



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година XLVIII

Број  
10-12  

---

---

2011

**Главни и одговорни уредник**

Мирко Васиљевић

**Заменици главног и одговорног уредника**

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

**Уредник**

Вук Радовић

**Редакција**

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

**Међународни издавачки савет**

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

**Секретар**

Мирјана Радовић

**Технички секретар**

Радица Милић

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

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

**Издавач**

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

e-mail: [udruzpip@eunet.rs](mailto:udruzpip@eunet.rs)

[www.pravniciuprivredi.org.rs](http://www.pravniciuprivredi.org.rs)

**Технички уредник**

Јован Ђорђевић

**Графичка припрема**

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Издаје ПЕРИОДИЧНО

**Штампа**

„Досије студио“, Београд

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година XLVIII

Број  
10-12  
2011



## САДРЖАЈ

### ЧЛАНЦИ

#### *Дон ГЛОВЕР*

- Антиформализам и структура англо-америчког  
трговинског права..... 7

#### *Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ*

- Заштита права корисника услуга електронских  
комуникација ..... 15

#### *Veronika EFREMOVA*

- Интеракција између права конкуренције и права потрошаћа у  
земљама Југоисточне Европе ..... 30

#### *Зоран ИЛКИЋ*

- Дејство кривичног процесуирања на застарелост  
потраживања према осигуравачу ..... 46

#### *Бојана ОГЊАНОВИЋ*

- Предлог нове Директиве о заштити потрошача..... 59

#### *Свeйислав В. КОСТИЋ*

- Начело фактицитета у светлу примене правила о  
трансферним ценама и утањеној капитализацији у  
српском пореском праву..... 75

#### *Ивана РАКИЋ*

- Право првог издавача слободног дела..... 94

## СТРУЧНА МИШЉЕЊА

**Мирослав ВРХОВШЕК**

Измене и допуне Закона о пореском поступку и пореској администрацији . . . . . 109

**Сйојан ЈОКИЋ**

Право привредног субјекта и правног лица на накнаду нематеријалне штете . . . . . 127

## ПРИЛОЗИ

**Душан ПОПОВИЋ**

Право конкуренције . . . . . 149

**Љубинка КОВАЧЕВИЋ**

Радно и социјално право . . . . . 155

**Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ**

Право осигурања . . . . . 163

## ПРАВНА ПРАКСА

**Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ**

Решење неких спорних питања у поступку по унапред припремљеном плану реорганизације . . . . . 173

## СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

**Свeйислав ЈАНКОВИЋ**

Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора . . . . . 184

**Николина РАЈЧИЋ**

Процедура остваривања права несагласних акционара на иступање из друштва . . . . . 203

## БЕСЕДЕ

**Снежана ПАВЛОВИЋ**

Беседа поводом добијених захвалница на XX конгресу правника у привреди Србије . . . . . 223

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ . . . . . 225

## TABLE OF CONTENTS

### ARTICLES

*John* GLOVER

- Anti-formalism and the Structure of Anglo-American  
Commercial Law ..... 7

*Dijana* MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

- Protection of Rights of Electronic Communications Users ..... 15

*Veronika* EFREMOVA

- Interaction between Competition and Consumer Policy in  
South East European Countries ..... 30

*Zoran* ILKIĆ

- The Effect of Legal Proceedings on Expired Insurance Claims ... 46

*Bojana* OGNJANOVIĆ

- Proposal of a New Directive on Consumer Protection Law..... 59

*Svetislav V.* KOSTIĆ

- Substance over Form Doctrine in Light of Application of  
Transfer Pricing and Thin Capitalization Provisions in Serbian  
Tax Law ..... 75

*Ivana* RAKIĆ

- Publication Right ..... 94

## COMMENTS

### *Miroslav VRHOVŠEK*

Amendments to the Law on Tax Proceedings and Tax Administration . . . . .	109
---	-----

### *Stojan JOKIĆ*

The Right of Business Entities and Legal Entities to Reimbursement of Non-material Damages . . . . .	127
--	-----

## NOTES

### *Dušan POPOVIĆ*

Competition Law . . . . .	149
---------------------------	-----

### *Ljubinka KOVAČEVIĆ*

Labour and Social Law . . . . .	155
---------------------------------	-----

### *Nataša PETROVIĆ TOMIĆ*

Insurance Law . . . . .	163
-------------------------	-----

## LEGAL PRACTICE

### *Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ*

Solving Some Open Questions in the Pre-Pack Reorganisation Proceeding . . . . .	173
---	-----

## STUDENT CONTRIBUTIONS

### *Svetislav JANKOVIĆ*

The Liability Problem of Public Garage for Stolen Car of Its Client . . . . .	184
---	-----

### *Nikolina RAJČIĆ*

The Procedure of Enforcement of the Non-Consenting Shareholders' Appraisal Right . . . . .	203
--	-----

## SPEECHES

### *Snežana PAVLOVIĆ*

Speech Regarding Formal Handing of Appreciation Letters at the XX Congress of Serbian Business Lawyers . . . . .	223
--	-----

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS . . . . .	225
------------------------------------	-----



---

# ЧЛАНЦИ

---

УДК 347.7(73)

**John GLOVER**

**Professor at the RMIT University, School of Business and Law,  
Melbourne, Australia**

## ANTI-FORMALISM AND THE STRUCTURE OF ANGLO-AMERICAN COMMERCIAL LAW

### Summary

*Commerce has changed in the last 20 years. Digital technology is replacing paper-based records. Proof of ownership is now often control of an electronic transaction. Rules and regulations have been found inadequate to police the new system. Anti-formal categories, standards and principles are increasingly the way that the commercial law is expressed. The standards require commercial actors to share resources and honour other people's trust. Law has assumed a new "good-neighbourly" aspect. Changes in the commercial law may reflect the morality of modern capitalism.*

**Key words:** *commercial exchange, electronic communication, electronic title, trust, anti-formalism, morality of capitalism.*

Commercial interaction in developed economies has changed in the past two decades. Commercial exchange has changed. Electronic communication and computer technology has replaced documentary titles, invoices and paper-based records. This is particularly true in international transactions.<sup>1</sup> Over a longer period, the commercial value of *services* in mature economies has become more significant than the value of *goods* produced.

---

1 See D. Murray, T. Chorvat, C. O'Connor, "Problems of proof in a paperless world: electronic information as evidence in commercial litigation", *UCC Law Jo.*, 35/2002, p. 1; A. Ballego, "Towards paperless international trade: EDI and EDIFACT", *International Trade Forum*, 4/1991, p. 10.

Throughout the twentieth century these developments have occurred.<sup>2</sup> This paper sketches how the commercial law in the United States, Britain and comparable countries has also changed to reflect the modern conditions of production and exchange.

Consider first electronic title. “Control” of electronic evidence of title has been chosen as the indicium of ownership in the US *Uniform Commercial Code* (“the UCC”), to replace delivery of tangible documents.<sup>3</sup> Electronic “title”, adopting the words the *US Uniform Electronic Transactions Act 1999*, equals the ability to control a “single authoritative copy of the [electronic] document which is unique, identifiable ...[and] unalterable”, and which is “communicated to and maintained by the person asserting control (or its designated custodian)”<sup>4</sup> “Control”, the significant connective, is not further elaborated. On first observation, the “control” idea seems rather vague and indeterminate. Under the old law, “possession of documentary title” was susceptible to far more rigorous tests and calibration than “control” of the electron sequences which digital communication represents. Individual steps in electronic transactions have few hallmarks. Electronic transactions may be replicated in ways that are difficult to detect. New room for fraud has been acknowledged.<sup>5</sup>

Nevertheless, the new UCC electronic title protocol will work and, doubtless, work more effectively than the paper-based title which it replaces. Electronic title has to work. Players in the system need on-line title. The world has entered a digital age to which legalities must adapt or perish. *Praxis* is another name for this intersection of technology and the world of concepts.<sup>6</sup>

---

2 See R. Shelp, *Beyond Industrialisation: Ascendancy of the Global Services Economy*, Oxford, Pergamon Press, 1981.

3 See National Conference of Commissioners on Uniform State Laws Discussion Paper, *Proposed Revisions to Uniform Commercial Code Article 7-Documents of Title*, Chicago, American Law Institute, 2003, pp. 3–12, 75–120; and H. Gabriel, “Revisions to Uniform Commercial Code Article 7: documents of title”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 35/2003, pp. 35–36.

4 See s. 7–106 (b) (1) and (2).

5 See Discussion Paper: *Proposed Revisions*, n. 3, Sec 9–317 ‘Official comment’ (120–1); also K. Cronin, R. Weikers, *Data Security and Privacy Law: Combating Cyberthreats* (2002 looseleaf), §8.12–§8.16; P. Grabosky, R. Smith, G. Dempsey, *Electronic Theft: Unauthorised Acquisition in Cyberspace* (2001), pp. 81–104; P. Grabosky, R. Smith, *Crime in the Digital Age: Controlling Telecommunications and Cyberspace Illegalities* (1998); D. Denning, *Information Warfare and Security*, 1999; A. Boss, J. Winn, “The emerging law of economic commerce”, *Business Lawyer*, 52/1997, p. 1469; A. Brandt, “Embezzler’s guide to the computer”, *Harv. Bus. Rev.*, 53/1975, p. 79.

6 Defined by W. James, “Pragmatism” in R. Goodman (ed.), *Pragmatism: A Contemporary Reader*, 1995, pp. 53–54.

A small alteration intended for the UCC's definition of "good faith" encapsulates the formal characteristics of the new commercial law. "Honesty in fact *and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing*" will shortly replace the words "honesty in fact in the conduct or transaction concerned".<sup>7</sup> Reasonableness and fair dealing are added to the equation. We will discuss the significance of this shortly.

The possibility of fraud in some systems of electronic title is limited by virtual walls and barriers. Some systems are "closed". Participating members are obliged to sign master agreements which provide members with rights and duties as against the registry system and other members. Most electronic land title registration systems reduce the fraud risk in this way.<sup>8</sup> Electronic entries in "Torrens system" land title registries are officially certified and indemnities are provided to persons harmed in the certification process.

"Closed" system safeguards make the "open" system of electronic title proposed by the UCC all the more remarkable. Based only in control requirements, commercial property rights in electronic transactions are enforceable independently of underwriting contracts, official registers, government guarantees, other controls or insurance. This is true both practically and conceptually. In a growing number of commercial property transactions, control of the electronic medium through which ownership is expressed equals a legal right to possession.

Contrast the position with electronic money. 'DigiCash' (or "eCash") cannot be transferred interpersonally without intermediation of the money's issuer. The scheme requires a sponsor. No "open" system for digital money has yet emerged. Cryptographic technology has yet to produce fully negotiable electronic tokens like banknotes or coins. Transfers of electronic money are still treated as electronic payments made through bankers' electronic funds transfer mechanisms. These are variants of the familiar telegraphic instructions and nineteenth-century "wire transfers".<sup>9</sup>

For a long time, a significant credit risk for participating intermediaries in the commercial world was that paying bankers might become insolvent and fail to settle as required after value had been exchanged. Now this

7 See UCC (Proposed Rev) § 1-201(19) (Oct. 2000) (emphasis added), available at <http://www.law.upen.edu/bll/ulc/ucc7>.

8 In several jurisdictions: see C. Szypszak, "Public registries and private solutions: an evolving American real estate conveyancing regime", *Whittier L. Rev.*, 24/2003, pp. 672-5; L. Chamberlain, "The Land Registration Act 2002: a "conveyancing revolution" Part 1", *NLJ*, 2002, p. 1093; W. Duncan, S. Christensen, "Overcoming the problems of showing and making cybertitle", *APLJ*, 8/1999, p. 1; and S. Yok, "Computerisation of titles under the modified Malaysian Torrens system", *MLJA*, 3/1998, p. 1.

9 See B. Geva, *The Law of Electronic Funds Transfers* (2002 looseleaf), § 1.02(3).

has largely been overcome.<sup>10</sup> However, the age of DigiCash has not arrived. The commodity is too fungible. A protocol or universal “set of rules” has not emerged from established practice or the community of users. Perhaps these are early days. Money fraudulently diverted within the system remains elusive. Legal doctrine has been allowed to stand in the way. Electronic money is treated comparably to other property interests for the purposes of appropriations and mixtures.<sup>11</sup> “Who took the claimant’s money?” and “Who owns the object with which the money was exchanged?” are questions which courts still pose in relation to electronic money. Conceptual problems beset the system still. The answers are not obvious. It is almost impossible to apply nineteenth-century notions of property to streams of electrons passing instantaneously between computer terminals – which may be located, possibly, in different jurisdictions. The US idea that property equals “control” of a dealing may not seem quite so unsatisfactory.

Examples could be multiplied. Law, particularly the commercial law, has adjusted itself to change throughout the twentieth century. The form of the commercial law in common law countries has developed to reflect the new fluidity in exchange. Increased reciprocity and trust are present in the system. This is the essential point that this paper makes. Standards and principles, in place of rules, are increasingly used to express commercial norms and regulation.

Purposive reasoning is now dominant in the commercial law. Does the outcome facilitate or retard commerce? The familiar lawyer-like approach to problems of drawing factual analogies and inferences from established doctrine is in decline.<sup>12</sup> Law is no longer conceived to be the independent discipline which it once was. Judges in common law courts reason in an in-

10 See E. Solomon, *Virtual Money; Understanding the Power and Risks of Money's High-Speed Journey into Electronic Space* (1997) and G. Weaver, C. Craigie, *The Law Relating to Banker and Customer in Australia*, 2<sup>nd</sup> ed. (1990 looseleaf), [3.360]-[3.370], referring to (Aust.) *Bank Interchange and Transfer System* ('BITS'), UK *Clearing House Automated Payments System* ('CHAPS') and *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications SA* ('SWIFT').

11 On appropriations, see *R v Preddy* [1996] AC 815, interpreting the *Theft Act 1968* (UK), s-s 4(1) extended 'property' definition; S. Bronitt and B. McSherry, *Principles of Criminal Law* (2001), pp. 701–6; J. Lipton, “Property offences into the 21<sup>st</sup> century”, *JILT*, 1999, <http://www.law.warwick.ac.uk/jilt/99-1/lipton.html> and D. Fox, “Property rights and electronic funds transfers”, *LMCLQ*, 1996, pp. 457–9; on mixtures, see *Agip (Africa) Ltd v Jackson* [1990] Ch 265, Millett J, *affd*, but not on the medium of payment instruction, [1991] Ch 547 (CA), 565; D. Kreltshheim, “Identifying the proceeds of electronic money fraud”, *Information Management & Computer Security*, 7/1999, p. 223; R. Hooley, “Payment in a cashless society”, in B. Rider (ed.), *The Realm of Company Law*, 1988, p. 237 and text below at [7.16]-[7.17].

