату само пореза, који су се утврђивали решењем пореског органа, на основу поднете пореске пријаве, док је *ex post* контролу вршила код свих јавних прихода. С друге стране, Завод за обрачун и плаћања је вршио *ex ante* контролу пореза и доприноса који су се плаћали по одбитку и уплаћена средства усмеравао на прописане уплатне рачуне јавних прихода и истовремено их је расподељивао

11 Видети: чл. 51 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06 и 5/09).

12 Обј. у бр. 85/2005.

територијално политичким заједницама којима су припадали. Полазећи од искуства развијених савремених држава, креатори наших реформисаних прописа сматрали су да ту праксу треба напустити. То је учињено доношењем Закона о пореском поступку и пореској администрацији крајем 2002. године. Конкретно, овим Законом се објединила целокупна активност у поступку утврђивања, наплате и контроле пореза и других јавних прихода под окриљем Пореске управе у саставу Министарства финансија. Поред осталог, очекивало се да ће овај управни орган да обезбеди ефикасну наплату наведених јавних прихода. Прецизније, Пореска управа је требало да евидентира уплате и контролише процедуру коју је спровео исплатилац. Од 1. јануара 2003. године пословне банке су преузеле вршење платног промета. Сматрало се да пословне банке не могу, нити треба, да имају фискалну функцију. Тако је у пракси отпала *ex ante* контрола пореза и доприноса на зараде, хонораре и друга примања која се опорезују по одбитку, коју је вршио ЗОП. Нажалост, упркос очекивањима, у пракси је дошло до осетног избегавања плаћања јавних прихода. Према неким проценама, од када је Пореска управа преузела контролу наплате доприноса, дуг послодаваца (од неуплаћених доприноса) према пензијском фонду без камата се повећао десет пута.

Велико избегавање доприноса условило је да Пореска управа већ двадесет месеци покреће иницијативу за измену закона о банкама, којим би се обавезивале банке да проверавају да ли послодавци уплаћују доприносе. Тим прописима било би регулисано да, ако би се неке омогућило да исплати зараду без плаћених доприноса, банка би била солидарно правно одговорна и њој би Народна банка Србије одузимала дозволу за рад. Међутим, нико у Влади, Министарству финансија, Фонду за пензијско и инвалидско осигурање и Народној банци, не сматра ово питање важним а дуг послодаваца се повећава. Наведени предлог је чак наишао на отпор у Народној банци. Из ове банке се истицало да и пре светске економске кризе није било уредних плаћања дажбина, што значи да она није узрочник, већ фактор који је проблем додатно увећавао. Експерти из Народне банке су указивали да је контрола плаћања дажбина постојала за време ЗОП-а који је укинут зато што га је време превазишло. Према томе, закључују они, не видимо разлог да се враћамо у прошлост и да се функције ЗОП враћају у пословне банке и НБС. Ни друге земље немају ЗОП, па имају ефикаснију наплату пореза и доприноса. Из Удружења банака Србије су истицали да пословне банке немају инструменте да контролишу послодавце да ли уплаћују доприносе. По њима, то би могле да обављају неке агенције или самосталне институције, али никако банке. На овакве критике упућиване од стране банака, из Пореске управе Србије одоварају речима: „И у Хрватској, као и у Србији, платни промет иде преко банака, али оне код суседа имају и

улогу да упозоравају послодавце да с рачуна с којег се исплаћују зараде, у року од осам дана, морају исплатити и доприносе. Ако то не ураде, банка аутоматски сигнализира Пореској управи, која истог тренутка покреће поступак против послодавца.“

Све у свему, законодавац у овој материји мора да направи значајне промене, путем доношења нових правних решења и напоскон почне са ефикасном и доследном наплатом законом утврђених прихода. По мом мишљењу, најважније је обавезати банке преко којих се обавља платни промет да онемогуће исплату зарада, без претходно не плаћених доприноса за социјално осигурање. С тим у вези, потребно је озбиљно повести рачуна приликом прописивања оштрине санкција и њихове ефикасне примене, при том једнако третирати избегавање пореза и доприноса.¹³ Због природе материје коју треба уредити, неопходно је озбиљно радити на оспособљавању пореских органа, организација социјалног осигурања¹⁴ и банака, њиховог координираног деловања, које ће им омогућити несметани проток неопходних информација и ефикасној контроли плаћања доприноса. Поред изложеног, зауспешно елиминирање избегавања плаћања доприноса за пензијско осигурање, неопходно је изборити се за јачу повезаност између уплаћених доприноса и остварених пензијских права.

Поред оправдано песимистичког гледања на праксу уредног плаћања доприноса, неопходно је указати и на реално, неке оптимистичке тонове. Наиме, у циљу побољшања наплате доприноса и онемогућавања његовог избегавања, донет је Закон о централном регистру обавезног социјалног осигурања.¹⁵ На основу овог прописа успоставиће се јединствена база података обавезног социјалног осигурања која ће омогућити да несавесни послодавци који избегавају плаћање доприноса

13 У Фонду ПИО истичу да њихове прекршајне пријаве не дају жељене ефекте и због неодговарајућих прописаних казни. Конкретно, истиче се, максимална казна је 800.000 динара, а великим фирмама се исплати да је плате јер би морале више да дају за доприносе.

14 У циљу ефикасније уплате доприноса, Фонд за пензијско и инвалидско осигурање у последња четири месеца прошле године упутио је укупно 3.930 опомена послодавцима за које се утврдило да нису пријавили уплаћене доприносе током 2009. године, али и за неки ранији период. По добијању опомена више од 2.000 послодаваца доставило је фонду пријаву, односно доказ о плаћеним доприносима за све запослене. Истовремено се 290 послодаваца оглушило о опомену Фонда због чега је поднето исто толико прекршајних пријава. Овим путем Фонд покушава посредно да приволи послодавце да измирују обавезе, како се не би догодило да њихови запослени имају проблема када дође време за пензионисање. Довољно је да неко нема повезан стаж за само једну годину, а да то није знао, и да због тога не може решење о пензионисању да добије у законском року. Види: *Политика* од 1. априла 2011. године.

15 Обј. у *Службеном гласнику РС*, бр. 30/2010.

буду брзо идентификовани. Очекује је се да ће регистар профункционисати у пуном обиму до краја 2012. године.

Сводно говорећи, успешна борба против избегавања пореза и доприноса у нашој Републици, због значаја и осетљивости материје представљаће важан допринос реализацији владавине права код нас.¹⁶

III Једноставност плаћања пореза

У савременим државама данас је важно питање да порески систем буде једноставан, и да порески обвезници са што мање трошкова и уложеног рада изврше своје обавезе. Поред тога као што је речено, неопходно је да укупне обавезе пореских обвезника треба да буду у складу са могућностима привреде. То питање посебно је актуелно и изузетно значајно у савременим условима, посебно када се има у виду бројност прописа којима се у данашњим државама регулишу порези.¹⁷ У бројним земљама савременог света већ десет година се спроводи пројект Светске банке *Doing Business*.¹⁸ Реализација програма омогућује да се у одређеној земљи утврди колико је једноставно предузетнику да у њој отвори и води мало или средње предузеће према прописима о пословању. Да би се изложени циљ могао остварити, израчунавају се већи број међународно упоредивих показатеља везаних за девет врста прописа као што су нпр. оснивање предузећа, узимање кредита или плаћање пореза. Показатељи везани за опорезивање треба да илуструју једноставност плаћања пореза за домаћа мала и средња предузећа на основу: 1) броја појединачних уплата свих пореза предузећа; 2) времена потребног за испуњавање порезних обавеза за најважније врсте пореза – пореза на добит, ПДВ или

16 Као и наша Република и друге земље у транзицији се сусрећу са снажним појавама евазије доприноса. У стручним круговима поменутих земаља се истиче да тек добра правна регулатива материје социјалног осигурања и одговарајући непристрасни надзор над радом фондова наведених организација ослобођен политичких притисака и утицаја интересних група омогућиће остваривање жељених циљева. Посебно је значајно развијати систем информисања о важности и трошковима јавног добра те тим путем подизања свести да нема бесплатног ручка, односно да свако мора да сноси одговарајући део трошкова да би остварио одређена права из социјалног осигурања.

17 „*Gettysburg address*, говор који је Abraham Lincoln одржао након одлучне битке грађанског рата вођене између Севера и Југа у Пенсилванији, битке у којој су федералисти победили, имао је 269 речи. Америчка декларација о независности – 1337. Библија има око 773.000, зависно већ о каквој верзији говоримо. Порески закон имао је, 1913. године, 11.400 речи. Данас, око 7 милиона.“ Jagoda Bush, *Istorija oporezivanja u SAD-u* (16/4/01), Voice of America, 29.6.2004., хрватска редакција.

18 World Group and PricewaterhouseCoopers, „*Doing Business 2011 Making a Difference for Entrepreneurs*“, 4, 2010.

пореза на потрошњу и пореза на рад – порез на доходак, порез на платну листу и све врсте доприноса за социјално осигурање. Укупно време за плаћање поменутих дажбина се обрачунава укључивањем времена потребног за припрему података, испуњење и подношење свих неопходних порезних пријава и времена за плаћање пореза; и 3) учешћа свих пореза у укупној добити предузећа. Овде треба напоменути да нису укључени порези које предузеће прикупља за државу. Тако нпр., не укључује се примера ради, порез на додату вредност.

Утврђени резултати на основу изложеног пројекта Светске банке нису ни мало повољни за нашу Републику. Конкретно Република Србија је у 2009. години, по једноставности плаћања пореза заузела 138. место, између 183 државе. Имајући у виду земље у окружењу иза нас је рангирана Црна Гора која се налази на 139. месту. Међутим, испред нас су Македонија (33), Хрватска (42), Босна и Херцеговина (127) итд.

Према томе, недовољно је убедљиво истицање наших политичара, да имамо једну од најнижу стопу пореза на добит, да би дали позитивну оцену о нашем пореском систему. Неопходно је имати у виду карактеристике пореског система у целини, лагодност плаћања пореза и с тим у вези укупне дажбинске обавезе наших предузећа а оне нису мале. Уосталом, треба имати у виду да ниска пореска стопа пореза на добит, није карактеристична само код наше државе. Према подацима Светске банке и многе друге земље су смањивале пореске стопе пореза на добит али и друге порезе да би олакшале пословање предузећима. Као и Србији ниска пореска стопа код пореза на добит од 10% данас је у примени и у Албанији, БиХ и Македонији. У Црној Гори је 9%. Дакле, за све укључене у процес опорезивања (и пореске власти и порезне обвезнике) оптимално је да сви порези буду што једноставнији за убирање, тиме и најевтинији за порезну управу која их убире, док је за порезне обвезнике важно да нису пресложени како би их разумели.¹⁹

Борба за изградњу једноставнијег пореског система са најмањим трошковима у Србији захтева истрајавање на примену следећих решења: инсистирање на стабилност пореских прописа; избегавања непрецизности пореске регулативе; изборити се за смањење и поједностављење неопходних пореских формулара; смањење врста пореза и броја уплатних рачуна; успостављања оптималне сарадње пореске власти и обвезника; у највећој мери применити информацијску технологију; истрајније се заложити за образовање и специјализацију кадрова који примењују пореске прописе итд.

Није лако уредити порески систем који би истовремено остваривао више циљева које држава жели да оствари. Практично говорећи

19 Видети: Вјекослав Братић, „Порезни издаци: теоријски преглед“, *Финансијска теорија и пракса*, 2006, Загреб, стр. 114.

савремена држава жели да освари првенствено фискалну издашност, праведност, економску ефикасност и подстицајност пореског система. Природно, наведени амбициозни циљеви се истовремено не могу остварити применом једне појединачне врсте прихода, јер се остваривање више циљева налазе често пута у контрадикторности. Примера ради, то је случај код истовременог остваривања принципа фискалне издашности, праведности и економске ефикасности. Према томе, уз дозу неопходног компромиса, могуће је уредити порески систем који у доброј мери остварује напред наведене циљеве. Да би се утврђени циљеви остварили готово све државе користе пореске расходе (пореске издатке). Под пореским расходима подразумевамо уступке (олакшице) које даје држава ван пореских мерила (полазишта) или ван пореских правила. Прецизније говорећи, пореским расходом називамо сав изубљени приход државе који настаје применом диференцираног преференцијалног опорезивања, које врши држава у циљу остваривања утврђених ванфискалних циљева (економских и друштвених).

У пракси порезни расходи се појављују у виду умањења порезне основице и умањења плаћања пореза. Јављају се у разноврсним облицима као што су: олакшице, порески одбици, пореска умањења, порески изузеци или посебне пореске стопе.

Присуство бројних пореских расхода у нашем пореском систему мотивисано је потребом остваривања позитивних резултата у остваривању економских и социјалних циљева. Међутим у пракси због њихове бројности, компликованости правног уређења и финансијског учешћа, могу се нежељено изазвати негативна дејства, успоравати и усложњавати функционисање квалитетне пореске администрације. Прецизније, порески расходи својим претераним присуством без унапред јасних утврђених критеријума примене, непотербно поскупљују утврђивање и наплату пореза и осетно смањују прибављање јавних прихода. Поред тога, они су у односу на субвенције нетранспарентни. Дакле, неопходно је бити изузетно обазрив приликом конципирања прописа о пореским расходима. С тим у вези, потребно је да се они уводе за тачно одређену сврху, базирани на стварним потребама привреде и друштва, реално процењеним трошковима и егзактно процењеним користима од њиховог увођења.

У пореском систему Србије по мом мишљењу, изградња пореских расхода се код посредних пореза (ПДВ и акциза), мора доследно усклађивати са пореским правом Европске уније, у циљу ефикасног одвијања процеса приступања наше земље поменутој организацији. Међутим, у области непосредних пореза гдепостоје мала ограничења међународно правне регулативе, неопходно је поновно преиспитивање важећих прописа и отклањања решења која непотребно усложњавају

систем и онемогућавају ефикасније пуњења буџета хипертрофираном применом пореских расхода. Навешћу, по мом мишљењу, нека решења Закона о порезу на доходак грађана,²⁰ и Закона о порезу на добит правних лица,²¹ која треба изменити у циљу изградње једноставнијег, ефикаснијег и издашнијег пореског система у нас.

У Србији је у примени мешовити систем опорезивања грађана у којем најважнију улогу има порез на зараде, те није чудо што се њему посвећује у теорији и пракси највећа пажња. С тим у вези, чести су захтеви привредника о потреби смањења оптерећења зарада ради растерећења привреде, стимулације запошљавања и инвестиција. Овим путем ће се смањити сива економија уреднијим плаћањем пореза. Међутим, споран је прописани порески расход који се изражава увођењем у систем одређених пореских ослобођења неких субјеката у циљу подстицаја већег запошљавања. Прецизније, важећим прописима, послодавци се ослобађају уплате пореза на зараде за новозапослена лица – приправнике млађе од 30 година у трајању од 3 године а за лица млађа од 30 година у трајању од две године од дана заснивања радног односа тих лица. Такође, даје се порески подстицај послодавцима у случају запошљавања лица старијих од 45 година итд.²² Оваква решења усложњавају примену пореских прописа и прописа о доприносима у пракси. С тим у вези, поставља се питање оправданости привилегованог третирања лица одређене старости, у условима изражене велике незапослености свих структура радно активног становништва.²³

20 *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02 – др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 – испр., 31/09, 44/09 и 18/010.

21 *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 43/03, 84/04 и 18/010.

22 Важећим Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање, чл. 45а (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06 и 5/09), сличне олакшице утврђене су и за послодавце који запосле наведена лица.

23 У Влади Србије имамо најаву да ће се, у циљу сузбијања „сиве економије“ иницирати нове мере за смањење обавеза послодаваца, које ће омогућити да у прве три године плаћају мање доприносе за све новозапослене раднике. Конкретно, послодавци ће у првој години кад запосле лица са евиденције Националне службе за запошљавање, имати „значајно ослобађање“ обавеза према фондовима, у другој мање, а у трећој опет значајне олакшице. Види: *Глас јавности*, Београд, 7. април 2011. године. Међутим, било је и других предлога. Тако је министар економије Небојша Ђирић предлагао да се за око 50 одсто смањи порез на зараде, само за оне који раде нелегално како би се стимулисали да уђу у легалне токове. Против овог предлога је била Асоцијација малих и средњих предузећа, зато што нису видели начин на који ће држава идентификовати оне који раде по закону од оних који то не раде. Наведена Асоцијација је тражила да се смање порези и доприносе на запослене за 30 одсто на плате до 30.000 динара. Овим путем по њима сваки други послодавац би могао запослити по једног или отприлике 100.000 радника. Види: *Полијтика*, Београд, 12. април 2011. године.

Имајући у виду природу доприноса за обавезно социјално осигурање по мом мишљењу, није потребно код њих примењивати посебне норме у циљу вођења фискалне политике.

Порез на добит правних лица Србије, због ниске законска пореска стопе (10%), и ниске ефективне стопе (5% и 6%), због бројних уступака учињених од стране државе приликом утврђивања есенцијалних елемената пореза је финансијски неиздашан, али се не може рећи да је сиромашан бројем и врстом утврђених подстицајних мера међу којима су најважније: олакшице за новооснована предузећа у неразвијеним подручјима, порески кредит за улагања у основна средства (три различита режима обрачуна), пореска ослобођења за тзв. велика улагања и пореска ослобођења за тзв. мала улагања које својом применом у пракси непотребно усложњавају порески систем. Прецизније говорећи, наш систем опорезивања добити правних лица није у довољној мери усклађен са потребама привреде. У прилог наведеном ставу говоре и чињенице да се неке олакшице утврђене Законом, у пракси нису ни примењивале. То су олакшице: за концесиона улагања, убрзана амортизација, пореска ослобођења за тзв. мала улагања и олакшице за новооснована предузећа у неразвијеним подручјима. С друге стране, укупно изгубљени приходи државе због постојања посебних прописа којим се утврђују порески расходи нису били занемарљиви што показујеилустративно и податак, да је држава у 2008, изгубила 72% укупно оствареног прихода од пореза на добит (27,9 милијарди динара – приближно 1% БДП).

Имајући у виду слабе ефекте које порески подстицаји остављају на привреду, неопходно је изменити Закон о порезу на добит правних лица смањењем пореских расхода, што би довело до повећања финансијских прихода, а не би се осетније негативно реперкутовало на остваривање утврђене економске политике. Овакво резоновање је у складу са ставовима модерне теорије, да у општем случају пореске олакшице тј. одступања од општег режима опорезивања представљају неефикасно и неправично решење, јер: а) уносе дисторзију у економско одлучивање (нарушавају алокативну неутралност пореза), б) креирају вишак терета субвенција, јер би већина инвеститора реализовала своје улагање и да таквих подстицаја нема и в) имплицира различиту изложеност пореском терету предузећа сличне економске снаге.²⁴

Поред повећања финансијских прихода мањи број пореских расхода би снажно утицао на поједностављење пореског система, што је изузетно важно у процесу ефикаснијег утврђивања и наплате пореза. У контексту изложеног, неопходно је преиспитати важећу регулативу

24 Видети: Група аутора, *Пореска политика у Србији, поглед унапред*, Београд, 2010, стр. 88.

везану за инвестиционе пореске кредите утврђене Законом о порезу на добит правних лица. Важећим прописима по мом мишљењу, непотребно фигурирају три различита правна режима инвестиционих пореских кредита. Најпре, прописано је да се обвезнику који изврши улагање у некретнине, постројења, опрему или биолошка средства у сопственом власништву за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачки акт обвезника, односно наведених у другом акту, којим се одређују делатности које обвезник обавља, признаје се право на порески кредит у висини од 20% извршеног улагања у тој години. Наведени порески кредит не може бити већи од 50% обрачунаог пореза у години у којој је извршено улагање. Као изузетак од изложеног режима, прописано је да се обвезнику који је према закону којим се уређује рачуноводство и ревизија разврстан у мало правно лице признаје право на порески кредит у висини од 40% извршеног улагања у основна средства за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачки акт обвезника, односно наведених у другом акту обвезника, којим се одређују делатности које обвезник обавља, с тим што не може бити већи од 70% од обрачунаог пореза у години у којој је извршено улагање. У трећем случају обвезнику се признаје право на порески кредит у висини од 80% од улагања извршеног у тој години у основна средства у сопственом власништву за обављање делатности, под условом да је, у складу са законом којим се уређује класификација делатности и регистар јединица разврставања, разврстани у једну од законом таксативно утврђеној делатности коју претежно обавља.²⁵ По мом мишљењу, наведена важећа правна решења су непотребно сложена, неефикасна и неправична, те их је ради поједностављења, повећања издашности и елиминирања непотребне селективности пореског система, нужно заменити једним режимом инвестиционог пореског кредита који би се примењивао на сва правна лица.

Неки порески подстицаји солидно звуче пропагандистички за улагања „тзв. великих инвеститора“ али у пракси нажалост показују изразиту стерилност. По мом мишењу, то је случај у Србији са десетогодишњем пореским ослобођењем сразмерно улагању, за пореског обвезника који испуни кумулативно следеће услове: 1) уложи у своја основна средства, односно у чија основна средства уложи друго лице више од 800 милиона динара; 2) наведена средства користи за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачком акту обвезника, односно наведених у другом акту обвезника, којим се одређују делатности које обвезник обавља; и 3) у периоду улагања додатно запосли на неодређено време најмање 100 лица. Негативно мишљење о овом подстицају фондирам на следећим аргументима: најпре, неправедан је,

25 Видети чл. 48 и 48а Закона о порезу на добит правних лица.

јер се ослобођење даје пореским обвезницима који имају јаку економску снагу и који би порески терет лако поднели. Друго, овај подстицај према својим финансијским учинцима је занемарљив. Наиме, у нашој пракси свега неколико (мање од десет) обвезника пореза на добит испунило је услове за остваривање наведеног ослобођења. Због изложених разлога, мишљења сам да га треба елиминирати из пореског система.

IV Закључак

Остваривање недовољног друштвеног производа и дохотка у Србији, условљава недостатак средстава за задовољење јавних потреба, и неминовно отвара неопходност преиспитивања функционисања позитивног пореског система. Главно упориште испитивања у овом раду, се усмерава у правцу делотворности правних норми у остваривању принципа општости и равномерности опорезивања. При томе, изузетно је важно да доследна примена прописа онемогућава евазију пореза а омогућава свеобухватно пореско оптерећење свих субјеката који према својој економској снази могу да поднесу порески терет, не доводећи у питање обављање своје делатности.

Због висине и значаја фискалних издвајања у Србији посебно важно место истраживања добија ефикасности доследност плаћања доприноса за финансирање обавезног социјалног осигурања. Забрињавајуће је раширено избегавање плаћања овог прихода, које као последицу има потребу државе за издвајање значајних буџетских средстава у циљу покривања неопходних потреба у овој сфери друштвеног живота. По мом мишљењу, зауспешно елиминирање избегавања плаћања доприноса неопходно је, обавезати банке преко којих се обавља платни промет да онемогуће исплату зарада, без претходно неплаћених доприноса за социјално осигурање. Поред тога, потребно је озбиљно повести рачуна приликом прописивања оштрине санкција и њихове ефикасне примене, да се једнако третира избегавање доприноса као и пореза. Због природе материје коју треба уредити, неопходно је озбиљно радити на оспособљавању пореских органа и организација социјалног осигурања и њиховог координираног деловања, које ће им омогућити проток неопходних информација и ефикасну контролу плаћања доприноса.

Актуелна привредна збивања захтевају да се пореско оптерећење не повећава. Потребно је да порески систем буде јасан, једноставан и да омућује издашну и ефикасну наплату јавних прихода, који неће остављати простор и потребу за повећање пореског притиска према обвезницима који су лојални пореској власти у извршавању својих законских обавеза. Другим речима, неопходно је изборити се за спречавање

евазије пореза. У том духу, посебно је значајно да се у пореском систему редуцира примена посебних правних норми. Њихово претерано коришћење без прецизно утврђених критерија могу неоправдано омогућити егзистирање хипертрофираних пореских расхода и тиме вршити притисак на пореску власт да повећа приходе од пореских облика (ПДВ и акциза) који иначе дају довољно прихода и већ значајно оптерећују економску снагу најсиромашнијих грађана.

Zoran ISAILOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Priština

BUILDING AND IMPLEMENTATION OF TAX SYSTEM IN SERBIA

Summary

Susceptibility, abundance and complexity of legal norms, which shape a modern tax system, demand a remarkable attention in the course of its building and efficient implementation in practice. Economic and social ambient of contemporary Serbia, determines the need for building the tax system which mostly means inevitability of not increasing taxpayer's burden (pressure) and compliance with constitutional principles of payment generality and equality.

For the realization of the stated principles, the author points to a worrisome evasion of contribution payment for financing compulsory social insurance and proposes an array of measures for the change of regulations with the objective to ensure this revenue payment on regular basis. In addition, in the author's opinion, the tax system should be simplified and the efficacy of its implementation increased, among others, through lowering tax expenses and their reducing to the real needs of economy and society. The implementation of these measures would have positive impact regarding non-increment of tax burden for the purpose of covering public needs.

Key words: *tax system, evasion, contributions, payment simplicity, tax expense, equality, tax regulations.*

др Миле ВРАЊЕШ
професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ФОНДОВИ ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ КАО ИНСТРУМЕНТИ ФИНАНСИРАЊА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ*

Резиме

У домену финансирања заштитне животне средине присутна су бројне теме које привлаче пажњу финансијских стручњака, привредника, као и грађана. Једна од тих тема јесу фондови за заштитну животну средину као инструменти финансирања заштитне животне средине. У раду су анализирана нека питања фондова за заштитну животну средину уопште и фонда за заштитну животну средину у Србији. На темељу анализе дају су неки ставови и оцене о фондовима.

Кључне речи: фондови за заштитну животну средину, финансирање, заштитна животна средину.

I Увод

Еколошки проблеми данас постоје у целом свету. Готово да не постоји земља данашњег света која није суочена са проблемима деградације животне средине. Глобални еколошки проблеми и стање животне средине постали су велика брига човечанства. Нуклеарна ката-

* Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“, бр 179079 који сада финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

строфа ових дана у нуклеарној електрани „Фукушима Даичи“ у Јапану, то на драстичан начин само потврђује.¹ Основни узрочник деградације животне средине јесте привредни раст. Привредни раст има неповољан утицај на околину – на ваздух, воду, мирноћу градског живота, лепоту сеоских предела.² Наравно, привредни раст је нужан и неопходан. Материјално благостање и његово повећање је легитимна аспирација човечанства: привредно развијеног, као и привредно неразвијеног дела. Но, питање које се поставља у вези са привредним растом и животном средином јесте – на који начин постићи задовољавајући склад између материјалног благостања за све, а при томе спречити загађивање животне средине. Другим речима, како помирити привредну делатност човечанства с животном средином? Решење је нађено у једној новој филозофији – у еколошки одрживом привредном развоју. Наиме, међународне заједница је направила један економски оквир за још бржи привредни развој и за још бољу политику заштиту животне средине.

Но, спровођења система еколошки одрживог привредног развоја изискује одређене трошкове заштите животне средине, који су доста велики и са којима није лако изаћи на крај. Трошкови финансирања заштите животне средине јавни су расходи, намењени заштити и унапређивању квалитета животне средине.³ Ти трошкови су се 70-их година 20. века финансирани путем буџета, а од 80-их година путем наменских фондова. Основни извор прихода фондова за заштиту животне средине су економски (еколошки) инструменти. Економским (еколошким) инструментима обезбеђују се средства за јавне издатке за заштиту животне средине. Ти инструменти имају функције стимулисања спречавања загађивања животне средине и постају сталан извор финансирања заштите животне средине. Трошкови заштите животне средине разликује се међу земљама. То је разумљиво, јер све земље немају исте еколошке проблеме, неке се суочавају са већим а неке са мањим, што зависи од раз-

1 Јапан је 12. априла 2011. године подигао степен опасности од нуклеарне катастрофе на највиши ниво – седам, једнак највећој нуклеарној несрећи у Чернобиљу 1986. године, тада у совјетској републици Украјини. Према подацима Међународне агенције за атомску енергију, овај ниво опасности подразумева велико ослобађање радијације уз распрострањен утицај по здравље и околину. Према писању магазина „Тајм“, највиши степен значи „да долази до ослобађања толике количине радиоактивног материјала који може озбиљно угрозити здравље и имати чак и одложене ефекте, а могућ је и утицај ван граница једне земље, као и далекосежне последице за животну средину“. Вид.: *Полишика*, „Фукушима стрепи од сценарија у Чернобиљу“, 13. април 2011. године, стр. 2.

2 Galbraith, J. K., *Economics & The Public Purpose*, Signet Books, New York, 1975, стр. 275.

3 Оливера Лончарич-Хорват, „Могућности финансирања заштите животне средине у склопу порезног система“, *Финанцијска њакса*, Загреб, бр. 5–6, 1984.

личите структуре индустрије, квалитета животне средине и сл. Постоје и различити стандарди квалитета животне средине у неким земљама, јер се код једних примењују напредне технологије које имају минималан негативан утицај на животну средину, што опет није случај код других. Према подацима ОЕЦД-а и Еуростата,⁴ не постоји корелација између више стопе раста БДП-а и расхода за заштиту животне средине. Постоји велика сличност у проценту издвајања дела БДП-а за заштиту животне средине међу развијеним земљама, али не и када је реч о издвајањима за различите облике загађивања животне средине. Неке земље, нпр. Француска и Немачка посебну пажњу придају заштити вода, док САД и Јапан посебну пажњу придају заштити ваздуха, што је разумљиво због различитих климатских, географских и развојних услова у тим земљама. Отуда, ако упоређујемо висину средстава за заштиту животне средине међу земљама морамо бити опрезни у закључивању. Ако нека земља релативно мало издваја из БДП-а за заштиту животне средине, то не значи да је ниво заштите животне средине у тој земљи нижи, јер она зависи од многих других чинилаца, а не само од издвојених финансијских средстава. Поред трошкова за заштиту животне средине, многе земље улажу велика средства у истраживачке пројекте на подручју екологије.

Финансирање заштите животне средине има своју расходну и приходну страну. Расходну страну чине јавни расходи и издаци, и то: спречавање, заштита и накнада штете због загађивања, контрола и праћење загађивања, спровођење мера политике заштите животне средине, управљање животном средином. Приходну страну чине средства, и то: буџетска средства, еколошки порези/накнаде и субвенције. Финансирање заштите животне средине може се обезбедити из: буџетских средстава државе и јединица локалне самоуправе, општих или посебних фондова за заштиту животне средине, средстава привреде и комбинованих извора.

II Основне карактеристике фондова за заштиту животне средине као инструмента финансирања заштите животне средине

Фондови за заштиту животне средине су се на фискалној сцени први пут појавили 70-их година 20. века, када их је основало неколико држава. До њиховог масовног оснивања долази 80-их година 20. века. Развој ових фондова повезује се с развојем економско-еколошких инструмената политике заштите животне средине, јер се највећи део тих

4 Revenue Statistics of OECD Member Countries 1965-2008, OECD, Paris, 2009; Eurostat.

прихода обезбеђује из еколошких давања (пореза, накнада, такси и казни).⁵

Економско-еколошки инструменти постају оруђе којима се може заштити животна средина.⁶ Вода, море, река, ваздух и сл. сматрају се јавним добрима, док је загађење које их угрожава и уништава садржано у концепту екстерналија. Екстерни трошкови настају када деловање једног субјекта (потрошача или произвођача) утиче на благостање другог, а де се то не одражава у трошковима и цени његових производа. У зависности од тога одражава ли се деловање једног субјекта на повећање или смањење благостања другог, спољни учинци могу бити позитивни и негативни. Они су увек разлика између индивидуалних и друштвених трошкова и индивидуалне и друштвене користи. На пример, обољевање неке особе од заразне болести не погађа само ту особу него и околину. Слично је и са загађивањем животне средине, које ретко који понуђач урачунава у цену, ако га на то не принуди држава.⁷

Загађена околина сматра се екстерном дисекономијом коју загађивачи требају интернализирати у трошкове производње, што претпоставља новчано вредновање штете у околини, проузроковане загађивањем током производног циклуса. Проблем је само што се та добра не појављују на тржишту, она су због своје важности изузета из промета. Ако привредним активностима настају одређене штетне последице⁸ по животну средину, потребно их је економски валоризовати, што чини држава путем економских-еколошких инструмената, односно еколошких давања штитећи тако животну средину и регулишући екстерне дисекономије.

Развијене земље су већ 70-их година 20. века усвојиле начело „загађивач плаћа“. Суштина тог начела је у томе да је загађивач обавезан да сноси све трошкове спречавања загађења, контроле и отклањања штете које је проузроковао. Но, наведено начело није довољно за покриће трошкова заштите животне средине па се увело и начело „корисник плаћа“, јер загађивач не само да загађује животну средину већ користи природне ресурсе. Загађивач и корисник природних добара, дакле,

5 Више о томе видети у: Гордана Илић-Попов, *Еколошки порези*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000.

6 Младен Чрњар, „Економика околиша – знаност у функцији заштите околиша“, *Економски ирејелг*, бр. 3/1997, Загреб, стр. 182.

7 Перо Јурковић, *Јавне финансије*, Месмедиа, Загреб, 2002, стр. 17.

8 Штетним последицама које настају због загађивања животне средине сматрају се: штетан утицај на: здравље људи, на биљни и животињски свет, на глобалну еколошку равнотежу, на природна и културна добра и привредни систем, Младен Чрњар, *Економика околиша – знаност у функцији заштите околиша*, стр. 186.

обезбеђују средства за заштиту животне средине коју угрожавају, чиме се ствара један механизам финансирања заштите животне средине. Пошто загађивач треба да сноси трошак загађивања животне средине, односно треба да плати еколошки порез/накнаду за загађивање животне средине, то ће га натерати да води рачуна о могућим штетним ефектима својих активности на животну средину, или ће прећи на сигурније и чистије технологије па ће загађивање животне средине бити мање. При том, треба имати у виду и значај који имају економски подстицај за инвестиције у тзв. „зелену технологију“, који се могу остварити кроз директне субвенције или пореске олакшице. Развој такве технологије имамо у неким земљама, као нпр. у Немачкој.

Циљеви тих фондова, без обзира на њихове различитости и специфичности, су: унапређење делатности и инвестиција за заштиту и побољшање квалитета животне средине, минимализирање стварања отпада, стимулисање развоја еколошки повољније економске структуре и др. Фондови за заштиту животне средине значајан су облик финансирања политике заштите животне средине. Фондовско финансирање има својих предности у односу на буџетско финансирање, јер им је намена тачно одређена као и приоритет јавне потребе која се из њега финансира. Осим тога, неутрошена средства фондова из једне године преносе се у другу годину, док се код буџета она гасе ако нису утрошена у тој години. Постоје различити облици тих фондова, с обзиром на критеријум за који се узима за њихову поделу. Према постављеном циљу, постоје фондови са општим и са специфичним циљем. Фондови са општим циљем су инструмент финансирања заштите животне средине у целисти и они постају допуна државном буџету, а фондови са специфичним циљем су инструмент финансирања специфичних облика заштите животне средине, као нпр. увођење безбедне технологије. Према организационој структури, постоје фондови као посебне организационе јединице и они који су додатак у оквиру неке постојеће установе. Према правилима расподеле средстава, постоје фондови из којих се углавном финансирају нове инвестиције у заштиту животне средине, док се буџету препушта финансирање управљања и контроле загађивања и они фондови који финансирају све еколошке активности. Према територијалној организацији постоје међународни, национални и локални фондови.