12 See P. Atiyah, “From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law”, *Iowa L. R.*, 65/1980, pp. 1259–60.

creasingly consequentialist way – whether legal reasoning is in form of the “top-down” or “bottom-up” variety.<sup>13</sup> Legal conclusions are valid or invalid to the degree to which commercial ends are served.

Commentators have observed that a moral reformation has accompanied these changes in society and the commercial law.<sup>14</sup> Robust individualism is dying. Sharp distinction between one’s own interest and that of others is no longer drawn. The capitalist “right to be selfish” no longer legitimates action in developed western economies. Instead, people are required, by law, to make sacrifices and to share. Ethical consideration of the “other” and a new altruism are becoming the private law’s dominant ideology.

Legal norms have correspondingly taken a new, good-neighbourly aspect. A once widely-held belief in the neutrality of rule systems has been discredited. Justice is thought to inhere more in outcomes reached than in a principle for social action which the decision may imply. “Anti-formalism” is a term used to describe this new orientation.

Theoretical underpinnings of anti-formalism were expressed by the German political economist Max Weber. Writing between 1910 and 1914, Weber described the emerging formal qualities of modern law. “The system of commodity exchange, in primitive as well as in technically differentiated patterns of trade,” Weber observed,<sup>15</sup>

is possible only on the basis of far-reaching personal confidence and trust in the loyalty of others. Moreover, as commodity exchange increases in importance, the need in legal practice to guarantee or secure such trustworthy conduct becomes proportionally greater.

“Trusting” is one of the things that characterises modern modes of exchange. Commercial law, in Weber’s view, requires “ethical rationalisation” through “attitude-evaluation”. Categories which express *meanings* and *intention* are needed to regulate the process. Relevant criteria cannot be reduced to a “mechanical jurisprudence” of rules.<sup>16</sup> The modern functioning of equity in common law systems captures this hermeneutic possibility – a fact which may have surprised Weber – given the “formalistic” qualities that he ascribed to the “Anglo-American common law”.

Anti-formalism has different vehicles in different countries. In Britain, Australia and, to a lesser degree, in Canada, case-law and equity are still

13 See R. Posner, “Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights”, (1992) *U. Chicago L. Rev.*, 59/1992, pp. 433–6; on result-oriented reasoning: see W. James, n. 6, pp. 65–6.

14 See, e.g., D. Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harv. L. R.*, 89/1976, pp. 1713–7, 1776–7.

15 In G. Roth, C. Wittich (eds.), *Economy and Society*, Berkeley, Univ. of Calif. Press, 1978, pp. 884, 888–9.

16 See R. Pound, “Mechanical jurisprudence”, *Columbia L. Rev.*, 8/1908, p. 605.

the spearhead of the movement. In the United States, anti-formalism has been predominantly code-driven. The distinction between law and equity in America may still be enshrined in remedies textbooks, but, for most other purposes, it is said to be “long forgotten.”<sup>17</sup> Aspects of the private law have been continuously restated under the auspices of the American Law Institute for the past ninety years. The *Uniform Commercial Code* became law in 51 jurisdictions between 1953 and 1966.<sup>18</sup>

Anti-formalistically, article 242 of the UCC states that any “unconscionable” contract or clause is unenforceable insofar as it produces an ‘unconscionable result.’<sup>19</sup> This is a drastic invasion of freedom of contract. Over-arching disallowance of contract terms on the grounds of “unconscionability” expresses the ideological shift which this paper has observed. Commercial law now curtails the pursuit of self-interest which was seen as a virtue in earlier times. For example, in 1898, Justice Wills was quoted with approval by Britain’s highest court when he said that:

any right given by contract may be exercised as against the giver by the person to whom it is granted, no matter how wicked, cruel or mean the motive may be which determined the enforcement of the right.<sup>20</sup>

This is the attitude of mind which has passed. Law no longer permits the enforcement of “strict legal rights” in unconscionable circumstances.

The High Court of Australia has gone one step farther from the “strict legal” approach. The vendor of a house, acting justly at all times, and following the terms of the sale contract, was not permitted to forfeit the purchaser’s interest in a party paid house on account of the purchaser’s comparatively trivial breach. Law should relieve against an unjust result, according to the majority in *Stern v McArthur*,<sup>21</sup> even though it flowed from blameworthy conduct on no one’s part. Such an extension to the law was considered and rejected by the UK House of Lords nine years later in *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd*.<sup>22</sup> A house purchaser paid a 10% deposit. On settlement

17 See e.g., D. Dobbs, *Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution* 2<sup>nd</sup> ed., St Paul, Minn., West, 1993, pp. 391–422 and T. Thomas, “Justice Scalia reinvents restitution”, *Loy. L. A. L. Rev.*, 36/2003, pp. 1063, 1065.

18 See W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London, Weidenfeld and Nicolson, 1973), p. 270: “[B]y the end of 1969 only one American state, Louisiana, had held back.”

19 US *Uniform Commercial Code*, § 2–302; see discussion in R. Barnes, “Tracing commingled proceeds: the metamorphosis of equity principles into UCC doctrine”, *U. Pitt. L. Rev.*, 51/1990, pp. 285–92.

20 *Allen v Flood* [1898] AC 1, at 46.

21 (1988) 165 CLR 489 at 540 per Gaudron J, Deane and Dawson JJ agreeing.

22 [1977] AC 514 at 521–523 (Privy Council).

day, he was 10 minutes late in supplying the balance of the purchase price. The contract contained a provision which made strict compliance with time requirements essential. For his part, the vendor did nothing wrong and had not behaved unconscionably. The House held, in these circumstances, that there was no scope for legal relief. Some unconscionability on the vendor's part or other species of blameworthiness was necessary to trigger the law's intervention.

Commercial courts are now "chartered", as it were, to find and eradicate aspects of transactions which they find morally objectionable. This role has replaced traditional notions that "the law is right, that rules of law are to be obeyed because they are right, that men have duties to uphold the law".<sup>23</sup>

Australia and Canada remain more case-law oriented than the United States, where statute has been the pre-eminent vehicle for anti-formalism in the commercial law. Retreat from formal rules in Australia, Britain and Canada has proceeded, in part, through the development of equitable doctrines.<sup>24</sup> Partly, this is in codified form. Equity is prominent in Australia for an historical reason. Procedurally, equity and the common law remained separate in New South Wales until 1970. A lot of twentieth-century equity appeals from New South Wales were made to the Australian High Court. Other Australian jurisdictions were "fertilized" from the "top down" in this way.<sup>25</sup>

## Conclusion

Commercial actors are increasingly obliged by anti-formalist laws to consider the interests of other commercial actors. Anglo-American commercial courts make "attitude evaluation" judgements about the legitimacy of commercial action according to the dominant formulae in each jurisdiction. In the US, this is the *Codifications* and *Restatements of the Law*. In Britain and Australia, equitable doctrines occupy the same space, including such things as estoppel (requiring consistent action) and the fiduciary relationship (requiring that undertakings be honoured and transactional power not be misused). "Examination of the activities of fiduciaries", in the words of Professor Ernest Weinrib, "involves ...an inquiry into the propriety of profit-making". Fiduci-

23 Description of US commercial law reformer Karl Llewellyn in his 1929 lectures to students at the Columbia Law School, published as *The Bramble Bush* (1930), (1981) edn 15.

24 See D. Klinck, "The unexamined "conscience" of contemporary Canadian equity", *McGill L. J.*, 46/2001, pp. 605-14; M. Sneddon, "Unconscionability in Australian law: development and policy issues", *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.*, 14/1992, pp. 562-3.

25 See R. Meagher, J. Heydon, M. Leeming, *Equity Doctrine and Remedies*, 4<sup>th</sup> ed, 2002, [1-50]-[1-55] and J. Heydon, "The role of the equity bar in the Judicature era" in G. Lindsay (ed.), *No Mere Mouthpieces: Servants of All Yet of None*, 2002, p. 71.

ary litigation requires the courts to determine whether or not to “sanction or stigmatize a particular act performed by a businessman in a commercial context.”<sup>26</sup> Interpersonal “value” articulated by the commercial law may be inherent in the social order. This is the “moral terrain” of breach of faith, fairness and good faith, where actors are acknowledged to be unequal and people regularly pledge themselves to act and do business in the interests of others.<sup>27</sup> We may now be approaching the reclusive inner morality of capitalism.

**Дон ГЛОВЕР**

професор Факултета за бизнис и право, RMIT универзитета,  
Мелбурн, Аустралија

## АНТИФОРМАЛИЗАМ И СТРУКТУРА АНГЛО-АМЕРИЧКОГ ТРГОВИНСКОГ ПРАВА

### Резиме

*Трговина се променила у последњих 20 година. Дигитална технологија замењује технологију засновану на папиру. Доказ власништва је сада често контрола над електронском трансакцијом. Посвојећа правила нису адекватна како за нови систем. Неформалне категорије, стандарди и принципи су све више начин на који се трговинско право исказује. Стандарди захтевају од учесника на тржишту да деле ресурсе и да поштују поверење других људи. Право је прихватило нови „добросуседски“ аспект. Промене у трговинском праву могу да се рефлектују на моралност модерног капитализма.*

**Кључне речи:** *трговинска размена, електронске комуникације, електронско власништво, поверење, антиформализам, моралност капитализма.*

26 E. Weinrib, “The fiduciary obligation”, *UTLJ*, 25/1975, p. 2; cf. J. Brock, “The propriety of profit-making “fiduciary duty and unjust enrichment”, *UT Fac. L. R.*, 58/2000, p. 185.

27 See P. Finn, “Unconscionable conduct”, *JCL*, 8/1994, p. 38.



УДК 366.5:621.39(4) ; 342.738:004.378.5(4)

др Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ  
ванредни професор Правног факултета Источно Сарајево

## ЗАШТИТА ПРАВА КОРИСНИКА УСЛУГА ЕЛЕКТРОНСКИХ КОМУНИКАЦИЈА

### Резиме

*Значај различитих видова електронских комуникација за свакодневни живот грађана и несметано функционисање привреде не треба посебно образлажити. Када је конкуренција на тржишту телекомуникационих услуга недовољна, као што је то случај у Србији, питање заштите права корисника услуга електронских комуникација добија на значају. У чланку се анализирају обавезе оператера и права корисника услуга електронских комуникација у европском законодавству и пореде са решењима недавно усвојеног Закона о електронским комуникацијама. Анализирана су такође решења Закона о заштити потрошача са аспекта његове применљивости на сектор електронских комуникационих услуга. Аутор закључује да упркос ширини законских овлашћења секторској регулатора и надлежних инспекцијских органа и могућности алтернативног начина решавања спорова између оператера и корисника и стројости прописаних санкција, новим законодавством ипак није обезбеђена ефикасна заштита права корисника услуга електронских комуникација.*

**Кључне речи:** електронске комуникације, заштита права корисника, заштита потрошача.

Доступност услуга електронских комуникација, међу којима су најважније услуге телефона, телефакса, приступа Интернету, електронске поште, преноса телевизијских и радио програма и др., данас се

сматрају неодојивим делом просечног животног стандарда грађана. Предуслов доступности тих услуга је изградња одговарајуће комуникационе инфраструктуре, неопходне за пружање услуга електронских комуникација. У већини европских држава изградња и одржавање телекомуникационе инфраструктуре током 20. века били су поверени монополском оператеру, најчешће предузећу у државном власништву. Процес либерализације услуга електронских комуникација, који је Европу захватио на крају 20. и почетком 21. века, допринео је отварању овог сектора за конкуренцију. Процес још увек није окончан. Тржишта већине услуга електронских комуникација се одликују недовољном конкуренцијом, што има за последицу високе цене, лош квалитет и недовољну разноврсност услуга. То је разлог зашто законодавац и органи задужени за надзор над радом телекомуникационих оператера морају да се постарају за бољу заштиту права крајњих корисника услуга, односно потрошача.

У Закону о електронским комуникацијама<sup>1</sup> као један од основних његових циљева наведено је „обезбеђивање високог нивоа заштите интереса потрошача у односу са операторима, нарочито обезбеђивањем доступности јасних и потпуних информација о ценама, условима приступа и коришћења (укључујући и ограничења), квалитету јавних комуникационих мрежа и услуга, као и ефикасним поступањем по пријужбама на рад оператора“.<sup>2</sup> Успешно остваривање наведеног циља условљено је детаљним уређивањем права крајњих корисника, поступка заштите тих права и санкција за оператере који у пружању услуга не поштују законом загарантована права корисника.

## І Европско законодавство

Права корисника услуга електронских комуникација и начин њихове заштите на европском нивоу уређени су Директивом о универзалној услузи.<sup>3</sup>

Универзална услуга је минимални скуп услуга који се свака држава обавезује да обезбеди свим својим грађанима по приступачним ценама. Директивом о универзалној услузи утврђен је минимални скуп услуга који се гарантује европским грађанима:

1 *Сл. гласник РС*, бр. 45/2010.

2 Члан 3 тач. 9) Закона о електронским комуникацијама.

3 Директива 2002/22 о универзалној услузи и правима корисника у вези са електронским комуникационим мрежама и услугама (Directive 2002/22 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, 2002, *O.J. L* 108).

- 1) приступ фиксној телефонској мрежи – право корисника на приључење на јавну фиксну телефонску мрежу и приступ јавно доступним телефонским услугама. Квалитет конекције треба да буде такав да омогућава обављање локалних, националних и међународних разговора, пренос факс порука и пренос података у обиму који омогућаје функционални приступ Интернету;<sup>4</sup>
- 2) право на један примерак свеобухватног телефонског именика, у штампаној или електронској форми и телефонска услуга давања података о бројевима претплатника;<sup>5</sup>
- 3) обезбеђење јавних телефонских говорница тако да задовоље потребе крајњих корисника по броју, географској распрострањености, квалитету услуга и доступности хендикепираним корисницима, уз могућност бесплатног позивања бројева за хитне случајеве;<sup>6</sup>
- 4) доступност јавних телефонских услуга, укључујући и услуге приступа хитним службама и услуге телефонског именика, хендикепираним особама.<sup>7</sup>

Обухват универзалне услуге се наведеним не исцрпљује. Државе чланице ЕУ су слободне да својим националним законодавством прошире скуп услуга електронских комуникација које обезбеђују својим грађанима, а Европска комисија је обавезна да сваке три године врши ревизију обухвата универзалне услуге, како би предложила њену измену или редефинисање, водећи при том рачуна о оствареном друштвеном, економском и технолошком развоју.<sup>8</sup>

Заштита интереса крајњих корисника остварује се се на два начина: посредно, контролом рада оператера који имају обавезу обезбеђења универзалне услуге<sup>9</sup> и контролом оператера са значајном тржишном снагом,<sup>10</sup> и непосредно, прописивањем минималног сета права крајњих корисника, који се мора обезбедити националним законодавством.

4 Члан 4 Закона о електронским комуникацијама.

5 Члан 5 Закона о електронским комуникацијама.

6 Члан 6 Закона о електронским комуникацијама.

7 Члан 7 Закона о електронским комуникацијама.

8 Члан 15 Закона о електронским комуникацијама.

9 Државе чланице су дужне да изаберу оператере који ће имати обавезу обезбеђења универзалне услуге у складу са чланом 8 Директиве о универзалној услузи. То ће по правилу бити оператер (или оператери) чија инфраструктурна мрежа покрива највећи део државне територије.

10 Појам оператера са значајном тржишном снагом је дефинисан чланом 14 став 2 Оквирне директиве – Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council

## 1. Контрола рада оператера

Оператери који пружају универзалну услугу имају обавезу да корисницима омогуће контролу трошкова услуге фиксног телефона, тако што ће им испостављати рачун са детаљном спецификацијом чији садржину утврђује национално регулаторно тело, омогућити бесплатну проверу и контролу рачуна за пружену телефонску услугу и услуга са њом повезаних и адвекатан надзор над њиховим коришћењем.<sup>11</sup> У случају неплаћања рачуна оператери могу применити само мере које су пропорционалне, унапред познате кориснику (јавно објављене) и недискриминаторне. Корисник се мора унапред упозорити да ће уследити прекид услуге или искључење са мреже. Прекид услуге се мора односити искључиво на услугу која није плаћена, ако је то технички изводљиво.<sup>12</sup> Национална регулаторна тела<sup>13</sup> су дужна да контролишу рад оператера са обавезом пружања универзалне услуге, прописивањем тарифа и контролом квалитета пружених услуга.

У односу на оператере са значајном тржишном снагом, национална регулаторна тела такође имају овлашћење да контролишу висину цену услуга, прописивањем максималног нивоа цена, прописивањем тарифа или прописивањем да цене морају бити трошковно оријентисане или да одговарају ценама на упоредивим тржиштима.<sup>14</sup>

---

of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications and services (Framework Directive), 2002, O.J. L 108. То је оператер који сам или заједно са другим оператерима ужива позицију која се може изједначити са доминацијом, односно положај економске снаге која му даје моћ да се понаша у значајној мери независно у односу на конкуренте, купце и крајње потрошаче. Дефиниција оператера са значајном тржишном снагом одговара дефиницији доминантног тржишног положаја у праву конкуренције ЕУ и обухвата како индивидуалну, тако и колективну доминацију. За дефиницију доминантног положаја у праву ЕУ в. R. O'Donoghue, A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Оксфорд и Портленд, 2006, стр. 107–173.

- 11 Примера ради, мора имати право да контролише одлазеће позиве са свог броја, односно право да онемогући позивање одређених бројева или групе бројева. Та услуга мора бити бесплатна.
- 12 Члан 20 и Анекс I део А Директиве о универзалној услузи.
- 13 Свака држава чланица ЕУ има обавезу да формира национално регулаторно тело ради обављања задатака утврђених Оквирном и пратећим директивама у области електронских комуникација. Национална регулаторна тела морају бити правно и функционално независна од свих организација које обезбеђују електронске комуникационе мреже, опрему или услуге. Национална регулаторна тела, између осталог, имају задатак да промовишу интерес грађана, гарантовањем високог нивоа заштите потрошача у њиховим односима са даваоцима услуга. Види члан 8–12 Оквирне директиве.
- 14 За методе регулисања цена на либерализованим тржиштима в. M. E. Beesley, S. C. Littlechild, *Privatization, Regulation and Deregulation*, Лондон, 1997. и D. Geradin, M. Kerf, *Controlling Market Power in Telecommunications*, Оксфорд, 2003, стр. 34–48.

## 2. Права крајњих корисника

Директивом о универзалној услузи прописана је обавезна садржина уговора који оператери закључују са корисницима услуга електронских комуникација. Уколико се уговор закључује са крајњим корисником, мора минимално да садрже следеће податке и одредбе: назив и адресу даваоца услуге; врсту и ниво квалитета услуге, укључујући и време потребно за прикључење на мрежу; врсту услуга одржавања које се пружају; податке о ценама и тарифама и начин прибављања ажурираних информација о ценама и тарифама; рок трајања уговора; могућност обнове или раскида уговора; право на накнаду штете или повраћај цене уколико уговорени услови квалитета услуге нису испуњени; начин отпочињања поступка вансудског решања спорова.<sup>15</sup> Наведена обавеза односи се на све оператере који закључују уговоре са крајњим корисницима, а не само на оператере са обавезом пружања универзалне услуге.

Претплатници морају имати право да раскину уговор у случају измене уговорених услова, без било какве санкције (уговорне казне или сл.). Оператер је дужан да их обавести најмање месец дана раније о намеравањим изменама уговорених услова.

Информације о општим условима, ценама и тарифама уговора о коришћењу јавно доступних телефонских услуга, као и о квалитету услуге морају бити доступне крајњим корисницима. Национална регулаторна тела имају обавезу да омогуће крајњим корисницима поређење између цена, осталих уговорних услова и квалитета услуга различитих оператора, објављивањем публикација у којима се наведене информације презентују на приступачан начин.

Међу осталим правима која се Директивом о универзалној услузи гарантују крајњим корисницима, најзначајнија су право претплатника на пренос броја у случају промене оператора и право потрошача да своје спорове са операторима решавају вансудским путем, у транспарентном, једноставном и једноставном поступку.

Право преношења броја у случају промене оператора (оператерски портабилитет) доприноси заштити положаја крајњих корисника, јер им даје могућност да се лакше одлуче за промену оператора у случају да нису задовољни ценом или квалитетом услуге коју пружа. Оператерски портабилитет условљен је висином накнаде која се наплаћује за услугу преношења броја, временом потребним за реализацију услуге преношења, роком трајања уговора између оператора и корисника и другим ограничењима (нпр. бирањем великог броја цифара као префикса броју крајњег корисника који је променио оператора). Реформом за-

15 Члан 20 Директиве о универзалној услузи.

конодавства ЕУ у области електронских комуникација, извршеном 2009. године,<sup>16</sup> као један од основних циљева означено је омогућавање лакше промене оператера. Услуга промене оператера треба да се реализује у року који не може бити дужи од једног дана, а цена за услугу мора бити трошковно оријентисана и не сме демотивисати корисника да промени број. Максималан рок трајања уговора између оператера и корисника не може бити дужи од 24 месеца, а оператери имају обавезу да омогуће закључење уговора са роком трајања од једне године. Услови раскида уговора не смеју бити такви да обесхрабрују кориснике да промене оператере.

Реформом из 2009. наглашена је и важност бољег информисања претплатника, као услова побољшања њиховог положаја у односима са оператерима. Оператери сада имају обавезу да информишу претплатнике о свим услугама и бројевима чије се коришћење, односно позивање посебно тарифира, о свакој промени услова приступа или коришћења одређене услуге, о свакој промени начину приступа хитним службама; о свим процедурама које се примењују за мерење саобраћаја, како би се избегло преоптерећење мреже и како ти поступци могу да утичу на квалитет услуге; о праву да изаберу хоће ли њихови лични подаци бити унети у телефонски именик; о услугама намењеним инвалидним лицима.

## **II Обавезе оператера према Закону о електронским комуникацијама**

Закон о електронским комуникацијама генерално је усаглашен са европским директивама у области електронских комуникацијама, гарантујући крајњим корисницима минимум права који је предвиђен европским законодавством.

Обухват универзалне услуге одређен је у складу са Директивом о универзалној услузи (члан 55 Закона). Законом су као основне услуге универзалног сервиса одређене: услуга приступа јавној комуникационој мрежи и јавно доступним телефонским услугама на фиксној локацији, укључујући и услугу преноса података која обезбеђује функционалан приступ Интернету; приступ услугама обавештења и јавним телефонским именицима; коришћење јавних телефонских говорница; бесплатно упућивање позива службама за хитне интервенције; посебне мере које особама са инвалидитетом и социјално угроженим корисници-

16 Реформа је извршена изменама регулаторног пакета из 2002. године, усвајањем Директиве за бољу регулативу (Directive 2002/140, 2009, O.J. L. 337) и Директиве о правима грађана (Directive 2009/136, 2009, O.J. L 337).

ма осигуравају једнаке могућности за приступ јавно доступним телефонским услугама, укључујући упућивање позива службама за хитне интервенције, услугама обавештења и јавним телефонским именицима.

Сагласно одредбама Оквирне директиве уређен је поступак одређивања оператера са значајном тржишном снагом (члан 62 Закона) и прописане су обавезе које му се могу наметати. Оператера са значајном тржишном снагом одређује Агенција, решењем којим му може одредити најмање једну од мера набројаних у члану 63 Закона. Оператеру са значајном тржишном снагом се може одредити обавеза објављивања одређених података, примера ради: техничких спецификација, карактеристика мреже, услова понуде и коришћења, рокова важења понуде и цена услуге интерконекције (међуповезивања)<sup>17</sup> и приступа на мрежу,<sup>18</sup> као и одређених рачуноводствених података. Друго, оператеру са значајном тржишном снагом се може одредити обавеза недискриминаторног поступања, односно обавеза да свим оператерима омогућује приступ на мрежу и интерконекцију под једнаким условима у упоредивим околностима (члан 65 Закона). Оператер са значајном тржишном снагом у таквом случају не сме да другим оператерима пружа услуге приступа или интерконекције лошијег квалитета или под лошијим условима него што то чини за сопствене потребе, односно за потребе својих повезаних лица или партнера. Треће, оператеру са значајном тржишном снагом се може одредити обавеза одвојеног рачуноводственог праћења појединих пословних активности у вези са услугама интерконекције и приступа, како би се спречило дискриминаторно поступање или унакрсна субсидизација.<sup>19</sup> Четврто, оператеру са значајном тржишном снагом се

17 Међуповезивање, односно интерконекција је повезивање мреже једног оператера са мрежом другог оператера. Међуповезивање је неопходно како би корисници мреже једног оператера могли да комуницирају са мрежом другог оператера. За појам и садржину уговора о међуповезивању види М. Марковић, *Уговор о међуповезивању јавних телекомуникационих мрежа*, Београд, 2008.

18 Приступ мрежи је право једног оператера да користи инфраструктурне капацитете (нпр. кабловску инфраструктуру и пратећа постројења) другог оператера ради пружања услуга електронских комуникација. Ово право је неопходно како би се омогућило успостављање конкуренције у услужним секторима у којима је коришћење инфраструктурне мреже неопходан услов пружања услуга електронских комуникација, а дуплирање инфраструктурних капацитета није исплативо (постоји природан монопол).

19 Унакрсна субсидизација је метод преливања профита остварених од једне активности за покриће трошкова других активности. Оператер са значајном тржишном снагом може користити овај метод да би елиминисао своје конкуренте у одређеном услужном сектору, наплаћивањем ниских цена крајњим корисницима у одређеном периоду и покривањем тиме изазваних губитака профитом оствареним од других активности. Конкурентски оператери, који по правилу нису диверсификовани, не могу да прате цене оператера са значајном тржишном снагом и морају да напусте тржиште. Пример за описано у европској пракси је случај *Deutsche Telekom* (пресу-

може прописати обавеза да омогући приступ својој мрежи другим оператерима, у циљу успостављања конкуренције у одређеном услужном сектору, уколико је то технички и економски оправдано (члан 67 Закона). С њом у вези је и обавеза издавња у закуп линја (члан 69 Закона), којом се такође омогућује успостављање конкуренције у погледу услуга за које је неопходно коришћење линија у власништву оператера са значајном тржишном снагом. Истовремено са обавезама омогућавања приступа и интерконеције оператеру са значајном тржишном снагом се може прописати обавеза контроле цена и трошковног рачуноводства (члан 68 Закона). У таквом случају Републичка агенција за електронске комуникације (у даљем тексту: Агенција), може прописати методологију за утврђивање цена, како би се утврдило да ли цене које оператер наплаћује за услуге интерконеције и приступа одговарају трошковима, наложити прилагођавање цена и обавезу примене трошковног рачуноводства, а све у циљу спречавања пракси усмерених на елиминисање конкуренције.

Са становишта непосредне заштите интереса крајњих корисника, важна је одредба Закона у складу са којом се оператеру са значајном тржишном снагом може одредити обавеза омогућавања избора оператера, бирањем одређеног префикса (позивног броја) приликом сваког појединачног позива (члан 70 Закона). На тај начин се кориснику омогућује да приступа мрежама других оператера посредством оператера на чију мрежу је прикључен. Друго, Агенција може предузети мере контроле малопродајних цена, што може укључивати одређивање максималног нивоа цена или тарифе, забрану дискриминаторних цена и забрану везивања појединих услуга.

У погледу осталих права корисника, треба истаћи обавезу оператера јавно доступних телефонских услуга да претплатницима омогуће пренос броја (члан 79 Закона). Оператери су дужни да обезбеде да у поступку преноса броја прекид услуге не траје дуже од једног дана и да се уздрже од поступака којима се онемогућава или отежава пренос броја. Остали услови услуге преноса броја нису прописани Законом, већ је њихово прописивање, као и одређивање висине накнаде за пренос броја стављено у надлежност Агенције.

Законом је прописана форма и садржина уговора који оператери закључују са корисницима (члан 105). Уговор се закључује у писменој форми и обавезно мора да садржи: спецификацију услуге коју пружа оператер, укључујући и минимални ниво квалитета услуге, услуге одржавања и подршке; одредбе о поступању са подацима о личности,

---

да Суда правде С-280/08 од 14.10.2010), за кога је Европска комисија установила да је наплаћивао високе цене услуге конекције на мрежу својим конкурентима, чиме је повећавао њихове трошкове, а истовремено наплаћивао ниске цене за исту услугу крајњим корисницима.