При коришћењу средстава фондова за заштиту животне средине мора се водити рачуна о улагању тих средстава како би она донела што већу нето друштвену корист. У том смислу посебно су важне анализе трошкова и користи (*cost-benefit analysis*), анализе трошковне ефикасности (*cost-effective analysis*) и анализе ризика (*risk analysis*).

III Фондови за заштиту животне средине као инструменти финансирања заштите животне средине у земљама у транзицији

Фондови за заштиту животне средине посебно су значајни за земље у транзицији, јер оне спроводе политичке и економске промене за прелазак на тржишну привреду. Земље у транзицији мењају свој однос према привреди, крећу се према децентрализацији функција државе и изграђују нов систем финансирања заштите животне средине. Формирање фондова за заштиту животне средине у земљама у транзицији има велике предности у односу на финансирање заштите животне средине преко државног буџета.

Када је реч о фискалној децентрализацији, на том подручју „постоје неколико, пре свега, економских разлога који објашњавају потребу да се изврши фискална децентрализација“.⁹ Основни аргумент који говори у прилог фискалне децентрализације, везује се, за „побољшање алокације ресурса, што се заснива на претпоставци да фискална децентрализација повећава локални утицај над јавним сектором“.¹⁰ Познато је да економска теорија стоји на становишту о нужности максималног поштовања преференција корисника у задовољавању свих потреба, укључујући и оне за јавним добрима. У складу с тим, формулисана је и чувена Тиебоутова хипотеза да одлуке о финансирању понуде конкретних јавних добара треба препустити резидентима оног локалитета на којем се та јавна добра користе, а да их треба максимално децентрализовати. Проблем је, међутим, што се ефекти коришћења једног јавног добра не могу увек ограничити на један локалитет (због присуства тзв. „екстерних економија“), као што је и сасвим извесно да реализација редистрибутивне и поготово, стабилизационе функције јавних финансија захтева подизање одеђених јавноправних одлука на виши ниво одлучивања. То су разлози који не дозвољавају „апсолутизацију“ начела децентрализованог одлучивања, односно који траже одређену равнотежу о подели фискалних надлежности између различитих нивоа одлучивања, не само у једној унитарној него и у федеративној држави. Осетљивост избора те равнотеже је посебно изражена у државним заједницама другог типа, поготово ако је реч о мултинационалним федерацијама. Недореченост науке у том погледу често замењује политичка арбитража и политички опортунитет у одлучивању.

Децентрализовани системи: (а) омогућују локалним јединицама аутономију, (б) појачавају заинтересованост локалних управа, и (в) сред-

9 Гордана Илић-Попов, „Изазови фискалне децентрализације“, *Право и привреда*, Београд, бр. 9–12/2003, стр. 38.

10 Исто, стр. 38.

ство су надзора над прерасподелом.¹¹ Но, искуства показују како је врло тешко смањити постојећи утицај средишње власти. Типичан пример за то је увођење регија у неким земљама у транзицији, које је према закону о локалној самоуправи допуштено. Оснивање регија оправдано је само ако им средишња држава жели препустити део својих овлашћења. Фискална и финансијска децентрализација на подручју финансирања животне средине је оправдана, јер она може да доведе до ефикаснијег искоришћавања средстава за заштиту животне средине, док централизована расподела средстава за заштиту животне средине може да резултира већим степеном неефикасности. Децентрализација може да помогне бољем задовољавању интереса грађана у погледу заштите животне средине, док централизација може повећати трошкове административног надзора и смањити ефикасност средишње државне политике. Искуства показују да није могуће успоставити нове методе менаџмента и управљања без одговарајућег нивоа децентрализације, односно децентрализација захтева нову политику менаџмента и управљања животном средином која обухвата процену резултата, елементе тржишног система и оријентацију према корисницима. Наведени ставови и оцене о фискалној и финансијској децентрализацији потврђују хипотезу овог рада, да систем еколошки одрживог привредног развоја¹² тражи децентрализовани фискални систем.

Фондови за заштиту животне средине у земљама у транзицији основани су за усмеравање буџетских и ванбуџетских средстава у пројекте заштите животне средине. Замишљени су као привремени и прелазни механизам у решавању еколошких проблема. Такви фондови не постоје у земљама тржишне привреде, где постоје фондови специфичних намена, као нпр. фонд за водопривреду. Ови фондови у земљама у транзицији имају значајну улогу. Тако, они могу бити битан чинилац унапређење квалитета животне средине, јер смањују финансијски терет инвестиција у заштиту животне средине, који би иначе сносила предузећа и домаћинства. Пошто они не носе наведене трошкове у целисти, они су погодан инструмент „привлачења“ домаћих и иностраних средстава; могу значајно помоћи у развијању и стицању знања и стручности повезаних с припремом и оценом пројеката, а развитак знања за даљи одрживи развој човечанства и за заштиту животне средине је од изузетног значаја.¹³ Могу помоћи и пренети знање о банкарским пословима у приватни сектор.

11 Fiscal Policies in Economies in Transition, Edited by Vito Tanzi, International Monetary Fund, Washington, D.C., 1992, стр. 345.

12 О одрживом привредном развоју вид.: United Nations, Agenda for development, New York, 1997, <http://www.un.org/Docs/SF/objektiv.htm>, 20.7.2004.

13 Младен Чрњар и Кристина Чрњар, „Сувремено промишљање о међусобним односима знања и околиша“, *Економски йреплед*, бр. 7–8/2004, стр. 580–594.

Постоје неколико облика ових фондова. Преовлађују општи, национални фондови, која своја средства користе за финансирање и помоћ приватним или државним предузећима за пројекте заштите животне средине. Већина њих има управљачку и надзорну функцију. Неки од ових фондова су самостални, а неки се налазе у оквиру министарства за животну средину. Ови фондови разликују се по својој структури, изворима средстава, тренутку оснивања и сл. У неким земљама постоје национални фондови, у неким национални и градски, а у неким национални, регионални и градски. Извори прихода ових фондова су еколошке накнаде и казне за непридржавање стандарда заштите животне средине. У неким земљама у структури прихода ових фондова су и приходи од приватизације.

Ефикасност трошења наменских средстава фондова за заштиту животне средине је и најзначајније питање. Пошто наменско трошење средстава значи извлачење средстава ван редовног процеса трошења, оно доводи до смањења расположива средстава за друге намене. Наменско трошење средстава може довести и до усмеравања средстава у оне пројекте који више нису приоритетни. А управо овај фонд своја средства треба да усмерава у решавање приоритетних еколошких проблема и да обезбеди да се средства користе ефикасно. Зависно од проблема животне средине у појединим земљама у транзицији разликују се и приоритетна подручја улагања. Негде су то издаци фонда намењени пројектима заштите вода, негде су то издаци фонда намењени заштити ваздуха, издаци намењени пројектима заштите природе, пројектима збрињавања отпада. Наменски фондови за финансирање животне средине су више прилагођени променама на приходној него на расходној страни. Ови фондови изложени су опасности дугорочног смањења подршке из буџета.

Данас је прихваћено становиште да су, у периодима када нема довољно финансијских средстава, добро осмишљени фондови ефикасни механизми усмеравања средстава за решавање еколошких проблема у земљама у транзицији. Но, како у земљама у транзицији издаци за животну средину у правилу учествују с 1–2 БДП-а, ризик неефикасности који се у правилу повезује с наменским трошењем финансијских средстава, ограничен је ниским нивоом трошкова за животну средину, у поређењу с много већим учешћем осталих јавних потреба. Пракса је показала да је употреба фондова за заштиту животне средине, као инструмента управљања наменским приходима и прибављања субвенцијских средстава за улагање у заштиту, помогла многим земљама у транзицији у превладавању, односно ублажавању низа услова током преласка на тржишну привреду, у којој долази до пуне примену начела „загађивач плаћа“. При том треба увек имати на уму да ослањање на наменске

фондове као и коришћење субвенција представља тзв. друго најбоље решење.

Иако су замишљени као привремени и прелазни механизми у превладавању институционалних и тржишних несавршености у процесу транзиције, у неким земљама ови фондови постоје више година. Колико су ови фондови успешни као инструменти финансирања заштите животне средине, остаје отворено питање на које још увек нема правог одговора. Ми не мислимо да није било ставова, оцена и делимичних истраживања о успешности фондова за заштиту животне средине у земљама у транзицији, већ да није било студиозних истраживања о овом теми. У том смислу, искуства земаља које су у међувремену постале чланице Европске уније (Словенија, Мађарска, Румунија, Бугарска и др.) била би драгоцене за та истраживања. Као мерило успешности ових фондова може се узети у обзир два елемента: њихов допринос у савладавању недостатака и слабости саме политике заштите животне средине и превладавање проблема везаних уз неразвијена финансијска тржишта. Но, слажемо се са оним ауторима који тврде да улога коју ће фондови имати зависи првенствено од извора финансирања и њиховог уређења.¹⁴ Такође, улога фондова зависиће од напредовања процеса транзиције, развоја банкарског сектора и тржишта капитала. Смањиваће се потреба за њиховим финансирањем, јер ће све већу улогу имати приватни извори финансирања. Могуће је њихово потпуно осамостаљивање и прерастање у финансијске институције, или нестанак и интегрисање у буџет. Могућа је и њихова нова улога у процесу приближавања земаља у транзицији Европској унији. Чињеница је да су се ови фондови, иако су сматрани „другим најбољим“ и прелазним решењем према директној примени начела „загађивач плаћа“, у многим земљама у транзицији показали корисни.

IV Фонд за заштиту животне средине у Србији

Пре него што се приступи анализи Фонда за заштиту животне средине у Србији, као инструмента финансирања заштите животне средине, потребно је указати на нормативна решења која постоје у тој области. Правни прописи којима је уређена животна средина у Србији су: Устав Републике Србије,¹⁵ Закон о заштити природе,¹⁶ Закон о за-

14 M. Jacobsen, C. H. Jorgensen, J. K. Pedersen, „Environmental Funds in Economies in Transition: An Efficient Environmental Financing Vehicle or a Dead End?“, 1998, рад припремљен за Други светски конгрес економије животне средине, Венеција.

15 Службени гласник РС, бр. 98/06.

16 Службени гласник РС, бр. 36/09, 88/10, 91/10.

штити животне средине,¹⁷ Национална стратегија одрживог развоја,¹⁸ Закон о водама,¹⁹ Закон о шумама,²⁰ Закон о путевима,²¹ Закон о планирању и изградњи,²² Закон о бањама,²³ Закон о рударству,²⁴ Закон о управљању отпадом,²⁵ Закон о амбалажи и амбалажном отпаду – Закон о амбалажи,²⁶ Закон о буџетском систему,²⁷ Закон о фонду за заштиту животне средине,²⁸ Уредба о врстама загађивања, критеријумима за обрачун накнаде за загађивање животне средине и обвезницима, висини и начину обрачунавања и плаћања накнаде,²⁹ Уредба о критеријумима за обрачун накнаде за амбалажу или упаковани производ и ослобођење од плаћања накнаде, обвезницима плаћања, висини накнаде, као и о начину обрачунавања и плаћања накнаде,³⁰ Уредба о мерилима и условима та повраћај, ослобађање или смањење плаћања накнаде за загађивање животне средине,³¹ Уредба о одређивању активности чије обављање утиче на животну средину,³² Уредба о критеријумима за утврђивање накнаде за заштиту и унапређивање животне средине и највишег износа накнаде,³³ Уредба о врстама отпада за који се врши термички третман, условима и критеријумима за одређивање локације, техничким и технолошким условима за пројектовање, изградњу, опремање и рад постројења за термички третман отпада, поступање са остатком након спаљивања,³⁴ Закон о утврђивању надлежности Аутономне покрајине Војводине,³⁵ Статут Аутономне покрајине Војводине,³⁶ Закон о локалној

17 Службени гласник РС, бр. 135(04, 36/09, 72/09.

18 Службени гласник РС, бр. 57/08

19 Службени гласник РС, бр. 30/10.

20 Службени гласник РС, бр. 30/10.

21 Службени гласник РС, бр. 46/91, 52/91, 53/93, 67/93, 42/98.

22 Службени гласник РС, бр. 72/09, 81/09.

23 Службени гласник РС, бр. 80/92.

24 Службени гласник РС, бр. 44/95, 85/05, 101/05, 34/06, 104/09.

25 Службени гласник РС, бр. 36/09, 88/10.

26 Службени гласник РС, бр. 36/09.

27 Службени гласник РС, бр. 54/09, 73/10, 101/10.

28 Службени гласник РС, бр. 72/09.

29 Службени гласник РС, бр. 113/05, 6/07, 13/08, 7/09, 5/10, 8/10, 102/10.

30 Службени гласник РС, бр. 8/10.

31 Службени гласник РС, бр. 113/05.

32 Службени гласник РС, бр. 109/09 и 8/10.

33 Службени гласник РС, бр. 111/09.

34 Службени гласник РС, бр. 102/10.

35 Службени гласник РС, бр. 99/09.

36 Службени лист АПВ, бр. 17/09.

самоуправи,³⁷ Закон о финансирању локалне самоуправе,³⁸ Закон о комуналним делатностима.³⁹ Поред наведених финансијских прописа који материју животне средине регулишу у нашој земљи, за анализу комплекса финансијских односа на подручју животне средине значајни су и други прописи којим је та проблематика регулисана на посредан начин. Реч је о прописима који регулишу пореске, царинске и друге олакшице за заштиту животне средине, као нпр. Царински закон⁴⁰ и Закон о порезу на добит правних лица.⁴¹ Споменимо ту Закон о пореском поступку и пореској администрацији,⁴² који је битан за наплату накнада. На крају, ту су још и бројна подзаконска акта у области животне средине.

Из свега до сада изнетог, произилази да је у Србији донет већи број правних прописа који су материју животне средине, па тако и финансирање животне средине, веома детаљно регулисали. Но, основни је проблем слабост у примени правних прописа и спровођењу политике заштите животне средине. Стога је потребно јачати институционалну и правну инфраструктуру и обезбеђивање финансијских средстава, као и развити институционалне, стручне и финансијске могућности јединица локалне самоуправе, која је задужена за питање животне средине, како би се могла креирати и спроводити политика у складу са начелима европске политике заштите животне средине.

Закон о заштити животне средине (у даљем тексту: ЗЗЖС) прописује (чл. 89, 90, 100): да се финансирање из наменских средстава буџета и средстава међународне финансијске помоћи врши преко Фонда за заштиту животне средине (у даљем тексту: Фонд), у складу са ЗЗЖС; да се ради обезбеђивања финансијских средстава за подстицање заштите и унапређивања животне средине у Србији оснива Фонд за заштиту животне средине и да Фонд има својство правног лица са јавним овлашћење; да су аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе у обавези да отворе буџетски фонд у складу са Законом о буџетским системом. Накнада за загађивање животне средине код које остварена средства су у висини 60% приход буџета Републике, а у висини 40% приход су буџета јединице локалне самоуправе, накнада за загађивање животне средине за подручја од посебног државног интереса у области заштите животне средине код које су остварена средства у висини 80% приход буџета Републике Србије, а у висини 20% приход су јединице

37 Службени гласник РС, бр. 129/07.

38 Службени гласник РС, бр. 62/06.

39 Службени гласник РС, бр. 16/97, 42/98.

40 Службени гласник РС, бр. 18/10.

41 Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10.

42 Службени гласник РС, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/09, 62/06, 61/07, 20/09, 53/10.

локалне самоуправе и накнада за заштиту и унапређивање животне средине, коју прописују јединице локалне самоуправе. Средства буџетског фонда аутономне покрајине и локалне самоуправе користе се наменски, за финансирање акционих и санационих планова у складу са Националним програмом, односно за финансирање програма и планова аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе. Средства буџетског фонда користе се на основу утврђеног програма коришћења средстава, који доноси надлежни орган аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе. Надлежни орган јединице локалне самоуправе дужан је да прибави сагласност Министарства на предлог програма коришћења средстава буџетског фонда. Извештај о коришћењу средстава по основу наведених накнада, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, достављају Министарству најкасније до 31. марта текуће године за претходну годину, односно на захтев Министарства.

Дакле, у Србији постоје покрајински и општински, односно градски фондови за заштиту животне средине. Према члану 83 ЗЗЖС Република Србија, односно аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе, у оквиру својих овлашћења обезбеђују финансирање и остваривање циљева заштите животне средине, у складу са ЗЗЖС. Средства за заштиту животне средине могу се обезбеђивати и путем донација, кредита, средстава међународне помоћи, средстава страних улагања за заштиту животне средине, средстава из инструмената, програма и фондова ЕУ, УН и међународних организација.

Дакле, ЗЗЖС у Србији даје могућност успостављања система финансирања који комбинује средишње и локално управљање заштитом животне средине, јер предвиђа доношење националне стратегије и локалних програма заштите, буџетских и ванбуџетских извора финансирања и могућност утврђивања локалних накнада. ЗЗЖС не прописује да јединице локалне самоуправе обезбеђују учествовање и солидарност при решавању регионалних и локалних еколошких проблема. Иначе, због ограничења у људским ресурсима у броју, али и у знањима и вештинама, било би тешко остарити интеграцију животне средине на свим нивоима управе. Неодговарајућа техничка и кадровска опремљеност појединих делова државне управе вероватно ће се испољити при испуњавању обавеза за приступ Европској унији. Промене у законодавству посебно ће утицати на рад јединица локалне самоуправе и поставиће пред њих нове захтеве када је реч о финансирању и стручности.

Усвајањем Закона о фонду за заштиту животне средине (у даљем тексту: ЗФЗЖ) са правном важношћу од 11. септембра 2009. године, подзаконских аката који ближе уређују ову област, као и других закона у области животне средине, створени су услови за увођење економ-

ских инструмената за заштиту животне средине у Србији. Економски инструменти су: 1) накнада за коришћење природних вредности,⁴³ 2) накнада за загађивање животне средине, 3) накнада за загађивање животне средине у подручјима од посебног државног интереса у области заштите животне средине, накнада за заштиту и унапређивање животне средине коју прописује јединица локалне самоуправе.

У обављању своје делатности *Фонд за заштитиу животине средине обезбеђује:*

- остваривање циљева и начела заштите животне средине;
- очување природне равнотеже и рационалног коришћења природних вредности;
- услове за одрживо коришћење, заштиту и унапређивање животне средине;
- коришћење обновљивих извора енергије;
- заштиту човека и развој у здравој животној средини.

У обављању његова Фонд има јавна овлашћења у:

- доношењу решења обвезницима плаћања накнада прописаних законом којим се уређује одрживо управљање природним вредностима и заштита животне средине (у даљем тексту: накнада);
- утврђивању ближих услова које морају испуњавати корисници средстава Фонда, услове и начине додељивања средстава, критеријуме и мерила за оцењивање предлога пројеката, односно захтева за додељивање средстава, вршењу надзора над реализацијом пројекта, начина праћења наменског коришћења средстава и уговорних права и обавеза, као и других послова за додељивање и коришћење средстава Фонда, у складу са ЗФЖС и посебним законом;
- предлагању мера према корисницима средстава Фонда за наменско коришћење средстава и неиспуњавање уговорних права и обавеза.

Фонд обавља његове у вези са финансирањем припреме, спровођења и развоја програма, пројеката и других активности у области очувања, одрживог коришћења, заштите и унапређивања животне средине, као и у области коришћења обновљених извора енергије, и то:

- стручних и других послова у вези са прибављањем, управљањем и коришћењем средстава Фонда;

43 Вид.: члан 84–88 ЗЗЖС.

- иницирање, финансирање и контролу реализације пројеката из делокруга рада Фонда;
- посредовање у вези са финансирањем заштите животне средине и обновљивих извора енергије из средстава страних држава, међународних финансијских институција и тела, као и домаћих и страних правних и физичких лица;
- вођење базе података о програмима, пројектима и другим активностима у области заштите животне средине, обновљивих извора енергије, као и потребним и расположивим финансијским средствима за њихово остваривање;
- подстицање, успостављање и остваривање сарадње са међународним и домаћим финансијским институцијама и другим правним и физичким лицима ради финансирања заштите животне средине, обновљивих извора енергије у складу са Националним програмом заштите животне средине, другим стратешким документима, акционим и санационим плановима и другим плановима и програмима, као и закљученим међународним уговорима за намене утврђене ЗФЖС;
- пружање стручних услуга правним и физичким лицима, на њихов захтев, у припреми пројеката из области заштите животне средине, у складу са уговором, по основу којих стиче приход;
- врши и друге послове у вези са подстицањем и финансирањем заштите животне средине утврђене законом.

Фонд може средства да инвестира у опрему и објекте за намене утврђене законом, којим управља у име и за рачун Републике Србије, а приход од наведеног инвестирања уплаћује се на одговарајући рачун трезора и користи се преко Фонда. Доноси средњорочни годишњи програм рада којим се утврђује намена, висина и начин коришћења средстава Фонда, а на средњорочни план рада сагласност даје Влада и доноси се за период од три године, док на годишњи програм рада сагласност даје Министарство. Фонд доноси извештај о остварењу програма рада који се доставља Министарству најкасније до 31. марта текуће године али и раније на захтев Министарства.

Према члану 16 ЗФЖС *приходи Фонда остварују се из:*

- накнаде за промет врста дивље флоре и фауне, накнаде за упис у регистар у систем ЕМАС, накнаде за загађивање животне средине и накнаде за загађивање животне средине у подручјима од посебног државног интереса;⁴⁴

44 О еколошким накнадама у Србији вид.: Гордана Илић-Попов, „Фискална одговорност предузећа у еколошкој заштити у Републици Србији“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2010, Београд, стр. 7–20.

- наменских средстава буџета Републике Србије по основу накнада у складу са законом;⁴⁵
- средстава остварених по основу међународне билатералне и мултилатералне сарадње на програмима, пројектима и другим активностима у области заштите животне средине и обновљивих извора енергије:
- средстава од управљања слободним новчаним средствима Фонда;
- прилога, донација, поклона и помоћи;
- камата, односно ануитета на кредите;
- накнада за пружање стручних услуга, с тим да висину накнаде прописује управни одбор Фонда, уз претходну сагласност Министарства и средства остварена од те накнаде уплаћују се на посебан рачун јавних прихода и користе се за рад Фонда;
- других извора.

Наплатом јавних прихода од накнада за загађивање животне средине прикупља се само део средстава потребних за заштиту животне средине, тако да највећи део терета у вези са заштитом животне средине носе сви порески обвезници. Фискални систем је предвидео пореске, царинске и друге олакшице за заштиту животне средине.

Према члану 17 ЗФЗЖС, *средства Фонда користе се у складу са законом, статутом, програмом рада Фонда, као и Националним програмом заштите животне средине, другим стратешким документима, акционим и санационим плановима, а нарочито за:*

- заштиту, очување и побољшавање квалитета ваздуха, воде, земљишта и шума, као и ублажавање климатских промена и заштиту озонског омотача;
- санацију одлагалишта отпада, подстицање смањења настајања отпада, рециклажу и поновну употребу отпада;
- увођење чистије производње за рад постројења и обављање активности, као и за рано прилагођавање захтевима заштите животне средине;
- технологију и производе који смањују оптерећење и загађење животне средине;

45 Већина прихода који се прикупљају путем накнада у Србији има пре свега фискалну сврху, а тек онда еколошку. Изузетак је накнада за заштиту вода и још неке накнаде која има еколошку сврху, јер својим деловањем може да мења однос према животnoj средини. При том треба имати у виду да се део прикупљених средстава од накнада ипак користи за заштиту животне средине, па отуда и њихова еколошка карактеристика.

- заштиту и очување биодиверзитета и геодиверзитета;
- подстицање одрживог коришћења заштићених природних добара;
- подстицање одрживог развоја руралних подручја;
- подстицање коришћења обновљивих извора енергије;
- подстицање чистијег транспорта;
- подстицање одрживих привредних делатности, односно одрживог привредног развоја;
- унапређење система информисања о стању животне средине, праћење и оцењивање стања животне средине, као и увођење система управљања животном средином;
- подстицање образовних, истраживачких и развојних студија, програма, пројеката и других активности, укључујући и демонстрационе активности;
- суфинансирање превентивних и интервентних мера у ванредним околностима загађивања животне средине и оспособљавање за реаговање у случају удеса, укључујући рекултивацију и санацију загађеног простора, до кога је дошло као последица акцидента, када је узрочник акцидента непознат или у случајевима који искључују одговорност загађивача;
- рекултивацију и санацију историјског загађења (јаловишта, индустријске депоније и сл.);
- суфинансирање програма, пројеката и других активности из области основних геолошких истраживања;
- финансирање програма еколошког образовања и јачања јавне свести о питањима очувања животне средине и одрживог развоја.

Фонд може учествовати и у финансирању програма, пројеката и других активности на територији Републике Србије за одређене намене, ако их организују и финансирају међународне организације, финансијске институције и тела или друга страна правна лица.

Према члану 18 ЗФЗЖС *корисници средстава Фонда су правна и физичка лица која имају седиште, односно пребивалиште на територији Републике Србије, њима се средства Фонда додељују ради финансирања намена утврђених ЗФЗЖС путем кредита, подстицајних средстава, донација, бесповратних средстава и помоћи. Наведена средства дају се на основу јавног конкурса који објављује Фонд, с тим да Фонд не расписује јавни конкурс ако као уговорна страна непосредно суфинансира и учествује у реализацији програма, пројеката и других активно-*

сти, у складу са ЗФЗЖС. Начин коришћења средстава Фонда утврђује се општим актима Фонда у складу са ЗФЗЖС, а Влада утврђује висину и услове за доделу подстицајних средстава. У финансирању програма и пројеката путем кредита и подстицајних средстава, Фонд сарађује са банкама и другим финансијским институцијама у складу са законом. Корисници средстава Фонда обавезни су да средства користе наменски, на начин и у роковима утврђеним уговором о коришћењу средстава, а Фонд прати, анализира и врши надзор над реализацијом пројекта и коришћења средстава. У случају да корисник не користи додељена средства на начин и за намене утврђене уговором, дужан је да ненаменски утрошена средства врати Фонду, а за штету нанету Фонду одговара на начин утврђен уговором о коришћењу средстава и у складу са општим правилима Закона о облигационим односима.

Према члану 20 и 21 ЗФЗЖС *имовину Фонда чине* ствари, права и остала средства оснивача, као и средства која Фонд оствари на други начин у складу са ЗФЗЖС, а имовину Фонда може чинити и капитал, уколико оснивач донесе такву одлуку. Имовином Фонда управља управни одбор и директор Фонда, у складу са законом и статутом Фонда. Фонд не може без сагласности Владе оптеретити или отуђити непокретности и другу имовину, у складу са законом. Фонд послује у складу са Законом о буџетском систему.

Према члану 22 ЗФЗЖС, *средства за рад Фонда обезбеђују се* у буџету Републике Србије, из прихода и других извора у складу са законом, а средњорочним програмом рада Фонда могу се предвидети средства за рад највише до 3% остварених прихода (Средњорочним програмом рада Фонда за период 2006–2009. године било је планирано издвајање до 5% остварених годишњих прихода Фонда за покриће трошкова пословања Фонда).

Према члану 23–25 ЗФЗЖС, *Фонд обрачунава накнаде обвезницима плаћања накнаде* на основу података које Агенција за заштиту животне средине (у даљем тексту: Агенција) доставља Фонду, у складу са законом, а ако обвезник плаћања накнаде није наведене податке доставио Агенцији, Фонд обрачунава накнаде на основу извештаја инспектора за заштиту животне средине. Решење о обрачуну накнаде доноси Фонд за период од једне календарске године, у складу са прописима, с тим да на захтев обвезника, Фонд може да донесе решење за плаћање накнаде и за обрачунски период краћи од једне календарске године, у случају престанка пословања, статусне промене која доводи до престанка рада обвезника или промене делатности обвезника плаћања накнаде. Обвезници плаћају накнаде по решењу за обрачун накнаде и накнаду уплаћују на рачуне прописане за уплату јавних прихода буџета

Републике Србије, а средства накнаде наменски се користе преко Фонда. Против решења о обрачуну накнаде може се изјавити жалба Министарству у року од осам дана од дана пријема решења преко Фонда о којој решава министар. У погледу плаћања накнаде, за обрачун камате за доцњу у плаћању, принудну *наилайу* и *остало шиио није йройисано ЗФЗЖС*, сходно се *йримењују одредбе Закона о йореском йосйууку и йореској админисйрацији*. Фонд је обавезан да води евиденцију обвезника *йлаћања накнаде*, а обвезник накнаде је дужан да пријави Фонду и Агенцији промену власништва, закупа или другог права обвезника, почетак рада новог појединачног извора загађивања, као и датум трајног затварања постојећег извора загађивања, и то кроз пријаву коју је дужан да достави у року од 30 дана од дана настанка промене.

Каква је *сйрукйура йрихода и расхода Фонда* најбоље може да се види из података у наредној табели:

ПРИХОДИ И РАСХОДИ ФОНДА У 2009. ГОДИНИ

Ред. број	Опис	Реализација у 2009. (дин.)
1.	Неутрошена средства из ранијих година	1.105.568.783
2.	Остварени приходи у 2009. години	1.561.885.598
3.	Укупно 1+2	2.667.454.381
4.	Плаћено по пројектима са економска класификација – 424	847.025.000
5.	Плаћено по пројектима са економска класификација – 463	177.554.000
6.	Свега 4+5	1.024.579.000
7.	Плаћено у оквиру донације – део Фонда	4.630.000
8.	Плаћено из 3% – средстава за рад Фонда	15.971.000
9.	Свега 7+8	20.601.000
10.	Укупно расходи 6+9	1.045.180.000
11.	Укупно 3–10	1.622.274.381
12.	Остало за реализацију од опредељених средстава за пројекте из 2006–2008	1.299.976.458
13.	Резервисано за реализацију у 2010. години из обавеза 2009.	251.965.179
14.	Свега	1.551.941.637
15.	Укупно 11–14	70.332.744

Извор: Фонд за заштиту животне средине: Извештај о остварењу годишњег програма рада Фонда за заштиту животне средине за 2009. годину, Београд, март, 2010, стр. 16. Напомена: нису дати подаци за 2010. годину, јер је Извештај о остварењу годишњег програма Фонда за заштиту животне средине за 2010. годину који је усвојио Управни одбор Фонда на разматрању у Министарству.

Изнети подаци довољно јасно и уверљиво показују да су средства Фонда доста скромна и да се са таквим обимом средстава не могу решавати нагомилани еколошки проблеми у Србији. Такође, из наведене табеле види се недовољан степен реализације одобрених пројеката, што је последица недостатка сопствених средстава јединица локалне самоуправе, слабе инфраструктурне и логистичке припремљености пројеката и др. Иначе, у укупној структури утрошених средстава Фонда по економским класификацијама у 2009. години (средства са извора 01 и средства са извора 04) на првом месту су специјализоване услуге (плаћања по пројектима са економске класификације – 424) са 847.025.000 динара, односно 79,5%, на другом месту су трансфери осталим нивоима власти са 177.554.000 динара, то јест са 16,7%, на трећем месту су окате, додаци и накнаде запослених (зараде) са 17.152.000 динара, то јест 1,6%. Што се тиче извора финансирања на првом месту су сопствени приходи буџетских корисника са 1.040.550.000, то јест 97,7%, на другом месту су приходи из буџета са 20.448.000 динара, то јест 1,9%, на трећем месту су донације од међународних организација са 4.630.000 динара, то јест 0,4%.

V Закључак

Спроведена анализа показала је да су се фондови за заштиту животне средине, као инструменти финансирања животне средине, на фискалној сцени први пут појавили 70-их година XX века и ту су остали до данас. Развој ових фондова повезује се с развојем економско-еколошких инструмената политике заштите животне средине, јер се највећи део прихода обезбеђују из еколошких давања (пореза, накнада, такси и казни). Циљеви тих фондова су унапређивање делатности и инвестиција за заштиту и побољшавање квалитета животне средине, минимализирање стварања отпада, стимулисање развоја еколошки повољне економске структуре и др. Финансијска и фискална децентрализација на овом подручју је веома значајна, јер систем еколошки одрживог привредног развоја управо то тражи. Фондови за заштиту животне средине посебно су значајни за земље у транзицији, јер оне спроводе политичке и економске промене за прелазак на тржишну привреду. Они представљају инструменте за усмеравање буџетских

и ванбуџетских средстава у пројекте заштите животне средине, а замишљени су као привремени и прелазни механизам у решавању еколошких проблема. Неки од ових фондова су независни а неки се налазе у оквиру министарства за животну средину. Ефикасност трошења средстава фондова је и најзначајније питање. Усвајањем Закона о Фонду за заштиту животне средине са правном важношћу од 11. септембра 2009. године, подзаконских аката који ближе уређују ову област, као и других закона у области животне средине, створени су услови за увођење економско-еколошких инструмената за заштиту животне средине у Србији. Но, потребно је јачати институционалну и правну инфраструктуру и обезбеђивање финансијских средстава, као и развити институционалне, стручне и финансијске могућности јединица локалне самоуправе, која је задужена за питања животне средине, како би се могла креирати и спроводити политика у складу са начелима европске политике заштите животне средине.

Mile VRANJEŠ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

FUNDS FOR THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT AS MEANS OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

The analysis has shown that funds for the protection of the environment, as means of protecting the environment, has first appeared as one of the fiscal measures in the seventies in the last century that are applied still today. The evolution of these funds is in correlation with the evolution of the economic and ecological measures of the policy of the protection of the environment, because their revenues come in great deal from the ecological incomes (taxes, fees, charges and fines). The aims of these funds are the advancement of the activities and investments in the field of the protection and improvement of the environment, minimizing waste-production, stimulation ecologically sustainable economics structure, etc. Financial and fiscal decentralization in this field is of high importance, because these are the measures that the system of ecologically sustainable economic growth requires indeed. The funds for the protection of the environment are especially important for the countries in transition, since

they are required to carry out a political and economic shift to market economy. They are instruments for channeling fiscal and non-fiscal funds in the projects for the protection of the environment and they are conceived as a temporary and transitional mechanism in solving environmental problem. Some of these funds are independent, while some are managed by the Ministry of Environment. The efficacy of the use of the funds is the quintessential issue. By the adoption of the Law on the Fund for the protection of the environment on 11th September, 2009, and specific regulations on its basis, just as other statutes in the field of the protection of the environment, the prerequisites for the introduction of the economic-ecological instruments for the protection of the environment in Serbia are finally met. However, it is important to strengthen the institutional and legal infrastructure, create financial resources and develop institutional, professional and financial capabilities of local governments, which are competent in the issues of the protection of the environment, in order to enable them to devise and implement such policies, in the light of the principles of European environmental protection policy.

Key words: *funds for the protection of the environment, financing, environment protection.*

др Милева АНЂЕЛКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

МЕЂУНАРОДНО ПОРЕСКО ПЛАНИРАЊЕ – МОГУЋНОСТИ И ОГРАНИЧЕЊА У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА*

Резиме

Међународно креирање кайишала, са слабиm инсџишџиуционалним конџиролама, омоућило је шире коришћење љоволних љореских режи-ма. Мулџинационалне комџаније, својом оџромном економском и љоли-џичком моћи, руше националне џранице и воде слабљењу љорескоџ суве-рениџеџа националних држава. На акџуелносџи и значај џеме, која је љредмеџи анализе у раду, указују љојачани најорџ земаља ОЕЦД, ЕУ и друџих међународних инсџишџиуџија да ову љроблемаџику уреде љуштем међународно љосџављених љореских сџандарда. Разумљива је бриџа и насџојање економски развијених земаља да очувају своје националне љореске основице реализацијом љринџиџа свеџскоџ дохоџка. На друџој сџра-ни, џреба разумџи и љоџребу мање развијених земаља за љрибављањем кайишала, како би осџвариле и одржале љожељан ниво економскоџ рас-џа. У џаквим измењеним међународним оквирима љружају се шире моућносџи али и љосџављају одређена љравно-инсџишџиуционална оџраничења љорескоџ љланирања у међународном љословању.

Кључне речи: љореско љланирање, љореска хармонизација, шџеџина љореска конкуренџија, размена љореских инџормаџија.

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046).

I Уводна разматрања

Ако бисмо говорили о најактуелнијој теми у међународном пореском праву то је без сумње феномен неправичне пореске конкуренције и њено сузбијање. У вези с тим, кључним се јавља питање када то кретање капитала у потрази за најповољнијим пореским третманом прераста у „штетну пореску праксу“. У савременим пореским системима, посматрано на глобалном нивоу, уочавају се два међусобно супротстављена процеса, која ће у значајној мери обликовати националне пореске структуре. У оквиру ЕУ, ради функционисања заједничког тржишта, спроводи се пореска хармонизација и она се нуди као образац пореског структурирања и другим државама. Насупрот томе, у једном броју земаља, углавном малих и слабије развијених, одвија се процес пореске конкуренције са циљем стварања повољнијег пословног амбијента, што укључује и стимулативне пореске услове.

Текућа финансијско-економска криза нарочито је скренула пажњу развијених држава на значајне одливе прихода због одређених активности њихових резидентних обвезника. Мултинационалне компаније и богати појединци, послујући на међународном тржишту, имају могућности да трагају за најпогоднијим пореским режимима. Умањивањем укупног пореског терета, било легалним или нелегалним начинима, они нарушавају принцип резиденства, што је и главни аргумент развијених држава против таквих понашања. У том контексту, коришћење пореског ривалитета међу државама може се посматрати као вид заобилажења строгих пореских режима у чијим се оквирина спроводи пореска хармонизација.

Концепт неолибералне економске политике, који још увек има знатан утицај у међународној економији, пружио је широке могућности за појаву пореске конкуренције, што су и искористиле поједине државе. Имајући у виду ексклузивност фискалног суверенитета, неутуђиво је право сваке националне државе да уређује порески систем у сопственом интересу. Ипак, ширењем међународних трговинских и других економских односа државе прихватају да у одређеној мери ограничавају свој економски, односно фискални суверенитет како би се што боље позиционирале на међународном тржишту. Пореска хармонизација води постепеном слабењу националних пореских суверенитета док пореска конкуренција омогућава задржавање „компаративних предности“ у погледу обликовања оптималне пореске структуре у датим условима. Последице политике глобализације и надметање земаља за директним страним улагањима утицали су на смањење билансног значаја пореза на добит. То јесте основни разлог снижења стопа овог пореза

али и промењених схватања о непожељности високих стопа.¹ Међу индустријализованим земљама ОЕЦД, просечан ниво пореза на добит смањен је са 37,6% у 1995. на 34,1% у 2000. години, док је унутар ЕУ порез на добит смањен са 39% на 35,44%.² 2007. године, просечна стопа пореза на добит у ОЕЦД пала је на 27,6%. Теоријска и емпиријска истраживања потврђују да одобравање пореских погодности није искључиви мотив доласка страног капитала на одређено тржиште већ да делују други значајнији фактори.³ То значи да се повољни порески режими јављају као последица ширења међународних економско-финансијских односа и као оријентација националних економских (пореских) политика. У већем делу стручне литературе наводи се да њихова употреба наноси знатну финансијску штету резидентним државама. Чињеница је да највише користи од пореске конкуренције имају моћне мултинационалне компаније које су од тога направиле читаву „индустрију“. Кроз финансијске токове на светском тржишту протиче, без скоро икакве контроле, не само легално стечени већ врло често шпекулативни капитал, не подлежући фискалном надзору.

Актуелна финансијско-економска криза очигледно је послужила као повод међународним институцијама да интензивирају рад на плану сузбијања међународне пореске евазије и штетне пореске конкуренције, што укључује деловање пореских оаза и офшор финансијских центара.

II Могућности међународног пореског планирања

Међународно пореско планирање може се одредити као скуп техника које мултинационалне компаније примењују како би дугорочно и одрживо смањиле своје ефективно пореско оптерећење, што им омогућава постизање и одржавање конкурентске предности на глобалном тржишту. Мултинационалне компаније захваљујући либерализацији економско-финансијских токова могу саме да се одлуче за место оснивања, место улагања капитала, место производње, место опорезивања и да их поставе једне насупрот другима.⁴ Као резултат тога, оне диктирају услове на

1 Simon Loretz, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 24, Num. 4, 2008, стр. 642.

2 Анте Бабић, Андреја Пуфник, Тихомир Стучка, *Теорија и стварности изземних изравних улагања у свијету и у францијским земљама с посебним освртом на Хрватску*, Хрватска Народна банка, П-9, Листопад 2001, стр. 18.

3 Видети: Taxation and international capital flows, OECD, 1990, стр. 13; Миодраг Арсић, „Порески подстицаји и улагање страног капитала“, *Финансије*, бр. 1-6/2008, стр. 335; John Norregaard, Tehmina S. Khan, „Tax Policy: Recent Trends and Coming Challenges“, IMF Working Paper, WP/07/274, стр. 18.

4 Као илустрацију за ову тврдњу наводимо следећи случај. Креативним књижењем прихода у пореским оазама Google је успео у 2009. години да плати порез од само

глобалном тржишту подстичући националне државе (слабије развијене) да се укључе у наметнуту им конкуренцију како би привукле капитал, радну снагу и знање. У одређеном смислу, ове компаније постају виртуелни порески обвезници послујући на начине који су (углавном) легални а ипак незаконити. Мултинационалне компаније руше оквире националних држава и одбијају даљу лојалност пореским властима.⁵

Мултинационалне компаније могу планирати свој укупан порески терет у неколико праваца: на путу инвестирања од резидентне државе до земље одредишта; на територији земље извора и на повратку капитала у резидентну државу. Пореско планирање у земљи улагања може да се одвија кроз избор јединице пословања код отпочињања пословне активности (избор између огранка или филијале); избор облика улагања капитала (сопствени капитал или позајмљени капитал); избор између куповине средстава или куповине акција; планирање у односу на пореске подстицаје; и др. Пореско планирање на путу од земље дестинације до земље резидентства инвеститора најчешће садржи опцију искоришћавања пореских уговора (енгл. *treaty shopping*). Пореско планирање у земљи резидентства инвеститора подразумева две расположиве стратегије. У оквиру прве стратегије може се користити афилијациона привилегија⁶ или промена земље резиденства. У оквиру друге стратегије, резидентни инвеститор пребацује доходак у тзв. базну компанију основану у неком од пореских уточишта.⁷

Путеви кретања капитала широко су разгранати по свету. Крајња њихова дестинација још увек су атрактивна подручја пореских оаза али

2,4%, иако је корпоративни порез у САД 35%. *Google* све уплате са различитих тржишта прима у Ирској у којој је стопа пореза на добит 12,5%. Међутим, *Google* не приказује добит јер приход из Ирске шаље на Бермуде који уопште немају ову врсту пореза. Ипак, Ирска би исплате на Бермудима опорезовала да иду директно јер немају споразум о избегавању двоструког опорезивања па зато *Google* своје приходе на Бермуде шаље заобилазно преко Холандије, у којој има филијалу без запослених и која служи само за трансфер новца. У Ирској остаје само део прихода који покривају трошкове и осигуравају добит од 1% укупних прихода на шта се плаћа порез.

5 Наведено према: Ulrich Век, „Виртуелни порески обвезници“, *Глобализација – мити или стварност*, прир. Владимир Вулегић, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2003, стр. 133.

6 Афилијациона привилегија или привилегија за холдинг постоји у случају када се на добит коју је остварила филијала примени уобичајена стопа пореза на добит предузећа, а затим се ове (међукомпанијске) дивиденде, које је матично предузеће примило од своје филијале, изузму из основице пореза на добит који треба да плати матично предузеће.

7 Детаљније о томе: Дејан Поповић, „Међународно пореско планирање“, *Правне основе пореског саветовања*, ур. Гордана Илић-Попов, Правни факултет, Београд, 2007, стр. 387–400.

и поједини сегменти пореских система економски развијених земаља, који омогућавају ефикасно планирање пореских обавеза у међународним пословним трансакцијама.

III Ограничења међународног пореског планирања

Међународно пореско планирање, као важан елемент укупне пословне стратегије и корпоративне одговорности, одвија се данас под утицајем два супротстављена пореска процеса. Пореска хармонизација, посматрано у међународним оквирима, потенцијално може да води не само снижењу већ и повећању пореских стопа на приходе од капитала, у зависности од амбиција пореских власти. С друге стране, пореска конкуренција по самој својој природи води снижењу стопа на покретљиве пореске основице, што може да ствара тешкоће резидентним државама али истовремено да им буде и упозорење да коригују висину својих пореских терета.

Пореско планирање постаје све значајнији сегмент пословног планирања. Оптимална пореска стратегија формулише се као саставни део пословне стратегије. Међутим, постоји ризик да пореска администрација неће увек признати реализоване пореске шеме, што се већ потврђује у пракси неких индустријски развијених држава.⁸ То су оне резидентне државе чије компаније послују у великом броју јурисдикција привучене, између осталог, и ниским пореским теретом. Треба имати у виду да на међународном тржишту не владају међународно призната пореска правила. Она се тек успостављају као резултат интензивног ангажовања ОЕЦД и ЕУ, уз друге међународне институције и организације, у правцу сузбијања штетне пореске праксе и одржавања међународне финансијске стабилности.

Суштина проблема који произлази из упоредног одвијања ова два супротстављена пореска процеса лежи у немогућности пуне реализације принципа резидентности. Важна препрека на том путу јесу државе/државице са благим пореским режимима које „одвлаче“ део пореских основица резидентних држава. Неометано остваривање принципа резидентности је очигледно крајњи циљ коме теже државе са високим пореским теретима. На први поглед, није могуће уочити шта се даље жели ограничавањем „нелојалне“ пореске конкуренције и наметањем међународних пореских стандарда. Намеће се закључак да се њима покушава да изврши реструктурирање националних пореских система и мењање смера пореске политике.

8 Више о томе: Милева Анђелковић, „Порескоправна одговорност привредних субјеката“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, стр. 543–552.

Мора се признати да компаније више нису тако слободне у формулисању пореских стратегија јер не могу са сигурношћу знати где је граница између прихватљивог и неприхватљивог међународног пореског планирања. Значи активности, односно понашања где је искључиви мотив ослобођење од пореза, носе собом ризик непризнавања од стране пореских органа резидентних држава.

Посматрајући појачане активности међународних организација, усмерене на сузбијање „штетне пореске конкуренције“, намеће се питање откуда таква промена у пореској политици да се пружање пореских погодности за мобилан капитал сматра штетном пореском праксом. Те исте међународне организације су охрабривале земље са слабијом или недовољном акумулацијом, током 80-их и 90-их година, да воде активну пореску политику ради привлачења страних инвестиција.

Ограничења међународном пореском планирању сагледавамо у виду одбрамбених мера у националним пореским законодавствима али и међународних иницијатива усмерених на сузбијање „штетне пореске конкуренције“. Могло би се рећи да је међународно пословање у пореским оазама и офшор центрима „цветало“ до појаве ових иницијатива међународних организација. Када говоримо о ограничавању међународног пореског планирања у савременим интеграционим условима имамо у виду управо деловање ОЕЦД, ЕУ и других моћних међународних актера на плану слабљења значаја и улоге пореских уточишта као подручја која омогућавају избегавање плаћања пореза у резидентним државама. Има заговорника тезе да су пореске оазе допринеле појави текуће финансијске кризе, али истина је другачија. Наиме, најзначајнија последица распада Бретонвудског система била је постепено уклањање контроле над кретањем финансијског капитала у В. Британији и САД⁹ што је омогућило интензивније коришћење пореских оаза као погодних канала за разноврсна скривања, легално и нелегално стеченог капитала. „Напад“ на пореска уточишта који се тако убрзано одвија последњу деценију у оквиру међународног подстицања размене пореских информација и обезбеђења транспарентности међународне пореске сарадње има један даљи циљ, који се не може непосредно уочити. Међутим, нека недавна искуства показују да износ пореза на добит, упркос знатном одливу капитала у пореска уточишта, у САД, В. Британији и другим земљама извозницима капитала није смањен него је стварно

9 Амерички председник Џон Ф. Кенеди покушао је да заустави овакав развој. У јулу 1963, четири месеца пре његовог убиства, предложио је Конгресу да се увећа казни порез до 15 процената на капитал који отиче у иностранство. Нав. према: Јирген Елзесер, *Национална држава и феномен глобализације*, Јасен, Београд, 2009, стр. 22.

повећан, тако да изражена брига у погледу њиховог штетног утицаја може бити донекле претерана.¹⁰

За разлику од већ уобичајених одбрамбених мера коришћених за решавање проблема неправичне пореске конкуренције, као што су опште анти-абузивно законодавство или специфично анти-абузивно законодавство (спречавање коришћења трансферних цена¹¹ и утањене капитализације,¹² CFC законодавство¹³), поједине државе су увеле правила о раном откривању шема које омогућавају агресивно пореско планирање (Канада, Португалија, Велика Британија и САД).¹⁴ После пропасти две највеће америчке фирме, САД доносе 2002. године *Sarbanes-Oxley Act* којим се захтева већа одговорност контролних органа у фирми у погледу оправдања „агресивне пореске позиције“, у оквиру укупне корпоративне стратегије.¹⁵ Америчка пореска администрација увела је 2009. године програм добровољног откривања података који нуди смањену новчану казну и могуће одустајање од казних оптужби за пореске обвезнике који добровољно пријаве непријављене *off shore*

10 Dhammika Dharmapala, „What problems and opportunities are created by tax havens?“, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 24, Num. 4, 2008, стр. 662.

11 Трансферне цене се уговарају у трансакцијама између повезаних лица, пре свега мултинационалних компанија, са циљем да се умањи пореска обавеза. Оне одступају од реалних тржишних цена и зато национални прописи предвиђају њихову корекцију применом једне од три метода: метода упоредивих неконтролисаних цена, метода коштања увећана за уобичајену маржу и метода препродајне цене.

12 У циљу плаћања мањег пореза, компаније свесно приказују сопствени капитал (енгл. *equity*) као позајмљени капитал (енгл. *debt*), имајући у виду повољнији порески третман камата у односу на дивиденде, које су двоструко опорезоване. Решавању овог проблема у појединим државама приступа се на три начина. Неке државе не покушавају да отклоне утањену капитализацију; друге настоје да утврде праву природу капитала уложеног у предузеће примењујући правило о забрани злоупотребе права или принцип „ван дохвата руке“ док највећи број земаља приступа утврђивању фиксног односа позајмљена средства-сопствена средства.

13 Приход компаније (углавном приходи од финансијских услуга) основане у иностранству припада домаћим акционарима уколико је компанија лоцирана у држави са ниским порезима. Основна сврха примене CFC правила је да се онемогуће резидентне компаније у намери да избегну плаћање домаћег пореза на начин да приход усмере у своје зависне компаније у државама са ниским порезима.

14 Видети више: *Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*, OECD, feb. 2011.

15 Више о томе: William D. Terando, James M. Kurtenbach, „The impact of tax law uncertainty on the development of the Sarbanes-Oxley auditor independence rules with regard to tax shelters“, *Research in Accounting Regulation* 21 (2009); Judith Freedman, „Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle“, *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 14/2006*, стр. 340.

приходе и плате целокупан порез и камату за последњих шест година; предају или допуне пореску пријаву и плате казну у износу 29% вредности *off shore* рачуна током пореске године у којој је рачун имао највишу вредност.

Од 2010. године у америчком пореском систему, у Закону о измиривању прихода, садржана је нова одредба која „кодификује“ доктрину да је суштина важнија од форме. Санкција је 20% ако се трансакција пријави и 40% ако се не пријави пореским органима, што треба да обезбеди конзистентност у примени доктрина „економска суштина“ и „пословна сврха“.

У Немачкој је јула 2009. године донет нови закон који не допушта пореска ослобођења и одбитке на плаћања учињена у земљама које немају закључен споразум о размени информација са Немачком, подстичући на тај начин њихово закључивање.

IV Међународне иницијативе сузбијања штетне пореске праксе

Интересантна је можда подударност почетка иницијативе ОЕЦД против штетне пореске конкуренције са одлуком Ирске да смањи ефективну стопу корпоративног пореза током 90-их у покушају да се извуче из хроничне економске стагнације.¹⁶ Таква политика привукла је пажњу влада развијених земаља и резултат је био већ познати Пројекат ОЕЦД о штетној пореској конкуренцији из 1998. године. Према овом документу, све пословне активности усмерене искључиво или највећим делом на стране инвеститоре, ако их прати недостатак транспарентности и ако нису подвргнуте међународној размени информација, онда су оне потенцијално извориште нефер пореске конкуренције.¹⁷ Њиме су предвиђене одређене мере које треба да испоштују углавном пореска уточишта и државе са штетним пореским режимима. Но како се у пракси то показује као спор процес, ОЕЦД предузима даље иницијативе кроз стварање новог међународног пореског окружења. 2002. године усваја се Модел споразума о размени пореских информација којим се постављају два кључна међународна стандарда у пореској материји државе се у пореској сарадњи више не могу позивати на непостојање домаћег интереса и на банкарску тајност. Нешто касније ревидира се члан 26. Модел конвенције о порезу на доходак и имовину што служи

16 Sakura Shiga, „International Comparison of Taxation and Social Security Policies“, *Bulletin for international taxation*, бр. 3/2010, стр. 192.

17 Божидар Раичевић, Јелена Ненадић, „Пореска конкуренција, општи осврт“, *Економски анали*, бр. 162/2004, стр. 61.

као правни основ за закључивање билатералних споразума о размени пореских информација.¹⁸ С обзиром да земље са високим пореским теретима не могу да спрече кретање капитала, оне настоје да прате траг новца како би га опорезовале независно од места улагања, што се може сматрати једним видом пореске хармонизације.

Истовремено започиње политичка активност на нивоу ЕУ усмерена на спречавање штетне пореске конкуренције,¹⁹ усвајањем Кодекса понашања код опорезивања пословне активности. Ове две међународне иницијативе имају одређене сличности и разлике. Рецимо, рад ОЕЦД ограничава се на одређене мобилне активности (пре свега, на финансијске услуге), док се у Кодексу понашања води рачуна о свим облицима пословне активности. Обе институције сматрају да су неправични режими они код којих се ниске пореске стопе и/или одсуство пореза на корпорације користе као средства за остваривање предности на штету других држава.²⁰ 2005. године почиње да се примењује Директива о опорезивању прихода од штедне предвиђајући аутоматску размену информација о исплаћеним каматама нерезидентима. Само, овај експеримент се суочава са великом правном препреком а то су национални закони о банкарској тајности. Земље чланице ОЕЦД и Г20 извршиле су притисак на велики број пореских уточишта да „ослабе“ своје банкарске прописе и закључе билатералне споразуме о размени пореских информација са резидентним државама. Објашњење за такав приступ налази се у „недостатку ефективне размене информација“ као кључног критеријума у одређивању штетне пореске праксе.²¹ Имајући у виду да ОЕЦД нема законодавну власт, ова међународна организација сугерише државама примену одбрамбених мера и стандарда и њихову уградњу у међународне споразуме о размени информација.²²

Од недавно је интензивирао рад на јачању међународне пореске сарадње усвајањем Протокола о измени Конвенције о узајамној административној помоћи у пореској материји, коју су још 1988. године усвојили ОЕЦД и Савет Европе. Протокол треба да ступи на снагу 1. јуна 2011. године и њиме се предвиђају међународни стандарди за

18 Видети: Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, OECD, 2007.

19 Погледати детаљније о активностима на нивоу ЕУ у монографији: Снежана Стојановић, *Неправична пореска конкуренција у Европској унији*, Правни факултет, Крагујевац, 2010.

20 Снежана Р. Стојановић, „Неправична пореска конкуренција у Европској унији“, *Сџрани љравни живоџ*, бр. 2/2009, стр. 149–150.

21 Adrian J. Sawyer, Tax Havens „Coming in from the Cold: A Sign of Changing Times?“, *Bulletin for international taxation*, November 2010, стр. 546.

22 Хасиба Хрустић, „Међународне иницијативе против пореске конкуренције“, *Правни живоџ*, бр. 11/2008, стр. 764.

размену информација у пореске сврхе и посебно размена банкарских информација на захтев, са циљем борбе против међународне пореске евазије.

На нивоу ЕУ постепено се уобличава антиабузивно законодавство путем одлука Европског суда правде које пружају смернице земљама чланицама о обликовању националних правила против неприхватљиве законите евазије. Суд је пошао од становишта да су оправдане једино оне националне анти-абузивне мере уколико ограничавају слободу оснивања само с обзиром на *иошйуно артифицијелну констйрукцију*. Међутим, уколико анти-абузивно правило ограничава слободу оснивања у погледу аранжмана који нису потпуно артифицијелни, тада национално правило није у сагласности са правом ЕУ.

Посебна активност Европске комисије усмерена на решавање проблема неправичне пореске конкуренције тиче се рада на увођењу заједничке консолидоване корпоративне пореске основице (енгл. *Common Consolidated Corporate Tax Base*). Суштина овог приступа је да се на јединствен начин утврђује опорезива добит коју предузећа остварују послујући на територији широм ЕУ. Тако утврђена консолидована основица би по одређеним критеријумима била алоцирана на земље чланице у којима предузеће послује. Земље чланице би имале право да свој део опорезиве добити опорезују по стопи коју саме одреде. Ипак, и поред интензивног рада Европске комисије и надлежне радне групе, још увек није постигнута сагласност о овој мери. Изабран је приступ који се заснива на опционом моделу, који подразумева да компаније имају могућност избора између постојеће националне пореске основице и заједничке консолидоване ЕУ основице.²³ Независно од теоријских и стручних расправа о овом предлогу, неки европски политичари изражавају неслагање називајући заједничку консолидовану пореску основицу „Тројанским коњем Европе“ која ће, једном уведена, допустити Европској комисији да изврши притисак на државе чланице да хармонизују стопе пореза на добит.²⁴

Због наведених међународних иницијатива, очекује се већа одговорност управа фирми за уредно измиривање пореских обавеза. То од њих захтева проналажење праве мере између вештог вођења послова и агресивног пореског планирања које неке развијене државе почињу да санкционишу. У том смислу, пореско планирање постаје важан сегмент корпоративног планирања и корпоративне одговорности будући да укупан порески дуг опредељује вредност капитала компаније.

23 Снежана Стојановић, „Заједничка консолидована корпоративна пореска основица“, *Правни живоић*, бр. 11/2010, стр. 694.

24 Наведено према: Gheorghe Matei, Daniela Pirvu, „Controversies Regarding the Corporate Tax Harmonization Trend in The European Union“, *Theoretical and Applied Economics*, Vol. XVII (2010), No. 8(549), стр. 36.

V Закључна разматрања

Моћне мултинационалне компаније и богати појединци посебно су осетљиви и реагују на пружене пореске подстицаје, уколико ће им то омогућити у датој јурисдикцији умањење пореског терета. У том трагању за стимулативним пореским режимима ови субјекти могу се суочити са непредвиђеним сметњама. Наиме, данас је интензивирана међународна активност са циљем сузбијања неправичне пореске конкуренције која доноси нови поглед на пореску политику земаља пореских уточишта.

Међународно пореско планирање, вешто замишљено и изведено уз помоћ пореских саветника или консултантских фирми, непредвиђено може бити одбачено у резидентној држави и проглашено као абузивно пореско планирање. Трансакције смишљене искључиво са циљем елиминације пореске способности у земљи резиденства, квалификују се као агресивно пореско планирање, које постаје предмет санкционисања у неким од најразвијенијих земаља света. Једно од корисних законских решења могло би да буде што је могуће објективније прецизирање критеријума за разграничење „шпекулативних“ од „нормалних“ трансакција. Такво законодавство већ је усвојио један мањи број развијених земаља а оно се уобличава и у оквиру ЕУ.

Mileva ANĐELKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

INTERNATIONAL TAX PLANNING – POSSIBILITIES AND LIMITATIONS IN THE CONTEMPORARY CIRCUMSTANCES

Summary

Considering the inadequate institutional control, the international capital flow has enabled a more extensive use of favourable tax regimes. Having enormous economic and political power in their hands, multinational companies break through the national boundaries, thus generating the degradation of tax sovereignty of national states. The significance and the current relevance of this topic is reflected in the joint efforts of the OECD, the European Union and other international institutions to regulate this matter by adopting international tax standards. In that context, we may understand why the economically

well-developed countries have been exerting efforts to preserve their national tax bases by implementing the principle of the worldwide income. On the other hand, we should also understand the need of the less developed countries to attract capital in order to accomplish and maintain the desirable level of economic growth. The changed international circumstances offer a wide range of possibilities but they also impose some legal and institutional limitations on tax planning in the international business.

Key words: *tax planning, tax harmonization, harmful tax competition, exchange of tax information.*

др Хасиба ХРУСТИЋ
научни саветник, Институт за међународну политику и привреду,
Београд

ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА ПОРЕСКИХ ПОДСТИЦАЈА У ПОСЛОВАЊУ ПРЕДУЗЕЋА У СРБИЈИ И У ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА ЕУ

Резиме

Истраживање ове проблематике фокусирано је на препознавању пореских подстицаја који би могли да стимулишу пословање и повећање улагања у Србији. Бивна димензија овог рада је комбинација пореских подстицаја у Србији и у државама чланицама ЕУ како би се сагледали евентуални недостаци овог фактора који ипак може да допринесе побољшању пословања у Србији.

Кључне речи: порез на добити предузећа, порески подстицаји, страна директна улагања.

I Увод

На пословање и страна директна улагања утичу разни релевантни фактори међу којима порески систем игра значајну улогу. Пре свега, политички фактор је пресудан за доношење одлуке о инвестирању са аспекта сигурности улагања, уз низ додатних утицаја, попут степена ефикасности институција, развијености инфраструктуре, радне регулативе, регулативе у погледу екологије, обима корупције, и др. Чак и у стабилним демократијама, политичка дешавања могу да имају драматичне

импликације по пословно окружење. Зато би само фокусирање на порески систем било погрешно, јер би се тиме занемарили други значајни фактори утицаја. Поготово токови страних улагања *ceteris paribus* зависе од укупног напретка економске политике, владавине права (поштовања имовинских права), социјалне стабилности, адекватне инфраструктуре.

За свеобухватну анализу фактора који утичу на пословање и на привлачење страних директних улагања од посебног значаја су порески подстицаји. Полазећи од тога да су инвестиције кључни покретач развоја, циљ овог рада је да истакне основна обележја пореских подстицаја у Србији и у државама чланицама ЕУ. Битно је сагледати да ли порески систем у Србији кроз пореске подстицаје и висину стопе пореза на добит доприноси побољшању пословања и повећању страних директних улагања.

II Порески подстицаји у Србији

Улога пореских подстицаја је да стимулишу пословање, односно улагања. Порески подстицаји могу да буду или у виду смањења пореске основице за одређене трошкове или у виду умањења пореске обавезе за износ тих трошкова. Зато се у пореским прописима на име пореских подстицаја разликују *ex ante* и пореска плаћања *ex post*. Са практичног становишта, пореска плаћања „*ex post*“ имају већи утицај на улагања и остварење већег профита, јер директно више умањују пореску обавезу путем механизма пореског кредита. Порески кредит или порески одбитак је износ одобрених трошкова за који се умањује обрачуната пореска обавеза, за разлику од *ex ante* пореских подстицаја када се за износ тих трошкова умањује пореска основица на коју се примењује прописана пореска стопа. Зато је порески кредит као врста пореског подстицаја погоднији облик стимулисања са аспекта пореске стратегије планирања пословања у циљу минимизирања пореске обавезе, односно трошкова пословања.

На пословање предузећа, пре свега, утиче стопа опорезивања остварене добити. Стопа пореза на добит правних лица у Србији износи 10%.¹ У поређењу са државама чланицама ЕУ само Кипар и Бугарска имају ову висину стопе, а просек на нивоу ЕУ је 23,5%.² Међутим, за разлику од једног броја држава чланица ЕУ, у Србији не постоји

1 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10.

2 Developments in the Member States, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 126–244.

посебна нижа стопа за мала и средња предузећа, што би било у духу опредељења званичне економске политике у правцу развојне стратегије ових предузећа.

Законом о порезу на добит правних лица Србије, ради остваривања циљева економске политике у погледу стимулисања привредног раста, развоја малих предузећа и концесионих улагања, предвиђени су порески подстицаји у виду пореских ослобађања и пореског кредита.³ Овде је неопходно напоменути да, нажалост, не постоје порески подстицаји за истраживање и развој, јер су изменама Закона о порезу на добит правних лица у 2010. години, брисане одредбе које су предвиђале ову врсту подстицаја у форми права на убрзану амортизацију сталних средстава која служе за: спречавање загађивања ваздуха, воде и земљишта, ублажавање буке, уштеде енергије, пошумљавање, прикупљање и коришћење отпадака као индустријских сировина или енергетских горива; научноистраживачки рад; школовање и обуку кадрова; рачунарску опрему.⁴

Наиме, основна претпоставка за порески подстицај за истраживања и нову технологију темељи се на очекивању да ова улагања утичу на снижење трошкова пословања и унапређење рада и технологије. Из тог разлога би ти подстицаји требало да утичу на повећање улагања у нове технологије и истраживања у свим привредним секторима.

Ослобађање од плаћања пореза на добит правних лица предвиђено је за недобитну организацију која у години за коју се одобрава право на ослобођење оствари вишак прихода над расходима до 400.000 динара, под условима да та организација не расподељује тако остварени вишак својим оснивачима, члановима, директорима, запосленима или са њима повезаним лицима; да лична примања која исплаћује запосленима, директорима и са њима повезаним лицима не прелазе износ двоструког просека за делатност у којој је разврстана; да не расподељује имовину у корист својих оснивача, чланова, директора, запослених или са њима повезаних лица.⁵

Ослобађање од плаћања пореза на добит правних лица предвиђено је за концесионо улагање. Предузеће – концесионар ослобађа се плаћања пореза на добит остварену по основу прихода од предмета концесије на рок до пет година од дана уговореног завршетка концесионог улагања у целини. Уколико концесионо предузеће остварује добит пре завршетка концесионог улагања, примењује се прописано ослобађање од плаћања пореза на добит.

3 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, чл. 41–44.

4 *Сл. гласник РС*, бр. 18/10.

5 Закон о порезу на добит правних лица, члан 44.

Порески подстицај у виду пореског кредита предвиђен је за улагања у недовољно развијена подручја. Обвезнику који је остварио добит у новооснованој пословној јединици у недовољно развијеним подручјима, дефинисаним у складу са прописима који уређују регионални развој, умањује се порез на добит правних лица у трајању од две године, сразмерно учешћу тако остварене добити у укупној добити правног лица. У вези са овим пореским подстицајем поставља се питање да ли је овај период особања од плаћања пореза од две године кратак имајући у виду реалне могућности за остварење добити у недовољно развијеним подручјима у условима неразвијености инфраструктуре и недовољне насељености.

Затим, обвезнику који изврши улагања у некретнине, постројења, опрему или биолошка средства у сопственом власништву за обављање делатности признаје се право на порески кредит у висини од 20% извршеног улагања, с тим што не може бити већи од 50% обрачуног пореза у години у којој је извршено улагање.

Обвезнику који је према закону којим се уређује рачуноводство и ревизија разврстан у мало правно лице признаје се право на порески кредит у висини од 40% извршеног улагања у основна средства за обављање делатности, а не може бити већи од 70% обрачуног пореза у години у којој је извршено улагање. Неискоришћени део пореског кредита може се пренети на рачун пореза на добит у будућим обрачунским периодима, највише до лимита од 50, односно 70% обрачуног пореза у том пореском периоду, али не дуже од десет година.

Право на порески кредит у висини од 80% од улагања извршеног у тој години у основна средства у сопственом власништву за обављање делатности признаје се под условом да се у складу са законом којим се уређује класификација делатности и регистар јединица разврставања, ради о једној од следећих делатности коју обвезник претежно обавља: пољопривреда; рибарство; производња текстилних предива и тканина, одевних предмета, дорада и бојење крзна; прерада коже и производња предмета од коже; производња основних метала, стандардних металних производа; производња машина и уређаја, канцеларијских и рачунских машина, електричних машина и апарата, радио, ТВ и комуникационе опреме; производња медицинских, прецизних и оптичких инструмената; производња моторних возила, приколица и полуприколица; производња осталих саобраћајних средстава; рециклажа; кинематографска и видео производња. Порески кредит признаје се без ограничења у односу на обрачунати порез у години у којој је извршено улагање и у наредних 10 година у које се може пренети неискоришћени део пореског кредита.

Но, без обзира на прописане пореске подстицаје у напред наведене делатности, у Србији су у последњој деценији по учешћу била највећа

улагања управо у делатностима за које нису предвиђени посебни порески подстицаји, и то у финансијско посредовање, телекомуникације и послове са некретнинама.⁶ То значи да улагања следе логику остварења највеће профитне стопе и највећег обрта капитала. Страна директна улагања у Србији била су доминантно концентрисана само на финансијски сектор и телекомуникације.

У периоду од 2001. до 2008. године најзначајније учешће у директним улагањима у новцу (нето) у укупном износу улагања је било из Аустрије (21,3%), Грчке (13,6%), Норвешке (12,6%) и Немачке (11,9%), док је у 2009. години било највеће из Аустрије (17,9%), Русије (13,2%) и Холандије (13,1%).⁷

Порески обвезник који уложи у своја основна средства, односно у чија основна средства друго лице уложи више од 800 милиона динара, који та средства користи за обављање делатности и у периоду улагања додатно запосли на неодређено време најмање 100 лица, ослобађа се плаћања пореза на добит правних лица у периоду од десет година сразмерно том улагању. Пореско ослобођење примењује се од прве године у којој је остварена опорезива добит.

Обвезник који обавља делатност у недовољно развијеном подручју, ослобађа се плаћања пореза на добит правних лица за период од пет година, ако испуњава следеће услове:

- 1) да је он или друго лице уложио у основна средства тог обвезника износ већи од осам милиона динара;
- 2) да користи 80% вредности основних средстава за обављање делатности у недовољно развијеном подручју;
- 3) да у периоду улагања додатно запосли на неодређено време најмање пет лица;
- 4) да најмање 80% запослених на неодређено време има пребивалиште и боравиште у недовољно развијеном подручју.