оствареном саобраћају (нпр. позивима који су упућени или примљени) и локацији, ради заштите личних права корисника; податке о ценама и тарифама, као и начинима на који се могу добити актуелне информације о примењеним тарифама; рок важења уговора, као и услове под којима се уговор продужава, односно раскида; накнаде и услове враћања средстава за случај непридржавања уговореног квалитета услуга;<sup>20</sup> начин за подношење и решавање приговора; мере које оператер може применити ради одржавања безбедности и интегритета својих мрежа и услуга, као и ради контроле недозвољених садржаја.

Битан недостатак наведене законске одредбе је што не прописује максималан рок трајања уговора, који у складу са европском регулативом не може бити дужи од 24 месеца,<sup>21</sup> како би се претплатницима омогућила лакша промена оператера и тиме већа конкуренција између оператера.

Оператери су дужни да потрошаче јасно и недвосмислено обавесте о условима закључења уговора и да услове уговора и ценовник учине јавно доступним. Такође, оператери су дужни да извештавају Агенцију о условима уговора и ценама, као и свим њиховим изменама.

У случају измене услова уговора, оператер је дужан да месец дана унапред обавести претплатника о тој чињеници, као и да има право да раскине уговор пре истека рока на који је закључен. Претплатник има право на раскид уговора ако се његовим изменама битно мењају услови уговора на начин који није у корист претплатника. Наведено би значило да корисник има право једностраног раскида уговора пре истека времена на који је закључен у случају сваке значајније промене цене.<sup>22</sup>

### III Правна средства за заштиту права корисника

Поступак остваривања права корисника услуга електронских комуникација уређен је чланом 113 Закона. Претплатник који оспорава износ рачуна за пружену услугу или квалитет услуге има право

20 Законодавац користи израз „средства“, али се претпоставља да се мисли на новчане износе који је корисник платио по основу пружене услуге. Упореди члан 113 Закона о електронским комуникацијама.

21 Види Саопштење за штампу Европске комисије поводом измена регулаторног пакета за телекомуникације извршених 2009. године: „New Telecoms Rules enter into force“, IP/09/166, 18.12.2009.

22 Наведено право корисника произлази и из члана 89 Закона о заштити потрошача (Сл. гласник РС, бр. 73/2010), којим се потрошач овлашћује да једнострано раскине уговор о пружању услуга од општег економског интереса ако није сагласан са променом цене односно тарифе и изменом општих услова уговора наведеним у обавештењу трговца. Услуге електронских комуникација јесу услуге од општег економског интереса, сагласно члану 5 тач. 28) Закона о заштити потрошача.

да оператеру поднесе приговор у писаном облику у року од 30 дана од дана доспећа рачуна за услугу, односно од дана пружања услуге. Он има право и да тражи накнаду штете коју је претрпео због тога што му је пружена услуга мањег квалитета од уговореног. Претплатник је дужан да плати неспоран део износа рачуна, а ако оспорава цео рачун, дужан је да плати просечно месечно задужење за последња три месеца који су претходили периоду на који се приговор односи. Оператер је дужан да у року од 15 дана достави претплатнику приговор у писаном облику, којим ће прихватити захтев претплатника, односно одбити захтев, наводећи чињенице и доказе на основу којих је утврђен износ задужења за пружене услуге, односно утврђен квалитет пружених услуга.

Претплатник коме је одбијен приговор може се обратити Агенцији ради посредовања у вансудском решавању спора у року од 15 дана од дана достављања одговора оператера, односно 15 дана од истека рока у којем је оператер био дужан да се изјасни о приговору. Иако законодавац говори о посредовању у вансудском решавању спорова, у питању је управни поступак, који се покреће на захтев корисника, у складу са чланом 22 став 1 Закона. У складу са чланом 8 став 1 тач. 2) Закона Агенција одлучује о правима и обавезама оператера и корисника, решењем које доноси директор Агенције. Решење је коначно у управном поступку у смислу члана 22 став 4 Закона, што значи да је оператер дужан да поступи по решењу Агенције којим се удовољава захтеву претплатника, независно од његовог права да покрене управни спор, јер тужба не одлаже извршење решења, како је то изричито прописано чланом 22 став 5 Закона.

Друга могућност је да претплатник покрене парнични поступак пред надлежним судом. Надлежан је суд на чијој територији има седиште оператер против кога се подноси тужба. То ће бити суд на чијој територији се налази седиште оператера,<sup>23</sup> односно суд на чијем подручју се налази пословна јединица оператера, ако спор произлази из правног односа те јединице.<sup>24</sup> Стварно надлежан ће бити основни суд ако вредност спора не прелази износ од 500.000 динара, односно виши суд уколико вредност спора прелази означени износ.<sup>25</sup> Стварно надлежан ће бити привредни суд ако је корисник домаће или страно привредно друштво, предузеће, задруга, предузетник или њихова асоцијација или било које друго правно лице, јер је испуњен услов да је спор настао у обављању делатности оператера, као привредног субјекта, у смислу члан 25 став 1 тач. 1) Закона о уређењу судова.

23 Члан 41 став 2 Закона о парничном поступку (Сл. гласник РС, бр. 125/2004).

24 Члан 53 Закона о парничном поступку.

25 Члан 23 став 1 тач. 7) Закона о уређењу судова (Сл. гласник РС, бр. 116/2008), у вези са чланом 394 став 2 Закона о парничном поступку.

Трећа могућност је покретање поступка вансудског решавања спора пред „другим телом“, како је то прописано у члану 113 став 6 Закона. Законом о потрошачима,<sup>26</sup> у члану 61, предвиђено је да се за повреду права потрошача, односно проузроковану штету мале вредности могу образовати арбитражна тела за решавање спорова у оквиру локалне самоуправе или коморе за решавање спорова потрошача. Чланом 134 истог закона предвиђено је, такође, да стране у потрошачком спору могу споразумно да повере решавање потрошачког спора једном или већем броју посредника у решавању спорова (медијатора) којег изаберу са списка посредника, у складу са законом којим се уређује посредовање, односно арбитру којег изаберу у складу са законом којим се уређује арбитража. Потрошачки спор је сваки спор који произлази из уговорног односа потрошача и трговца, чија вредност не прелази износ од 1.000.000 динара, те се и спорови настали из уговорног односа оператера и претплатника физичког лица могу сматрати потрошачким спором.<sup>27</sup>

Поставља се питање да ли се наведена правна средства могу користити кумулативно, односно да ли претплатник може истовремено поднети захтев Агенцији или другом телу за решавање спорова, и истовремено покренути грађанску парницу. Сматрамо да би могао, јер све док покренути поступци нису правоснажно окончани, нема повреду начела *ne bis in idem*. Штавише, препоручљиво је покренути оба поступка истовремено, како се не би пропустили законски рокови, који су преклузивни. У даљем току поступка, суд би био везан решењем Агенције, уколико би решење Агенције постало правоснажно пре него што суд донесе одлуку. И обрнуто, Агенција би као управни орган била везана правоснажном одлуком суда, уколико би се поступак пред судом правоснажно окончао пре него што Агенција донесе решење.<sup>28</sup> Исто тако, покретање поступка вансудског решавања спора не искључује могућност вођења парничног поступка, јер је то изричито прописано чланом 135 Закона о заштити потрошача.

Претплатнику који поднесе приговор и уредно изврши обавезу плаћања на горе описани начин, оператер не сме да обустави пружање услуге пријема позива, позивања служби за хитне интервенције, као

26 Сл. гласник РС, бр. 73/2010.

27 Види члан 132 ст. 1 и 3 Закона о заштити потрошача. Потрошачем се у смислу члана 5 став 1 тач. 1) сматра физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или комерцијалној делатности. Трговац је, у смислу тач. 2 истог члана, правно или физичко лице које наступа на тржишту у склопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе.

28 За дејство пресуде у управном поступку и дејство управног акта у парници види Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1976, стр. 93-94.

ни да искључи терминалну опрему корисника са своје мреже, до истека рока за покретање вансудског или судског поступка, ако претплатник пропусти да покрене тај поступак у прописаном року, односно до окончања вансудског или судског поступка, ако је претплатник покренуо одговарајући поступак.<sup>29</sup> Наведеним законским решењем се корисници услуга електронских комуникација стављају у крајње неповољну позицију, јер оператер има право да ограничи или сасвим ускрати услуге које пружа, иако је корисник платио неспоран износ рачуна или износ просечног задужења за претходна три месеца. Овим решењем сузена су и права претплатника који се могу подвести по појам потрошача у смислу Закона о заштити потрошача. У складу са одредбом члана 86 став 1 тог закона, трговац може искључити потрошача са дистрибутивне мреже, односно може ускратити пружање услуге од општег економског интереса, ако не измирује своје обавезе за пружене услуге непрекидно у року од два месеца од дана доспећа првог неплаћеног рачуна и то тек пошто у писменој форми упозори на обавезу испуњења уговорне обавезе и остави потрошачу додатни рок од 30 дана за плаћање неизмиренних обавеза. У складу са одредбом става 2 истог члана, ако потрошач оспори постојање или висину обавезе и настави да уплаћује рачуне за пружене услуге, трговац не може да искључи потрошача са дистрибутивне мреже и ускрати пружање услуге од општег економског интереса до окончања судског поступка чији је предмет оспоравана обавеза. Обзиром да је Закон о електронским комуникацијама *lex specialis* у односу на Закон о заштити потрошача, одредба члана 86 Закона о заштити потрошача се не може применити на односе између оператера и крајњих корисника – потрошача.

Упркос очигледној намери законодавца да корисницима услуга електронских комуникација омогући ефикасно решавање спорова са оператерима, укључујући и могућност вансудског решавања спора, краткоћа прописаних рокова за остваривање права корисника (30 дана за подношење приговора оператеру и даљих 15 дана за покретање поступка пред Агенцијом, судом или другим надлежним органом) у пракси ће имати за последицу да ће велики број претплатника вероватно бити преклудирани од вршења својих права.

#### IV Инспекцијски надзор и прекршајне санкције

Законом о електронским комуникацијама предвиђен је и поступак инспекцијског надзора (чл. 132–135), који врши инспекција у оквиру министарства надлежног за електронске комуникације. Инспектор

29 Члан 113 став 7 Закона о електронским комуникацијама.

је дужан да узме у обзир пријаве Агенције, грађана, предузећа и других организација, као и да обавести подносиоца пријаве о резултатима поступка.<sup>30</sup> Инспектор је овлашћен да проверава поступање оператера по свим обавезама које су утврђене Законом о електронским комуникацијама и прописима донетим на основу њега,<sup>31</sup> па тако и поступање оператера у његовим односима са крајњим корисницима.<sup>32</sup> Ако у поступку инспекцијског надзора утврди недостатке, неправилности и пропусте у примени Закона и прописа донетих на основу њега, инспектор доноси решење којим налаже отклањање уочених неправилности и утврђује рок за њихово отклањање.<sup>33</sup> Против решења инспектора допуштена је жалба која не одлаже извршење решења. Ако оператер не поступи по решењу или када онемогући вршење надзора, инспектор може изрећи меру привремене забране обављања делатности, затварањем просторија у којима се обавља делатност или на други одговарајући начин.<sup>34</sup> Готово истоветна решења предвиђена су и Законом о заштити потрошача.

Крупан пропуст законодавца је што није предвидео овлашћења за инспекторе да изричу прекршајне казне оператерима у првом степену, иако је Законом о прекршајима дата могућност органима управе да у првом степену воде прекршајни поступак.<sup>35</sup> Могућност изрицања мандатних казни оператерима учинила би знатно ефикаснијом заштиту права корисника. Тешко је замисливо да ће инспектор поступајући по пријави корисника који се жали на висину рачуна или квалитет пружене услуге посегнути за мером привремене забране обављања делатности, јер је та мера несразмерно тежа у односу на радњу оператера која му се ставља на терет.

Прописане прекршајне санкције су новчане казне и крећу се у распону од 100.000–2.000.000 динара за правно лице, односно 25.000–150.000 за одговорно лице у правном лицу и предузетника, за прекршаје прописане Законом о електронским комуникацијама<sup>36</sup> и од 300.000–2.000.000 динара за правно лице, односно 50.000–500.000 динара за од-

30 Члан 133 став 2 Закона о електронским комуникацијама.

31 Члан 134 став 1 тач. 1) Закона о електронским комуникацијама.

32 Наведено овлашћење произлази и из Закона о потрошачима, којим се инспекцијски надзор над спровођењем одредама тог закона поверава надлежним министарствима, односно инспекторима надлежним за вршење надзора у одговарајућој области (члан 147 став 2).

33 Члан 135 став 1 тач. 1) Закона о електронским комуникацијама.

34 Члан 135 став 1 тач. 3) Закона о електронским комуникацијама.

35 Члан 91 став 1 Закона о прекршајима (*Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009).

36 Чл. 138–140 Закона о електронским комуникацијама.

говорно лице у правном лицу и 50.000–500.000 динара за предузетника за прекршаје прописане Законом о заштити потрошача.<sup>37</sup> Законом о потрошачима предвиђена је и могућност изрицања правном лицу заштитне мере привремене забране обављања одређене делатности у трајању од шест месеци до годину дана, као и заштитна мера јавног објављивања решења. Предузетнику се може изрећи одговарајућа мера у трајању од шест месеци до годину дана, док се одговорном лицу у правном лицу може изрећи заштитна мере привремене забране да врши одређене послове у трајању од три месеца до једне године.<sup>38</sup>

## V Закључак

Упркос оштрини запрећених санкција предвиђених Законом о електронским комуникацијама и Законом о заштити потрошача чини се да корисници услуга електронских комуникација нису адекватно заштићени.

Најпре, економска надмоћ пружалаца услуга електронских комуникација, непознавање законских права корисника и мала појединачна вредност спорова у пракси има за последицу да се корисници ретко користе правним средствима која им стоје на располагању. Није реално очекивати да ће претплатник покренути парнични поступак ради остваривања потраживања у износу од неколико хиљада динара и да му при том буде ускраћена услуга која му је неопходна (нпр. услуга фиксног телефона), ако не пристане да плати рачун који му је испостављен. Такође је нереално очекивати да ће оператери добровољно пристати на решавање спора путем алтернативних механизма за решавање спрова.