Испуњеност услова за коришћење ова два наведена ослобађања утврђује надлежна организациона јединица Пореске управе.⁸

Имајући у виду ефекте прописаних пореских подстицаја за улагања код пореза на добит правних лица, могло би се закључити да су ти

6 Извори: Народна банка Србије (улагања у новцу) и Републички завод за статистику (роба), 2010.

7 Извор: Народна Банка Србије, 2010. Податке о страним директним улагањима у новцу НБС добија од пословних банака, што значи да су подаци о страним улагањима у новцу, по земљама плаћања а не по земљама улагања. За 2006. страна директна улагања из Норвешке дата су без лиценце за ТЕЛЕНОР у износу од 410 мил., а из Аустрије за куповину треће лиценце у износу од 425 мил. УСД.

8 Закон о порезу на добит правних лица, Члан 50з.

подстицаји у приличној мери недовољно одмерени да би могли да послуже за усмеравање улагања у одређене делатности или у недовољно развијена подручја. Наиме, ради се о ниским подстицајима, који у суштини и по садржају реално и не представљају подстицаје уколико се изврши процена могућности остварења добити и повраћаја уложеног капитала. Такође, свако ослобађање од плаћање пореза на добит правних лица на име запошљавања незапослених лица и не представља подстицај уколико се узме у обзир високо пореско оптерећење рада (порез на зараде плус доприноси за социјално осигурање).

Grosso modo, порески систем Србије није стимулативан за побољшање пословања, нити за улагања. У порески систем би свакако требало вратити пореске подстицаје везане за развој истраживања, еколошку заштиту и увођење нових технологија, јер се ради о подстицајима који унапређују привредни развој.

III Порески подстицаји у државама чланицама ЕУ

У државама чланицама ЕУ постоје различити видови пореских подстицаја за стимулисање пословања и улагања.

Посебан *џрејџман малих и средњих њредузећа* примењује се у Белгији, Француској, Италији, Луксембургу, Холандији, Великој Британији, Шпанији, Португалији, Мађарској, Литванији, Пољској и Румунији, тако да се ова предузећа опорезују нижим стопама корпоративног пореза.⁹

Што се тиче пореских подстицаја на име *џрошкова за развој и истраживања (Research and Developments – R&D)*, они су предвиђени у готово свим државама чланицама ЕУ. На пример, у Аустрији порески одбици на име трошкова за развој и истраживања (*R&D*), признају се у износу до 25% од износа укупних расхода или са опцијом од 8% пореског кредита у односу на пореску обавезу. Трошкови школовања признају се у висини до 20% у односу на укупне расходе или са опцијом од 6% пореског кредита у односу на пореску обавезу. У Словенији су порески подстицаји на име *R&D* у одређеним регионима до 40% од пореске основице, а у Шпанији се одобравају у виду пореског кредита. У Италији се одобрава порески кредит за *R&D* од 10 до 40% од износа пореске обавезе.

Уобичајено је да се порески подстицаји за *џословање у неразвијеним џодручјима* одобравају за дужи период.

9 Developments in the Member States, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 126–244.

Када су у питању *порески погостности* за *поједине делатности*, у зависности од привредне структуре и значаја који сваки сектор има у појединој држави чланици, предвиђено је ослобађање плаћања пореза на доходак корпорација за одређени привредни сектор, дакле, не само за улагања у опрему у тај сектор, какав је случај у Србији. У Бугарској је уведено је ослобађање од плаћања пореза на доходак корпорација за период од пет година на остварену добит у делатности пољопривреде, индустрије, високе технологије и грађевинарства. Ово ослобађање третира се као порески празник (*tax holiday*), обезбеђен у форми државне помоћи и користи се уз одобрење Европске комисије. Кипар примењује специјални режим опорезивања за сектор бродоградње. У Литванији се у периоду од 2009. до 2013. године, остварен профит компанија умањује до 50% на име трошкова набавке опреме, постројења, фабрика и права. Компаније такође имају право на порески кредит ако запошљавају 20% или више лица са инвалидитетом у укупном броју запослених. Профит „социјалних предузећа“ опорезује се нултом стопом. У Луксембургу постоји инвестициони кредит као порески подстицај за нове индустријске инвестиције (порески кредит до 12%), заједничке инвестиције са високим ризиком и аудиовизуелне инвестиције. На Малти порески подстицаји предвиђени су за делатност бродоградње, индустрију и за слободне луке. У Великој Британији дозвољени годишњи инвестициони одбици из основице опорезивања су до 50.000 GBP у првој години пословања за све компаније, независно од величине или правне форме.

1. Групно опорезивање и третман губитака

Основна предност групног опорезивања је да се губици једне компаније могу покривати профитом друге у оквиру групе компанија, и да се на тај начин, поготово трошкови фиксне имовине, могу пребацити с једне на другу компанију. Као што је приказано на табели бр. 1 само неколико држава чланица одобрава право на пореско консолидовање за повезана лица. У тој ситуацији када у некој држави чланици није омогућено пореско консолидовање за групу компанија, профити и губици у компанијама су предмет различитих јурисдикција, нарочито ако се ради о компанијама које послују у различитим државама чланицама.¹⁰

10 Communication of 19 December 2006 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – Exit taxation and the need to coordinate Member States' fiscal policies [COM(2006) 825 final – Not published in *the Official Journal*]; Communication of 19 December 2006 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – The tax treatment of losses in cross-border situations [COM(2006) 824 final – Not published in *the Official Journal*].

У Србији је дозвољено пореско консолидовање за повезана лица резиденте. Једном одобрено пореско консолидовање примењује се најмање пет година. Повезана правна лица су она ако међу њима постоји непосредна или посредна контрола над најмање 75% акција или удела. У консолидованом пореском билансу губици пореског периода једног или више повезаних правних лица пребијају се на рачун добити осталих повезаних правних лица у групи, у том пореском периоду.

Табела бр. 1 – Државе чланице ЕУ у којима је дозвољено *группно опорезивање*, 2009.

Држава чланица	Группно опорезивање
Аустрија	Губици компанија из других држава одбијају се из домаће пореске основице. Ако се група компанија расформира у периоду од три године ефекти групног третмана се поништавају и ретроактивно се све чланице групе опорезују појединачно
Данска	Прописана је пореска консолидација за резидентна повезана лица, док резидентне филијале нерезидентних компанија могу да захтевају интернационалну консолидацију
Италија	Группно опорезивање је дозвољено уколико матична компанија има контролу од најмање 50% у капиталу повезаних лица
Летонија	Дозвољено
Холандија	Дозвољено
Пољска	Дозвољено

Извор: Developments in the Member States, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 126–244.

Пренос губитака из претходних година у већини држава чланица ЕУ није дозвољен, док је пренос губитака у наредне године или неограничен или ограничен на пет или 10 година (табела бр. 2). У Србији, губици остварени из пословних, финансијских и непословних трансакција, утврђени у пореском билансу, изузев оних из којих произлазе капитални добити и губици, могу се пренети на рачун добити утврђене у

годишњем пореском билансу из будућих обрачунских периода, али не дуже од пет година.¹¹

Табела бр. 2 – Порез на доходак корпорације у државама чланицама ЕУ – ирејман преноса губитка, 2009.

Држава чланица	Пренос губитака из претходних година	Пренос губитака у наредне године
Аустрија	До 75% од опорезиве добити	Неограничен
Белгија	Није дозвољен	Неограничен
Бугарска	-	5 година
Кипар	Није дозвољен	Неограничен
Данска	Није дозвољен	Неограничен
Финска	Није дозвољен	10 година
Мађарска	Није дозвољен	Неограничен
Грчка	Није дозвољен	Неограничен
Ирска ¹	До годину дана у случају настављања пословања и 3 године у случају прекида пословања	Неограничен
Италија	-	5 година
Пољска	Није дозвољен	До 5 година али не може бити већи од 50% од губитка сваке године
Малта	Није дозвољен	Неограничен
Литванија	Није дозвољен	5 година
Португалија	-	Дозвољен
Словачка	Није дозвољен	5 година
Словенија	Није дозвољен	Неограничен
Шведска	-	Неограничен

11 Закон о порезу на добит правних лица, Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, члан 32.

Извор: Developments in the Member States, Taxation trends in the European Union, Data for the EU Member States and Norway, European Commission, DG Taxation and Customs Union and Eurostat, Brussels, 2009, стр. 126–244.

¹ Битне промене у власништву компаније, у комбинацији са променом врсте пословања, могу да резултирају у ограничењу примене правила о преносу губитака.

IV Закључак

Порески подстицаји за стимулисање пословања и улагања у Србији су у приличној мери недовољно одмерени да би могли да послуже за усмеравање и повећање улагања у одређене делатности или недовољно развијена подручја. Наиме, ради се о ниским подстицајима, који у суштини и по садржају реално и не представљају подстицаје уколико се изврши процена могућности остварења добити и повраћаја уложеног капитала. Такође, свако ослобађање од плаћање пореза на добит правних лица на име запошљавања незапослених лица не представља подстицај уколико се узме у обзир актуелно високо пореско оптерећење рада.

Grosso modo, порески систем Србије није стимулативан не само за страна дирекна улагања, већ ни за домаћа. У порески систем би свакако требало вратити пореске подстицаје везане за развој истраживања, еколошку заштиту и увођење нових технологија, јер се ради о подстицајима који унапређују привредни развој.

Hasiba HRUSTIĆ, PhD

Institute for International Politics and Commerce, Belgrade

THE BASIC CHARACTERISTICS OF THE BUSINESS TAX INCENTIVES IN SERBIA AND EU MEMEBER STATES

Summary

This paper analyses the importance of tax incentives wich could influence business and investment in Serbia. A considerable dimension of this research includes comparison of business tax incentives between Serbia and the EU Member States, and eventually deficiency of this factor which might be corrected toward business improving in Serbia.

Key words: *corporate income tax, tax incentives, foreign direct investment.*

др **Снежана СТОЈАНОВИЋ**
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ОПОРЕЗИВАЊЕ ОРТАЧКИХ ДРУШТАВА У АСИМЕТРИЧНИМ СИТУАЦИЈАМА

Резиме

Опорезивање ортачких друштава која постоје у више држава посебан је феномен којим се бави међународно пореско право. У оваквим ситуацијама постоји се питање односа компанијског и пореског права и порескоправног третмана ортачких друштава изван њихове матичне државе. У раду се разматра проблем асиметричног опорезивања и различите алтернативе за његово решавање које нуде теорија и пракса савремених држава.

Кључне речи: *ортачка друштва, прекогранично пословање, асиметрично опорезивање, двоструко економско опорезивање, двоструко пореско олакшање.*

I Увод

Питање асиметричног опорезивања спада у домен међународног пореског права и решавања проблема двоструког опорезивања. Реч је о феномену који се најчешће појављује код опорезивања ентитета попут ортачких друштава, као изразито хетерогене категорије правних субјеката. Асиметричне ситуације настају када више држава (две или више њих) различито класификује ортачка друштва у сврхе

опорезивања.¹ У складу са тим, и асиметрично опорезивање појављује се када се исти пословни приход опорезује у складу са различитим пореским принципима у различитим државама у којима се обавља прекогранично пословање.²

II Компанијскоправни и порескоправни третман ортачких друштава

Док поједине државе друштва лица (тј. ортачка и командитна друштва) не третирају као правна лица, већ примењују принцип „продора“ и сматрају да је имовина друштва у ствари заједничка имовина чланова, тако да они и сносе одговорност за све обавезе друштва према повериоцима. У питању су државе са англосаксонским и германским правним системима. Међутим, друга група држава друштвима лица признаје статус правних лица, тако да сам ентитет одговара за своје обавезе, док чланови (оснивачи) могу одговарати само до висине свог оснивачког улога. Реч је о приступу заступљеном у државама са романским правним системом и онима чији су правни системи формиран под романским утицајем.³

Насупрот компанијском праву налази се пореско право. Присутне су ситуације када у једној држави привредно, тј. компанијско право друштвима лица признаје статус правних лица, док их пореско право третира као транспарентне ентитете. Последица оваквог приступа је да се у сврхе опорезивања примењује принцип продора кроз правно лице до чланова, па се и пословни резултат друштава лица приписује члановима и опорезује порезом на доходак грађана, као и остали приходи које остварују физичка лица. Наведено разилажење пореског и компанијског права познато је као „самостални приступ“ у односу између компанијскоправног и порескоправног третмана друштава лица.⁴ Самостални приступ могућ је и када национална компанијска права друштвима лица не признају статус правних лица, него их

1 Упоред.: J. Barenfeld, *Taxation of Cross-Border Partnerships, Double Taxation Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, IBFD, Amsterdam, 2005, стр. 8 и 83–84.

2 *Ibidem*, стр. 93.

3 У ову групу држава спада и наше право: привредна друштва у Републици Србији представљају и друштва капитала (акционарско и друштво са ограниченом, одговорношћу) и друштва лица (ортачко и командитно друштво). Упоред.: Закон о привредним друштвима (*Сл. Гласник РС*, бр. 125/04)

4 Више вид.: Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду и *ЈП Службени гласник*, Београд, 2008, стр. 310. и J. Barenfeld, *Taxation of Cross-Border Partnerships, Double Taxation Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, *op. cit.*, стр. 69–81.

третирају као транспарентне ентитете, тако да је имовина чланова уједно и имовина друштва, што подразумева да они целокупном својом имовином одговарају за обавезе друштва према повериоцима. Међутим, пореско право не заступа исти приступ и друштвима лица признаје статус правних лица. Резултат оваквог разлижења огледа се у начину опорезивања пословног резултата друштва: он се третира као добит правног лица и опорезује се порезом на добит (профит) корпорација.

Однос пореског и компанијског права, с аспекта третмана друштва лица, може се дефинисати и као „несамостални приступ“. Реч је о томе да пореско право преузима класификацију компанијског права, па зависно од тога да ли се у компанијском праву друштвима лица признаје статус правних лица или не, њихов пословни резултат опорезује се порезом на добит корпорација или порезом на доходак физичких лица.

III Порескоправни третман прекограничног пословања ортачких друштава

Последице разлика у третману друштава лица, пре свега ортачких друштава, посебно долазе до изражаја на међународном плану, и то пре свега код оних друштава која послују у две или више држава. У случајевима када се пословна активност неког друштва одвија у државама које заступају различити приступ опорезивања пословног резултата, настаје ситуација позната као „асиметрично опорезивање“, која је директно повезана са могућношћу појаве двоструког међународног опорезивања. Међутим, треба имати у виду да се овде не ради о опасности од двоструког правног опорезивања (будући да се не ради о идентичном субјекту и идентичним порезима), већ о двоструком економском опорезивању (порески обвезници су различити, али економски повезани).⁵

У питању је такозвано *економско двоструко опорезивање типа II* које настаје када се пословни резултат привредног друштва опорезује два пута: најпре на нивоу друштва порезом на добит корпорација, а затим на нивоу чланова порезом на доходак физичких лица.⁶ Чињеница да неко ортачко друштво послује у државама које у својим порескоправним системима различито (асиметрично) третирају пословни резултат може

5 Двоструко правно опорезивање подразумева идентичност четири елемента: пореског обвезника, пореског објекта, пореза и периода у коме се врши опорезивање. С друге стране, економско двоструко опорезивање подразумева да порески обвезници нису правно идентични, већ су или економски идентични или барем на одређени начин економски повезани. Упоред.: Д. Поповић, *Пореско право*, *op. cit.*, стр. 207.

6 *Ibidem*, стр. 207–208.

представљати велики проблем за прекограничне пословне активности. Из тог разлога, друштва лица настоје да своје пословање обављају у државама које заступају исти став у погледу њиховог опорезивања или, ако не могу избећи асиметричне ситуације, траже начине како да своју пореску обавезу умање и/или избегну на легалан или нелегалан начин, односно да себи обезбеде двоструку пореску олакшицу (енгл. *double tax relief*).⁷ Управо због бројних проблема који се могу појавити код прекограничног пословања и опорезивања ортачких друштава, присутан је став да је у питању једна врста „пореског парадокса“ (енгл. „*tax paradox*“).⁸

1. Асиметрично опорезивање

Потребно је нагласити да је асиметрично опорезивање често повезано са постојањем две основне категорије ортачких друштава: „хибридима“ (енгл. *hybrids*) и такозваним „обрнутим хибридима“ (енгл. *reverse hybrids*). Хибриди подразумевају ситуације када матична држава третира ортачко друштво као правно лице и пореског обвезника, а друга држава му признаје статус транспарентног ентитета. Код обрнутих хибрида, као што и сама реч каже, присутна је обрнута ситуација: матична држава третира ортачко друштво као транспарентни ентитет, док му друга држава признаје порескоправни субјективитет.⁹ Додатну тешкоћу код одређивања статуса ортачких друштава представља и околност да се сам појам „ортачко друштво“ различито дефинише у различитим државама. Све ово потврђује раније изнети став да се ради о изразито хетерогеној категорији, односно хетерогеној групи пословних активности.¹⁰ Уз то, у асиметричним ситуацијама када су чланови

7 Под двоструком пореском олакшицом подразумева се ситуација када државе настоје да уклоне или, барем, ублаже ефекте двоструког опорезивања. У том смислу, у пракси су развијене две основне методе за елиминисање и/или ублажавања двоструког опорезивања: метода кредита и метода изузимања. Метода изузимања подразумева да се у једној држави не опорезују одређени делови дохотка или имовине, који су опорезовани у другој држави. У зависности од тога у ком обиму се у пореску основицу укључују доходак и/или имовина на које је плаћен порез у другој држави, изизимање се јавља у две варијанте: као пуно изузимање и изузимање са прогресијом. Метода кредита подразумева да се од пореза који се утврђује на светски доходак/светску имовину резидента одбије порез плаћен у држави извора на поједине делове обвезничког дохотка и/или имовине. И ова метода примењује се у две варијанте: као метода пуног кредита и метода обичног кредита. Више вид.: С. Стојановић, *Нейравична њореска конкуренција у Европској унији*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2010, стр. 75–78.

8 Вид.: J. Barenfeld, *Taxation of Cross-Border Partnerships, Double Taxation Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, op. cit., стр. 7.

9 *Ibidem*, стр. 3.

10 *Ibidem*, стр. 55.

друштва и домаћи и страни држављани проблем представља и начин на који се одобрава двострука пореска олакшица, тј. да ли ће се олакшица признати само домаћим или и страним члановима (власницима капитала). Ово је директно повезано и са системима опорезивања добити правних лица, тј. класичним системом и системима пореске интеграције. Класични системи заснивају се на ставу да је привредно друштво одвојено од својих чланова и да пословни резултат треба да буде опорезован засебним порезом на добит (профит) корпорација, независно од тога што ће када добит буде расподељена члановима друштва поново бити опорезована, и то порезом на доходак физичких лица (или поново порезом на добит, ако су чланови правна лица). На овај начин, економско двоструко опорезивање „утрађено“ је у класичне системе опорезивања добити правних лица. С друге стране, системи пореске интеграције полазе од различитих метода којима се двоструко опорезивање или ублажава или у потпуности елиминише, што потиче од става да порез на добит корпорација у крајњој инстанци погађа физичка лица (чланове), због чега би остварену добит требало у целини (или једним делом) приписати остатку дохотка физичких лица и опорезовати је као и остале приходе које они остварују.¹¹

Што се тиче признавања двоструке пореске олакшице, потребно је нагласити да многе државе „зазиру“ од одобравања било какве олакшице којом би се умањила пореска обавеза страних резидената који су на њиховој територији остварили одређени приход(е). Разлог за то, свакако, представља и чињеница да пореске олакшице подразумевају умањење пореских прихода државе. Ово би значило да када држава извора призна пореску олакшицу страном резиденту, то аутоматски подразумева повећање прихода државе резидентства, а на штету државе у којој је приход остварен. Међутим, како би се умањио порески терет обвезника који своје пословање обављају у две или више држава (али и физичких лица који остварују приходе у различитим државама) и спречило да они буду двоструко опорезовани, најчешће конкретне државе закључују пореске уговоре којима се двоструко опорезивање отклања. У вези са тим, користе се и различите методе, од којих су најчешће у примени: метода дедукције, метода кредита и метода изузимања.¹²

11 Више вид.: Д. Поповић, *Пореско право*, *op. cit.*, стр. 303–308. и J. Barenfeld, *Taxation of Cross-Border Partnerships, Double Taxation Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, *op. cit.*, стр. 98–102.

12 Упоред.: Michael Lang, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, LINDE VERLAG Wien, 2010, стр. 25–26 и Angharad Miller and Lynne Oats, *Principles of International Taxation*, Tottel Publishing Ltd, West Sussex, 2006, стр. 58–59.

2. Решавање асиметричних ситуација

Како би страна држава уопште могла да опорезује страни ентитет који послује и остварује приходе на њеној територији, потребно је да она на одговарајући начин изврши класификацију ентитета, тј. да ли ће га у пореске сврхе третирати као и сличне (исте) домаће ентитете или ће заузети другачији став. У том смислу, у упоредном праву заступљена су три основна метода класификације: метод сличности (енгл. *similarity approach*), метод избора (енгл. *elective approach*) и метод фиксног одређивања (енгл. *fixed approach*).¹³

Већина савремених држава усвојила је *метод сличности* који се заснива на „тесту сличности“ (енгл. *resemblance test*) тако што се утврђују правне карактеристике страног ентитета, а затим се примењује порески третман какав имају домаће пословне форме које су најсличније страном ентитету. Ово значи да држава упоређује правне карактеристике страног ентитета и начине обављања пословне активности својих резидената, а затим доходак страног ентитета опорезује према истим принципима које примењује на опорезивање резидената. Општи је став да се тест сличности уобичајено заснива на општем (компанијском) праву, које се тако супротставља порескоправним карактеристикама страног ентитета: независно од тога да ли се страни ентитет у својој држави третира као транспарентан или не, то не утиче на његов порески третман у другој држави. Најчешће се води рачуна о карактеристикама као што су: правна способност, одговорност власника (оснивача), слобода преноса власничких права, постојање капитала који се може расподељивати, итд.

С обзиром на то да се правила метода сличности разликују од државе до државе, то се може говорити о његовим предностима и недостацима присутним у појединим државама и у различитом обиму. Пре свега, сматра се да је у питању метод који промовише неутралност у смислу да ће држава резиденства или извора опорезовати приход према истом моделу независно од тога да ли се он приписује домаћем или страном ентитету. Ово произилази из чињенице да држава која врши класификацију опорезује страни ентитет према истим принципима које примењује на одговарајућу домаћу пословну активност.

Значајну предност метода сличности представља и то што се он лако прилагођава променама страног законодавства. У зависности од тога како је овај метод постављен, одређује се и да ли ће и у којој мери промене страног законодавства утицати на примену теста слич-

13 Вид.: J. Barenfeld, *Taxation of Cross-Border Partnerships, Double Taxation Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, *op. cit.*, стр. 111–125.

ности. Највећи утицај остварује се када се сличност утврђује путем посебне листе карактеристика, јер је тада потребно њено континуирано иновирање у циљу долажења до жељене класификације.

Међутим, поред наведених предности, бројни су и недостаци које метод сличности у пракси показује. На првом месту треба истаћи проблем који настаје када нема домаћег ентитета који „одговара“ страном. У оваквом случају, страни ентитет мора бити „смештен“ у најсличнију категорију домаћих ентитета. С обзиром на то да се код утврђивања сличности не води рачуна о томе да страна држава ентитет опорезује на један начин, а домаћа држава на други, појављује се проблем асиметричног опорезивања и отвара простор за двоструко опорезивање, а тиме и избегавање плаћања пореза. Ово је посебно изражено код ентитета чије се карактеристике значајно разликују по државама, што је типично за ортачка друштва.¹⁴

Недостатак методе сличности је и то што се тест сличности великим делом ослања на привредноправне сличности ентитета, а знатно мање се води рачуна о порескоправним карактеристикама. Проблем би се значајно умањио када би се у обзир узео и порески третман ентитета у матичној држави.

Ништа мањи проблем представља и постојање бројних административних тешкоћа: зависно од сложености теста сличности и броја фактора који су релевантни за класификацију, порески органи и порески обвезници приморани су да изврше више или мање детаљну анализу страног законодавства. При том, отежавајуће околности које доводе и до значајног губитка времена представљају: разлике у правној структури и традицији; језичке тешкоће; сложеност страног законодавства, итд. Све ово, уједно, отежава и могућност долажења до довољних и недвосмислених информација.

Проблем је и то што се често методом сличности не може обезбедити већи степен предвидивости, што је у великој мери повезано са чињеницом да бројне државе које примењују овај метод нису усвојиле јасно и разумљиво законодавство којим се утврђују детаљни параметри теста сличности. Имајући у виду да се тест сличности заснива на вредновању различитих карактеристика путем упоређивања отвара се простор за различита тумачења и несигурности.

Метод избора показује предност у односу на метод сличности утолико што се класификовање страног ентитета „пребацује“ са државе на пореског обвезника, који сам одлучује да ли ће у сврхе домаћег опорезивања бити третиран као транспарентан ентитет или не.

14 *Ibidem*, стр. 117.

Главни представник ове методе представља режим „*check-the-box*“ усвојен од стране Сједињених Америчких Држава. У питању је режим који се примењује како код пореског третмана стране пословне активности, тако и код третмана домаће пословне активности. С обзиром на то да се пореском обвезнику оставља могућност избора пореског третмана, то се као основна предност овог метода истиче промовисање неутралности.

У складу са „*check-the-box*“ режимом, страни ентитет може бити класификован као корпорација, ортачко друштво или „некласификовани“ ентитет. У случају да се класификује као корпорација, сматраће се да поседује порескоправну способност и биће третиран као порески обвезник. Међутим, уколико се класификује као ортачко друштво или ако се уопште не класификује, сматраће се транспарентним у сврхе плаћања америчког пореза.

Потребно је нагласити да се могућност избора у класификацији односи само на ентитете који, сами по себи, не представљају корпорације (енгл. „*per se*“ *corporations*). У питању је тачно 80 страних ентитета утврђених на посебној листи усвојеној од стране америчке законодавне власти. Ентитети који су, пре свега, организовани путем капитала, сматрају се пореским обвезницима у својим матичним државама, а такође и у САД.

Поред неутралности, предност методе избора представљају и сигурност и предвидивост у погледу класификовања стране пословне активности. Осим тога, ова метода обезбеђује једноставност у примени, како са аспекта пореских обвезника, тако и са аспекта пореске администрације. У случају када се ова метода примењује без неких посебних ограничења, порески обвезници једноставно могу да се одлуче какав ће бити њихов порески третман, што порески органи прихватају без постављања додатних питања о локалним правним карактеристикама конкретног ентитета.

Ипак, поред значајних предности, примена метода избора показује и одређене недостатке. С обзиром на то да се овде често ради о постојању хибридних ентитета, а тиме и асиметричном опорезивању, појављује се проблем двоструког опорезивања и признавања двоструке пореске олакшице, као и проблем избегавања плаћања пореза. У циљу спречавања злоупотреба, америчке власти усвојиле су групу правила о спречавању избегавања плаћања пореза која се односе на увећане, ванредне трансакције (енгл. „*extraordinary*“ *transactions*). Предвиђено је да, у случају, када се појаве некакве „ванредне“ трансакције, страни ентитет ће аутоматски бити третиран као порески обвезник, независно од тога што је изабрао транспарентност у сврхе опорезивања. Из овога произ-

илази да метод избора иницира усвајање законодавства о спречавању избегавања плаћања пореза, што са једне стране јесте добро, али с друге стране лоше је то што се најчешће ради о веома сложеним и неразумљивим правилима, која отежавају рад пореске администрације, али и положај пореских обвезника.

Такође, постојање хибридних ентитета даје подстицај пореским обвезницима за пореским планирањем, што опет треба задржати на колико-толико прихватљивом нивоу, у складу са националним законодавством, јер би се у противном могло претворити у планирање што бољег начина да се избегне пореска обавеза.¹⁵

Метод фиксној одређивања састоји се у одређивању страних пословних ентитета на исти начин, тј. било као транспарентне, било као непрозирне. Управо ово представља и његову највећу предност, јер подједнаки третман значи и велики степен предвидивости и административне ефикасности: значајно се скраћује време потребно за одређивање и примену одговарајуће пореске процедуре, а тиме се остварују и уштеде како за пореске обвезнике, тако и за пореску администрацију.

Ипак, ни овај метод, као ни претходна два, није без недостатака. Највише му се замера што ствара подстицаје за настанак пореских асиметрија, јер не омогућује да се карактеристике које страни ентитет има у домаћој (матичној) држави препознају и употребе на одговарајући начин у сврхе одговарајућег пореског третмана у другој држави.

Осим овога, различит порески третман за ортачка друштва домаћег и страног држављанства значи постојање дискриминаторног односа према пословним ентитетима зависно од њиховог порекла. Ово је, уједно, и у супротности са чланом 24 OECD Модел конвенције о двоструком опорезивању дохотка и имовине.¹⁶

Ипак и поред бројних различитости, три основна метода путем којих се врши класификовање страних ентитета показују и извесне сличности у примени. Највећа сличност огледа се у томе што већина држава не узима у обзир порески третман одређеног ентитета у матичној држави. Управо ово је у супротности са једним од основних принципа међународног права, који од држава захтева да правни статус страних лица одређују узимајући у обзир како карактеристике које они имају у складу са општим (у овом случају, компанијским) правом, тако и порескоправне карактеристике које имају у правном систему своје матичне државе. Наведено говори да неузимање у обзир порескоправног третма-

15 *Ibidem*, стр. 119–123.

16 Више вид.: *OECD Model Income and Capital Tax Convention*, OECD, July 2008 и *Commentary on the Articles of the 2008 OECD Model Income and Capital Tax Convention*, OECD, July 2008.

на у матичној држави, које доводи до настанка асиметричних ситуација, представља кршење међународног права уопште, а тиме и међународног пореског права. Ипак, и поред тога, нису предвиђене санкције којима би се државе спречиле да се и даље понашају на овакав начин. Због тога поједини аутори сматрају да у ситуацијама када се ортачка друштва баве прекограничним пословним активностима и када се њихово опорезивање врши у две или више држава (држави резидентства/ држављанства/ и држави извора) потребно је њихово класификовање вршити посебно водећи рачуна о околностима као што су: предвидивост; неутралност; комплексност; административна ефикасност; пореско планирање и недискриминација.¹⁷ Све ово, у крајњој линији, треба да доведе до симетричности у опорезивању. У том смислу, теоретичари пореског права истичу четири основна приступа, и то пре свега када је реч о пословању унутар простора Европске уније: (1) уклањање опорезивања на бази резидентства; (2) усклађивање, тј. хармонизовање правних карактеристика пословних ентитета; (3) утврђивање правила класификације којима би се обезбедила симетрија, као и (4) утврђивање правила којима се обезбеђује одобравање двоструке пореске олакшице у асиметричним ситуацијама. Први приступ, уклањање опорезивања на бази резидентства, решио би бројне проблеме који доводе до асиметричног опорезивања и који производе веће последице на међународном плану. Ипак, примена овог приступа није реална, будући да би се онда вршило само опорезивање на основу чињенице извора, док би чињеница резидентства била ирелевантна.

Други приступ, усклађивање правних карактеристика ортачких друштава и других ентитета, захтева установљавање посебног међународног тела које би имало одлучујућу улогу у процесу хармонизације или које би, барем, вршило надзор над већ оствареном хармонизацијом. Без постојања таквог тела, овакав приступ би се тешко могао остварити, управо због бројних разлика које постоје у правним аспектима пословних форми у различитим државама. У том погледу, у Европској унији већ су предузети одређени кораци, и то тако што су установљене Европске економске интересне групације (*European Economic Interest Groupings, EEIGs*) и Европске компаније (*European Companies, SE*). Ипак, и поред наведеног, ни овај приступ не би могао сасвим успешно решити проблем асиметрија.

Трећи приступ састоји се у утврђивању правила класификације којима се обезбеђује симетрија у опорезивању. Реч је о правилима која се могу утврдити било домаћим законодавством, било у оквиру двоструких пореских конвенција, односно имајући у виду односе између

17 *Ibidem*, стр. 126–127.

две државе. Углавном се ради о измени постојећих правила, пре него о увођењу сасвим нових правила која излазе ван уобичајених пореских оквира. Предност овог приступа је што се не захтева сагласност шире међународне заједнице, али с друге стране хетерогеност ортачких друштава и различитост националних пореских система доста отежава утврђивање поменутих правила.

Четврти приступ подразумева установљавање правила за одобравање двоструке пореске олакшице која се могу применити и у симетричним, и у асиметричним пореским ситуацијама. Управо је ово приступ усвојен од стране у ОЕЦД-овом извештају о ортачким друштвима. Опет, ни овај приступ није без мана: основну тешкоћу представља суштински другачији став држава по питању пореског третмана пословне активности. Ипак, њега је у пракси најлакше применити уз додатни захтев да се промени политика држава о закључивању двоструких пореских уговора или да се промене унилатерална правила у вези са одобравањем двоструке пореске олакшице.¹⁸

IV Закључак

Различитост у пореском третману ортачких друштава која се баве прекограничном пословном активношћу може створити доста проблема. С обзиром на то да у оваквим ситуацијама најчешће долази до појаве економског двоструког опорезивања, појављује се потенцијална опасност од појаве избегавања плаћања пореза. Управо зато и у теорији и у пракси „нуде“ се различита решења за превазилажење асиметричних ситуација. Полазећи од различитих приступа које заступа теорија, а имајући у виду колико је реално да се сваки од њих у пракси заиста и примени, као и имајући у виду три основна метода класификовања страних пословних ентитета заступљена у савременим државама, мишљења смо да метод сличности доста „обећава“. Употребом теста сличности и утврђивањем карактеристика страног ортачког друштва и њиховим упоређивањем са карактеристикама одговарајућих домаћих пословних ентитета одређује се и порески третман тог ортачког друштва којим се омогућује симетрично опорезивање и одобравање двоструке пореске олакшице. Углавном, сличност се утврђује увођењем посебних пореских правила класификације, што је много једноставније и ефикасније у односу на ситуацију када би се установљавали нови и суштински другачији режими.¹⁹

18 *Ibidem*, стр. 252–255.

19 *Ibidem*, стр. 262–263.

Међутим, метод сличности доста је „нападан“ од стране различитих аутора позивањем на одредбе ОЕЦД Модел конвенције о порезу на доходак и имовину које се односе на забрану дискриминације. Ипак, проблем у примени ове конвенције на ортачка друштва је тај што сама конвенција уопште не познаје термин „ортачко друштво“ (енгл. *partnership*), већ само термин „компанија“ (енгл. *company*) коју и третира као пореског обвезника и којој се може одобрити двострука пореска олакшица. Даљи проблем у примени конвенције на ортачка друштва је и то што се уопште не прави разлика између транспарентних и нетранспарентних ентитета, већ је компанија увек порески обвезник, тј. нема могућности остваривања принципа „продора кроз правно лице“. У вези са тешкоћама које настају код примене Модел конвенције стоје и проблеми који се јављају код примене приступа одобравања двоструке пореске олакшице, а за који се теорија највише залаже.²⁰

Углавном, сматра се да се асиметричност најбоље може отклонити применом приступа заснованог на пореској сличности. Овај приступ решава проблем асиметрије „у корену“, тј. обезбеђује симетрично опорезивање, а тиме отклања и могућност настанка двоструког економског опорезивања. С друге стране, приступ заснован на одобравању двоструке пореске олакшице решава само једну страну проблема: спречава настанак економског двоструког опорезивања и потенцијалну опасност од појаве избегавања плаћања пореза, али не решава проблем асиметричности. Управо се овај приступ и примењује у ситуацијама када већ постоји асиметричност, тј. разлика у пореском третману ортачких друштава која послују у две или више држава.

Snežana STOJANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

PARTNERSHIPS TAXATION IN ASYMMETRICAL SITUATIONS

Summary

Taxation of cross-border partnerships is a phenomenon that has been dealt within international tax law. In such situations relationship between com-

20 Упоред.: *Commentary on the Articles of the 2008 OECD Model Income and Capital Tax Convention*, OECD, July 2008, Commentary on Article 1 concerning the persons covered by the Convention; Application of the Convention to partnerships.

pany and tax law and tax treatment of partnerships abroad are the issues of special interest. The article deals with problem of asymmetrical taxation and different solving methods offered by theory and modern countries praxis.

Key words: *partnerships, cross-border business activity, asymmetrical taxation, economic double taxation, double taxation relief.*

др *Марина* ДИМИТРИЈЕВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

ПРИВРЕДА И ВЛАДАВИНА ПРАВА У КОНТЕКСТУ ИЗАЗОВА САВРЕМЕНОГ ОПОРЕЗИВАЊА

Резиме

Усјешно функционисање њравној сисџема је ѡређиосџавка осџваривања ѡравне државе и владавине ѡрава, као основних ѡолиџичких и ѡравних идеала демокрајској друшџва. Владавина ѡрава, као кључни факџор за функционисање друшџва и ѡривреде, сџвара оквир за социјални и ѡривредни развој.

Глобализација намеђе снажне инџеџрацијске ѡроцесе за земље које желе биџи део модерној светџа. Најрелеванџнији асџекџи ѡлобализације чини велика мобилносџи џуди, кайџџала, роба и услуџа, шџио осџавља свој ѡрај и на савремено ѡорезивање. У џаквим околносџима, ѡорези се у ѡривреди џеже ѡрменеџују. Проблеми са којима се сређу ѡореске власџи кређу се од сложенеј законџиој ѡрекоџраничној ѡореској ѡланирања до намерној ѡривривања ѡрхода и имовине у ѡореским оазама и незакониџе ѡореске евазије. Из џиџ разлоџа, адекватна ѡрмена ѡореских закона акџуелизује ѡиџање сарадње ѡореских админисџирација различџџих држава. Свака од држава, деловањем инсџџџуционалних, ѡравних и социо-економских мера, ѡреба да уџиче на ѡореске обвезнике и афирмише идеју владавине ѡрава у ѡривреди и ѡореској обласџи.

Кључне речи: *ѡривреда, владавина ѡрава, ѡорези, евазија ѡореза, ѡореска сарадња, анџиевазиона ѡолиџика.*

I Увод

Благовремено, потпуно и квалитетно остваривање пореског система има огроман значај за постојање, одржавање и развој државе и друштва у целини. Непоштовањем правних прописа у области опорезивања могу се проузроковати бројне негативне последице по државу, привреду и становништво. Стога је од велике важности да се држава, широком лепезом различитих средстава, мера и поступака, супростави разноврсним модалитетима избегавања плаћања пореза. Тиме се остварује ефикасно функционисање правног система у делу који регулише пореску област и доприноси остваривању правне државе и владавине права.

Пореска политика је снажно оруђе које стоји на располагању пореским властима при креирању привредних услова у држави. У условима глобализације светске економије, која је последица технолошког напретка и институционалне либерализације токова роба и капитала, а испољава се преко убрзаног раста међународне трговине и повећања међународне мобилности капитала и рада, немећу се нови изазови савременом опорезивању. Они се тичу како дизајнирања, тако и примене пореза у складу са правним прописима. Од пореског терета се очекује да буде праведан, умерен, равномерно распоређен и прихватљив од стране пореских обвезника како не би гушио привредне активности.

II Осврт на неке изазове савременог опорезивања

Порези попримају рзличита обележја и специфичан садржај у зависности од развијености државних функција и општих економских, политичких, правних, административних и социјалних околности. Промене у опорезивању и развој пореза, као инструмента пореске политике, остварују се са порастом друштвеног богатства, са демократизацијом и напретком друштва у свим областима и развојем јавних финансија а у новијој историји нарочито усавршавањем тржишта.¹ Упоредо са тим долази и до промена у начинима убирања пореза, тј. до побољшања у делу који се односи на примену пореског система.

Амерички нобеловац *Joseph Stiglitz* наводи пожељне особине савременог пореског система:² економску ефикасност – порески систем не треба да омета ефикасну алокацију ресурса; једноставност у админи-

1 Видети више: Јован Горчић, Милева Анђелковић, *Јавне финансије, финансијско право и економија јавног сектора*, Проинком Београд, Ниш, 2005, стр. 365–372.

2 Joseph E. Stiglitz, *Економија јавног сектора*, превод, Економски факултет у Београду, 2004, стр. 465.

стративног погледу – порески систем треба да буде једноставан и релативно јефтин за примену; флексибилност – порески систем треба да буде способан да на измењене економске околности лако одреагује (у неким случајевима аутоматски); политичку одговорност – порески систем треба да буде формулисан тако да порески обвезници могу да провере шта плаћају порезима и процене колико тачно тај систем одражава њихове преференце; правичност – порески систем мора да се односи правично према различитим пореским обвезницима.

Порески системи данашњих држава се међусобно разликују. У захтевима и политикама њиховог развоја улажу се напори да се пронађе оптималан однос између тржишног и јавног сектора како би се постигли оптимални резултати у функционисању оба сектора. Државе се разликују не само по достигнутом степену економског развоја, већ и по политичким и правним системима, историјским и другим карактеристикама. Оне су карактеристичне по групи којој припадају (економски мање или више развијене земље), али и по посебно испољеним особинама у оквиру групе. Свака од држава има сопствене циљеве развоја и стратегије за њихово остваривање. Тако нпр. развијене земље теже стварању друштва благостања, заснованом на парето-ефикасности и принципу чврстог буџетског финансирања што обезбеђује такав однос тржишног и јавног сектора који карактерише: рационализација јавног сектора, заустављање раста јавних расхода, таква примена функција јавних финансија (алокативне, редистрибутивне и стабилизационе функције) која обезбеђује брз и ефикасан привредни раст и већи и квалитетнији *output* јавног сектора, односно примену стратегије парето оптимума³ у оба сектора.

Интернационализација економских активности поставља додатне изазове националним пореским системима дизајнираним за мање интегрисани свет. Велика мобилност људи, капитала, роба и услуга, у 20. и првој декади 21. века, условљава бројне промене у пореским системима савремених држава у погледу пореских облика и усклађивања пореских структура (пореска хармонизација).⁴ До усаглашавања долази и преко пореске конкуренције. Она доводи до спонтаног уједначавања националних пореских система на тај начин што се производни фактори усмеравају ка привредама оних земаља где је порески систем стимулативнији. Отуда су друге земље подстакнуте да своје пореско законодавство прилагођавају законима држава које су привукле капитал,

3 Парето ефикасна алокација (парето оптимум) се постиже када се никоме не може побољшати положај а да се другоме погорша.

4 У том смислу видети: Марина Димитријевић, „Хармонизација пореза у Европској унији – очекивања и резултати“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, стр. 284–295.

па се разлике постепено смањују. Истовремено егзистира и чињеница да су мултинационалне компаније формирале ново глобално окружење и развиле бројне механизме избегавања плаћања пореза, постављајући тиме нове изазове националним пореским властима.

Са јачањем процеса глобализације економије, администрирање пореским системом је постало комплексније. Порески обвезници су осетљиви на међународне разлике у стопи инфлације, на промене пореских стопа, на разлике у пореском третману и способност пореске администрације да прати брже токове капитала. Процес глобализације, кроз повећање различитих врста дохотка зарађеног у иностранству, утиче на ниво способности пореске администрације да верификује тачност података из пореских пријава обвезника па се јавља потреба за интензивирањем сарадње пореских администрација различитих држава која укључује размену пореских информација. У целини долази до одређеног сужавања националне аутономије у креирању пореског система и пореске политике. Из конфликтности сада већ „глобализованог“ капитала и, по својој природи, национално одређених пореских политика произилазе важни проблеми опорезивања на међународном плану (двоструко опорезивање, пореска конкуренција и пореска евазија).⁵

У целини посматрано, националним пореским јурисдикцијама стоје на располагању, у данашњем глобалном окружењу, три облика поступања:⁶ могу да покушају да воде „изоливану“ пореску политику затворених економија, могу да теже стварању међународног пореског система или да повећају међународну сарадњу у сузбијању непоштене пореске конкуренције и међународне пореске евазије.⁷ Како је затварање економија немогуће а стварање хармонизованог међународног пореског система нереално једино изводљива варијанта поступања је побољшање сарадње пореских јурисдикција и њихових администрација. Очекивање је да то допринесе доследнијем поштовању пореске регулативе и приближавању нормативног (оно што је прописано законима) и стварног (оно што се фактички остварује) у пореској области.

5 Перо Јурковић, *Јавне финансије*, Масмедија, Загреб, 2002, стр. 153–158.

6 Видети више: Jeffrey Owens, *Taxation in a global environment*, OECD, March 2002.

7 Претходних година видљива је значајнија мултилатерална иницијатива за решавање проблема пореске конкуренције. ОЕЦД-ов пројект о штетним пореским праксама и порески пакет ЕУ наглашавају важност транспарентности у примени пореских закона и ефикасности у размени података између земаља које су успоставиле прекограничне трансакције. Видети: Howell H. Zee, „Свјетски трендови у порезној политици: Економска перспектива“, превод, *Финансијска теорија и пракса*, бр. 29(2)/2005, стр. 233–236.

III Утицај пореског оптерећења привредних субјеката на поштовање пореских закона и прихватање обавезе плаћања пореза

Већина националних пореских законодавстава признаје право пореском обвезнику да своје пословање организује тако да плати мањи порез. С тим у вези, карактеристичан је став једног судије америчког Врховног суда: „Свако може организовати своје послове тако да му порези буду што је могуће нижи; нико није обавезан да изабере понашање које би се највише исплатило Министарству финансија; не постоји чак ни патриотска дужност да неко увећа своје порезе.“⁸ Будући да успешност пословања савремених привредних субјеката зависи и од пореског оптерећења, уобичајено је да савремена предузећа имају пореску стратегију и да пореско планирање буде саставни део развојних планова тих предузећа.

Ниво пореског оптерећења утиче на конкурентност привредних субјеката и може указати да ли постоје и каква су стварна ограничења система и политике опорезивања у вези њихове пословне активности у конкретној земљи. Најчешће се при разматрању пореског оптерећења привредних субјеката има у виду какав је порески третман добити – финансијског резултата који они остваре у одређеном временском периоду. Такав приступ, међутим, иако транспарентан, није исправан јер не показује укупно пореско оптерећење. Наиме, процес репродукције привредног субјекта на релацији: *input* као претпоставка активности – процес активности (укључујући и одређену технологију) – *output* као резултат активности може у свакој назначеној фази бити опорезован. Порези наметнути привредним субјектима на рад, капитал, производе и услуге, добит (профит) говоре о композицији пореског система и морају се заједно посматрати, да би се могла правилно спровести анализа утицаја опорезивања на њихово пословање.⁹

Велико пореско оптерећење неповољно делује на привреду и економски положај привредних субјеката. Оно је и један од главних узрока неприхватања и избегавања обавезе плаћања пореза.¹⁰ Одређени број привредних субјеката је, у таквим околностима, склон укључивању у сиву (нерегистровану, незваничну, неформалну) економију.¹¹

8 Дејан Поповић, *Пореско право – Оштин гео*, Секос in, Београд, 2006, стр. 53.

9 Guste Santini, „Elementi za reformu poreznog sustava“, *Ekonomija/Economics*, бр. 2/IX, RIFIN, Zagreb, 2002, стр. 359–360.

10 Избегавање плаћања пореза се остварује на подручју једне државе али и на међународном плану. Добро су познати механизми међународне евазије пореза: базе компаније, злоупотреба пореског споразума, трансферне цене, утањена капитализација, *off shore* компаније.

11 Значајно присуство сиве економије отежава ефикасну расподелу ресурса и успорава привредни развој. Привредни субјекти склони избегавању плаћања пореза

Важно је истаћи да слобода привредних субјеката у организовању пословања, на начин да плате што мањи износ пореза, није апсолутна. Општепознато је да оне њихове активности, које имају за последицу кршење пореских закона и које су предузете са циљем избегавања плаћања пореза, представљају незакониту (нелегалну) пореску евазију (*tax evasion*).¹² Поред овог вида евазије пореза, пореске власти многих држава се супростављају и неприхватљивом минимизирању пореске обавезе, којем су привредни субјекти као порески обвезници често склонни, а које за собом не повлачи директно кршење закона (*tax avoidance*). Ради се, заправо, о случајевима где се може сматрати да је порески закон прекршен уколико се докаже повреда (изигравање) духа закона, односно намере законодавца (тзв. неприхватљива законита евазија пореза). Насупрот оваквом неприхватљивом понашању, пореску обавезу је могуће умањити и у потпуности прихватљивим пореским планирањем (нпр. избор најповољније пореске олакшице или ослобођења, пословна преоријентација, промена места обављања делатности, мењање облика капитала и сл.). Таквим врстама активности пореске власти се не супростављају (тзв. прихватљива законита евазија пореза).

Линија разграничења између модалитета законите (легалне) евазије пореза (прихватљиве и неприхватљиве) је врло флуидна јер је понекад тешко повући прецизну границу између вештог вођења послова и злоупотребе права у пореској материји. Концепт злоупотребе права, коме судска пракса у новије време често прибегава, пружа пореским властима основу за супростављање оваквим плановима пореских обвезника. Уколико порески обвезник у свом пословању не тежи остваривању легитимних, комерцијалних циљева, већ користи одређене правне форме да би лукаво и вешто избегао плаћање неког пореза, такво његово понашање квалификује се као недозвољено вршење права. У пракси неких земаља судови се могу позивати на принцип *looking through (substance over form)* у англо-саксонским системима) који подразумева испитивање суштине трансакције кроз њену форму.¹³ Другачије речено, неприхватљива минимизирања пореске обавезе остварују се посредством шема које имају следеће карактеристике:¹⁴ 1) по правилу је у њима присутан елемент артифицијелности (вештачког), тј. правни аранжмани који чине ове шеме не би, у одсуству пореског фактора, има-

представљају нелојалну конкуренцију привредним субјектима који послују у легалним токовима.

12 У оквиру незаконите пореске евазије могуће је направити разлику између лакших и тежих повреда пореских прописа (пореских прекршаја и пореских кривичних дела). Логично, оне се различито санкционишу.

13 Ј. Горчић, М. Анђелковић, *нав. дело*, стр. 719.

14 International tax avoidance and evasion: Four related studies, OECD, 1987, стр. 17.

ли облик (форму) коју имају; 2) овакве шеме користе одређене норме за сврхе које законодавац није имао у виду; 3) тајност је најчешће обележје ових шема у смислу да се савети које пружа порески саветник, на основу закљученог уговора, чувају као тајна што је могуће дуже.

Незакониту пореску евазију и неприхватљиву закониту евазију не треба мешати са пословним преварама и другим облицима недозвољеног понашања из области привредног криминалитета, што се не ретко чини. Наиме, овде је реч о угроженом јавном интересу у области наплате пореских прихода. Држава утврђује одговарајућа правила понашања у пореској области, којима треба да се повинују привредни субјекти као порески обвезници, и прати њихово поштовање.

Полазећи од претпоставке да ће се порески обвезник одлучити да прибегне незаконитој пореској евазији и неприхватљивој законитој евазији само онда ако је очекивана корист од неплаћања пореза већа од очекиваних губитака у виду санкција, свака политика чији је циљ сузбијање непоштовања пореских закона и неприхватања обавезе плаћања пореза мора се ослањати на две компоненте: на доследну казнену политику и ефикасну контролу обвезника,¹⁵ али и на мере које би пореско оптерећење (терет) учиниле разумнијим, чиме би се умањили подстицаји за евазију пореза.¹⁶ Пракса показује да је варијанта санкционисања понашања привредних субјеката, које је супротно пореским законима, мање исплативо решење од предузимања мера усмерених на подстицање добровољног повиновања пореским законима.

IV Други узроци непоштовања пореских закона у привреди и мере за спречавање ове појаве

Привредни субјекти као порески обвезници имају могућност избора – платити порез и бити у систему или неплатити порез, функционисати ван система, у сивој економији. Поред висине пореског оптерећења и висине казни, бројни други чиниоци утичу на ову одлуку. Без њихове анализе, разумевања мотива који су обвезника определили

15 Велику важност при одлучивању да ли прихватити обавезу плаћања пореза или не има проток информација о могућности да се буде откривен у неплаћању пореза и висина казни. Повећање казни учиниће неформални сектор мање атрактивним због уношења већег ризика у активност евазије пореза. Пуњење буџета новчаним казнама је, међутим, показатељ нездравог стања постојећег система опорезивања. Стварни лек за смањивање пореске евазије јесте откривање и отклањање њених узрока.

16 Дејан Поповић, „Порески систем и сива економија“, *Право и привреда*, бр. 3–6/1995, стр. 102.

да се понаша на одређени начин, немогуће је формирати адекватне мере утицаја на то понашање.¹⁷

У већини истраживања поштовање пореских закона се доводи у директну везу са квалитетом законодавне регулативе о порезима,¹⁸ њеном стабилношћу¹⁹ и институционалним механизмима за спровођење,²⁰ кредибилитетом правног система у целини, структуром јавне потрошње и квалитетом јавних добара која се обезбеђују у јавном сектору,²¹ општом свешћу о потреби плаћања пореза.

Пракса је потврдила да повећање непоштовања пореских закона има за последицу ерозију пореске базе и да мањак прикупљених прихода резултира буџетским дефицитом. Уколико се дефицит финансира даљим повећањем пореза то, у принципу, додатно продубљује нерегуларну економију и склоност евазији пореза.²²

На пореску евазију се може утицати на више начина.²³ Најпре, саме могућности за пореску евазију треба смањити:

- дизајнирањем пореза на начин да се избегава несигурност и сложеност ситуације у којој обвезници поуздано не знају шта су њихове пореске обавезе;
- наплатом пореза на извору где год је то могуће;

17 Видети више: Cynthia Coleman, Maggie Willkins, „How do you want to play – honest?, Research into motivations for taxpayer compliance“, у: Michael Walpole and Chris Evans (editors), *Tax Administration in the 21 st Century*, Prospect, St Leonards, 2001, стр. 245–255.

18 Порески систем треба да буде једноставан да би се постигла већа транспарентност и мања оптерећеност прописима. Повећање једноставности пореског законодавства олакшава пореским обвезницима подношење пореских пријава, повећава степен извршавања осталих пореских обавеза и спремност за регуларно пословање, чиме се смањују нерегуларне активности. Учинак евентуалне сложености је, без сумње, негативан јер ствара бројне могућности за избегавање пореза.

19 Променљиво пореско законодавство је, такође, погодно за евазију пореза и тешко је за праћење и пореским службеницима и пореским обвезницима.

20 Не треба изгубити из вида да управо слаба институционална структура за подржавање тржишних активности (оличена у односу држава – привреда) може да створи плодно тло за бројне деформације у друштвено-економским односима чиме се подрива успостављање принципа правне државе.

21 Отпор плаћању пореза је мањи ако су средства убрана опорезивањем утрошена рационално у сврху финансирања јавних потреба.

22 Tanja Madzarević–Šujster, „Procena porezne evazije u Hrvatskoj“, *Financijska teorija i praksa*, бр. 26(1)/2002, стр. 120.

23 James Alm, „What is an „optimal“ tax system?“, у: Joel Slemrod (editor), *Tax policy in the real world*, Cambridge University Press, 1999, стр. 368.

- применом плаћања пореза унапред (авансно, аконтационо) како би се смањила конфузија (збуњеност) пореских обвезника код двосмислених одредби пореских закона;
- постојањем малобројних изузећа (ослобођења) од плаћања пореза;
- једноставном пореском структуром у којој порески службеници имају минимум дискреционих овлашћења;
- када је у питању структура опорезивања треба посебно обратити пажњу на оне порезе који су лакши за избегавање;
- сталним праћењем свих пословних активности пореских обвезника захваљујући ПИБ-у који је користан у превенцији пореске евазије.

На смањење пореске евазије утицај може да врши и чињеница редуцирања нето профита оствареног пореском евазијом а у том циљу треба предузети мере као што су:

- интензивирање свих облика контроле пореског обвезника, укључујући и развој пореске ревизије што је нарочито важно када су у питању велики порески обвезници;²⁴
- јачање превенције пореске евазије;
- повећање казни за неплаћање пореза, уколико су оне мале;
- осуда и публикавање (објављивање) имена пореских обвезника који су прибегли евазији пореза.

У целини посматрано, мере за спречавање непоштовања пореских закона и избегавања плаћања пореза могу се груписати у три групе: институционалне, правне и социо-економске.²⁵

Институционалне мере су усмерене на однос пореских органа и пореских обвезника (порескоправни однос). Овај однос се мора базираати на поштовању закона и на међусобном уважавању и поверењу. Спремност пореских органа за доследну примену пореских закона манифестује

24 Велики порески обвезници чине мали део укупног броја пореских обвезника у једној земљи. Многи фактори утичу на сложеност администрирања порезима ове групе обвезника: велики порески обвезници имају огранке географски широко расуте; различити су облици њихових пословних активности и бројне су дневне трансакције (значајне *off shore* трансакције); они употребљавају комплексне финансијске аранжмане; уобичајено је да велики порески обвезници ангажују пореске саветнике чији савети имају за циљ да минимизирају њихово излагање опорезивању. Видети више: Improving Large Taxpayers' Compliance: A Review of Country Experiences, Fiscal Affairs Department, IMF, 2002.

25 Јуре Шимовић, Тереза Рогоић–Лукарић, Соња Циндори, „Утаја пореза у Републици Хрватској и мјере за њезино спречавање“, *Хрвајски љејојис за казнено йраво и йраксу*, бр. 2/2007, стр. 591–617.

се кроз спровођење разних облика информисања и едукације пореских обвезника уз чврсте гаранције поштовања законских правила којима се регулише порескоправни однос у пореском поступку.

Правне мере којима се тежи смањити избегавање плаћања пореза тичу се стабилности пореског законодавства. Спремност пореског обвезника да испуњава своје пореске обавезе је већа када нема честих промена пореских закона. У супротном, стварају се нестабилни привредни услови и влада несигурност у процени ризика при доношењу пословних одлука од стране привредних субјекта. Они не могу са сигурношћу предвидети порескоправне последице својих пословних одлука.

Социо-економске мере укључују јачање пореског морала пореских обвезника. Порески морал се тиче личног става пореског обвезника према обавези поштовања пореских закона. Уколико порески обвезник на разне начине избегава плаћање пореза то је показатељ ниске свести о потреби плаћања пореза. Привредни субјекти као порески обвезници формирају моделе понашања према пореској обавези на основу посебних искуствима које у вези са њом стичу кроз време. Искуство је показало да је потребно међусобно садејство институционалних, правних и социоекономских мера како би се порески морал и свест о потреби поштовања пореских закона подигли на виши ниво.

V Пореска сарадња у функцији антиевазционе политике

Развој савремене информационе и комуникационе технологије и повећање трговине интернетом револуционарно су утицали на пословање привредних субјеката. Тиме су настале нове могућности за непоштовање пореских закона и створени нови изазови пореским администрацијама у погледу утврђивања и наплате пореза. Главни задатак пореских органа није само пратећа реакција на новонастало стање ствари, него и благовремена анализа будућих модалитета понашања привредних субјеката у тим оквирима. Будући да би се они могли искористити за пореску евазију, која надраста националне границе, неопходна је интензивна сарадња пореских администрација различитих држава (пореска сарадња) у циљу размене пореских података и предузимања адекватних мера антиевазционе политике.

Административна сарадња различитих националних пореских власти се успоставља закључивањем билатералних и мултилатералних споразума.²⁶

26 ОЕЦД и ЕУ су постигле извесан прогрес у сузбијању штетне пореске праксе, не само промовисањем транспарентности пореског система и размене пореских података између држава, већ и иницијативом о потреби стварања модела пореског

Из економске перспективе гледано, искристалисале су се две главне препреке обликовању ефикасног система размене података (информација) у пореске сврхе: неподударност у иницијативама између даваоца и примаоца релевантне информације која би се разменила, и значајни трошкови трансакције – од којих нису сви монетарне природе – који би наметнуо сваки систем размене информација о пореским обвезницима у различитим земљама ако би се аутоматски и рутински примењивао у већем обиму. Неподударност произилази из многих разлога, од којих је основни тај да земље извознице капитала имају више користи од размене информација од земаља увозница капитала, што чини децентрализовану имплементацију таквог система у глобалним размерама неодрживом. Државама треба компензирати и велике трошкове који су последица учествовања у било ком систему размене података, укључујући и оне везане за лингвистичке тешкоће, разлике у дефиницијама међу пореским система и сл. Наведене препреке се могу делом превладати унутар неке економске уније, као што је нпр. Европска унија.²⁷

Размена података и помоћ између држава чланица Европске уније функционишу већ дуже време. Њихов циљ је побољшање управне сарадње између држава чланица у области пореза и царина. Још је 1976. године Директивом 76/308/ЕЕЗ успостављена заједничка помоћ у администрирању порезима, царинама и других дажбинама, а потом и у области директног опорезивања, акциза и премија осигурања у складу са Директивом 77/799/ЕЕЗ.²⁸ Треба истаћи да се правни инструменти пореске сарадње на подручју Европске уније временом модернизују²⁹ и да се доносе заједнички планови за ефикаснију борбу против пореске утаје.³⁰ Уз то доносе се и посебни програми који треба да допринесу бољем функционисању пореских система на унутрашњем

споразума о размени информација из пореске области, као правног оквира који би се користио за установљивање ефективне размене информација. Модел пореског споразума о размени информација (OECD Model Tax Agreement on Exchange of Information in Tax Matters) ради постизања међународне сарадње у пореским стварима урађен је 2002. године. Видети: Хасиба Хрустић, *Пореска хармонизација у Европској унији*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2011., стр. 152–154.

27 Н. Н. Зее, *нав. чланак*, стр. 236.

28 Х. Хрустић, *нав. дело*, стр. 203–214.

29 У том смислу видети: Никола Мијатовић, „Најављена измјена еуропске легислативе о заједничкој сарадњи пореских власти при утврђивању и наплати пореза“, *Право и њорези*, бр. 3/2010, стр. 75–91.

30 Видети детаљније: Никола Мијатовић, „План Еуропске комисије за учинковитију борбу против пријевара на подручју ПДВ-а“, *Право и њорези*, бр. 4/2009, стр. 57–68.

тржишту и модернизацији пореских администрација (Fiscalis програм 2008–2013).³¹

VI Закључак

Непоштовање пореских закона је данас, сасвим извесно, веома раширена појава, са вишеструким нагативним последицама за државу, привреду и друштво у целини. Избегавање плаћања пореза, од стране грађана али и привредних субјеката, као пореских обвезника, опасно угрожава реализацију циљева опорезивања. Истовремено је врло значајан показатељ неуспеха предузетих фискално-политичких мера.

Пословање привредних субјеката, у савременим условима, прелази националне границе што примену пореза чини сложеном. У глобалном окружењу, које доноси нове изазове националним пореским властима и опорезивању, порески органи морају да изнађу начине да примене порезе у складу са законом, уђу у траг и супроставе се различитим механизмима евазије пореза. Јачање пореске сарадње али и предузимање мера у правцу подстицања добровољног повиновања привредних субјеката пореским законима доприноси, значајним делом, афирмисању и остваривању идеје владавине права у привреди.

Marina DIMITRIJEVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Niš

ECONOMY AND THE RULE OF LAW IN THE CONTEMPORARY TAX SYSTEM CONTEXT

Summary

Successful functioning of a legal system is a precondition necessary for establishment of a legal state and the rule of law, as two basic political and legal ideals of a democratic society. The rule of law, as the key factor in functioning of the society and economy, provides the framework for social and economic development.

Globalization imposes intense integration processes for the countries that wish to be part of the modern world. The most important aspect of globalization lies in high mobility of people, capital, goods and services, which also leaves

31 X. Хрустић, *нав. дело*, стр. 217–220.

a mark on modern taxation. In such circumstances it is more difficult to employ taxes in the economy. The problems tax authorities are faced with range from complex legal cross-border tax planning to deliberate concealment of income and assets in tax oasis and illegal tax evasion. For these reasons, an adequate application of tax laws initiates the question of cooperation between tax administrations of different countries. Each of these countries ought to influence tax users and promote the idea of the rule of law in the economy and tax area via institutional, legal and socio-economic measures.

Key words: *economy, the rule of law, taxes, tax evasion, tax cooperation, anti-evasion policy.*

др Томица ДЕЛИБАШИЋ
судијски саветник у Вишем прекршајном суду, Београд

ПОРЕСКИ ПРОПИСИ И ПРЕКРШАЈИ У ПРАКСИ

Резиме

У овом чланку се анализирају важећи порески прописи и прекршајна пракса, са аспекта спорних питања и проблема у примени закона. Закон о пореском поседу се анализира кроз однос са осталим пореским законима. Посебно се анализира блокада рачуна дужника и невлађање пореза и доприноса. Даље се расправља јавни карактер испуњења пореске обавезе по истеку прописаног рока. Посебно је питање јавности претимана доприноса за социјално осигурање, као и питање засијарелости. Анализирају се законске измене које се на то односе. При том се посебно значај бридаје питањима која пракса намеће.

Кључне речи: порески и прекршајни поседу, блокада рачуна, рокови влађања, доприноси за социјално осигурање, засијарелост.

I Међусобни односи пореских прописа

Централни порески пропис је Закон о пореском поступку и пореској администрацији,¹ који регулише посебан управни порески поступак, у односу на општи управни поступак, чије се одредбе такође примењују по питањима која нису друкчије прописна посебним поступком. Није спорно, што се истиче у теорији,² да је однос управног и

1 Службени гласник РС, бр. 80/02, 84/02 – исправка, 23/03 – исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – др. закон, 62/06 – др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 и 53/10.

2 Дејан Поповић, *Пореско право*, Београд, 2009, стр. 24.

пореског права однос општег и посебног, али нас овде интересује однос овог општег пореског закона са другим пореским законима. Општост овог закона је исказана одредбама чл. 2 и 2а, да се примењује на све јавне приходе које наплаћује Пореска управа, ако другим пореским законом није друкчије уређено, па да се то односи на порез и споредна пореска давања које на основу закона наплаћује јединица локалне самоуправе. Овај закон је по наведним питањима *lex specialis*, што се види и из одредбе члана 3, да ако је другим законом питање из области коју уређује овај закон уређено на друкчији начин, да се примењују одредбе пореског закона.

На овај начин је Закон о пореском поступку општи у односу на друге пореске законе, као што су Закон о порезу на додату вредност,³ Закон о акцизама,⁴ Закон о фискалним касама,⁵ Закон о порезу на добит правних лица⁶, Закон о порезу на доходак грађана,⁷ Закон о порезима на имовину,⁸ Закону о доприносима за обавезно социјално осигурање.⁹

Ово не значи да је однос ових пореских закона увек довољно јасно исказан, посебно са становишта овлашћења за подношење прекршајног захтева, застарелости прекршаја из појединих закона и тако даље. Овде ће пак бити речи по неким спорним а значајним практичним питањима.

У теорији се истиче,¹⁰ да порез представља облик јавних прихода, а да ту спадају и други јавни приходи (таксе, доприноси, накнаде, новчане казне и тако даље), међутим, видећемо да је појам доприноса за социјално осигурање споран са овог аспекта, посебно са аспекта порескопрекршајног поступка.

Закон о буџетском систему је ван ових разматрања, јер контролу примене не врши Пореска управа, већ буџетска инспекција, али за је у њему јасно речено што није у другим наведеним законима, наиме када

3 Службени гласник РС, бр. 84/04, 86/04, 61/05 и 61/07.

4 Службени гласник РС, бр. 22/01, 37/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05 – др. закон, 61/07, 5/09, 31/09 и 101/09.

5 Службени гласник РС, бр. 135/04. Према члану 42 надзор над применом закона врши Пореска управа и министарство трговине, али је питање када је који од њих овлашћени подносилац прекршајног захтева, да ли када било који од њих открије прекршај и без обзира о ком се прекршају ради.

6 Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 43/03, 84/04, и 18/10.

7 Службени гласник РС, бр. 24/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 – исправка, 31/09, 44/09 и 18/10.

8 Службени гласник РС, бр. 26/01, 45/02 СУС, 80/02, – др. закон, 135/04, 61/07 и 5/09.

9 Службени гласник РС, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 7/2008, 5/2009 и 3/10.

10 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 3.

се у члану 104 каже да захтев за покретање прекршајног поступка подноси буџетска инспекција, служба за буџетску инспекцију аутономне покрајине и служба за буџетску инспекцију јединице локалне самоуправе. Једино може бити споран однос међусобних овлашћења различитих подносилаца захтева.

Која су најзначајнија практична спорна правна питања?

II Блокада рачуна и неплаћање пореза и доприноса

Код привредних субјеката који отежано послују и нису ликвидни поставља се питање од каквог је правног значаја чињеница да је пореском обвезнику био блокиран рачун у време доспелости плаћања законске обавезе, а блокада је настала на основу принудне наплате коју спроводи Народна банка Србије, Одељење за принудну наплату. Наравно, то се питање не поставља када је у питању само несолвентност, недостатак ликвидних средстава, што обвезници називају блокадом рачуна, а о томе се не ради, нити се о томе увек у пракси довољно води рачуна и ове две ситуације се неоправдано мешају.¹¹ Овде се ради о блокади као акту којим се забрањује располагање средствима до намирења одређене обавезе. Карактер и значај тог акта нас интересује.

Код овог питања последњих година значајну улогу игра правни став бившег Врховног суда Србије, изражен прво у пресуди Узз. 30/05 од 28.12.2005. године,¹² поновљен у пресуди Узз. 4/07 од 16.05.2007. године. Ради се о ставу да чињеница да је рачун окривљених био блокиран у критично време јесте околност која искључује његову прекршајну одговорност, у првом случају за прекршај из члана 60 став 1 тачка 13 Закона о порезу на додату вредност, а у другом случају прекршај из члана 72 ст. 1 и 2 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање.