Једину ефикасну заштиту могу пружити инспекција министарства надлежног за електронске комуникације и регулаторни орган – Агенција за електронске комуникације, који располажу широким овлашћењима у поступку контроле рада оператора. Када се зна да инспекција у оквиру надлежног министарства још није формирана, а Агенција има широк спектар законских надлежности, због којих не може довољно пажње да посвети заштити права корисника услуга електронских комуникација, онда се са великом вероватноћом може предвидети да ће примена одредаба о заштити права корисника, односно потрошача у Закону о електронским комуникацијама и Закону о потрошачима у скорој будућности изостати.

---

37 Члан 151 Закона о заштити потрошача.

38 Члан 152 Закона о заштити потрошача.

**Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD**  
**Associate Professor at the Faculty of Law East Sarajevo**

## **PROTECTION OF RIGHTS OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS USERS**

### **Summary**

*The significance of electronic communications for citizens' everyday life and for efficient realisation of trade in goods and services is apparent. In cases when competition in telecommunication market is not fully effective, like in Serbia, legal regulation of end users' rights becomes necessary. In this article, regulation of obligations of operators and rights of users in the Serbian Law on Electronic Communications are analysed and compared with the EU legislation in telecommunication sector. In addition, possible application of provisions of the Law on Consumer Protection to electronic communication services sector is analysed. Although new Serbian legislation gives wide powers to sector regulator and provide for alternative methods of resolving disputes between operators and users, efficient protection of rights of electronic communication services' users is not secured by the new Serbian legislation.*

**Key words:** *electronic communications, protection of users' rights, consumer protection.*

УДК 346.545/.548(4-12)

**Veronika EFREMOVA, PhD**

**Team Leader of GIZ ORF – Legal Reform for Macedonia**

## **INTERACTION BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICY IN SOUTH EAST EUROPEAN COUNTRIES**

### **Summary**

*The paper examines the interaction between the competition and consumer law and policy with a special focus on SEE countries, having on mind they traditionally are identified as separate policies but in reality share the same objective to improve the consumers' welfare. Therefore an overview of the conflict of goals of competition and consumer policy at the EU level will be presented, through analyzing whether the goals of competition policy correspond to the goals of consumer policy by argumentation with their complementarities and differences. At the same time it will be analysed whether competition policy is an effective instrument for consumer protection and what is the general role of the European Union in this respect. At the end, a comparative analysis of competition regimes of South-East European countries related to consumer protection is implemented, with the main objective to elaborate the scope of the national competition laws and principal competition concerns of the consumers.*

**Key words:** *consumer welfare, competitive markets, market integration, consumer protection, anti-competitive practices, consumer benefits, consumer protection organisations.*



## I Introduction

Strong interaction exists between the competition policy on the one and consumer policy on the other side. Effective competition policy diminish market entry barriers and creates environment where entrepreneurship is promoted, which causes growth of small and medium sized companies and employment expansion. The competition policy focuses on maintaining process of competition between companies and efforts to eliminate structural problems with the final goal to re-establish efficient competition on the market. The consequence of this is high level of economic efficiency, large innovations and increased consumers' welfare. Thereby consumers get opportunity for wide choice and increased accessibility of products under affordable prices. On the other hand, consumer policy primary concern for the nature of consumer transactions, aiming to improve market conditions due to guarantee efficient choice for the consumers. In this way, these two policies are focused on different market imperfections and offer various instruments, but have the same goal of maintaining functional and competitive markets promoting consumers' welfare. As a result, these two policies are commonly implemented.

## II Evolution of competition and consumer policy in the European Union

The ultimate goals of the European Community are determined in Article 2 EC: 'a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance'. The Community, in pursuing its economic policy is, according to Article 4(1) EC, bound by the 'principle of an open market economy with free competition'. The ultimate goals and means, as described in Articles 2 and 3 EC, have to be taken into account when we interpret the major provisions of the Treaty.<sup>1</sup> Thus, the EC Treaty, by its reference to 'a high degree of competitiveness', opens the road to achieving this end by adopting a competition policy stressing rivalry and the competitive process,<sup>2</sup> but it may also attain this end by supporting – at least in an indirect manner – European champions to help them compete on the global level.<sup>3</sup>

---

1 Joachim-Ernst Mestmäcker, Heike Schweitzer, *European Competition Law*, second edition, Munich, 2004, supra n. 7 & 3 Rz. 62.

2 Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, *OJ* 2004 C 101/97, para. 105.

3 Commission Communication, COM (2004) 293, p. 2.

One of the general aims of the Treaties of Rome was the constant improvement of the living and working conditions of the people. However, the Treaty Establishing the European Economic Community of 25 March 1957 made only five incidental references to consumers.<sup>4</sup> There was a general presumption that the consumer would stand to benefit from a deregulated, integrated and more efficient common market. In 1985, the first consumer protection directives, the Directives on Product Liability and Doorstep Selling were enacted. Finally, a specific competence for consumer protection was introduced in the Maastricht Treaty. Consumer protection was not introduced as a separate policy until the Maastricht Treaty, which laid the essential foundation stone for it in Article 129a (now Article 153) and conceived it as a fully-fledged Community policy. The Article provided that the Community must contribute to the reinforcement of consumer protection. In the Treaty of Maastricht, and more so in the Treaty of Amsterdam, the development of consumer protection has more clearly than before become the task of the Union.<sup>5</sup>

The subsequent change to primary law, enshrined in the Amsterdam Treaty, also entailed certain changes in the field of consumer protection. In the renumbered Article 153, it is now expressly stated that the Community would make a contribution ‘...to protect the health, safety and economic interests of consumers and to promote their right to information and education, and to organize themselves in order to safeguard their interests.’ The Nice Treaty left the regulation of consumer protection practically unchanged.<sup>6</sup>

Consumer policy is part of the Union’s strategic objective of improving economic competitiveness and the quality of life of all its citizens. In addition to direct action to protect their rights, the Union ensures that consumer interests are built into EU legislation in all relevant policy areas. It is important that all EU citizens benefit from the same high level of consumer protection.

The scope of EU consumer protection policy has also broadened, reflecting a shift in people’s needs and expectations. New legislation is setting higher, harmonised EU safety, security and health standards designed to increase consumer confidence.

EU consumer law has the particular purpose of completing the internal market and it is based on the particular concept of legal behavior that serves the completion of the internal market. The perception of consumer law as a market behavior law implies a certain link with competition law.<sup>7</sup>

4 Art. 39, 40, 85 (3), 86, 92 (2), which correspond to Art. 33 (3), 34, 81, 82, 87 of the Nice Treaty.

5 N. Reich, “Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz im Vertrag von Amsterdam”, *Verbraucher und Recht*, 1999, pp. 3–10.

6 *Ibidem*.

7 N. Reich, “Protection of Economic Interests of Consumers by the EC”, *Sydney Law Review*, 14(1)/1992, pp. 23–61.

### **III Objectives of competition and consumer policy in the European Union**

For a long time, the main objective of European competition policy was the construction of an integrated European market. With the progressive achievement of the internal market, the objective of market integration is less of a priority. It has been progressively replaced by economic efficiency aims. This new objective was enhanced in 2000 with the agreement on the Lisbon Strategy. The goal is to make the EU “the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustaining economic growth with more and better jobs and greater social cohesion by 2010”.

This role of competition policy as an instrument of single market integration is absolutely crucial to any understanding of EC competition law. It makes EC law different from any system of domestic competition law. In the future, three main objectives must be pursued: harmonisation of rules, especially with the emergence of the new economy; closer cooperation in the confidential exchange of information; the creation of international institutions and mechanisms to tackle antitrust cases which generate international spill-overs.

On the other side, the consumer policy have the objective to protect consumer’s rights and interests. Consumer’s protection has as a main objective to guarantee consumers their right to make decisions based upon good information related to their choice on one side and that the traders shall fulfill their duties regarding the products they offer on the other. The consumer policy creates surrounding where the clients and consumers are satisfied with the provision of goods and services which are essential. The main concern of the consumer policy is to guarantee fair trade practice, quality of goods and efficient services with accessible information for the consumers related to the quality, quantity, content and price of their choice.

### **IV Consumer welfare in the European Union**

In the early 1970s, largely as a result of legal and economic analysis carried out at the University of Chicago, the idea gained ground that competitive arrangements should be evaluated solely with reference to their effects on the working of the market, and therefore to the efficiency criterion.<sup>8</sup> In this context, Richard Posner first argued that competitive restraints should be evaluated on the basis of their effect on consumer welfare, i.e. on whether they led to reduction in output, increases in prices or deterioration of product

---

<sup>8</sup> R. Bork, *The Antitrust Paradox*, Basic Books, 1978; G. J. Stigler, *The Organization of Industry*, University of Chicago Press, 1968.

characteristics, such as quality.<sup>9</sup> Posner argued strongly for the use of price theory as a legal instrument: if a firm arrangement or practice leads to an increase in consumer welfare, this may be taken as a prima facie evidence that it is pro-competitive. From this point of view, Posner's approach suggested a solution to the dilemma facing evaluation of firms' practices on the basis of the Rule of Reason since Chicago Board of Trade.<sup>10</sup>

The debate in the late 80's among enforcers and academics has finally led to the view that competition law should primarily aim at an efficient working of the market, in order to maximize consumer benefits.<sup>11</sup> In turn, this convergence has led to the general acceptance of consumer welfare as the standard for the evaluation of restrictive practices.<sup>12</sup>

In the late 1990s, however, the competition policy is foreseen as a process whose outcome is achieving welfare. Namely competition policy by enhancing consumer welfare and ensuring efficient allocation of resources, prevent other welfare-reducing effects. This results with consumers benefiting from competition. The primary role of the consumer welfare standard in competition law enforcement is to form the framework of reference where liability under competition rules is determined.

## V Interaction between competition and consumer policy of the European Union

Strong competition and open markets create incentives for the companies to provide better information and protection of consumers. In this way competition and consumer policy together provide a framework for markets to deliver maximum benefits for consumers and the economy – consumer welfare and productivity growth.

Competition policy needs to incorporate complementary consumer policies aimed at ensuring that consumers can make informed and active choices in the market place. These choices send signals to producers, and in doing so trigger the development of more competitive markets. Thus,

---

9 R. Posner, "The Social Cost of Monopoly and Regulation", *Journal of Political Economy*, 83/1975, p. 807; W. M. Landes R. Posner, "Market Power in Antitrust Cases", *Harvard Law Review*, March 1981, p. 937; R. Posner, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 1976.

10 Board of Trade of the City of Chicago v. United States, 246 U.S. 231, 38 S. Ct. 242 (1918).

11 K. van Miert, *European Competition Policy: a Retrospective and Prospects for the Future*, Corporate Law Institute, Fordham University School of Law, 1999, p. 1.

12 R. Whish, "Regulation 2790/99: The Commission's 'New Style' Block Exemption for Vertical Agreements", *Common Market Law Review*, 2000, p. 887.

competition policy will be more effective where it includes action to develop the demand side of the market.<sup>13</sup>

But positive outcomes require attention to the demand side of the equation, for example through consumer protection laws and consumer-driven investigations of anti-competitive practices. Using a “bottom-up” approach to activate competition also makes the consumer a full participant in the competition policy-making processes. Such a strategy not only increases consumer welfare and enables markets to function more competitively, but also enhances democracy within the polity and the marketplace.<sup>14</sup>

## 1. Complementarities

When speaking of complementary objectives of competition and consumer policy, consumer protection serves competition by encouraging consumers to participate in the marketplace and to activate competition. When consumers have a reasonable degree of confidence in the market, they will make well-informed decisions and make use of the choices made available by competition law. Effective consumer programmes improve the position of consumers on the market and encourage consumers to engage in more transactions on the market. Stimulating the activity of consumers on the market will subsequently lead to more intensive competition. Thus effective consumer choices will facilitate effective competition and, ultimately, this increase the efficiency of the whole economy and the welfare of society.<sup>15</sup> Competition is not simply fundamental to consumer policy but ‘much consumer policy is competition policy’. Thus competition and consumer policy seem to be truly complementary.<sup>16</sup>

## 2. Differences

The highest level of demand-side competition policy is consumer protection law. While some countries such as Australia, Poland and the UK have joint agencies and laws, others have not introduced complementary consumer policy or harmonized policy objectives. For example, Slovenia’s competition policy was motivated by EU accession. The necessary legal framework and

13 Kamala Dawar, *Establishing Consumers as Equivalent Players In Competition Policy*, p. 1, available at: <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/Dawar.pdf>.

14 *Ibidem*.

15 Katalin J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer Law International, July 20, 2005, p. 326.

16 J. Vickers, *Economics for Consumer Policy*, British Academy Keynes Lecture, 29 October 2003, p. 17.

apparatus for the execution of the EU anti-trust regulation and regulation of state aid was introduced, but without enhanced consumer protection and education components.<sup>17</sup>

Not all countries give a high priority to consumer efficiency and welfare. National competition authorities (NCA) are more concerned whether competition policy should focus on rules and procedures to prevent anti-competitive practices, dominance or abuse of dominance, the reduction of barriers to entry and / or facilitating optimal conditions. There is an evident lack of analysis of consumer behavior and welfare in making policy, law enforcement and investigations.

## **VI Competition policy as an effective instrument for consumer protection**

Competition policy has positive impact on development of a market economy based on supply and demand. Competition encourages attractive prices and higher quality through innovation and increased economic efficiency.

European Union has played a role in encouraging the development of new modern competition regime. Much has changed since the competition provisions of the Treaty of Rome were drafted. In the 1950s competition concerns seemed to concentrate on ensuring that there was no price discrimination or refusal to supply based on nationality. Protecting national interests seemed to be the underlying purpose for developing a competition policy. Today protecting the interests of the consumer is the ultimate aim of any modern competition regime. Whilst the wording of the Treaty provisions may not have changed, their objectives have changed to such an extent that enforcement of these provisions has to be effective.<sup>18</sup>

Competition policy play an important role in ensuring that consumers gain the benefits of new technologies and protect against those who might seek to suppress the development to protect their traditional advantages or alternatively use technology to engage in anti-competitive conduct. The laws in Western world are flexible enough to deal with new economy issues, and the basic idea behind the competition policy – to protect economic freedom and opportunity by promoting competition in the marketplace – is a sound and flexible enough policy goal for competition authorities to follow.<sup>19</sup>

17 *Ibidem.*

18 Ian Q. C. Forrester, "The Modernisation of EC Antitrust Policy: Compatibility, Efficiency, Legal Security", in: Claus Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds.), *European University Institute Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust*, Hart Publishing, 2001.

19 Markku Stenborg, *Do We Need New Competition Policy in the "New Economy"?*, p. 12, available at: [www.etla.fi/files/921\\_FES\\_02\\_2\\_competition\\_policy.pdf](http://www.etla.fi/files/921_FES_02_2_competition_policy.pdf).

According to Adam Smith: “Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer”. Consumers not only benefit from competition, they activate it and one of the purposes of consumer protection law is to ensure that they are in a position to do so.<sup>20</sup>

## **VII How the modernization of competition law effects consumers?**

During the course of 1990s it became apparent that many aspects of Community competition law were in need of modernisation: in particular the law on vertical agreements, on horizontal cooperation agreements and on the obtaining of individual exemptions under Article 81(3) of the Treaty.<sup>21</sup> The modernization efforts in the EU were in response to the regulatory inefficiencies and the burdens which the traditional enforcement of the competition laws imposed. As early as 1996, the Commission recognized that “the current political and economic situation necessitates the continuous modernization of the instruments and procedures available to the Commission, in order to improve the relevance, efficiency and transparency of competition policy”.<sup>22</sup>

In general, the modernization effort in the EU is designed to increase efficiency in the enforcement of the European competition rules.<sup>23</sup>

The modernization program involving the enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty is just one component in a broader effort to enhance the efficiency of the application of the European competition laws and to increase the competitiveness of European industry in a globalized economy.

## **VIII Economic transition, opening and creation of competitive markets in South East European (SEE) countries**

In the last decade the SEE countries gone through transformation of their economic systems from a centrally planned economy into a decentralised market economy. One common factor for all these countries, is the cen-

20 R. Bannerman, in: *Trade Practices Commission, Annual Report 1983–1984*, AGPS, Canberra, 1984, p. 184.

21 Commission’s XXIX Report on Competition Policy (1999), point 8–42.

22 Commissioner Karel Van Miert, Presentation of 25th Report on Competition Policy, European Parliament (May 30, 1996) available at: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996\\_044\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_044_en.html).

23 Philip Lowe, *Priorities of Competition Policy, Contribution to Competitiveness and Challenges from Enlargement*, Speech at the ProbusBNW Dialogue, September 18, 2003, p. 2.

tral role of competition law and policy in creating economic environment where consumers' preferences and the efforts to compete with economic operators to satisfy those demands, lead to economic efficiency and welfare. The ambition to approach the EU and the European internal market has stimulated institutional and economic reforms in all SEE countries, but at different pace and to a varying degree.

The institutional and legal framework for promotion of competition and eliminating restrictive business practices shall encourage consumers and their acting in drafting policies, monitoring abuses on the market and in requesting damages in case of their appearance. The governments and national competition authorities are expected to recognize the positive input which the consumers' acting may give to promotion of the competition and when needed for amendments of the laws, regulations and procedures for removing barriers for their participation.

In 1990s, South Eastern European countries started with the transition process and implementing big economic reforms (transformation from social to private ownership, market of goods, capital and labor) with general goal to tend towards market economy. This process in economic literature is known as economic transition and the economies of these countries are called transition economies.<sup>24</sup> It was characterised by a very complex process of transformation in institutions, economic structures and behaviour.<sup>25</sup> The SEE countries being a part of the ex-Yugoslavian system had considerable experience of market-oriented reforms and even prior the transition process took place have already implemented many institutional changes. The other two potential advantages of these countries with respect to other former socialist countries, have merged as a by-product of institutional changes introduced in the past. Economic reforms have required changes in economic policies, as the emergence of new problems which were non-existent in the centrally planned economy, required greater reliance on market-type instruments of regulation. At the same time, market-oriented reforms and accompanying policies have also involved some economic restructuring, although only in certain fields and limited in extent.<sup>26</sup>

In most SEE countries, essential parts of transition – initial phase reforms such as price, trade and foreign exchange liberalisation, institutional reforms and small and large-scale privatisation, reforms to corporate governance and competition policy, deepening of financial intermediation and infrastructure reform are close to completion and significant progress has been

24 P. Curic, "Hrvatska u vrtlogu procesa globalizacije", *Economics*, No. 3, 1998, p. 8–9.

25 Martha De Melo, Cevdet Denizer, Alan Gelb, *From Plan to Market: Patterns of Transition*, Policy Research Working Paper 1564, Washington, World Bank, 1996.

26 Milica Uvalić, *Investment and Property Rights in Yugoslavia: The Long Transition to a Market Economy*, Cambridge University Press, 1992, p. 199.



made. Trade and price liberalisation as well as structural reforms have established the conditions for competition in numerous sectors in SEE countries.

More is needed especially to succeed the standards necessary for EU membership (except for Bulgaria, Romania and Slovenia which are already part of the EU family).<sup>27</sup> In strengthening their economies, creating fundamentals for sustainable economic growth and building up necessary physical, legal and institutional infrastructure, the SEE countries will need to enforce competition law and integrate competition policy into various of economic policy.

## 1. Competition laws and their coverage

Competition policy is a strong building block in the foundation of successful market economies. Development of competition policies in SEE countries aims at creating a level playing field for investment, which is of major importance for the economic progress of the countries in the region. A sound competition policy implies a complete legal framework covering all anti-competitive behaviours and abuses by market actors and governments, institutional structures to ensure a vigorous implementation of the competition rules, a general focus on the most serious distortions of competition, transparency in procedures, a deterrent sanctioning policy, and public awareness of competition principles.<sup>28</sup>

Competition laws are mainly created to tackle anti-competitive business practices. Beside substantial differences in prior economic development, legal systems, and traditional cultural and society characteristics of South Eastern European countries, certain elements of national competition legislation and practice are similar and the other differ, especially the issue of enforcement practice.

Considering the shared common objective of SEE countries to become EU member states, competition legislation has been adopted as a part of the legislative reform that was required in the transition process from former centrally planned economies to a market economy. The protection of competition was expressly recognised as a pillar of the sound functioning of the market and development of the economy in these countries.

All countries faced the responsibility within the framework of the EU enlargement process, to adopt and to enforce the *acquis communautaire* in

27 Elisabetta Falcetti, Peter Sanfey, Slagjana Tepic, “South-East Europe: Opportunities and Potential for Investment and Growth”, in: Klaus Liebscher (ed.), *European Economic Integration and South-East Europe: Challenges and Prospects*, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 51.

28 OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, *Competition Law and Policy in South East Europe*, April 2003, p. 3.

the field of competition before the date of their accession to the EU due to prepare their economies to cope with the competitive pressures of the European internal market. This should, in principle, improve the competitiveness of the economies and benefit the consumers. Specifically, common for all SEE countries is that the competition laws are based on the provisions of Articles 81 and 82 of the EU Treaty. All countries introduced the first competition laws in the second half of 1990s, and then faced with the responsibilities defined in the priority area of the European Agreements for Romania, Bulgaria and Slovenia and Stabilisation and Association Agreements (SAA) for the rest of the countries to harmonise national competition legislation with the EU *acquis*, as a prerequisite for accession to the EU. As a result, most of these laws were either amended or new competition laws have been adopted.

## **2. Institutional framework for enforcement of competition law**

The second element of the assessment of competition policy before enlargement is adequate administrative capacity of accession countries in order to maintain competition discipline in line with European practice and to create credible enforcement record in all areas of competition policy. The administrative capacity shall be a competence of independent competition authorities with sufficient administrative capacity and expertise, provided with adequate financial resources. The challenge for NCAs will be to participate effectively in extending the scope and reach of competition policy principles while maintaining appropriate independence and impartiality (mainly political) in the core function of competition law administration. The NCAs should have broad powers to investigate and impose sanctions on natural persons and legal entities infringing the competition legislation.

All SEE countries have adopted a competition law and assigned the task of enforcing that law to a specialised body. The established NCAs have different organisational structure and competencies in enforcing the competition rules. There is significant difference in the number of staff and division within the NCAs, but one common for all of them is that they have specialisation division of tasks related to the competition law enforcement. Related to the issue of independence, all of the NCAs are established as to be free from any political and economic influence, and to be completely autonomous in respect of their organisational, functional, financial and personal tasks.

NCAs played important role in the process of transition to effective market economies in SEE countries. They provided guidance to economic reform and implemented rules to defend markets against all attempts to restrict, distort or eliminate competition between the market players. In this manner, they created economic environment favourable to investment and entrepreneurship, key prerequisites for growth and welfare. All SEE countries

today have independent, competent and strong competition authorities, not completely released and free from undue interference (especially from political influences), which is one essential element leading to successful transition to market economies.

### **3. Shared competence to enforce competition rules: NCAs vs. national consumer bodies**

Competition policy and consumer policy are separated both institutionally and also legislatively in the SEE countries. Competition policy is adjusted by independent act and its performance lies within NCAs. Consumer policy is considerably fragmented, adjusted by many independent legal acts and tens of institutions deal with particular performance of consumer protection. The institutional structure for implementation of the competition and consumer protection laws differs from country to country, and it has impact on the way taking into consideration the consumers' interests.

Differently from competition policy, many institutions deal with consumer policy and many laws tackle directly or indirectly this area. Main competences in the area of consumer protection lies within authorisation of the relevant Ministries, which coordinates activities of all institutions in this area and fulfils many executive, conceptual and strategic functions. Consumer associations are special on the other side as groups of subjects acting in the area of consumer protection, mainly focused on representation of consumers' interests, provision of consultancy, legal protection and involving in international activities.

The consumer and competition policy in SEE countries share the common goal of making efforts to reach consumer welfare. However, competition policy is specialised in consumer indirectly and its aim is to protect competition with the goal to support economic development in favour of consumer. Thus the task of the NCAs is to ensure effective competition and functioning markets through prohibition of anticompetitive agreements and abuse of a dominant position and also non-approval of concentrations leading to creation of a dominant position. Competition environment leads to low prices, wider supply, innovations and etc., from which consumer benefits. Consumer's effect of competition policy implementation appears in middle-term or long-term horizon, it is not directly visible and is hardly measurable. On the other side, the consumer policy is focused on consumer more directly than competition policy, since consumer policy deals directly with relation supplier-consumer and covers the areas, which competition policy does not achieve, for example problems of products safety or misleading advertising cannot be solved only by ensurance of competitive environment.

Simplification of the responsibility for enforcement through joint action of the relevant bodies shall decrease the burden of the consumer protection organisations which needs support and encouragement for their work. Unfortunately, the NCAs and the consumer protection organisations in SEE countries do not reflect extensive and active cooperation, mainly due to the considerable dilution and narrow specialisation of individual consumers' associations or other consumers' authorities. Changing this situation, better results in implementation of both policies could be reached to the benefit of consumer.

In that respect the SEE countries should reconsider the focus of their competition regimes to as well enclose:

- increase and deepening of the knowledge of consumer protection organisations for the most considerable requests of competition law and the most important issues of competition referring to the consumers,
- enabling consumer protection organisations to demonstrate their opinions for the basic competition rules/issues and to identify those aspects of the competition laws for which they need further trainings and experience.

#### **4. Legal protection of consumers**

Consumer protection which was still in its infancy had an important challenge to face in the transition period of SEE countries and consequently consumer organisations had an important role to play. They fulfilled their role by means of educating consumers, providing them with information, controlling the enforcement of consumer protection legislation, and inspecting products and safety standards. The actual recognition of consumer protection was slowly advancing. It was in 1990s when the SEE countries enacted first consumer protection laws. The effort to put consumer protection on the legislative and political agenda was significantly urged by the EU. The accession process and the obligation of SEE countries to align their laws with the EU law greatly stimulated the creation of an independent and autonomous area of consumer protection.

### **IX Conclusions**

There is strong complementarity between competition policy and consumer policy. The competition and consumer policy share the same common objective: the both intend to facilitate achievement of so called 'consumers'

sovereignty’ or efficient choice for consumers. The ‘consumers’ sovereignty’ is defined as condition where consumers may freely make decisions on the grounds of their individual interests and market which has power to respond to those interests. The competition policy has a tendency to offer consumers wide scope of choice while the consumer policy intends to provide consumers efficient choice of available options.

There has been a growing awareness in the EU that consumer rights need to be better integrated into the competition issues. Competition therefore aims at a target of enhanced consumer welfare, and this is the clearest and most direct link by which the competition process benefits EU citizens. Therefore, consumer welfare is a point on which the European Commission has been putting a strong emphasis over the last years when enforcing competition law. This is because just as consumers benefit from functioning competition, they will equally be the ultimate victims of any anti-competitive behavior. The importance of consumer welfare in competition policy is summarised by Commissioner Kroes’s statement that “Defending consumers’ interests is at the heart of the Commission’s competition policy. In concrete terms: competition gives citizens better goods and services, and ensures businesses have more opportunities to sell them.”

From the perspective of future EU enlargement, tremendous progress has been achieved in legislative approximation of the competition legislation and in the creation of market systems in SEE countries. The SAA provides for a competition regime to be applied in trade relations between the EU and each of the SEE country based on the criteria of Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Article 86 and Article 87. With a tendency to make accession a successful story and to ensure the proper functioning of the EU internal market after enlargement, it is especially important to create operationally independent professionalized national competition authorities, politically autonomous, entrusted with the powers necessary for the full application of the competition regime, guarantying further progress and effective enforcement due to create a genuine competition culture through application of competition advocacy instruments. Competition advocacy reflects various benefits of competition. The experience so far in SEE countries has shown that several factors lead to successful competition advocacy:

- the NCA must establish good relations with government ministries, regulatory bodies, and all the other involved in drafting, enacting, and implementing competition and other related policies affecting demand and supply conditions on the market;
- competition advocacy often entails formal appearances and public statements to promote or defend positions in favor of competition;

- the NCA must have expertise in the areas in which it seeks to intervene. The authority should suggest adequate policy measures to address competition concerns;
- competition advocacy should be conducted in an open, transparent manner in order to safeguard the integrity and credibility of the NCA;
- NCA should focus on public awareness, need to establish good media relations and explain the role and importance of competition policy as an integral part of the governments' economic framework.