У овим ставовима Врховног суда се полази од тумачења одредби чл. 47 и 48 Закона о платном промету,¹³ да је погрешно тумачење Пореске управе да су окривљени својим пословањем довели себе у ситуацију да им рачун буде блокиран. Наиме, суд истиче да код блокаде рачуна у поступку принудне наплате постоји фактичка и правна немогућност плаћања, јер је Законом о платном промету изричито забрањено плаћање пореских и других обавеза блокираног правног лица, осим на-

11 У пракси се некада уважавају и наводи да се ради о блокади рачуна, под шта обвезници мисле на недостатак средстава, а нема доказа о принудној блокади у поступку извршења другог потраживања.

12 Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2006, стр. 85.

13 *Службени лист СРЈ*, бр. 30/02, 5/03, *Службени гласник РС*, бр. 43/04, 62/06, 111/09.

плате потраживања због којих је извршена блокада рачуна, у конкретним случајевима за извршење меница и кредитних обавеза дужника због којих је покренута принудна наплата.

Као што се види, у једном случају се ради о неплаћању пореза на додату вредност, у другом случају о неплаћању доприноса за обавезно социјално осигурање, што када се широко примени у својој укупности, у ком правцу пракса све више иде, доводи до озбиљних фискалних проблема и нелогичности, толерише се пословна недисциплина, а доводе се у питање и права радника којима се не плаћа обавезно социјално осигурање на исплаћене зараде. У пракси¹⁴ је овај случај примењен и на непоступање по решењу инспектора којим је наложено да се отклоне утврђене повреде, тако што ће се радницима исплатити неисплаћене зараде – прекршај из члана 274 став 1 тачка 18 Закона о раду.¹⁵ То све актуелизује значај питања, па и потребе анализирања или чак преиспитивања ставова о којима је реч, без обзира што све две цитиране пресуде Врховног суда Србије донете по захтевима за заштиту законитости.

На овакве одлуке, ако се окривљени првостепено ослободе кривице, обично жалбе улаже Пореска управа, која има став да блокада пословног рачуна није околност која искључује одговорност и не утиче на постојање прекршаја, јер порески прекршај чини порески обвезник који остварује приходе и који је дужан да обезбеди измирење пореских обавеза у складу са позитивним законским прописима. Чини се да став није без логике и треба га озбиљно узети у обзир, односно размотрити све аспекте проблема.

Ако се пође од тога да је блокадом рачуна дужнику забрањено да врши плаћања са рачуна, пре извршења обавезе због које је рачун блокиран, мора се имати у виду и да се блокада рачуна отклања измирењем обавезе због које је рачун блокиран, а та је обавеза на закону заснована. Плативши обавезе због којих је рачун блокиран, дужник може да плаћа и друге обавезе. Зато блокада рачуна не значи апсолутну немогућност плаћања, већ се ради о приоритету плаћања, а ствар се опет своди на недостатак средства дужника, као резултат његовог пословања.

Отуда би се изнети ставови Врховног суда могли разумети, ако би се радило о краткорочном прекорачењу рокова плаћања пореских обавеза, а утврди се да је то резултат тадашње блокаде рачуна, као и да је дужник убрзо измирио те обавезе и уједно пореске обавезе. Уколико блокада дуже траје, а уједно су и рокови плаћања пореских обавеза дуже прекорачени, мора се имати у виду да је то све резултат половања

14 Виши прекршајни суд Београд, Прж. 7898/10 од 23. јуна 2010. године.

15 *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09.

обвезника и његове лоше солвентности, односно недостатка платежних средстава. За дужу блокаду рачуна, иако је учињена у поступку принудне наплате, крив је управо дужник, односно обвезник, јер га нико не спречава да плати обавезе због којих је рачун блокиран, па потом и остале доспеле обавезе.

Рекосмо да блокада рачуна ради намирења потраживања суштински значи приоритно плаћање, али ту је још и већи проблем наведених ставова Врховног суда, ако се има у виду члан 47 Закона о платном промету, који говори о таквим проритетима, односно редоследу принудне наплате, где чак пореска давања имају приоритет.

Према члану 47 цитираног закона, принудна наплата с рачуна клијента врши се са свих рачуна клијента код банака на којима он има средства, и врши се на основу:

„1) извршних решења пореских, царинских и других надлежних органа – према времену пријема;

2) извршних судских решења, других извршних наслова, законских овлашћења – према времену пријема;

3) налога поверилаца на основу доспелих хартија од вредности, меница или овлашћења које је дужник дао својој банци и свом повериоцу – према времену пријема.

Принудна наплата се врши према редоследу из става 1 овог члана.

Повраћај средстава утврђен у члану 31 овог закона има приоритет у односу на наплату на основу налога из става 1 овог члана.“

Ако се има у виду редослед у ставу 1 цитираног члана, под тачком 1 су извршна решења пореских, царинских и других надлежних органа – према редоследу пријема. Не би могле да се приоритетно намирују обавезе под тачком 3 наиме налози поверилаца по основу доспелих хартија о вредности, меница или овлашћења које је дужник дао својој банци и свом повериоцу – према времену пријема.

То је супротно цитираним пресудама Врховног суда, где се наводи да обвезник није могао да изврши плаћање пореза на додату вредност, нити доприноса за обавезно социјално осигурање, а због тога што му је код блокаде рачуна забрањено да врши плаћања осим за извршење обавезе због које је рачун блокиран, у конкретном случају, како у пресудама пише, „осим за извршење меница и кредитних обавеза дужника због којих је покренута принудна наплата“. Суд се позива на члан 48 став 8 Закона о платном промету, у коме је наведено то правило, али се нема у виду претходни члан 47 и у њему наведено, где пореске обавезе имају приоритет, управо у односу на те обавезе, наиме обавезе из тачке

1 имају проритет у односу на обавезе из тачке 3 члана 47 цитираног закона. Пореска решења чак имају приоритет у односу на судска решења, која се наводе у ставу 2 члана 47 Закона о платном промету.

Не верујемо да НБС Одељење за принудну наплату нема у виду члан 47 Закона о платном промету, а то уједно значи да би обвезник морао имати доказ да је покушао плаћање пореских обавеза и да му то није дозвољено, налог није извршен, а то се у пракси не догађа, што би га једино могло ослободити одговорности. Дешава се да порески обвезници истичу да су сва средства која су пристизала на рачун коришћена за плаћање обавеза због који је рачун блокиран, али не и да су дали налог за плаћање пореских обавеза који није извршен због наведеног. У пресуди Врховног суда Узз. 4/07 која је цитирана, наводи се да НБС „блокира све динарске и девизне рачуне дужника, и то без обзира што дужник на њима има већу суму новца од дужног износа блокаде“. Ово није логично, јер би то уједно значило да има новца да се намири то потраживање, па да нема ни потреба за даљом или уопште блокадом. С друге стране, ако је раније постојало овакво фактичко стање, као подлога за став, то стање може да се измени и то проузрокује испитивање актуелности става.

Ово су питања о којима је, према мом мишљењу, потребан став Врховног касационог суда, имајући у виду значај и актуелност питања, као и да ниже судске инстанце у правилу нису у стању да креативно одступе од пресуда виших инстанци, па и бивших судова, већ их аутоматски преузимају, без улажења у ризик да неки став не буде прихваћен.

III Карактер испуњења пореске обавезе по истеку прописаног рока

Испуњење пореских обавеза везује се за одређене рокове, па се бројни прекршаји састоје у неиспуњењу обавезе о року, односно испуњењу по протеклу рока. С друге стране, Закон о прекршајима¹⁶ у члану 44 прописује опомену, која се по ставу 1 изриче ако постоје околности које у знатној мери умањују одговорност учиниоца, тако што се може очекивати да ће се убудуће клонити вршења прекршаја и без изрицања казне. Опомена се према ставу 2 „може изрећи и ако се прекршај огледа у неиспуњавању прописане обавезе или је прекршајем нанесена штета, а учинилац је после покретања поступка, а пре доношења пресуде испунио прописану обавезу, односно отклонио или надокнадио нанесену штету“.

16 Службени гласник РС, бр. 101/2005, 116/2008, 111/2009.

Овде се у пракси поставља питање, да ли се под „неиспуњење прописане обавезе“ може подводити неиспуњење плаћања пореских обавеза о року, тим пре што о року не говори цитирана одредба члана Закона о прекршајима. Сматрамо да не може, јер би то значило негирање бића прекршаја, код којег је битно да се пореска обавеза изврши о року, а не да се она уопште изврши, па да је свеједно што је то учињено по протеклу прописаног рока. Потивно тумачење би значило да се толерише плаћање пореских обавеза и након законских рокова, о то све до доношења пресуде о прекршају, а то није логично и има значајне фискалне последице. Тиме би била негирана суштина прописивања прекршаја који санкционишу неплаћање пореза о року, а то се у пракси догађа. То не значи да нема правног значаја да ли је обавеза уопште извршена, нити колико је рок прекорачен.

У вези наведеног је члан 1826 Закона о пореском поступку и пореској администрацији,¹⁷ где је прописано:

„Против лица које учини радњу, односно пропуст, који се сматра пореским прекршајем из члана 177, члана 179 став 1 тач. 2б и 3 и став 3 у вези са ставом 1 тачка 3 тог члана, као и члана 180 тач. 5 и 6 овог закона, неће се подносити захтев за покретање прекршајног поступка нити ће му се изрећи казна за прекршај ако то лице, пре предузимања било које радње пореског органа у вези учињене радње или пропуста, односно пре отпочињања пореске контроле или подношења захтева за покретање прекршајног поступка, самоиницијативно пријави учињену радњу, односно пропуст и истовремено плати дуговани износ пореза увећан за обрачунату камату из члана 75 ст. 1 и 2 овог закона.“

Не само да се ради о појединим прекршајима, већ се уочава битна разлика између ове одребе Закона о пореском поступку и опомене по члану 44 Закона о прекршајима. Код Закона о пореском поступку потребно је да се пореске обавезе изврше пре предузимања било које радње пореског органа, контроле или подношења прекршајног захтева, као и да се при том самоиницијативно плати не само дуговани износ већ и камата прописана за прекорачење рокова. Напротив, за опомену је битно да је обавеза испуњена пре доношења пресуде, па ако би се тај пропис применио на прекорачења рокова плаћања, тиме би био анулиран значај и суштина Закона о пореском поступку. Закони се не могу тумачити као да су у супротности, већ доводити у међусобну логичну везу. Овде нема услова за тумачење да су закони у супротности, већ се не ради о истим стварима. Једноставно, испуњење пореске обавезе по протеклу рока, у чему је биће кажњиве радње, није испуњење прописане обавезе коју има у виду члан 44 став 2 Закона о прекршајима, ако

17 Донет законским изменама и допунама из *Службеној гласника РС*, бр. 53/2010.

нису испуњени услови из Закона о пореском поступку. Ово тим пре није коректно тумачење, ако се по овом основу опомена „може изрећи“, дакле не мора, то није законски имеператив, па се не може негирати изричита другачија одредба другог закона, код кога је испуњење обавезе о року значајно фискално питање, односно питање дисциплине плаћања, како је и формулисано. Ако прекршајни поступак буде покренут касније, па и дуже траје, а порески прекршаји апсолутно застаревају за десет година, испуњење обавезе по протеклу рецимо више од годину и више дана од настанка обавезе значило би испуњење услова за опомену, што је суштински једнако опросту, непостојању кажњиве радње, у чему је нелогичност. Дужина трајања прекршајног поступка тако иде у корист окривљеном, доводи до опомене неправилним тумачењем Закона о прекршајима, дакле независно од времена прекорачења рока плаћања. Напротив, време прекорачења рока плаћања мора бити одлучно, па ако би рок био мање прекорачен (дакле само тада), уместо опомене, која отпада као могућност, имало би могућности да се размотре услови за ублажавање казне по члану 40 Закона о прекршајима, где се тражи да прекршајем нису проузроковане теже последице, а да постоје олакшавајуће околности које указују да ће се и благом казном постићи сврха кажњавања. И да нису уследиле цитиране измене Закона о пореском поступку, то би било логично, дакле и пре тога и независно од тога, ако се има у виду правна природа прекршаја који санкционише прекорачење рока плаћања. О овоме пракса мора да поведе рачуна, да не буде нелогичних решења.

IV Доприноси за социјално осигурање и застарелост прекршаја

Спорно може бити, шта обухвата појам прекршајног поступка за пореске прекршаје, о чему говори члан 114б Закона о пореском поступку, кад прописује дуже рокове застарелости (пет година), односно појам „прекршајног поступка за пореске прекршаје“, када у члану 160 тачка б прописује надлежност Пореске управе за подношење захтева за покретање прекршајног поступка (уместо покретања и вођења како је било по ранијем пропису док ову надлежност нису преузели прекршајни судови). Наиме, спорно је да ли тај појам обухвата доприносе за обавезно социјално осигурање (пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање, осигурање за случај незапослености) који се плаћају по Закону о доприносима за обавезно социјално осигурање. Ово је посебно од значаја због оцене прописаности дужих рокова застарелости за прекршаје неплаћања доприноса за социјално осигурање, наиме да ли

цитирани члан 114б обухвата доприносе о којима је реч. Ако се има у виду појам пореза из члана 2 Закона о пореском поступку, да се односи на све јавне приходе које наплаћује Пореска управа, под јавне приходе и по члану 2 тачка 14 Закона о буџетском систему,¹⁸ да су јавни приходи и средства за обавезно социјално осигурање, произлази да су доприноси појмовно обухваћени. Међутим, Пореска управа по члану 69 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање врши контролу обрачунавања и плаћања доприноса, а плаћање се врши организацијама обавезног социјалног осигурања. Не ради се о приходу који наплаћује Пореска управа, о чему говори члан 2 Закона о пореском поступку, када каже да се так закон примењује на „све јавне приходе које наплаћује Пореска управа“. Ту и јесте проблем, јер према овој формулацији, ако доприносе не наплаћује Пореска управа, већ само врши контролу, поставља се питање да ли су доприноси обухваћени на почетку цитираном формулацијом члана 114б и појмом пореског прекршаја. Питање је да ли се ове опште одредбе о порезима односе на доприносе, по питањима која нису изричито регулисана Законом о доприносима. Пореска управа је донедавно водила поступке за прекршаје из Закона о доприносима, а кад је ова надлежност прешла на прекршајне судове, по члану 69. тог закона је овлашћени подносилац прекршајног захтева, иако то ту сасвим јасно не пише када се говори о овлашћењима вршења контроле. Отуда је споран појам поступка за пореске прекршаје, те да ли он обухвата доприносе. Поступак за пореске прекршаје, док га је водила Пореска управа се могао везивати за тај појам, сви прекршаји за које је била надлежна Пореска управа су били порески прекршаји. Стање се мења са преласком надлежности на прекршајне судове, а отвара се питање да ли из овлашћења Пореске управе да подноси прекршајне захтеве произлази да се ради о општем појму пореских прекршаја. Проблем је што доприносе не наплаћује Пореска управа, а Закон о пореском поступку говори да се он примењује на приходе које наплаћује Пореска управа. Ово произлази ако се прописи стриктно тумаче. Проблем је и што Закон о доприносима чак изричито не каже да контролна функција Пореске управе по питању доприноса значи овлашћење за подношење захтева за прекршајни поступак, већ се то у пракси на изванредан начин подразумева.

Може се закључити да Закон о доприносима треба да јасније регулише, с једне стране, овлашћења Пореске управе као подносиоца прекршајног захтева,¹⁹ као и да се у овом закону изричито предвиди да ови прекршаји застаревају у дужем од општег (краћег) рока застарело-

18 Сл. гласник РС, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010.

19 То може бити недостатак још неких закона.

сти, наиме да се поступак не може покренути ако протекне пет година од дана када је прекршај учињен.

Ово прописивање дужег рока застарелости би било у складу са чланом 76 став 5 Закона о прекршајима, да се за прекршаје из области царинског, спољнотрговинског, девизног пословања, јавних прихода и финансија, промета робе и услуга, животне средине и ваздушног саобраћаја може „посебним законом“ прописати дужи рок застарелости гоњења.²⁰

О застарелости поступка за пореске прекршаје говори члан 1146 Закона о пореском поступку, да се поступак не може покренути ако протекне пет година од дана када је прекршај учињен. Одреба о застарелости није иза казних одредби овог закона, како је у другим законима, већ се налази у средини закона, где се говори о облицима престанка пореског дуга уопште. Отуда се не ради о застарелости прекршаја само из овог закона, већ на застарелост прекршаја регулативе свих јавних прихода, како је то цитирано у члану 2 наведеног закона. Из већ наведених разлога споран је Закон о доприносима, у вези са тиме. Дакле, одредба о застарелости из Закона о пореском поступку тиче се Закона о порезу на додату вредност, Закона о акцизама, Закона о порезу на добит правних лица, Закона о порезу на доходак грађана, Закона о порезима на имовину, Закона о порезу на употребу, држање и ношење добара, а отворено је питање Закона о доприносима. Закон о буџетском систему је питање прекршајне застарелости посебно регулисао у члану 104, да се поступак не може покренути по протеку рока од три године²¹ од дана када је прекршај учињен, док је тај рок пет година за пореске прекршаје.

У Законске измене о застарелости из 2010. године

Према члану 1146 Закона о пореском поступку, који је ступио на снагу са измена и допунама из *Службеног гласника РС*, број 53/10, уводи се јединствен рок застарелости за пореске прекршаје, пет година за покретање поступка, односно 10 година апсолутни рок застарелости по Закону о прекршајима, као то дрвоструко време.

Пре тога је постојало законско решење, да је општи рок покретања прекршајног поступка за пореске прекршаје три године, а пет година

20 Потребно је оценити потребу прописивања ових дужих рокова још код неких прекршаја, јер неоправдано већи број прекршаја застари, ако дође до укидања преуде и поновног поступка.

21 То је и рок застарелости царинских прекршаја, по члану 305 Царинског закона (*Службени гласник РС*, бр. 18/2010), коју одредбу деценијски садрже претходни царински закони.

за поједине пореске прекршаје, односно дужи рок је био „ако порески обвезник не поднесе пореску пријаву, у складу са законом, као и у случају избегавања плаћања пореза.“ Посебно је нејасно било који су то прекршаји који потпадају под избегавање плаћања пореза, јер се то могло рећи практично за све пореске прекршаје, иако они имају различита бића.

Напуштено је и законско решење, да застарелост права на покретање прекршајног поступка тече од првог дана наредне године од године у којој је прекршај учињен, као и да у случају неподношења пореске пријаве и избегавања плаћања пореза тече од дана када је прекршај учињен. Нелогично је и било да за прекршаје са краћим роком застаре (три године), којима је на тај начин придаван мањи значај, застарелост је текла од првог дана наредне године, чиме им је придаван већи значај. С друге стране, решење да застарелост тече од почетка наредне године у односу на годину у којој је прекршај учињен било је у директној супротности са Законом о прекршајима, јер је безизузетно правило (члан 76), да застарелост тече од дана када је прекршај учињен.

Поред тога, поставља се питање који су то порески прекршаји застаревали у року од три године, краћем року у односу на садашњи рок од пет година, јер је ранији пропис био блажи за учиниоца и њега треба применити на случајеве из периода важења ранијег закона по овом питању. Код наведених нејасноћа, на то питање није једноставно одговорити, осим ако се нема у виду све што је предмет овог текста. То говори да су постојала неусклађена и нејасна законска решења, а да их и даље треба примењивати расправљајући раније прекршаје.

VI Још неке значајне законске измене из 2010. године

Измене Закона о пореском поступку из 2010. године тичу се још неколико значајних концепцијских питања. Изменом члана 2 који се односи на облике јавних прихода и где су регулисане камате и до тада трошкови порескопрекршајног поступка, те брисањем у члану 83 ставова 6 и 7 наведеног закона, овај закон се више не примењује на трошкове поступка, већ се примењује Правилник о накнади трошкова у судским поступцима,²² а до тада је важио пропис да трошкове порескопрекршајног поступка одређује Пореска управа у висини од 5% од износа новчане казне. Ово је значајна измена, нарочито код високих новчаних казни. Осим тога, изменом члана 2 у делу који се тиче камата, предвиђено је да се закон примењује и камате по основу доспелог,

22 Службени гласник РС, бр. 53/2003.

а неисплаћеног пореза и трошкове поступка принудне наплате пореза. Дакле, камата се више не плаћа на новчане казне.

У пракси се поставило питање да ли се на ове законске измене пази по службеној дужности, посебно трошкове поступка, имајући у виду одредбу члана 241 став 1 тачка 2 Закона о прекршајима, о границама испитивања првостепене одлуке по службеној дужности, наиме да ли је у вези члана 235 на штету окривљеног повређено материјално право, што се по изричитој законској одредби односи на то да ли је одлуком о казни прекорачено овлашћење које судија има по закону (тачка 5 члана 235), а изричито се не наводе трошкови поступка. Трошкови поступка су пратећа ствар поступка, зависе од сложености и трајања поступка, али су код пореских прекршаја по *lex specialis*-у били везани за казну и њену висину, тиме пратећи њену судбину, па је логично да се о овоме, као и укидању камата на казне, води рачуна по службеној дужности. Измене о којима је реч треба применити као важећи пропис у време доношења другостепене одлуке, а на њих се окривљени није могао позвати ако нису постојале у време изјављивања жалбе. У противном се закон тумачи на штету окривљеног и то не би било правично нити адекватно решење.

Значајна законска измена тиче се обавеза пореског обвезника да по чл. 25 и 28 Закона о пореском поступку, поднесе Пореској управи пријаву за регистрацију и све касније измене података у пријави. Наиме, сада се та обавеза не односи на обвезнике за чију је регистрацију, односно упис у регистар, надлежна Агенција за привредне регистре. Ако Агенција подноси Пореској управи ову пријаву, то се паралелно не тражи од пореског обвезника, нити се окривљени кажњава због неподношења пријаве и података о којима је реч.

Треба нагласити и питање одлагања плаћања пореског дуга, те измену да надлежни орган може, на писмени и образложени захтев пореског обвезника над којим се спроводи реорганизација, у складу са законом којим се уређује стечај, одобрити одлагање плаћања пореског дуга у једнаким ратама до 60 месеци, уз могућност коришћења одложеног плаћања за првих 12 месеци.

VII Закључне напомене

Посебан порески управни и прекршајни поступак захтева посебност законске регулативе, која треба да буде међусобно усклађена и компатибилна, што она у основи јесте. Међутим, поједина питања која се тичу пореског прекршајног поступка стварају одређене дилеме, чему доприносе и законске непрецизности, али и неадекватна тумачења.

Чињеница принудне блокаде рачуна дужника, који је уједно порески обвезник, отвара питање приторта наплате пореских обавеза, као и испитивање ставова о овоме. Дужа блокада рачуна, када је забрањено располагање до намирења неког потраживања, говори о недостатку средстава дужника и пореског обвезника, што је резултат успешности његовог пословања.

Испуњењем пореске обавезе по протеку рока не отклањају се последице неблагоприятног плаћања, па није добра казнена политика изрицање опомене у овим случајевима, што не значи да се тада не може применити институт ублажавања казне.

Постоји потреба прецизирања неких законских решења, као што је питање застарелости прекршаја неплаћања доприноса за социјално осигурање, овлашћења подносиоца прекршајног захтева, те у вези са тиме разграничења контролних функција различитих органа.

Tomica DELIBAŠIĆ, PhD

Judicial Advisor to the High Magistrate Court, Belgrade

TAX REGULATIONS AND VIOLATIONS IN PRACTICE

This article analyzes the current tax laws and violating the practice, in terms of issues and problems in applying the law. Law on tax procedure is analyzed through the relationship with other taxation laws. Through the paper the author discusses blocking of debtor's account and non-payment of taxes and contributions. He further discusses the legal nature of the fulfillment of tax liability after the due date. The issue of the legal treatment of social security contributions, and the question of limitation. It analyzes the legal changes that relate to it. Special importance is given to issues that the practice imposes.

Key words: *tax and misdemeanor proceedings, block accounts, payment terms, contributions to social insurance, obsolescence.*

др **Брайислав СТАНКОВИЋ**
доцент, Државни универзитет у Новом Пазару

др **Драјан ДЕМИРОВИЋ**
виши порески саветник, Deloitte д.о.о., Београд

ИСПЛАТА И ОПОРЕЗИВАЊЕ ЛИКВИДАЦИОНОГ ВИШКА

Резиме

Аутори доказују да само власници привредних друштва могу остварити право на исплату ликвидационог вишка. Сходно томе, по основу исплате ликвидационог вишка опорезивању би требало да буду изложени само власници ликвидираних привредних друштва. Такође, уједноправно посматрано, уобичајено је да се исплата ликвидационог вишка подвргава правилима за опорезивање капиталног добитка (разлика између износа исплаћеног ликвидационог вишка и набавне цене власничког удела) или по правилима за опорезивање дивиденде (разлика између износа исплаћеног ликвидационог вишка и капитала уложеног у привредно друштво). У Србији су нарушена оба наведена правила. Ликвидациони вишак се опорезује као капитални добитак, а основица за опорезивање се утврђује по правилима за дивиденду. Поред наведеног, као порески обвезник одређено је привредно друштво које се ликвидира а не његови власници. Овакав порески третман, према мишљењу аутора, може имати значајне пореске последице, као што су умањење пореских прихода, двоструко опорезивање и неправичан распоред пореског терета.

Кључне речи: ликвидациони вишак, капитални добитак, дивиденда, порез на добитак привредних друштва, порески терет.

I Право на исплату ликвидационог вишка

Право на исплату ликвидационог вишка имају чланови привредног друштва (ортаци, командитори, комплементари, чланови друштва са ограниченом одговорношћу и акционари) из имовине привредног друштва која преостане након измирења поверилаца и других потраживања.¹ Сходно томе, право на исплату ликвидационог вишка је условно и постоји само ако након измирења свих поверилаца привредног друштва и свих трошкова ликвидације преостане имовина за исплату члановима.² Чланови привредног друштва остварују право на исплату ликвидационог вишка у складу са законским одредбама којима се уређује приоритет у исплати и висина ликвидационог вишка који се исплаћује појединим категоријама чланова привредних друштава.³

У складу са наведеним може се закључити да право на исплату ликвидационог вишка могу остварити искључиво чланови привредног друштва које престаје да постоји и да то право не може остварити лице које нема својство члана привредног друштва које престаје да постоји. Такође, потпуно је јасно да приход по основу исплате ликвидационог вишка остварује члан привредног друштва коме је ликвидациони вишак исплаћен.

Како ћемо у наставку реферата видети, наведена компанијска правила, упоредноправно посматрано, представљају основицу за одређивање пореског обвезника у погледу исплате ликвидационог вишка.

II Порескоправни третман ликвидационог вишка

1. Одлучујуће чињенице и основна решења – упоредноправни преглед

Ликвидација може проузроковати пореске последице на нивоу: (1) привредног друштва које се ликвидира – опорезивање добити остварене у поступку ликвидације; и (2) власника привредног друштва које се ликвидира – опорезивање по основу исплате ликвидационог вишка. У наставку реферата објаснићемо разлике у порескоправним последицама зависно од тога да ли је привредно друштво које се ликвидира фискално транспарентно или фискално нетранспарентно.⁴

1 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004; даље у фуснотама: ЗПД), чл. 360, ст. 1.

2 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва Србије и ЕУ*, 3. издање, Београд, 2007, стр. 362–363.

3 ЗПД, чл. 360 ст. 5.

4 Наравно, у српском пореском праву овај проблем не појављује се с обзиром на то да не постоје фискално транспарентна привредна друштва. За разликовање између

а) Ликвидација фискално транспарентног привредног друштва

Порескоправне последице ликвидације фискално транспарентног привредног друштва могу зависити од: (1) тржишне вредности средстава која се расподељују члановима фискално транспарентног привредног друштва; (2) врсте средстава коју фискално транспарентно друштво расподељује својим члановима; (3) пореске основице средстава фискално транспарентног друштва; и (4) пореске основице удела које чланови имају у фискално транспарентном друштву. Добит коју у поступку ликвидације оствари фискално транспарентно привредно друштво опорезује се на нивоу чланова као и било која друга добит коју оствари фискално транспарентно привредно друштво. Заправо, основни проблем је у томе да ли се и у којој мери члановима фискално транспарентног привредног друштва може омогућити коришћење права на одложено опорезивање капиталних добитака (енгл. *roll-over relief*) за средства која су примили у поступку ликвидације фискално транспарентног друштва.

Упоредноправно имамо различите приступе овом проблему.

У САД даје се најшира могућност за коришћење одложеног опорезивања капиталних добитака. Наиме, члан фискално транспарентног привредног друштва опорезује се само уколико је износ готовине који је примио у поступку ликвидације друштва виши у односу на пореску основицу удела који је у друштву имао пре ликвидације. Уколико члан уз готовину прима и нека друга средства, пореска основица удела коју је члан имао пре ликвидације умањује се за износ готовине коју је примио, а остатак пореске основице расподељује се на примљена средства у складу са њиховом тржишном вредношћу. Могућност утврђивања губитка постоји само уколико члан у ликвидацији прима искључиво: (1) готовину; (2) залихе робе; (3) потраживања; или (4) комбинацију претходне три категорије средстава. У случају, када се расподела средстава на чланове друштва не врши пропорционално њиховим чланским правима, непропорционални део расподеле третира се као опорезиво отуђење.⁵

Под расподелом средстава фискално транспарентног друштва у Немачкој сматра се повлачењем таквих средстава из пословања и опорезује се, додуше, по сниженој пореској стопи.⁶ Међутим, требало

фискално транспарентних и фискално нетранспарентних привредних друштава видети: Дејан Поповић, *Пореско право*, 3. издање, Београд, 2008, стр. 308–312.

5 Karen Burke, *Federal Income Taxation of Partners and Partnerships*, St. Paul, Minn., 1999, стр. 280–282.

6 Robert Amman (editor), *German Tax Guide*, Neuwied, Kriitel, The Hague, 2001, стр. 111.

би имати у виду да је *пословна* средства фискално транспарентног привредног друштва могуће расподелити члановима тако да се по основу извршеног преноса може користити право на одложено опорезивање капиталних добитака.⁷ Циљ ове повластице је олакшавање преноса пословања у друго привредно друштво или непосредно појединачним ортацима.

У *Француској* се ликвидација фискално транспарентног друштва третира се као опорезив догађај по основу престанка пословања. Неопорезиво се може расподелити само задржана добит фискално транспарентног привредног друштва која је претходно опорезована на нивоу чланова друштва.⁸

б) Ликвидација фискално нетранспарентног привредног друштва

Приликом ликвидације фискално нетранспарентног привредног друштва опорезује се добит коју привредно друштво које се ликвидира остварује у поступку ликвидације. С друге стране, по основу примљеног ликвидационог вишка, чланови фискално нетранспарентног привредног друштва се подвргавају пореском третману предвиђеном за приходе стечене по основу: (1) исплате дивиденде; и/или (2) оствареног капиталног добитка.

Упоредноправно посматрано, постоје различити приступи опорезивању чланова привредног друштва које се ликвидира, а порескоправне последице могу зависити од следећих фактора: (1) постојања односа матично-зависно друштво између привредног друштва стицаоца и привредног друштва које се ликвидира; (2) висине основног капитала привредног друштва које се ликвидира; (3) тржишне вредности и пореске основице средстава која се расподељују у поступку ликвидације; (4) пореске основице акција, односно удела стицаоца у привредном друштву које се ликвидира. У наставку ћемо илустровати основне разлике у вези с опорезивањем чланова фискално нетранспарентног привредног друштва које се ликвидира.

Према *америчким* пореским прописима, приходи које остварује члан фискално нетранспарентног привредног друштва по основу ликвидације друштва третирају се као потпуна исплата члана у замену за акције, односно уделе које је члан имао у друштву. У складу са наведеним ставом, члан по основу ликвидације фискално нетранспарентног привредног друштва може остварити искључиво капитални добитак

7 *Idem.*, стр. 223–224.

8 Ault Hugh, Arnold Brian, *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, The Hague 2004, стр. 344.

или капитални губитак, зависно од постојања разлике између пореске основице коју је члан имао у акцијама, односно уделима, с једне стране, и, тржишне вредности примљене имовине, с друге стране. Капитални добитак или губитак утврђује се за сваку акцију посебно зависно од времена стицања (краткотрочни или дугорочни капитални добитак) и плаћене цене за стицање акције. Привредно друштво које се ликвидира утврђује добит или губитак по основу расподеле средстава члановима у поступку ликвидације, као да су средства отуђена на тржишту по ценама „ван дохвата руке“.⁹ У складу са наведеним правилима, потребно је имати у виду да ли се у поступку ликвидације средства расподељују корпорацијама или физичким лицима. Наиме, корпорације остварују опорезиви капитални добитак у поступку ликвидације, па је препоручљиво пре ликвидације извршити расподелу дивиденди које корпорације могу неопорезиво примити у целисти или делимично. С друге стране, физичка лица опорезују се на целокупан износ примљене дивиденде, а у случају ликвидационе расподеле имају право на неопорезиви повраћај цене по којој су стекли акције, односно уделе, у привредном друштву које се ликвидира.¹⁰

Поред наведеног, требало би истаћи постојање могућности порески неутралне ликвидације. Наиме, у случају ликвидације зависног друштва, могуће је извршити неопорезив пренос средстава матичном друштву које поседује најмање 80% права гласа у зависном друштву и најмање 80% вредности осталих класа капитала које не дају право гласа, под условом да су испуњени додатни услови који се односе на откуп целокупног капитала зависног друштва и период у којем се мора извршити ликвидациона расподела.¹¹

Према *немачком њраву*, привредно друштво које се ликвидира опорезује се на разлику између књиговодствене вредности средства са почетка поступка ликвидације и вредности средстава која се расподељују члановима. На нивоу чланова, у поступку ликвидације примењује се комбиновано опорезивање дивиденде и капиталног добитка. У случају расподеле у природи опорезује се разлика између тржишне и књиговодствене вредности средстава која се расподељују у природи.

Чланови – физичка лица могу се подврћи опорезивању по два основа, и то: (1) *ио основу њримљене дивиденде* – на разлику између вредности средстава која су им расподељена у поступку ликвидације, с једне стране, и улагања у привредно друштво по основу којих су еми-

9 Детаљно, о опорезивању ликвидације фискално нетранспарентних привредних друштва видети: Bittker Boris, Eustice James, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, 6th edition, Boston 1994, глава 10, стр. 5–50.