Consumers are more than simply passive beneficiaries of competition or victims of lack of competition or market abuse. Informed, educated and active consumers are the real drivers behind a competitive marketplace, since ultimately, it is choice and purchasing decisions at the end of a market that drive its requirements and needs upstream. Empowering consumers means giving them the ability to be compensated for the harm they have suffered as a result of a breach of competition law, notably by obtaining a proper redress after they were rigged by a cartel. Continued engagement with and focus on consumers, the NCAs' action in SEE countries will ensure that consumers reap the full benefits of competitive markets. Therefore the competition policy regimes in SEE countries indicates that competition policy is an increasingly central feature toward their EU integration. This reflects growing use of competition policy as an instrument of fulfilling Copenhagen Economic criteria.

The SEE countries should participate in relevant EU bodies to promote the integration of competition policies and consumer protection. Their intention should be focused to better promote consumer issues, first by allocating more budgetary funds for this purpose, and, second by supporting more competition in provision of goods and services. Non-governmental bodies on consumer protection should put efforts to strengthen international cooperation to bring in the best practices of other countries that have demonstrated its usefulness, both in the area of consumer protection and competition policy.

др Верника ЕФРЕМОВА  
руководилац, GIZ ORF – правна реформа Македоније

## ИНТЕРАКЦИЈА ИЗМЕЂУ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ И ПРАВА ПОТРОШАЧА У ЗЕМЉАМА ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ

### Резиме

Овај чланак истражује однос између права конкуренције и права потрошача са посебним освртом на државе Југоисточне Европе, имајући у виду да је реч о одвојеним областима, али које у стварности деле заједничке циљеве унапређења благодинања потрошача. Према томе, биће приказан конфликт циљева права конкуренције и потрошача на нивоу Европске уније, преко анализе у којој мери циљеви конкуренције корелирају циљевима заштити потрошача, указујући на њихову комплементарност и разлике. У исто време ће бити анализирано да ли је конкуренција ефикасан инструмент заштити потрошача и каква је генерална улога Европске уније у том погледу. На крају је примењена компаративна анализа режима конкуренције у државама Југоисточне Европе у односу на заштиту потрошача, чији је основни циљ да истражи опис националних права конкуренције и основних циљева конкуренције од интереса за потрошаче.

**Кључне речи:** потрошачко благодинање, конкурентска политика, интеграција политика, заштита потрошача, антikonкурентска пракса, користи за потрошаче, организације за заштиту потрошача.

УДК 343.296 ; 368.025.8

др Зоран ИЛКИЋ  
правни заступник у штетама „ДДОР НОВИ САД“ а.д.о. Нови Сад

## ДЕЈСТВО КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСУИРАЊА НА ЗАСТАРЕЛОСТ ПОТРАЖИВАЊА ПРЕМА ОСИГУРАВАЧУ

### Резиме

Обавеза осигуравача на исплату накнаде из осигурања дефинисана је императивним законским нормама, а заснована на закљученом уговору о осигурању. И она може засиарети, ако се реализују законом предвиђени услови. Аутор расправља о две могућности када се обавеза осигуравача може прећворити у природну облигацију. Прва представља ситуацију када је проћив његовој осигураника окренути кривични процесуирањак, исти је прекинути или је наступио засиој или је донећа правноснажна кривична пресуда, па се анализира утицај кривичног процесуирања на засиарелост потраживања према осигуравачу. Друга је ситуација када се изв. „привилећовани“ рок засиарелости потраживања различито тумачи у судској пракси у односу на правну позицију осигуравача и семенћ рећресној права према њему.

**Кључне речи:** засиарелост, привилећовани рок, дејство кривичног процесуирања, рећрес.

### I Застарелост права из основа осигурања

За штету насталу из деликта наш законодавац предвиђа трогодишњи рок застарелости потраживања накнаде проузроковане штете,



везујући тај рок за две околности: за сазнање оштећеника за штету и за лице које је штету проузроковало.<sup>1</sup> Субјективни трогодишњи рок застарелости почиње да тече од момента сазнања оштећеног за обе кумулативно опредељене околности. Сем тога, када се ради о штети насталој повредом оштећеног, јудикатура захтева да се утврди и обим и висина штете,<sup>2</sup> јер само сазнање наведених околности, без сазнања обима претрпљене штете, није довољно да се прецизира одштетни захтев.<sup>3</sup>

Ради потпуније заштите права оштећеног лица, нормиран је и објективни (апсолутни) рок застарелости за потраживања накнаде штете из деликта. Без обзира на сазнање оштећеног за штету и за штетника, овај рок почиње да тече од момента када је штета проузрокована и навршава се када протекне пет година од дана када је штета настала.<sup>4</sup>

Дакле, потраживање накнаде проузроковане штете застарева за три године од када је оштећеник сазнао за штету и за лице које је штету учинило, а у сваком случају, ово потраживање застарева за пет година од када је штета настала.<sup>5</sup> Будући да се сазнање за нематеријалну штету не везује за дан њеног проузроковања, већ за околности које се односе на трајање и престанак физичких болова или страха, односно на завршетак лечења и сазнања да је здравствено стање у смислу последица од повреде добило дефинитивни облик,<sup>6</sup> те да су заостале последице узроковале трајно оштећење здравља и опште животне способности оштећеног, које му умањују животну активност, сваки вид нематеријалне штете застарева посебно,<sup>7</sup> и то: застарелост потраживања накнаде нематеријалне

1 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, 22/99 и 44/99; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 376 ст. 1.

2 Наташа Мрвић-Петровић, Здравко Петровић, Александар Филиповић, *Обавезно осигурање од аутоодговорности и накнада штеће*, ИП Глосаријум, Београд, 2002, стр. 258-259.

3 Према одредбама немачког законодавства, право на накнаду штете проузроковану недопуштеном радњом застарева у року од три године од сазнања оштећеног за штету и личност штетника, с тим, да редовна застарелост почиње да тече истеком године у којој је тужбени захтев постављен или у којој се сазнало за околности на којима се захтев заснива и лице чијом је кривицом или грубим пропуштањем дошло до штете. У швајцарском праву, рок застарелости износи једну годину, и тече од сазнања за штету и за починиоца. О томе више: Здравко Петровић, „Почетак тока застарелости накнаде штете у судској пракси“, *Правни животи*, бр. 10/2002, стр. 737-738.

4 ЗОО, чл. 376 ст. 2; Драган Мркшић, Здравко Петровић, *Право осигурања*, Факултет за пословно право, Београд, 2004, стр. 135.

5 ЗОО, чл. 376 ст. 1 и 2.

6 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1025/2001 од 14.11.2001. год., *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/2003, стр. 62.

7 Н. Мрвић-Петровић, З. Петровић, А. Филиповић, *нав. дело*, стр. 257-258; З. Петровић, *нав. чланак*, стр. 739-743.

штете за физичке болове – почиње тећи од престанка болова; за страх – од престанка страха;<sup>8</sup> за душевне болове због умањења животне активности – од завршетка лечења и сазнања за трајно умањење животне активности или погоршања здравственог стања (као дана сазнања за нову, тежу последицу).<sup>9</sup> Како сваки од видова нематеријалне штете застарева појединачно, ако тужени истакне приговор застарелости, суд је дужан да утврди, из медицинске документације или помоћу вештачења лекара одговарајуће специјалности, када су код оштећеног престали болови и страх, када је завршено лечење и када је он сазнао за постојање умањења животне активности, односно наружености.<sup>10</sup>

У пракси може доћи до неуједначености у погледу тока застарелости потраживања онда када постоје два одштетна захтева оштећеног: један према осигуранику, а други према његовом осигуравачу. Тада могу наступити околности на основу којих долази до застоја или прекида застарелости само једног од ових захтева. Тужилац може поднети тужбу против само једног од ових лица и тиме против њега прекинути застарелост, а према другом рок застарелости несметано тече, те према њему потраживање може и застарити.<sup>11</sup> У упоредном, као и у нашем праву, постоје ставови да се у погледу обуставе и прекида застарелости дејства према једном од дужника протегну и на другог дужника, против кога тужба није поднета.<sup>12</sup> Било би целисходно нормирати да застој и прекид застарелости према осигуранику има исто дејство и у погледу застарелости потраживања оштећеног према осигуравачу од одговорности, тј. да застој и прекид застарелости према осигуравачу има исто

8 Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 1427/2005 од 26.5.2005. год., *Право – теорија и пракса*, бр. 7–8/2006, стр. 60–61.

9 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1566/2002 од 28.12.2002. год., *Правни информатор*, бр. 2/2005, стр. 12; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 257/2006 од 6.4.2006. год., *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 3/2006, стр. 70–72; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1461/2008 од 3.2.2009. год., „Параграф Лекс“ (судска пракса); пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 927/2006 од 8.2.2007. год., *Избор судске праксе*, бр. 1/2009, стр. 49–50.

10 Александар Филиповић, *Застарелост и оштетавања у судској и пословној пракси*, Дунав превинг, Београд, 1999, стр. 53–54.

11 Предраг Шулејић, „Осигурање од одговорности у новом Грађанском законнику Србије“, у: Радован Д. Вукадиновић (приредио), *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda*, Немачка организација за техничку сарадњу (GTZ) GmbH, Београд, 2009, стр. 189; о процесном положају осигуравача и имаоца моторних возила: Лепосава Карамарковић, *Солидарна одговорност дужника и њихов процесни значај*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће „Службени гласник“, Београд, 2008, стр. 72–76.

12 Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005, стр. 418; Ивица Јанковец, *Обавезно осигурање за шипе од моторних возила*, Савремена администрација, Београд, 1977, стр. 165.

правно дејство у погледу застарелости и према његовом осигуранику.<sup>13</sup> Тиме би се изједначио положај осигураника и његовог осигуравача према трећем оштећеном лицу.<sup>14</sup>

## II Однос кривичног и грађанског судског поступка

Уколико је штета проузрокована кривичним делом, оштећени има право да свој имовинско-правни захтев постави већ у току вођења кривичног поступка, па суд, у случају доношења осуђујуће пресуде, може оштећеном одмах досудити и износ на име накнаде грађанске штете. Ако се окривљени ослобађа оптужбе, иста се одбија или се обустави кривични поступак, исти ће упутити заинтересоване странке да свој захтев остварују у парничном поступку. У таквом случају, почетак рока застарелости за накнаду штете рачуна се сагласно пропису из члана 390 ЗОО.<sup>15</sup> Међутим, и када имају довољно елемената да то учине, у кривичним поступцима судови, по правилу, не расправљају о насталој штети и њеној накнади, већ упућују странке да се са одштетним захтевом обрате грађанском суду.

Ауторитет кривичне пресуде делује *erga omnes*, али само за две чињенице: за постојање кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца.<sup>16</sup> Осталим елементима, који не улазе у биће кривичног дела, грађански суд није везан. Кривична пресуда не представља пресуђену

13 У немачком праву, уколико је правноснажном пресудом утврђено да трећем лицу не припада захтев за накнаду штете, пресуда делује и у корист осигураника, ако је донета у спору између трећег лица и осигуравача, а ако је донета у спору између трећег лица и осигураника, делује и у корист осигуравача. Ако је захтев трећег лица према осигуравачу утврђен правноснажном пресудом, признањем или поравнањем, осигураник мора то уважавати, осим уколико је осигуравач својом кривицом повредио обавезу одбране од неоснованих захтева, као и обавезу смањења или чињеничног утврђења штете; немачки Закон о уговорима о осигурању (*Versicherungsvertragsgesetz*, 23.11.2007, BGBl. I S. 2631; даље у фуснотама: VVG), пар. 124 ст. 1–2.

14 Немачки VVG нормира да директни захтев оштећеног према осигуравачу подлеже истој застарелости као и захтев за накнаду штете поднет против осигураника. Застарелост почиње да тече у тренутку у којем почиње застарелост захтева против осигураника и окончава се најкасније након 10 година од настанка штете. Ако је захтев трећег лица пријављен осигуравачу, застарелост не тече до тренутка када се одлука осигуравача у писменој форми достави подносиоцу захтева. Застој, истек периода застоја и нови почетак застарелости захтева против осигуравача има дејства и према осигуранику, и обратно (пар. 115 ст. 2).

15 Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коменитар Закона о облигационим односима I*, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 1156–1157.

16 Гордана Станковић, „Дејство пресуде кривичног суда у грађанском судском поступку“, у: Александар Радованов, Срето Ногић, Вуксан Лакичевић (уредници),

ствар и у парници, већ је обавеза суда да у грађанском спору расправља и одлучује о накнади штете. Парнични суд не може одлучити супротно кривичном у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности, али све остало мора сам да процењује: да ли је осуђени проузроковао предметну штету, да ли постоји узрочно-последична веза између његовог дела и саме штете, у ком обиму је она настала, те колики је степен одговорности штетника. Грађански суд у ширем аспекту пресуђује о накнади штете, тако да ни осуда на кривично дело не значи да оштећени није допринео да она настане или је, можда, утицао да штета буде већа. Стога није обавезан да прихвати ни констатацију кривичног суда о сразмери одговорности оштећеног и штетника. Следствено томе, чак и када је окривљени ослобођен кривичне одговорности, значи да нису испуњени елементи бића кривичног дела као друштвено опасне појаве, али не значи да није проузроковао штету.<sup>17</sup> И када је окривљени ослобођен кривичне одговорности, може се у парници доказивати да је обавезан да накнади штету.<sup>18</sup> Постојање кривичног деликта није претходно питање, нити саставни део грађанског деликта, па се парнични поступак ни не може прекинути ради овог утврђења.<sup>19</sup> Грађанска одговорност је знатно шира, будући да се не исцрпљује у кривично-правној одговорности.<sup>20</sup> Парнични суд није, сходно томе, везан ни правноснажним одлуком прекршајног суда којом се та одговорност утврђује, већ ће је самостално и мериторно утврђивати.<sup>21</sup>

### III Утицај кривичног поступка на застарелост потраживања

Рокови застарелости за накнаду штету су дужи, ако је она проузрокована кривичним делом, да би се спречило застаревање грађанско-

*Промене у правном систему Републике Србије*, Универзитет Привредна академија, Нови Сад, 2008, стр. 178.

17 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2548/2004 од 7.10.2004. год., *Правни информатор*, бр. 6/2005, стр. 21–22.

18 Александар Филиповић, *Обавезно осигурање од аутоодговорности у југословенском праву*, Учитељски факултет, Београд, 2001, стр. 310–311.

19 Закон о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 125/2004 и 111/2009; даље у фуснотама: ЗПП), чл. 12.