10 Ault Hugh, Arnold Brian, *нав. дело*, стр. 302.

11 Bittker Boris, Eustice James, *нав. дело*, стр. 50–65.

товане акције, односно удели у привредном друштву; и (2) *по основу оствареној кайшћалној добийка или йрећрйљеној йубийка* – уколико су акције, односно уделе, стекли на тржишту по ценама које су више или ниже од износа улагања по основу којих су емитоване акције, односно удели.¹² Наравно, подразумева се да члан мора имати најмање 1% капитала друштва које се ликвидира, што је према немачком праву општи услов за опорезивост капиталних добитака. У случају када не долази до престанка обављања делатности привредног друштва које се ликвидира могућ је неопорезив пренос средстава у друго привредно друштво или у својину предузетника, уколико стицалац стечена средства уноси у пословне књиге по књиговодственој вредности коју су средства имала у привредном друштву које је ликвидирано. Такође, неопходно је да пореска основица акција, односно удела у привредном друштву које се ликвидира није нижа од књиговодствене вредности средстава која се пренесе; у противном, стицалац се опорезује на износ разлике.¹³

Чланови-фискално нетранспарентна привредна друштва, по правилу, изузимају се од опорезивања капиталних добитака по основу располагања акцијама, односно уделима у другим резидентним или нерезидентним фискално нетранспарентним привредним друштвима. Међутим, наведено правило не примењује се уколико је члан користио могућност да смањење вредности акција, односно удела у другом друштву користи за умањење опорезиве добити, и то у износу за који је умањена опорезива добит.¹⁴

2. Порески третман исплате ликвидационог вишка у Србији

а) Пореска основица

Према српском пореском законодавству привредна друштва опорезују се на добит коју остваре у поступку ликвидације, односно на износ позитивне разлике имовине са краја и са почетка ликвидационог поступка.¹⁵ С друге стране, дефинисано је да се имовина која остане после подмирења поверилаца изнад уложеног капитала (ликвидациони остатак) сматра капиталним добитком,¹⁶ а уколико је наведена имовина мања сматра се да је остварен капитални губитак.¹⁷

12 Robert Amman (editor), *нав. дело*, стр. 102–103.

13 Ault Hugh, Arnold Brian, *нав. дело*, стр. 303.

14 Robert Amman (editor), *нав. дело*, стр. 153–156.

15 Закон о порезу на добит правних лица (*Службени йласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010; даље у фуснотама: ЗПДПЛ), чл. 34.

16 ЗПДПЛ, чл. 35.

17 ЗПДПЛ, чл. 36.

Принципијелно, сматрамо да је погрешно дефинисан карактер дела ликвидационог вишка који превазилази износ уложеног капитала у привредно друштво, односно ликвидационог остатка како га назива законодавац. Наиме, није уобичајено да се капитални добитак по основу отуђења одређеног средства утврђује без узимања у обзир цене по којој је такво средство стечено.¹⁸ Заправо, сматрамо да је српски законодавац режиму опорезивања капиталних добитака подвргао вредност која по својој економској суштини представља дивиденду. Уколико је циљ био да се опорезује капитални добитак који настаје по основу исплате ликвидационог вишка било је потребно дефинисати да се опорезује разлика између исплаћеног ликвидационог вишка и цене по којој су чланови привредног друштва стекли акције (уделе) у привредном друштву.

С друге стране, и за утврђивање капиталног губитка је потребно знати цену по којој је стечено средство по основу чијег отуђења се трпи губитак, па у складу са наведеним није коректна ни дефиниција капиталног губитка у случају када је вредност ликвидационог вишка (ликвидационог остатка) мања од вредности капитала уложеног у привредно друштво.

б) Порески обвезник

Законодавац није изричито одредио лице које остварује капитални добитак (трпи капитални губитак) у поступку ликвидације. Логично би било да су то власници, односно чланови привредног друштва. Наиме, како смо већ навели само чланови привредног друштва могу остварити право на исплату ликвидационог вишка. Такође, једино се за чланове привредног друштва може сматрати да отуђују уделе (акције) привредног друштва у поступку његове ликвидације. Како смо већ објашњавали, упоредноправна пракса у овом погледу је недвосмислена и по основу исплате ликвидационог вишка пореској обавези могу бити изложени само власници привредног друштва које се ликвидира.

Међутим, пракса српских пореских органа је другачија. Наиме, Министарство финансија заузело је став да је привредно друштво које се ликвидира у обавези да на дан окончања поступка ликвидације исказе: „...износ разлике између ликвидационог вишка на крају ликвидационог поступка, односно вредност укупне имовине (новчана средства, учешћа у капиталу и друго) преостале на крају ликвидационог поступка (утврђене у складу са прописима о рачуноводству, МРС и другим релевантним прописима) и вредности уложеног капитала. Овај износ

18 Требало би имати у виду могућност постојања разлике у цени по којој чланови привредног друштва продају своје акције, односно уделе у односу на износ улагања у привредно друштво на основу којег се акције емитују.

*смањра се ујвврђеним кайијалним добийком (кайијалним јубийком) и као шакав, без јоновној ујвврђивања набавне и јродајне цене имовине, уноси у јорески биланс.*¹⁹

Према томе, није само погрешно дефинисан начин на који се опорезује капитални добитак него је погрешно одређен и порески обвезник, односно привредно друштво које се ликвидира опорезује се на приход који никада није остварило нити га може остварити. Непосредна последица овакве примене прописа је то да ће на нивоу привредног друштва које се ликвидира порезом на добит правних лица два пута бити опорезована добит привредног друштва која пре почетка поступка ликвидације није распоређена власницима, као и добит остварена у поступку ликвидације. С обзиром да се расподела дивиденди не опорезује на нивоу привредних друштава која су власници привредног друштва које исплаћују дивиденду, овакав повећан порески терет је коначан.²⁰

С друге стране, наведени пропуст може имати значајне последице и на укупно наплаћене пореске приходе с обзиром на то да на то да порески обвезници могу пребијати своје капиталне губитке само са оствареним капиталним добицима под условима предвиђеним законом,²¹ као и да се износи капиталних добитака које је претрпело привредно друштво које се ликвидира могу бити веома различити у односу на износ капиталних губитака које су претрпели његови власници.

Даље, није потпуно јасно да ли опорезивање капиталног добитка на нивоу привредног друштва које се ликвидира искључује обавезу на плаћање пореза на страни чланова привредног друштва по основу примљене исплате ликвидационог вишка. Изричитих законских одредби у вези са наведеним питањем нема тако да није могуће искључити ризик настанка капиталног добитка по основу исплате ликвидационог вишка у замену за престанак власничких права над привредним друштвом које се ликвидира.

У складу са наведеним сматрамо да би требало законом прецизније дефинисати начин опорезивања исплате ликвидационог вишка. У складу са међународном праксом, као и економском суштином, морало би се јасно дефинисати да по основу исплате ликвидационог вишка пореска обавеза може настати само за лица којима је ликвидациони вишак исплаћен. Такође, требало би прецизно начин утврђивања пореске основице (дивиденда и/или капитални добитак) за лица којима се

19 Мишљење Министарства финансија Републике Србије бр. 430-07-398/2005-04 од 8.11.2005. године.

20 ЗПДПЛ, чл. 25.

21 ЗПДПЛ, чл. 30; Закон о порезу на доходак грађана (Службени јласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 3172009 и 18/2010).

ликвидациони вишак исплаћује како би се избегле негативне последице које могу настати по основу досадашње регулативе и административне праксе у погледу опорезивања ликвидационог вишка.

Bratislav STANKOVIĆ, PhD
Assistant Professor, State University in Novi Pazar

Dragan DEMIROVIĆ, PhD
Tax Advisor, Deloitte д.о.о., Belgrade

PAYMENT AND TAXATION OF A LIQUIDATION SURPLUS

Summary

The authors argue that only owners of companies are entitled to payment of liquidation surplus. Accordingly, only owners of companies could be exposed to taxation on the base of liquidation surplus paid. In terms of taxation, it is common that payment of liquidation surplus is taxed as a dividend (on the amount equal to difference between the amount of liquidation surplus paid and acquisition costs of shares) or/and capital gain (on the amount equal to difference between the amount of liquidation surplus paid and nominal value of shares). In Serbia, both these rules are violated. The liquidation surplus is taxed as capital gains, on the amount which is calculated in accordance to the rules for determining the amount of a dividend. Additionally, the taxpayer is a company which is in a process of liquidation. This tax treatment, according to the authors, may have significant tax consequences, such as reduced tax revenues, double taxation and the unfair distribution of tax burden.

Key words: *liquidation surplus, dividend, capital gain, corporate income tax, tax burden.*

мр *Ивана Б. ЉУТИЋ*

СПОРАЗУМИ О УТВРЂИВАЊУ ЦЕНА УНАПРЕД ИЗМЕЂУ ПОВЕЗАНИХ ДРУШТАВА И ПОРЕСКИХ УПРАВА

Резиме

Улога повезаних друштва на међународном плану, као и број међукомпанијских трансакција, последњих година, знатно се повећала. Тако је и ишћање опорезивања међународних група друштва постало сложеније. У том смислу аутор констатира да су одговори пореских органа на манипулативне трансакције повезаних друштва, до сада били незадовољавајући. У раду су дати преглед и анализа примене традиционалних метода утврђивања цена „ван дохвати руке“, као и закључак да поред примене ових метода, пореске регулативе треба да дојуне своје процедуре. Једна од тих дојуна су споразуми о утврђивању цена унапред, као административни и алтернативни механизам избегавања и решавања спорова везаних за трансферне цене. Аутор такође констатира да се тако елиминисе неизвесности у опорезивању трансакција између повезаних друштва и обезбеђује праведан исход и једнакост пореских обвезника.

Кључне речи: *повезана друштва, трансферне цене, споразуми, пореске власти, правна сигурност.*

I Развој регулативе трансферних цена које се формирају између повезаних друштава

Трансферне цене су цене за трансакције добара, услуга и права интелектуалне својине између повезаних лица – чланица мултинационалне групе компанија, односно између две повезане компаније које су резиденти различитих држава, или између централе и огранка када је централа у једној, а огранак у другој држави.¹ Успостављају се између повезаних друштава приликом промета добара, и нису уговорене на слободном тржишту (најчешће, али не и увек, нису реално постављене и утврђене).² Повезана друштва на међународном терену (мултинационалне компаније, у даљем тексту: МНК) злоупотребљавају политике трансферних цена са главним разлогом осигурања опорезивања добити у оној пореској јурисдикцији, коју оцене најповољнијом са аспекта пореског планирања групе. Пореске власти, са друге стране, настоје да прилагоде цене остварене у тим трансакцијама са ценама у трансакцијама између неповезаних лица – ценама која се слободно формирају на тржишту (цене „ван дохвата руке“).

Савремено међународно пореско право има за један од значајних циљева хармонизацију пореских прописа различитих пореских система и афирмацију начела забране дискриминације и начела неутралности у конкурентским односима, односно у опорезивању међуграничних делатности, где порези примарно не утичу на доношење пословне одлуке.³ Међуграничне активности и њихов раст условљен је порезима и пореским стопама, а развој уклањањем препрека, које могу настати као последица истих. Конкурентска неутралност може бити остварена елиминацијом, или макар ублажавањем међународног двоструког опорезивања.⁴

1 Гордана Илић-Попов, *Пореско право Европске уније*, Службени гласник, Београд, 2004, стр. 167.

2 Ивана Б. Љутић, *Порески и пословни аспекти трансферних цена*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 25.

3 Christoph Tryaskalik (Collaborator, Editor), Eusebio Gonzales (Editor), *International Tax Law*, Aspen Publisher, Aspen, 2006.

4 Феномен међународног двоструког опорезивања означава појаву када се исти објект опорезивања опорезује истим порезом, у истом временском периоду од стране две или више пореских власти, те долази до сукоба две или више суверених пореских држава. Претходно одређивање појма међународног двоструког опорезивања односи се на правно двоструко опорезивање, док је проблем двоструког опорезивања везан за трансферне цене, најчешће, економско двоструко опорезивање, у коме су сви елементи исти, осим елемента идентичности пореског обвезника. Наиме, ради се о два пореска обвезника, која су идентична у економ-

Принцип „ван дохвата руке“ прихватају све земље-чланице ОЕЦД у својим пореским законодавствима, у ситуацијама када треба ускладити добит повезаних компанија са добити независних (неповезаних) компанија у сврхе опорезивања. Најважнији услов манипулације профита МНК је својство повезаности које филијале могу остварити својим статусом као чланице групе.⁵ Разлози одређивања таквих цена могу бити узроковани и спољашњим факторима, попут пословне стратегије компаније, као и различитим мотивима пословања карактеристичним за тај период, нпр. освајања новог тржишта. Трансферне цене, у оквиру пословне политике компаније, могу се у одређеним ситуацијама користити у сврхе избегавања плаћања пореза, односно минимизације пореске обавезе.

Најбољи начин утврђивања да ли су такве цене у складу са условима слободног тржишта јесу управо методе за утврђивање цена „ван дохвата руке“: 1) метода упоредивих неконтролисаних цена, 2) метода препродајне цене, 3) метода цене коштања увећана за уобичајену маржу, 4) метода упоредивих неконтролисаних трансакција, 5) метода упоредивих профита, 6) метода поделе профита, и 7) метода трансакционе нето марже. То су методе које су у употреби у земљама-чланицама ОЕЦД.⁶ У циљу анализе и поређења наших позитивноправних прописа са другим водећим националним законодавствима осврнућемо се на решења дата у Закону о порезу на добит предузећа, Републике Србије. Методе које се користе у Србији код утврђивања цена „ван дохвата руке“ су: упоредиве цене на тржишту, односно, метода коштања увећана за уобичајену зараду, или метода препродајне цене.⁷ Можемо закључити да је у српском законодавству релативно ограничен број метода за утврђивање цена „ван дохвата руке“. Наше законодавство би превасходно морало да унесе нове методе које су настале у пракси утврђивања цена између повезаних компанија, као и додатно усклађивање са правилима ОЕЦД и ЕУ, што може бити један је од начина привлачења страних инвестиција у Србију.

ском смислу, али не и у правном. То су повезана друштва. Дејан Поповић, *Пореско право, ојшии гео*, Цекос ИН, Београд, 2006, стр. 322.

5 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за публикације, Београд, 2005, стр. 421–444.

6 *Practical Solutions for Intercompany Pricing – International Transfer Pricing*, NERA Economic Consulting, (Revised November 2002), 2002 (даље у фуснотама: NERA), стр. 23–24; Robert Feinschreiber, *Transfer Pricing Methods An Applications Guide*, John Wiley & Sons, Inc. Hoboken, New Jersey, 2004, стр. 213–217; Ивана Б. Љутић, *нав. дело*, стр. 170–173.

7 Закон о порезу на добит предузећа (*Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03 и 84/04), чл. 61 ст. 2.

II Увођење и примена споразума о утврђивању цена унапред

У међународном пореском праву последњих година дошло је до нових промена и допуна процедура које спроводе националне пореске власти. Правац промена и допуна процедура у решавању спорова везаних за трансферне цене у САД представљен је још 1991. и модификован 1996. године, кроз закључене „споразуме о утврђивању цена унапред“ (енгл. *Advance Pricing Agreements*) у којима порески обвезник преговара и договара са пореским властима коју ће методологију применити за трансферне цене.⁸ Уколико се споразум закључи, прихваћена методологија постаје обавезна за обе уговорне стране: пореску управу и пореског обвезника. Период примене споразума се одређује самим споразумом и најчешће траје од три до пет година. У зависности од броја пореских јурисдикција које могу истаћи свој порески захтев према компанији која је обавила одређени трансфер другој компанији и/или компанијама (својство повезаности у оквиру МНК), споразуми о утврђивању цена унапред могу бити: 1. једнострани, 2. двострани и 3. вишестрани. Природа споразума зависи од броја укључених пореских власти у поступак закључивања, и резидентних компанија за које се везује обављена трансакција.⁹ Неопходно је истаћи основни недостатак једностраног споразума, који се своди на аутоматско искључење других пореских власти, на чијој територији се налази нека од чланица МНК. Последица таквог искључења је смањење пореског прихода одређене државе и утицај на пореску обавезу интегрисане компаније.¹⁰ Двострани и вишестрани споразуми су поузданији, сигурнији и прецизнији, јер обухватају све пореске обвезнике који се могу везати за контролисану трансакцију, као и све меродавне пореске власти. Њих карактерише већа објективност у утврђивању „глобалне пореске обавезе“ и непристрасност из разлога непосматрања ствари из једног пореског угла. За

8 Први споразуми, налик споразумима о утврђивању цена унапред, настали су још почетком осамдесетих година 20. века. Деведесетих година претрпели су одређена унапређења, допуна и измене због потребе праксе, све већег броја МНК и појаве процеса глобализације. Први двострани споразум које су закључиле САД био је са Аустралијом 1991. године. Покривао је све пословне односе између компаније *Apple Computer* и њене филијале у Аустралији, уско специјализоване за маркетинг. Од тада је примена споразума нагло порасла.

9 NERA, *нав. дело*, стр. 13.

10 Смернице о трансферним ценама за мултинационалне компаније и пореске управе (јул 1995), OECD Publications, Paris, 2001 (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*; даљеу фуснотама: Смернице ОЕЦД), стр. IV-42, 4.130.

пореског обвезника, основна предност споразума је постизање веће извесности за порески третман међудржавних трансакција.

Наиме, наведене процедуре обезбеђују сарадњу пореских власти и пореских обвезника у циљу смањења административних трошкова пореског обвезника и постизању уштеда везаних за рад и ефикасност пореске управе. Ове процедуре, такође, мире супротстављене интересе, с једне стране, компанија да плате што мањи порез – минимизација пореске обавезе (пословни интерес) и, с друге стране, пореских власти у смислу прикупљања прихода од пореза. Предности споразума огледају се у постизању временских уштеда и уштеда трошкова у одређеним случајевима.¹¹ Да би се поменуте уштеде постигле, неопходно је имати мноштво значајних информација везаних за МНК и њене филијале.

Споразуми о утврђивању цена су унапред закључени споразуми између пореске управе и пореског обвезника, у којима се одређују будуће трансферне цене, у одређеном фиксном временском периоду, пре самог трансфера добра/услуге, односно пре уговарања и реализовања контролисаних трансакције, на основу одређених критеријума.¹² Елементи који могу да се промене у међувремену, односно у току важења споразума мењају и сам споразум. То су порески режим, и околности које се везују за пореског обвезника и дату индустрију.

Споразуми се могу односити на сва питања трансферних цена, у смислу свих трансакција између повезаних компанија групе МНК, или се могу односити само на одређене филијале у оквиру групе и њихове међусобне трансфере. Најчешће обухватају будуће трансакције, односно одређивање цена трансакција унапред за одређени временски период, сем у изузетним случајевима када њихова употреба може бити ретроактивна, али само уз сагласност свих страна учесника.

Ratio увођења и примене споразума о утврђивању цена унапред је њихова превентивна функција у решавању проблема трансферних цена. Споразуми које формално иницира и покреће порески обвезник замењују управни и судски поступак решавања спорних питања везаних за трансферне цене. Са друге стране, они могу да буду главно средство решења, када се други механизми покажу као мање корисни или уколико је њихова примена отежана.

11 Принцип минимизације трошкова плаћања пореза је важан у смислу угодности плаћања пореза. Захтев да трошкови намирања и плаћања пореске обавезе буду што мањи има за циљ да не смање могућност обављања пословања компаније. Дејан Поповић, *Наука о њорезима и њореско њраво*, ЦОЛПИ, Будимпешта и Савремена администрација, Београд, 1997, стр. 281–284, 312–317.

12 Смернице ОЕЦД, стр. IV–41, 4.124.

III Извори и анализа поступка „споразума о утврђивању цена унапред“

Смернице ОЕЦД споразуме о утврђивању цена унапред дефинишу као један од административних начина избегавања, односно решавања спорова везаних за трансферне цене. Споразум формално иницира један порески обвезник, отпочињући прво договоре са другим пореским обвезницима – повезаним компанијама, а онда и преговоре са једном и/или више пореских управа. Меродавно национално законодавство може, чак, одредити у својим пореским прописима да међусобни директни преговори пореских управа и пореских обвезника буду искључени, те да се могу закључити само између надлежних пореских власти, у заједничким споразумним поступцима.

Споразуми о утврђивању цена унапред баве се чињеничним питањима која се везују за трансакције пореског обвезника у одређеном, најчешће дужем временском периоду, или само за одређене трансакције. У том смислу, споразуми се разликују од мишљења које може дати министарство финансија, односно пореска управа, на захтев пореског обвезника, јер је у мишљењима садржан одговор правне природе спрам чињеница које је презентирао порески обвезник и најчешће се односе на тачно одређену трансакцију.¹³

Порески обвезник дужан је да прибави и пружи неопходне информације у поступку преговарања са пореском управом. Његов статус у закључивању ових споразума далеко је активнији, него код споразума о избегавању двоструког опорезивања, који закључују државе. Захтев подноси порески обвезник, а пре подношења захтева најчешће се одржава уводни састанак са пореском управом, где се утврђују предности закључивања таквог споразума.¹⁴ Када се споразум закључи, следећа фаза је његово ступање на снагу у оквиру државе потписнице споразума. Задатак пореске управе у овом поступку је осигурање услова да корекција трансферних цена неће бити, уколико порески обвезник поштује услове споразума за одређивање цена између повезаних компанија. Но, такав став не значи да, уколико се околности или саме пословне операције промене, неће доћи до ревизије споразума или можда, чак, и до његовог отказивања. Разлози отказивања споразума могу бити и преварне радње пореског обвезника, погрешно тумачење чињеница у току преговора или непоштовање одредби споразума од стране пореског обвезника.¹⁵ Закључени споразум ствара права за по-

13 Смернице ОЕЦД, стр. IV-43.

14 Смернице ОЕЦД, стр. IV-44.

15 Смернице ОЕЦД, стр. AN-49-AN-52; стр. AN-35-AN-36.

реске обвезнике и правно је обавезујући за све учеснике, односно има приоритет у примени над националним законодавством.¹⁶

Према Смерницама ОЕЦД, споразуми о утврђивању цена унапред разматрају се у оквиру узајамног поступка споразумевања предвиђеног Модел-конвенцијом, кроз позив меродавним/надлежним властима да реше сваку разлику или тешкоћу која се односи на тумачење и примену Модел-конвенције кроз узајамне поступке споразумевања, као и да обаве заједничке консултације у циљу елиминисања двоструког опорезивања у случајевима који нису обухваћени Модел-конвенцијом. Уколико у националном законодавству нема основа за улазак у узајамни поступак споразумевања, који би резултирао закључењем споразума, довољно је постојање било које конвенције о избегавању двоструког опорезивања, која садржи сличне одредбе онима из члана 25 Модел-конвенције. Такав статус би управо могла имати Србија, с обзиром да домаће законодавство не садржи правила о споразумима о утврђивању цена унапред.

Настанак споразума у пракси САД везује се за два случаја, која су се одвијала осамдесетих година 20. века, а односила су се на алокацију профита између америчких компанија и повезаних компанија у Европи и Јапану. Само је General Motors, у циљу избегавања економског двоструког опорезивања, због пословања и постојања повезаних компанија у Европи, закључио 16 писмених уговора (сличних споразумима о утврђивању цена унапред). Тако је приморао европске земље да поштују његову новоразвијену методологију ценовних механизма, који се базира на методи препродајне цене. Други пример који је имао удела у настанку програма споразума односио се на јапанску компанију, када су 1986–1987. године јапанске пореске власти усвојиле процедуру сличну споразумима о утврђивању цена унапред. Међутим, ово су била унилатерална решења, што је био њихов основни недостатак, те су друге земље, изван Јапана, које су евентуално инволвиране у трансакције трансферним ценама, биле искључене из примене ових споразума.

Честе контроле пореских обвезника од стране пореске управе (*IRS*) и велики број спорова у САД, указали су на релативан неуспех традиционалних метода за утврђивање цена.¹⁷ Ефективно администрирање трансферних цена доживело је неуспех, јер су америчке компаније са својством повезаног лица са компанијама које се налазе у другим земљама злоупотребљавале у продуженом периоду трансферне цене за интеркомпанијске трансакције.¹⁸ То је довело до великог губитка при-

16 Д. Поповић, *Пореско право, општи гео*, стр. 352–360.

17 Diane M. Ring, *Inside The United States Apa Program*, April 2006, стр. 5.

18 Одељак 482. америчке регулативе – Алокација прихода и одбитака (*Section 482 – Allocation of Income and Deductions*, Rev. Proc. 2006–9, *Internal Revenue Bulletin*: 2006–2, Section 4 – Section 5).

хода пореских власти САД. Највећи проблем у примени традиционалних метода је постојање, односно непостојање компаративних података и информација о независним, трећим лицима/компанијама, које се налазе ван граница САД. На то се још може додати и околност да друге пореске јурисдикције могу имати другачију перцепцију и анализу адекватне цене пореског обвезника и износа, или дела прихода који припада њима. Потреба за новим процедуралним механизмом у делу трансферних цена, као алтернативним, утемељена је на два фактора.¹⁹ Први фактор је неуспех досадашње комплексне регулативе, која није дала јасне одговоре у већини случајева. Друго, та регулатива је била индивидуални приступ решавању проблема трансферних цена, што је довело до различитих погледа, правне и чињеничне анализе и одређивања различитих, укључених пореских јурисдикција. Насупрот индивидуалном приступу, споразуме можемо окарактерисати као колективан приступ решењу проблема трансферних цена, у коме је координација и сарадња различитих пореских власти важно начело.

На основу података којима располажемо, јасно се уочава тенденција раста закључивања и примене споразума на територији САД. Од 1991. године, извршено је 294 једностраних, двостраних и вишестраних споразума, а поднета су још 492 захтева (пријава) за њихово закључивање. Према годишњем извештају из 2006. године, 75% поднетих захтева за закључење двостраних и вишестраних споразума чека разрешење. Од тога највећи број који аплицира обухвата велике компаније, док се мали порески обвезници ређе одлучују за ове процедуре решења проблема трансферних цена, због великих трошкова ових споразума.²⁰

IV Положај пореског обвезника

Иако смо нагласили да порески обвезник иницира овај поступак, пореска управа не може натерати пореског обвезника да уђе у процес.²¹ Без обзира на иницијацију, порески обвезник доноси одлуку о прихватању споразума и његовом закључивању са пореском службом. Када порески обвезник доноси одлуку о начину разрешења

19 Споразуми о утврђивању цена унапред не искључују примену традиционалних метода за утврђивање цена „ван дохвата руке“, већ их, напротив, укључују у процедуру као једну од саставних компоненти које бирају порески обвезници.

20 Чл. 9.01. *Rev. Proc. 2006-9*, као и одељак 9, који се односи на мале пореске обвезнике и приступ овим споразумима. Доступно на адреси: <http://www.irs.gov/businesses/small/international/article/0,id=97321,00.html>, 16.9.2009. (*IRS First Annual Report on Advance Pricing Agreement; IRS Second Annual APA Report, 2001*), у: NERA, *нав. дело*, стр. 14.

21 Diane M. Ring, *нав. дело*, стр. 46.

проблема трансферних цена, трошковна анализа има великог утицаја. Таксе које се плаћају, да би се закључили споразуми, важан су фактор за пореског обвезника. Поред материјалног аспекта, на споразуме утиче и индустријска грана за коју се везује будућа трансакција, у смислу конкурената, пословне структуре, пословних интереса и ризика, казни и др. Споразуми су свакако јефтинији од каснијих поступака пореске контроле, жалбених поступака и судских спорова.

Можемо закључити да порески обвезници, поред директног учешћа у споразумима, имају и другу улогу. То би био њихов утицај на сам развој ове процедуре, јер они стварају амбијент за доношење нових правила, формирањем новог приступа и тумачења споразума, и константног унапређивања постојећег модела. Једнообразни третман пореских обвезника може бити остварен само у двостраним и вишестраним споразумима. Када би се на глобалном нивоу закључивали само једностранни споразуми, резултати би били различити, јер би свака држава применила своју анализу и свој теоретски поглед. То је и био дугогодишњи проблем између Америке и Јапана, у коме је став америчке пореске управе у поступку примене споразума био да је метода упоредивих профита, у односу на методу поделе профита, више адекватна за однос произвођача/продаваца и дистрибутера.

Ови споразуми су хибридне природе.²² Са једне стране, споразуми су *ex ante* поступак и методологија, који се односе на будуће трансакције и на будуће цене. Представљају решење проблема трансферних цена и повезаних друштава унапред, пре остварених прихода, гарантујући порески третман пореског обвезника. Посматрано кроз аспект усаглашености, споразуми су и *ex post* поступак, који одређује коначни третман пореског обвезника, односно оцењује пореског обвезника и усаглашеност са условима који су постављени у споразуму.

Подједнаку шансу за коришћење ове методологије треба омогућити и малим и великим компанијама. Споразуми треба да буду гаранција да до судског спора неће доћи, уколико сви учесници поштују његове одредбе. За компанију, они су елемент пореског планирања, и фактор на основу кога се вреднује будућа трансакција и пословна операција. Они обезбеђују правно уобличавање дате трансакције и уређују пореско-правни и пословно-економски однос унапред. Транспарентна правила обезбеђују једнакост у пореском третману интегрисаних и независних компанија. Комплетне регулативе са правилима о документацији, као и казнене одредбе, у случају непоштовања правила, или различитих врста злоупотреба, јесу гаранција независним компанијама за истоветним третманом који ће пружити овај поступак.

22 Diane M. Ring, *нав. дело*, стр. 50–51.

Важно питање које се поставља је питање утицаја ових споразума на пореске обвезнике, са аспекта административног терета и решења проблема трансферних цена, са једне стране, као и њиховог ширег, глобалног утицаја на међуграничне економске активности и на оне који нису стране учеснице конкретног споразума, са друге стране.²³ Правила опорезивања компанија треба да обезбеде неутралност у доношењу пословне одлуке о инвестирању.²⁴

V Ефекти „споразума о утврђивању цена унапред“ на учеснике

Ови споразуми важни су за пореску управу, у ситуацијама када између компанија постоје споразуми о међусобној расподели прихода и трошкова и када компаније креирају стратегије везане за пореско планирање, у циљу остваривања што веће добити, а што мањег плаћања пореза. Одређене импликације ови споразуми могу имати на питање поделе прихода који се могу везати за пословање сталне пословне јединице.

Треба истаћи њихов велики значај и у смислу елиминисања економског двоструког опорезивања, чије су последице далекосежне и многобројне.²⁵ Поред тога, споразуми отклањају и проблем неплаћања пореза за повезане трансакције интегрисаних компанија.

Основна предност ових споразума за пореског обвезника је у стварању извесности, као и правне сигурности какав ће бити порески третман трансакција везаних за међудржавни трансфер роба и услуга. Тиме се дефинише његова пореска позиција, као и пореско окружење у коме се може инвестирати. Трошкови пореске контроле могу бити смањени или, чак, елиминисани, ако је споразум поштован. Сем материјалних уштеда, постижу се и временске уштеде. Порески обвезник, за један одређени период одређен у споразуму, има јасно дефинисану методологију утврђивања цена, што је део пословне политике компаније. Пореске управе стичу и добијају информације и знање о пословању МНК и могу лакше одредити порески третман њихових трансакција, као и решити пореска питања везана за међународну трговину. Самим тим, квалитет обављања послова пореске управе расте, а филијале МНК су задовољније услугом.

23 Diane M. Ring, *нав. дело*, стр. 8–15.

24 Економски захтев опорезивања је да порези треба да што мање утичу на пословне одлуке компанија и да нису дисторзивни, односно да не ремете ефикасну алокацију ресурса на тржишту. Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, стр. 276–281.

25 Смернице ОЕЦД, *нав. дело*, стр. IV-45, 4.140.

Према истраживањима ОЕЦД, интересовање за ове споразуме најчешће изражавају велике компаније.²⁶ За мале компаније, овај поступак може бити скуп и дуготрајан, јер је њихов проблем везан за трансферне цене сигурно мањи од корпорација гиганата, као што су МНК. Такође, заинтересована лица за закључење споразума могу бити и порески обвезници који су имали проблеме у самом пословању, а везано за политику трансферних цена, као и неспоразуме са пореским управама или, чак, судске спорове поводом трансферних цена.

У контексту ефеката на учеснике споразума, ове споразуме можемо окарактерисати као „процедурални хибрид, са захтевом администрирања трансферних цена“.²⁷ Положај пореског обвезника у процедури споразума је повољнији, у односу на друге управне и судске поступке. Он је и преговарач, и страна која објективно може да утиче на дефинисање својих пословних и пореских односа. Споразуми укључују различите државе и омогућавају координацију различитих интереса и сигурности решења, али на међународном нивоу.

Статистички посматрано, у САД, број случајева трансферних цена које се решавају на овај начин није велики.²⁸ У већини случајева, споразуми не покривају све обвезникове контролисане трансакције. Друго питање је да ли споразуми могу да оправдају уложена средства владе за њихову реализацију, што зависи од успеха њихове примене и броја решених случајева на овај начин. Према статистици Билтена, мале компаније, односно мали порески обвезници у САД, у 2005. години закључили су 10 споразума о утврђивању цена унапред. Од тога, један двострани и девет једностраних, односно четири нова, и шест обновљених. Ова чињеница говори у прилог тврдњи да се мале компаније ређе одлучују за ове механизме, јер су за њих они скупи и дуготрајни процеси.²⁹ Анализирајући употребу споразума у САД кроз природу односа повезаних компанија, можемо закључити, да су 34 споразума закључиле иностране компаније-мајке које имају филијале у САД, а америчке компаније-мајке са иностраним филијалама 16.

За разлику од англосаксонских земаља у којима су ови споразуми нашли велику примену (пре свега мислимо на САД), искуство осталих земаља-чланица ОЕЦД је знатно мање. Неколико земаља-чланица (Канада, Немачка, Француска, Аустралија, Јапан и др.) примењује ове споразуме, а према мишљењима експерата ОЕЦД очекује се раст примене

26 Смернице ОЕЦД, *нав. дело*, стр. IV–49, 4.153., стр. IV–52–IV–53.

27 Diane M. Ring, *нав. дело*, стр. 26–46.

28 *Internal Revenue Bulletin: 2006–16, 2006–22, Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements*, у: Diane M. Ring, *нав. дело*, стр. 7, 43.

29 *Internal Revenue Bulletin: 2006–16, 2006–22, Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements*, у: Diane M. Ring, *нав. дело*, стр. 110, 111, 114.

овог механизма, с обзиром на постигнут успех у земљама у којима се примењује.

Можемо закључити да су споразуми о утврђивању цена унапред релативно ефикасни, као административни механизам, у решавању проблема интеркомпанијских цена МНК, сагледавајући њихову примену, како код пореских обвезника, тако и код пореске управе.

Mag. Ivana B. LJUTIĆ

ADVANCE PRICE AGREEMENTS BETWEEN THE RELATED COMPANIES AND THE RELEVANT TAX AUTHORITIES

Summary

The role of the subsidiary companies at the international scene and environment, and the number of inter-company transactions in recent years has increased considerably. So the issue of taxation of international business groups became more complex. In this analytical framework, the author concludes that the solutions and models how the national tax authorities handling transactions between the related companies, have so far been unsatisfactory. This paper presents an overview and analysis of the application of traditional methods of price setting at arm's length. The conclusion is that besides the use of these methods, it is necessary to develop further tax regulations as a complementary solution to these tax procedures. One of the proposed improvements to the existing advance pricing agreements on fixing intercompany prices in advance between the related party subsidiaries of the multinationals, to the existing administrative model is a creation of an alternative mechanism aiming to avoid and resolve tax disputes related to transfer pricing. The author also notes that by eliminating the uncertainty over the taxation of transactions between related companies is a way to ensure fair access and equity treatment between the multinationals as taxpayers.

Key words: *related companies, transfer pricing, APA agreements, tax authority, legal certainty.*

Цвјетана ЦВЈЕТКОВИЋ

асистент на Правном факултету Универзитета у Новом Саду

ПРИМЕНА ПРИНЦИПА „ВАН ДОХВАТА РУКЕ“ У ПОРЕСКОМ ПРАВУ

Резиме

Овај рад анализира основна подручја примене принципа „ван дохвата руке“ у пореском праву. Принцип „ван дохвата руке“ подразумева замену цене која је уговорена међу повезаним лицима, ценом која би била уговорена између неповезаних лица, на отвореном тржишту, под истим или сличним околностима. Овај принцип се јавља као један од кључних појмова у вези са трансферним ценама и као мера у борби против утањене капитализације. У раду је указано на основне предности и недостатке овог принципа, његове алтернативе, као и разлоге за његову недовољну афирмацију у српском пореском праву.

Кључне речи: принцип „ван дохвата руке“, трансферне цене, утањена капитализација.

I Уводна разматрања

Принцип „ван дохвата руке“ (енгл. *arm's length principle*) има своју примену у области пореског права која се односи на опорезивања добити правних лица, и то, пре свега, у контексту инструмената законите (али нелегитимне) пореске евазије за коју је својствено онемогућавање остваривања циљева због којих је закон донет, иако формално одред-

бе закона нису прекршене.¹ Српски Закон о порезу на добит правних лица (у даљем тексту: ЗПДПЛ)² спомиње овај принцип у чл. 60 и 61 који се односе на порески третман трансферних цена. Поред тога, упоредноправно посматрано, овај принцип има своју примену и као једна од мера у борби против утањене капитализације.³

Прелиминарно, под принципом „ван дохвата руке“ подразумева се замена цена које су уговорене између повезаних лица (трансферних цена), ценама које би биле уговорене између неповезаних лица, под истим или сличним околностима. С обзиром да се о овом принципу говори у контексту пореског третмана трансферних цена и утањене капитализације, претходно је нужно дефинисати ова два евазиона механизма.

Најкраће речено, трансферне цене су цене постигнуте у трансакцијама међу повезаним лицима. Повезаним лицима сматрају се она лица у чијим се међусобним односима јавља могућност учешћа у управљању, контроли и капиталу.⁴ Најчешћи мотив уговарање трансферних цена је евазиони. Наиме, оне се јављају као ефикасан механизам трансфера добити у пореске јурисдикције са нижим пореским оптерећењем, односно у делове исте пореске јурисдикције које су подвргнуте повољнијем пореском третману, на пример, због остваривања циљева економске политике: подстицања привредног раста, равномернијег регионалног развоја, подстицања запошљавања и сл. Доласку трансферних цена и принципа „ван дохвата руке“ у жижу интересовања научне, али и шире јавности, допринело је више фактора, пре свега, релативно лак пренос делатности из земље у земљу, процеси глобализације и либерализације, као и раст мултинационалних компанија. Наиме, ако се има у виду чињеница да се око 60% светске трговине врши у оквирима мултинационалних компанија, важност трансферних цена постаје јасна.⁵

„Ваља нагласити да појам трансферних цијена нема нужно само негативне конотације (у смислу избјегавања порезне обавезе). Наи-

1 О концепту законите пореске евазије видети: Дејан Поповић, *Пореско право*, Београд, 2009, стр. 44.

2 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10.

3 Српски законодавац се определио за прописивање фиксног односа позајмљени – сопствени капитал.

4 Међународни рачуноводствен стандард 24 одређује да су стране повезане у ситуацији када једна страна има могућност или да контролише или да значајније утиче на другу приликом доношења пословних и финансијских одлука. Слично одређење прихваћено је и у српском пореском праву.

5 John Neighbour, „Transfer Pricing: Keeping it at arm's length, OECD Centre for Tax Policy and Administration“, Paris, 2008., доступно на: http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/670/Transfer_pricing:_Keeping_it_at_arms_length.html, 4.4.2011.

ме, свака цијена уговорена између повезаних особа може се означити трансферном, па и онда када није усмјерена на избјегавање порезне обавезе.⁶ Дакле, трансферне цене могу бити истоветне са оним ценама које би уговорили неповезани субјекти у истим или сличним околностима. Не треба, аутоматски, претпоставити да услови установљени у финансијским и пословним односима између повезаних лица, одступају од оних услова који би били установљени на отвореном тржишту.⁷

Принцип „ван дохвата руке“ игра значајну улогу и приликом разматрања феноменна утањене капитализације, и то као мера против утањене капитализације која се одређује као ситуација у којој је структура капитала таква да је удео сопственог капитала минималан у поређењу са уделом капитала који је добијен у облику кредита од стране повезаног лица,⁸ а све у циљу избегавања плаћања пореза.⁹

II Улога принципа „ван дохвата руке“ у случају уговарања трансферних цена

Један од кључних појмова у вези са трансферним ценама је принцип „ван дохвата руке“. У суштини, може се констатовати да је то универзални принцип одређивања цена реалних, тржишних цена међу повезаним лицима, који ужива међународни консензус. Наиме, принцип „ван дохвата руке“ установљен је чл. 9 OECD Модел конвенције о порезима на доходак и имовину, који представља оквир за билатералне уговоре о избегавању двоструког опорезивања, како држава чланица, тако и нечланица.¹⁰ Поред наведеног, релевантан извор, који обезбеђује поуздане информације како овај принцип применити у пракси, су и Смернице о трансферним ценама.¹¹

С обзиром да се трансферне цене јављају као евазиони механизам, пореска администрација треба да утврди да ли су цене трансакција

6 Н. Arbutina, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb, 2007, str. 185.

7 В. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris 2001, стр. 28.

8 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 334.

9 О појму утањене капитализације: Цвјетана Цвјетковић, „Утањена капитализација као евазиони инструмент“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010, стр. 521–536.

10 Model Tax Convention on Income and Capital, OECD, Paris 2008, доступно на: <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, 5.4.2011.

11 OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OECD, Paris, 2008, доступно на: http://www.svcmscentral.com/SVsitefiles/nlc/contentido/doc/073214_OECD%20TP%20Guidelines%20June%202010.pdf, 5.4.2011.

међу повезаним лицима постављене на нереалним основама и да у случају позитивног одговора предузме одговарајуће мере. У ту сврху служи принцип „ван дохвата руке“, који подразумева замену цена које су уговорене међу повезаним лицима, ценом која би се формирала на отвореном тржишту између неповезаних лица у истој или сличној трансакцији, под истим или сличним условима,¹² те, се у складу са извршеним корекцијама врши поновно утврђивање опорезиве добити. Ово начело се темељи на третирању повезаних лица као независних друштава, а основни предуслов за његову примену је упоредивост „надзиране“ и „ненадзиране“ трансакције,¹³ односно, приликом примене овог принципа неопходно је извршити тзв. анализу упоредивости (енгл. *comparability analysis*), односно, пронаћи упоредиву ненадзирану трансакцију. То је неопходно учинити јер су ненадзиране, односно неконтролисане трансакције подложне тржишним утицајима, стога се за њих каже да су реалне. Приликом проналажења упоредиве ненадзиране трансакције, треба имати у виду пет фактора:

1. Карактеристике добара или услуга – када су предмет трансакције материјална добра, особине које могу бити од користи приликом тражења упоредиве ненадзиране трансакције су: физичке особине, квалитет, поузданост, доступност на тржишту, обим залиха материјалних добара и сл. Када је предмет трансакције нематеријална имовина, од значаја могу бити следећи фактори: правна форма трансакције, врста предмета трансакције (трговачки знак, патенти и сл.), очекивана корист од нематеријалне имовине и сл., а када су предмет трансакције услуге од значаја су природа и обим пружених услуга. Овај фактор игра значајну улогу у одређивању њихове вредности. На пример, производ са бољим квалитетом, већим бројем функција ће имати већу продајну цену. Дакле, диференцијација производа или услуга према наведеним особинама утицаће, свакако, на цену. Отуда, природа и функције добара, услуга и нематеријалне имовине који су предмет трансакције између повезаних и неповезаних учесника морају пажљиво и подробно бити испитане у сваком конкретном случају. Сличности и разлике, као и утицај тих разлика на цену морају бити идентификоване.

12 Између трансакција које се пореде могу постојати мање разлике које не производе суштинско дејство на цену.

13 Примена овог принципа у пракси може бити веома комплексна, његова реализација може, у неким случајевима, трајати годинама. Осим тога, поштовање начела чувања службене и професионалне тајне, у великој мери, може ограничити доступност упоредивих информација.

2. Функционалну анализу – у трансакцијама које се одвијају на отвореном тржишту, цена је, обично, одраз извршених функција сваког од учесника трансакције. То значи, да приликом утврђивања да ли су надзиране и ненадзиране трансакције упоредиве, треба извршити поређење функција повезаних и неповезаних лица. Ово поређење је засновано на функционалној анализи која захтева упоређивање економског значења извршених активности и преузете одговорности повезаних и неповезаних лица. Приликом функционалне анализе неопходно је посебну пажњу усмерити на структуру и организацију повезаних и неповезаних лица.
3. Условне уговора – у трансакцији међу неповезаним лицима, различитост интереса уговорних страна обезбеђује да ће свака од њих захтевати од друге стране да испоштује условне уговора. С обзиром да различитост интереса не мора постојати у трансакцији међу повезаним лицима, треба испитати да ли су се стране повиновале условима уговора и да ли су предвиђени услови само фиктивни.
4. Економске околности – приликом тражења упоредиве ненадзиране трансакције, неопходно је утврдити да ли се надзирана и ненадзирана трансакција одвијају на тржиштима сличних особина, а ако постоје разлике, неопходно је утврдити да ли су те разлике имале суштинско дејство на цену. Наиме, цена истих добара и услуга на различитим тржиштима може да се разликује у зависности од доступности супститута, величине тржишта, обима конкуренције, куповне моћи потрошача, географске локације, владине политике (систем контроле цена) и регулативе и сл.
5. Пословну стратегију – приликом утврђивања да ли су надзиране и ненадзиране трансакције упоредиве, треба имати у виду и пословну стратегију повезаних и неповезаних лица, односно треба узети у обзир иновације, нове развијене производе, степен диверсификације, склоност ка ризику и сл. повезаних и неповезаних лица.¹⁴

Очито је да је коначни циљ анализе упоредивости идентификација и проценивања сличности и разлика између контролисане и неконтролисане трансакције.

14 В.: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Paris 2001, стр. 33–46.

III Методе одређивања цена „ван дохвата руке“

OECD-ове Смернице о трансферним ценама разликују две групе метода за одређивање цена које би неповезани учесници уговорили у истим или сличним околностима: традиционалне методе и методе трансакцијске добити.

Традиционалне методе одређивања цена „ван дохвата руке“ су:

- метода упоредивих цена на тржишту,
- метода коштања увећана за уобичајену зараду, и
- метода препродајне цене.

Метода упоредивих цена на тржишту (енгл. *comparable uncontrolled prices method*) заснива се на упоређивању цена у „надзираној“ трансакцији са ценама у упоредивој „ненадзираној“ трансакцији, односно, „на продајној цени сличних добара или услуга успостављених између купца и продавца који нису повезана лица, под претпоставком да су остале околности исте или сличне“.¹⁵ Разлика у висини цене показује да није поштован принцип „ван дохвата руке“, те да цена између повезаних лица треба да буде замењена. У питању је најнепосреднији начин за одређивање цене „ван дохвата руке“, те, стога, ова метода треба да има приоритет у односу на остале. Да би ова метода била поуздана потребно је да постоји висок ниво упоредивости између „надзираних“ и „ненадзираних“ трансакција, односно ако постоје разлике, битно је да се оне прецизно могу одредити и утврдити њихов непосредни утицај на цену.“ Битно је да су контролисана и неконтролисана трансакција упоредиве, јабуке се могу поредити само с јабукама, а не са крушкама. Но, није неопходно да су трансакције идентичне, метафорички речено, црвене јабуке су упоредиве са зеленим јабукама, битно је да се може одредити, у овом случају, утицај боје или неке друге карактеристике на тржишну цену.“¹⁶ Најпогоднија је примена ове методе када су предмет и „надзиране“ и „ненадзиране“ трансакције добра сличних карактеристика и када се трансакције предузимају у сличним тржишним условима. Утврђивање цене „ван дохвата руке“ помоћу ове методе, нарочито, је тешко када су предмет трансакције интелектуална права, с обзиром на „ексклузивитет“ ових права. Такође, ову методу није могуће применити када су предмет трансакције међу повезаним лицима уникатни производи или производи на које продавац има монопол.¹⁷

15 Д. Поповић, *Пореско право*, Београд, 2008, стр. 326.

16 John Neighbour, Jeffrey Owens, „Transfer Pricing in the New Millenium: Will the Arm's Lenght Principle Survive?“, *Mason Law Review*, 2001–2002.

17 Материја трансферних цена је у неким државама врло детаљно регулисана. Тако, на пример, америчко право експлицитно садржи одредбе којима се настоји одговорити на питање: које су трансакције упоредиве, а које не? Тако, на пример,

Метода коштања увећана за уобичајену зараду, односно маржу (енгл. *cost plus method*) примењује се у оним ситуацијама када цену „ван дохвата руке“ није могуће одредити методом упоредивих цена на тржишту. Она се фокусира на уобичајену маржу коју остварује испоручилац који та добра или услуге обезбеђује, односно врши повезаном купцу. Суштински, овај метод покушава да вреднује извршене функције од стране испоручиоца добара, односно услуга. Правилно утврђивање цене коштања, односно трошкова производње код ове методе је веома важно. Потом се на тако утврђену цену коштања додаје уобичајена зарада, односно маржа. Уобичајена зарада, односно маржа одређује се на темељу марже коју исти тај испоручилац остварује у трансакцијама са неповезаним лицима (тзв.интерна упоредивост), односно на темељу марже коју остварују неповезани учесници у истој привредној грани (тзв.екстерна упоредивост). Треба нагласити да ова метода није тако транспарентна као што на први поглед изгледа, јер постоји могућност манипулације са трошковима производње. Метода коштања увећана за уобичајену зараду „најподеснија је у ситуацијама када не постоје упоредиве неповезане купопродаје и када, повезани купац чини више, а не само дистрибуцију производа“¹⁸ (нпр. зависно предузеће сушински повећа вредност производа, а потом, врши дистрибуцију). У пракси се показује најприкладнијом када су предмет трансакције полуготови производи.

Метода њрепродајне цене (енгл. *resale price method*) претпоставља да је обвезник купио робу, услуге или нематеријалну имовину од повезаног лица, а затим их препродао „непознатом“ купцу. Цена „ван дохвата руке“ применом ове методе се одређује на бази препродајне цене, која се, потом, умањује за одговарајући износ који је одраз извршених функција, преузетог ризика и ангажованих ресурса обвезника. Углавном се користи у ситуацијама када, поред тога што није могуће одредити цену „ван дохвата руке“ примарном методом, повезани купац не додаје значајнију вредност предметима трансакције. Ова метода „има за циљ да оцени вредност дистрибутерске функције остварене од стране повезаног купца“.¹⁹

Дакле, традиционалне методе, које су прихваћене у српском пореском праву, заснивају се на два приступа: тржишном и трошковно оријентисаном приступу. Оне се преферирају, јер најдиректније дају од-

трансакције које се одвијају на различитим националним тржиштима не могу се сматрати упоредивим јер су услови на тим тржиштима различити. Такође, разлике у погледу заштитног знака робе и рокова отплате у надзираној и ненадзираној трансакцији спречиле би употребу овог метода итд.

18 Р. Дорнберг, *Међународно ојорезивање*, Београд, 2002, стр. 134.

19 Р. Дорнберг, *нав. дело*, стр. 133.

говор на питање да ли је приликом уговарања трансакције међу повезаним лицима поштован принцип „ван дохвата руке“.

Цена „ван дохвата руке“ се може одредити и применом метода трансакцијске добити које се примењују, једино, у ситуацији када примена традиционалних метода није могућа или није поуздана због недостатка релевантних података. Ту спадују:

- метода деобе добити и
- метода трансакцијске нето марже

Метода деобе добити (енгл. *profit split method*) базира се на третирању повезаних лица као једне економске јединице и расподели добити или губитака реализованих у трансакцији међу повезаним лицима у складу са њиховим економским доприносом, односно извршеним радњама, уложеној материјалној и нематеријалној имовини, преузетим ризиком и сл. Ова метода се нарочито примењује када су радње учесника трансакције у високом степену интегрисане и када су предмет трансакције „уникатна“ нематеријална добра код којих је, фактички, немогуће пронаћи упоредиве ненадзиране трансакције.²⁰

Метода трансакцијске нето марже (енгл. *transactional net margin method*), у већини земаља које прихватају методе трансакцијске добити у одређивању цене „ван дохвата руке“, се третира као експериментална метода, као последње средство у одређивању цене „ван дохвата руке“, јер се, у суштини, код ове методе примењује тзв „једнострана анализа“. Наиме, остварена нето добит у трансакцији међу повезаним учесницима, се посматра у односу на одређену основицу, као што су трошкови или имовина, али само једног, од повезаних учесника, док се трошкови или имовина другог учесника трансакције међу повезаним лицима не узимају у обзир.

IV Недостаци принципа „ван дохвата руке“

Иако принцип „ван дохвата руке“, у начелу, ужива међународни консензус, то, аутоматски, не значи да је он перфектан у сваком свом

20 На пример, у случају *Hospital Corp. of America V. Commissioner* (1983) НСА, америчка корпорација за болнички менаџмент, била је ангажована да запосли и обучи особље које ће управљати једном болницом у Саудијској Арабији. НСА је основала LTD, корпорацију на Кајманским острвима (пореско уточиште), да би извршила уговор. НСА је вршила услуге за LTD и обезбеђивала *know-how*. При расподели прихода између НСА и LTD, ниједна страна није дала суду на увид било какву упоредиву трансакцију. Уместо тога, суд секонцентрисао на различите услуге и облике интелектуалних права, посебно *know-how*, које је НСА обезбеђивала за LTD. Суд је оценио све ове факторе, као и чињеницу да је корпорација LTD формално извршила уговор, те је одредио корпорацији НСА 75%, а корпорацији LTD 25% од заједничке добити.

аспекту. Постоје бројне тешкоће у примени овог принципа. Као посебан проблем јавља се питање: како пронаћи упоредиву ненадзирану трансакцију? Наиме, постоји могућност да повезана лица послују под потпуно другачијим условима у односу на неповезана, на пример како би се остварили позитивни ефекти економије обима, или пак у одређеним гранама не могу се пронаћи упоредиве трансакције због вертикалне интеграције која се спроводи у оквиру мултинационалних компанија. Примена овог принципа проузрокује додатне трошкове пословања за обвезнике који се везују, на пример, за трошкове прибављања тражене документације и сл. Додатни трошкови их подстичу, тврде противници примене овог принципа, да проналазе нове начине како би избегли пореску контролу.

Свакако, најозбиљнија замерка односи се на чињеницу да примена овог принципа доводи до економског двоструког опорезивања дела добити који представља разлику између цене „ван дохвата руке“ и обвезникове трансферне цене, јер повећање добити у једној земљи, као последица корекције трансферне цене, не мора бити праћено повећањем трошкова у другој земљи.

V Алтернативе принципу „ван дохвата руке“

Најчешће заступана алтернатива овим методама је тзв. „формуларна“ расподела профита међу члановима повезане групе, без узимања у обзир њихове локације (енгл. *global formulary apportionment method*). Суштина ове методе се састоји у спровођењу јединственог опорезивања чланова повезане групе, тј. њиховом третирању као једне пословне целине. Потом се добит алоцира међу члановима на бази унапред утврђене формуле. Ова метода подразумева, дакле, претходну идентификацију повезаних друштава међу којима се добит алоцира, утврђење укупног профита и одређивање формуле имајући у виду разне параметре попут укупних трошкова, ангажованих новчаних средстава и сл. Разлика између методе деобе добити и „формуларне“ расподеле добити је у томе што се код методе деобе добити добит распоређује међу повезаним учесницима на бази њиховог третирања као неповезаних учесника, док се код „формуларне“ расподеле добити, добит распоређује међу учесницима који се третирају као једна пословна целина, на бази унапред утврђене формуле.

Истиче се, да овај систем боље детектује економску реалност, да покушава да за сваку пореску јурисдикцију веже само онај износ пореских прихода који се могу приписати економским активностима које се врше у оквиру једне пореске јурисдикције, али кључни недостатак је,

тврде неки аутори, тај што овај систем вештачки покушава да повуче линију разграничења између повезаних фактора који чине једну целину и заједнички доприносе реализацији укупне добити (укупан профит настаје као резултат већег броја компоненти које се не би требале одвојено посматрати).²¹

Поставља се питање које факторе треба узети у обзир приликом „формуларне“ расподеле добити, односно које факторе унети у формулу? Већина се слаже да, иако су подложни манипулацијама и нису апсолутно прецизни, су укупан обим продаје, капитал и рад подесни фактори јер највише указују на то колики су капацитети за стварање профита.²² Приликом креирања формуле јавља се конфликт између принципа једноставности и прецизности, јер најпрецизнији елементи су, уједно, најкомплекснији и изазивају највише трошкове приликом примене.

Постоји мноштво варијација „формуларне“ расподеле добити. Предлаже се постојање различитих формула за различите секторе, чиме би се уважиле њихове специфичности. Неки аутори (*Brian E. Lebowitz*) предлажу да се у формулу унесу и друштвени трошкови који настају за компанију, док се предлог Штокхолмске групе своди на употребу основнице ПДВ-а као кључног фактора за алокацију добити.²³

Међутим, OECD-ове смернице о трансферним ценама не прихватају ову методу, јер је тешко установити формулу која би била прихватљива за све чланове групе.²⁴ Наиме, свака земља би тежила да у

21 В.: Arthur J. Cockfield, „Formulary Taxation Versus The Arm’s Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists and Pragmatists”, *Canadian Tax Journal*, 2004, Vol. 52, Issue 1, <http://www.ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2004ctj/04ctj1-cockfield.pdf>, 4.4.2011.

22 Фактор продаје (енгл. *Sale Factor*) широко формулисан јер укључује приходе од продаје материјалне, али и нематеријалне имовине, услуга и сл. Фактор платног списка (енгл. *Payroll Factor*) рефлектује наканде за рад запосленима, Фактор имовине (енгл. *Property Factor*) је најпоузданији, али истовремено је и неправичан фактор јер искључује нематеријалну имовину иако је то, донекле, разумљиво с обзиром на несумњиве тешкоће везане за дефинисање, квантификацију и вредновање нематеријалне имовине. О томе више: Aisha Butt, „Formulary Apportionment in the European Union“, Lund, 2004, стр. 31–35, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556580&fileId=1564036>, 4.4.2011.

23 О томе више: Joan Martens Weiner, „Formulary apportionment and Future of Company taxation in the European Union“, CESifo Forum, Volume 3, Number 1, Munich, 2002, стр. 10–21, доступно на: https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DocBase_Content/ZS/ZS-CESifo_Forum/zs-for-2002/zs-for-2002-1/CESifoForum102.pdf, 5.5.2011.

24 Комитет за фискалне послове 1979. године у Извештају о трансферним ценама и мултинационалним компанијама закључио је да би примена овог метода морала бити арбитражна, јер тежи да занемари тржишне услове под којима послује једно од повезаних лица и сл.

формулу унесе оне факторе који „доминирају“ на њеној територији, односно, оне факторе који би довели до максимизирања њених пореских прихода. Ни унапред утврђена формула расподеле профита међу члановима повезане групе не би била препрека манипулисању факторима који су саставни део формуле (нпр. премештањем покретне имовине), у циљу евазије. До сада је забележена, једино, примена ове методе од стране локалних пореских јурисдикција.²⁵ С друге стране, поборници примене ове методе тврде да би њена примена довела до веће извесности у погледу сношења пореске обавазе, да је административно погоднија, да је више у додиру са економском стварношћу и сл. Такође, истичу да примена традиционалних метода и метода трансакцијске добити приликом одређивања цене „ван дохвата руке“, није, нарочито, подесна код повезаних друштава код којих је присутан висок степен интегрисаности, па, самим тим, није лако одредити допринос сваког од повезаних друштава у укупној добити. Излаз је у „формуларној“ расподели профита, тврде њене присталице.

VI Предности принципа „ван дохвата руке“

Упркос наведеним недостацима, од којих неки изазивају озбиљне потешкоће у његовој примени, у првом плану су његова позитивна својства. Тако, истиче се, да његова примена афирмише начело једнакости и правичности, јер се овај принцип базира на једнаком третману повезаних и неповезаних друштава, а самим тим, не долази до нарушавања конкурентских односа на тржишту. Дугорочно посматрано, примена принципа „ван дохвата руке“ доводи до раста међународне трговине и међународних инвестиција. Несумњиво је да упркос различитим преиспитивањима, принцип „ван дохвата“ руке ужива међународни консензус захваљујући својој флексибилности.

1. Примена принципа „ван дохвата руке“ у Европској унији

Проблематика примене принципа „ван дохвата руке“ у оквири-ма Европске уније има једну сасвим нову димензију. Пресуда у случају *Lankhorst-Hohorst* означила је прекретницу, јер у свим оним случајевима у којима су повезана лица резиденти држава чланица, уговарање трансферних цена губи на значају, јер губитак пореских прихода за једну чланицу, истовремено значи повећање пореских прихода за другу, тако да ће, на нивоу Уније, порески приходи бити сачувани.²⁶

25 Од стране појединих савезних држава у Канади и САД.

26 Case of Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt (case C-324/00), <http://www.economy-point.org/1/lankhorst-hohorst-desicion.html> (7.4.2011).

У оквирима Европске уније, већ дуго се расправља о увођењу јединственог пореза на добит трговачких друштава која врше прекограничну делатност, којим би се решио велики број проблема, укључивши и проблем трансферних цена, јер би се овим пореским обликом увела једнообразна пореска стопа у свим државама чланицама. Овај порез би убирали органи Европске уније, а прикупљени приходи би се делили међу државама чланицама, које су његову примену прихватиле, према унапред утврђеној формули. Увођење овог пореза, тренутно, није могуће, јер ниједна држава чланица није спремна да се одрекне дела свог пореског суверенитета у корист органа Европске уније. Међутим, чак, и када би се овај порез увео, проблем трансферних цена би остао у пословању са трећим земљама, нечланицама. У том контексту, свакако, треба споменути да је 2001. године Европска комисија предложила увођење заједничке консолидоване основице пореза на добит корпорација, а рад на реализацији овог пројекта започео је 2004. године. Суштина је да ће резидентне компаније, које имају сталне пословне јединице у најмање две чланице, као и нерезидентне које испуњавају исте услове, имати могућност да се групно опорезују и да буду подвргнуте само једној регулативи. На тај начин би се елиминисале постојеће тешкоће које настају у вези са интракомунитарним трансакцијама.

Ради бољег разумевања феномена трансферних цена и решавања проблема који могу настати приликом пословања повезаних лица без уплитања судства, Европска комисија је формирала Заједнички форум о трансферним ценама (енгл. *EU Joint Transfer Pricing Forum*), који неколико пута годишње окупља стручњаке свих земаља чланица, а као посматрачи учествују представници земаља ОЕСД-а и земаља које имају статус кандидата. Резултати рада прослеђују се Савету ЕУ, који процењује да ли треба предузети конкретне мере у овом домену.

Један од проблема који се јавља у вези са пословањем повезаних друштава је и проблем економског двоструког опорезивања дела добити, који представља разлику између цене „ван дохвата руке“ и обвезникове трансферне цене. Овај проблем настаје као последица неусклађености поступака надлежних пореских власти, приликом корекције трансферних цена. Претпоставимо, да је компанија Х резидент државе А – чланице ЕУ и да испоручује својој филијали У, резиденту државе Б која је, такође, чланица ЕУ, робу по трансферној цени од 3.000 € по комаду. Ако је тржишна цена такве робе 2.000 € по комаду, онда ће пореске власти државе Б филијали У признати као трошак у пореском билансу 1000 € по комаду мање него што гласи износ у фактури. Самим тим, аутоматски, долази до смањења прихода компанији Х, али ако пореска администрација државе А не призна компанији Х право на умањење прихода и опорезиву добит утврђује на основу трансферне цене, онда

је, посматрано на нивоу повезаних друштава дошло до економског двоструког опорезивања, јер пореска администрација једне државе чланице није узела у обзир усклађивања која су извршена у другој држави чланици.

Дакле, да би се спречило економско двоструко опорезивања дела добити приликом корекције трансферне цене, неопходна је координација надлежних пореских органа. Стога је, 1990. године, на основу члана 293 Римског уговора Савет Европске заједнице донео Арбитражну конвенцију (енгл. *Arbitration Convention*).²⁷ Ова Конвенција је ступила на снагу тек 1. јануара 1995. године. Међутим, њена примена је била ограничена на пет година. Тренутно, није на снази, јер Протокол који би аутоматски требао да продужи њено важење за период од наредних пет година, још није ратификован од свих земаља чланица, чиме се не искључује могућност билатералне примене између земаља чланица које су ратификовале Протокол.

У циљу обезбеђења ефикасне имплементације и једнообразне примене Арбитражне конвенције, Европска комисија је 2004. године усвојила *Code of Conduct*.²⁸ У питању је политички акт, који је у више наврата ревидиран и који не задира у права и обавезе држава чланица, нити у њихове надлежности. У суштини, овај акт садржи одредбе о техничким питањима која се могу поставити приликом примене Арбитражне конвенције. *Code of Conduct* препоручује, између осталог, да се током поступка чији је циљ елиминација двоструког опорезивања обустави прикупљање пореза и да се Арбитражна конвенција билатерално примењује између земаља чланица Европске уније, док Протокол не буде ратификован од стране свих земаља чланица.²⁹

Анализа садржаја Арбитражне конвенције показује да је сарадња између надлежних пореских органа земаља чланица стављена у први план. Сарадња се одвија у неколико фаза:

1. *Обавештавање и одношење приговора*: пореска администрација државе која жели да изврши корекцију трансферне цене, дужна је да о томе обавести предузеће о коме је реч. То предузеће, одмах, треба да обавести повезано предузеће, а оно надлежну пореску администрацију. Ако сви заинтересовани субјекти

27 Пуни назив ове конвенције је: Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, *Official Journal L 225* of 20 August 1990.

28 Пуни назив гласи: Code of Conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises

29 О томе опширније на: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm.

сматрају да је корекција трансферне цене извршена у складу са принципом „ван дохвата руке“, нема потребе за даљим поступком. Међутим, предузеће има право да поднесе приговор, у року од три године од дана обавештавања, ако сматра да приликом корекције није поштован принцип „ван дохвата руке“.

2. *Послужба узajамне сагласности* се покреће са пореским органима друге земље чланице, уколико пореске власти земље, чији је резидент предузеће не усвоје приговор.
3. *Арбитражни поступак* – ако надлежне пореске власти не постигну сагласност, у року од две године од дана подношења приговора, оне су дужне да образују Саветодавну комисију, која има обавезу да у року од шест месеци од дана достављања предмета, достави извештај о томе како елиминисати економско двоструко опорезивање.
4. *Послужба елиминације економског двоструког опорезивања* – ако надлежне пореске власти у року од шест месеци од дана пријема мишљења Саветодавне комисије, не елиминирају економско двоструко опорезивање на начин који мора бити у складу са принципом „ван дохвата руке“, мишљење Саветодавне комисије постаје обавезујуће.

Први корак који је неопходан да би се створили што повољнији услови за одвијање прекограничних трансакција, на унутрашњем тржишту Европске уније, је, свакако, ратификовање Протокола од стране свих држава чланица. С друге стране, због своје важности, бројне су присталице њеног прерастања у директиву, као правно обавезујући акт, чиме би ратификовање протокола изгубило свако смисао.

VII Примена принципа „ван дохвата руке“ као мере за спречавање утањене капитализације

Поред прописивања фиксног односа позајмљени сопствени капитал и примене општих правила којима се забрањује забрана злоупотребе права, савремени порески системи познају још једну меру у борби против утањене капитализације – примену принципа „ван дохвата руке“.

Наиме, у неким земљама, попут Норвешке, Финске, Данске, принцип „ван дохвата руке“ је основни инструмент утврђивања *прихватљивог* односа између позајмљеног и сопственог капитала. Самим тим, намеће се питање: шта се подразумева под прихватљивим односом између позајмљеног и сопственог капитала? Наиме, реч је о односу који би се успоставио да су зајмодавац и зајмопримац неповезана лица. Дакле,

структура укупног капитала предузећа се упоређује са структуром која би постојала на отвореном тржишту. Након упоређивања, уколико се успостави да је удео позајмљеног капитала, у укупној структури капитала, већи од удела који би се формирао на слободном тржишту између неповезаних лица, онда ће пореска администрација „вишак“ позајмљеног капитала третирати, у пореске сврхе, као сопствени капитал, а камату која је исплаћена на основу тог „вишка“ позајмљеног капитала као дивиденду.³⁰ О примени принципа „ван дохвата руке“, у ситуацији када предузеће послује у условима који су различити од оних услова који би се формирали на слободном тржишту, говори и члан 9. ОЕЦД Модела. Једна од дилема, која се јавља при примени ове мере за спречавање утањене капитализације, је како *ирейширати* „вишак“ *позајмљених средстава у земљи извозници капиталa*? У зависности од одлуке, земља извозница капитала мора предузети читав низ мера. Након што прихвати квалификацију „вишка „позајмљених средстава, које је извршила земља увозница капитала, мора предузети одређене мере у циљу спречавања економског двоструког опорезивања (нпр., да призна порески кредит по основу пореза по одбитку на дивиденде, а не по основу пореза по одбитку на камате и сл.).

Комитет за фискалне послове при ОЕЦД-у *ирейоручује* примену принципа „ван дохвата руке“ као флексибилнијег у односу на методу прописивања фиксног односа између позајмљеног и сопственог капитала. Код примене принципа „ван дохвата руке“, иако постоји опасност од субјективизма пореских власти, узимају се у обзир околности сваког конкретног случаја, јер позајмљивање међу повезаним лицима може бити условљено истинским тржишним разлозима. Осим тога, није свеједно да ли се зајам узима између неповезаних или повезаних лица, о чему би, свакако, требало водити рачуна. На крају треба истаћи да прописивање фиксног односа није адекватно решење, пре свега због врло развијених финансијских и пословних односа који могу постојати између појединих земаља.

30 На нешто другачији начин се поступа у енглеском пореском праву: када се камата исплаћује нерезидентном повериоцу који поседује 75% или више акција зајмопримца, као и у случајевима када су зајмопримац и резидентни поверилац филијале нерезидентног друштва, које поседује 75% или више акција зајмопримца и зајмодавца, таква исплата се увек третира као исплата дивиденди.

Cvjetana CVJETKOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad

APPLICATION OF ARM'S LENGHT PRINCIPLE IN TAX LAW

Summary

This paper analyzes the main area of application of arm's lenght principle in tax law. The arm's length principle means replacing the pricing accomplished in transaction between connected parties, with pricing which would be accomplished in transaction between independent parties on open market, in the same or similar circumstances. This principle is one of the key concepts related to transfer pricing and it is also one of measures of combating thin capitalization. The paper presents main advantages and disadvantages of this principle, it's alternatives and reasons for his lack of recognition in Serbian tax law.

Key words: *arm's length principle, transfer pricing, thin capitalization.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштвова, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

4. Извори са Интернета

а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курсивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, стр. 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је припремила текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

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