20 А. Филиповић, *Застарелост појитраживања у судској и јословној пракси*, стр. 310; Г. Станковић, *нав. чланак*, стр. 179–180.

21 ЗПП, чл. 12; пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1797/2002 од 09.05.2002. год., *Право – теорија и пракса*, бр. 7–8/2003, стр. 85–86; у том смислу и: решења ВСПХ, бр. Рев–2206/1994–2 од 10.4.1996. год. и Рев–108/2010–2 од 21.7.2010. год., доступно на адреси: <http://sudskapraksa.vsrh.hr/supra/SearchResultsPublic.asp>, 22.9.2011.

правног потраживања накнаде штете, док се још нису истекли рокови за застарелост гоњења починиоца кривичног дела од стране државе.<sup>22</sup> Као изузетак од општег правила о застарелости захтева за накнаду штете, потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом, према одговорном лицу, застаревају у року застарелости кривичног гоњења за кривично дело којим је проузрокована штета, када је тај рок дужи од грађанско-правног рока<sup>23</sup> (тзв. „привилеговани“ рок застарелости). Ако би се, евентуално, догодило да је за кривично-правно гоњење прописан краћи рок од општег рока застарелости, примењиваће се рокови прописани чланом 376 ЗОО.<sup>24</sup> Уколико је осигураник правоснажном пресудом ослобођен од оптужбе у кривичном поступку, одштетни захтев оштећеног застарева у року од три године од дана сазнања за штету и штетника.<sup>25</sup> Али, ако је штета заиста и причињена кривичним делом, потребно је, по приговору туженог, за сваку врсту штете утврдити да ли је или не, можда наступила застарелост потраживања према општем или привилегованом року застарелости. У складу с тим, треба применити ону одредбу, по којој застарелост није још наступила. Тиме се остварује циљ због кога је привилеговани рок и нормиран, да се пружи што је могуће јача правна заштита лица оштећених поступањем које носи обележја и кривичног дела.<sup>26</sup> Ако се, у конкретном случају, има применити одредба о привилегованом року, застарелост одштетног захтева почиње да тече од дана када је кривично дело учињено, а не од дана сазнања за штету и њеног починиоца.<sup>27</sup>

Покретање кривичног поступка узрокује прекид застаревања кривичног гоњења, што повлачи за собом и прекид застарелости захтева за накнаду штете.<sup>28</sup> Исто дејство има и застој застаревања кривичног

22 Драгослав Вељковић, *Облигационо право (кроз Коментар Закона о облигационим односима)*, Пословни биро ДОО, Београд, 2005, стр. 381.

23 ЗОО, чл. 377 ст. 1.

24 Слободан Перовић (редактор), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 787.

25 Пресуда Врховног суда Црне Горе, Рев. бр. 333/2008 од 19.11.2008. год., <http://www.vrhosudcg.gov.me/Odlukeibiltenisuda/OdlukeVrhovnogsuda/tabid/80/Default.aspx>, 9.7.2011.

26 А. Филиповић, *Застарелост потраживања у судској и пословној пракси*, стр. 58-60.

27 Н. Мрвић-Петровић, З. Петровић, А. Филиповић, *нав. дело*, стр. 260.

28 ЗОО, чл. 377 ст. 2; када је штета проузрокована кривичним делом, за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, па захтев за накнаду штете према одговорном лицу застарева истеклом времена одређеног за застарелост кривичног гоњења, с тим, што прекид застаревања кривичног гоњења повлачи и прекид застаревања захтева за накнаду штете. Ова правила, садржана у члану 377 ст. 1 и 2 ЗОО, могу се применити само ако је кривично дело утврђено у кривичном поступку.

гоњења.<sup>29</sup> Застаревање које је било прекинуто или код кога је наступио застој, тече даље од наступања правноснажности кривичне пресуде.

Дужи рок застарелости примењује се само када се накнада потражује од лица које је одговорно за штету и када је у кривичном поступку правноснажно утврђено постојање кривичног дела којим је штета причињена.<sup>30</sup> Према нормама кривичног права, рок застарелости кривичног гоњења тече од дана када је кривично дело учињено. У сваком случају, апсолутни рок застарелости права потраживања накнаде штете која је проузрокована извршењем кривичног дела, навршава се када протекне два пута онолико времена које је по закону нормирано за застарелост кривичног гоњења, и исти се има рачунати од дана када је штета причињена.

Начелно, парнични суд није овлашћен да сам утврђује да ли је штета проузрокована кривичним делом и да ли је лице, које је штету проузроковало, одговорно за извршење тог дела. Али, ако су постојале процесне сметње због којих је било онемогућено да се против учиниоца кривичног дела поступак покрене и оконча (поступак је обустављен или се није ни могао покренути јер је окривљени умро, непознат, недоступан органима гоњења или је душевно болестан, у случају више извршилаца или је дело амнестирано или помиловано), грађански суд може у парничном поступку, у циљу утврђивања застарелости као претходног питања, разматрати да ли радња којом је штета проузрокована садржи елементе и представља кривично дело.<sup>31</sup>

ку, а само изузетно и у парничном поступку. Ако је окривљени од кога се тражи накнада штете проузроковане кривичним делом правно снажним пресудом ослобођен од оптужбе, захтев за накнаду штете не застарева у дужем року предвиђеном за застарелост гоњења кривичног дела, већ у року из чл. 376 ст. 1 ЗОО. Међутим, у смислу одредбе члана 388 ЗОО, и тада може доћи до прекида застаревања подношењем тужбе или другом радњом оштећеног лица предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом у циљу утврђивања, обезбеђења или остваривања потраживања. Произлази да имовинско-правни захтев поднет у кривичном поступку прекида застаревање захтева за накнаду штете. Међутим, ако је оштећени у кривичном поступку истакао имовинско-правни захтев, па суд донесе пресуду којом се оптужба одбија или ако штетник буде ослобођен од оптужбе, а оштећени упућен да свој имовинско-правни захтев остварује у парници, у смислу члана 390 ЗОО, застарелост се прекида даном истицања захтева у кривичном поступку, уз услов да се тужба редовном суду поднесе у року од три месеца од правноснажности одлуке кривичног суда. У том смислу: пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1623/2004 од 3.6.2004. год., Параграф Лекс (судска пракса).

29 ЗОО, чл. 377 ст. 3.

30 Милан Почуча, „Оцена правног схватања Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђеног на седници од 10. фебруара 2004. године“, у: Здравко Петровић (уредник), *Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење њиховираживања*, Ин-термекс, Београд, 2010, стр. 353.

31 А. Филиповић, *Застарелост њиховираживања у судској и њиховној пракси*, стр. 65; Владимир Чоловић, „Специфичности примене рокова застарелости у осигурању“,

Као изузетно спорно питање, поставила се примена привилегованог рока на осигуравајуће организације. Јер, за штету могу одговарати и непосредни извршилац штетне радње, као и лице које је са њим у неком правном односу. У пракси се појавило као дискутабилно тумачење појма „одговорног лица“. Спорови се воде око тога да ли се рок у наведеном смислу примењује само према непосредном извршиоцу, који је и проузроковао штету или и према лицу које није непосредни извршилац, али посредно је одговорно, јер грађански одговара за њега на основу одређеног правног односа (у овом случају осигуравач, по основу уговора о осигурању)? О овоме су у правној науци заузета два супротна мишљења. По првом, привилеговани рок се односи и на осигураваче, будући да се под појмом „одговорно лице“ из члана 377 ст. 1 ЗОО подразумева како учинилац кривичног дела, тако и лице које одговара за штету која је учињена кривичним делом, мада сам није учинилац.<sup>32</sup> Према другом схватању, како потраживање накнаде штете почиње тећи након што оштећени сазна за обвезника који је одговоран за проузроковану штету, а не за фактичког починиоца, привилеговани рок може се применити само према починиоцу кривичног дела, а не и према оном који одговара за штету уместо учиниоца кривичног дела. Уколико дође до заједничке одговорности, привилеговани рок се може применити само према кривично одговорном штетнику, док се према његовом осигуравачу може применити само општи рок застарелости.<sup>33</sup>

у: Јован Славнић, Предраг Шулејић (уредници), *Осиурање у сусрећу процеса придруживања Србије и Црне Горе Европској Унији*, Удружење за право осигурања Србије и Црне Горе, Палић, 2006, стр. 243–244; решења Савезног суда, Гзс. бр. 72/1998 од 24.12.1998. год. и Гзс. бр. 79/1998 од 18.2.1999. год. и решења Врховног суда Србије, Рев. бр. 2696/1997 од 3.6.1997. год., Рев. бр. 4192/1997 од 10.09.1997. год. и Рев. бр. 4128/1997 од 28.10.1997. год., према: Јован Вуксановић (уредник), *Проузроковање штете и њена накнада*, II, Перимекс, Будва, 1999, стр. 213–214; пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1313/2000 од 07.06.2001. год., *Избор из судске праксе*, бр. 6/2002, према: *Ревизија за право осигурања*, бр. 2/2002, стр. 74; пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2331/1996 од 3.7.1996. год., *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 4/96, стр. 27, из образложења: „...правила важе и кад је кривични поступак обустављен због застарелости кривичног гоњења. Међутим, постојање ове застарелости не значи и непостојање кривичног дела. Кривично дело може постојати кад је кривични поступак изостао (на пример, због неподношења приватне тужбе кад се гоњење не предузима по службеној дужности или кад дође до застарелости кривичног гоњења). У том случају парнични суд може проценити да ли у одређеној радњи има обележја кривичног дела, али не ради утврђивања кривичне одговорности (то се може само у кривичном поступку), већ да би применио посебна правила о застарелости захтева за накнаду штете из чл. 377 ЗОО.“

32 Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 1141.

33 Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облијационим) односима*, I, књига 1, издање писца (шт. Ријечка тискара), Загреб, 1978/1979, стр. 1326–1327; пресуда Вишег трговинског суда, Пж. бр. 1990/90 од 17.9.2009, према: *Избор судске праксе*, бр. 1/2011, стр. 50–51.

Доктринарна размимоилажења су условила и различите ставове судске праксе.<sup>34</sup> Доношене су контрадикторне одлуке, с тим што је дуго преовладавао став, па и данас још увек постоји такво схватање, да и осигуравачи одговарају за исплату накнаде из осигурања у року предвиђеном за кривично гоњење њихових осигураника.<sup>35</sup> Током времена, прво у погледу одговорности државе,<sup>36</sup> а затим и у погледу одговорности осигуравајућих организација, судови су почели да мењају свој став и да директне тужбе, поднете после истека општег застарног рока, одбијају као застареле.<sup>37</sup>

#### IV Регресно право осигураника

Под регресом (*recourse, subrogation, Regress, Rückgriff*), у најширем смислу речи, подразумева се право (*right of recourse, Regressrecht, Rückgriffsrecht*) неког платиоца да захтева (*recourse claim, Regressanspruch*,

34 М. Почуча, *нав. чланак*, стр. 357.

35 Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 1335/2005 и Сгзз. бр. 58/2005 од 30.11.2005. год., Врховни суд Србије (судска пракса), доступно на: <http://www.vk.sud.rs/sudska-praksa.html>, 25.9.2011, из образложења: „Уколико су тужени као осигуравајуће организације према прописима који су важили у моменту саобраћајног удеса били одговорни заједно са учиниоцем кривичног дела за штету коју су претрпели тужиоци, тада се и на њих односе одредбе чл. 377 ст. 1 ЗОО“; пресуда Апелационог суда Нови Сад, Гж. бр. 684/2010 од 3.3.2010. год.

36 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 67/2007 од 4.4.2007. год., ВСС (суд. пракса), 25.7.2011, из образложења: „...држава одговара за другог који штету може проузроковати и кривичним делом, али дужи рок застарелости из члана 377 ЗОО не може се применити према одговорном лицу, које није извршило кривично дело, него само према учиниоцу таквог дела...“

37 Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 10.2.2004. год.; пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2695/2007 од 31.10.2007. год., Интермекс (судска пракса); пресуда Окружног суда Нови Сад, Гж. бр. 2861/2004 од 26.11.2004. год.; решење Окружног суда Београд, Гж. бр. 29/2007 од 11.7.2007. год.; пресуде Врховног суда Србије, Рев. бр. 1890/2007 од 5.9.2007. год., Рев. бр. 1144/2006 од 25.10.2007. год., Рев. бр. 4588/2002 од 24.4.2003. год., из образложења: „Нема места ни примени одредби чл. 377 став 1 истог Закона, према коме се застарелост потраживања накнаде штете везује за рок застарелости кривичног гоњења за кривично дело којим је штета проузрокована. Ово из разлога, што тужени у овој парници одговара по правилима објективне одговорности, као власник опасне ствари или опасне делатности у смислу члана 373 и члана 374 ЗОО, тако да се његова одговорност за накнаду штете не може везивати за субјективну одговорност другог учесника у саобраћајној незгоди“; пресуде Врховног суда Србије, Рев. бр. 2865/2005 од 24.1.2006. год., Рев. бр. 1354/2006 од 06.09.2006. год., Рев. бр. 1453/2006 од 21.12.2006. год. и Рев. бр. 2409/2007 од 28.11.2007. год., ВСС (суд. пракса), 25.7.2011; пресуда Вишег трговинског суда, Пж. бр. 1990/2009 од 17.9.2009. год., *Избор судске праксе*, бр. 1/2011, стр. 50–51; пресуда Привредног суда Пожаревац, П. бр. 180/2010 од 10.2.2010. год.



*Rückgriffsanspruch*)<sup>38</sup> накнаду целокупног или дела износа од лица које је на то обавезно по основу закона или неког правног посла. Стога, регресна права обухватају регресе у ужем смислу речи и право суброгације.<sup>39</sup>

У пракси, али и у правној науци, често се поистовећују појмови „регрес“ и „суброгација“.<sup>40</sup> Ради се о, међутим, значајно другачијим правним институтима, чији су актери различите странке и настају под другим правним и чињеничним околностима и условима. Најзначајнија разлика је да код регреса (у ужем смислу), осигуравач исплатом накнаде из осигурања ступа у сва права оштећеног према свом осигуранику као одговорном лицу, док у случају суброгације, осигуравач исплатом накнаде штете ступа у сва права осигураника према трећем одговорном лицу. У првом случају ради се о накнади штете оштећеном лицу по основу грађанско-правне одговорности осигураника, а у другом о накнади штете осигуранику по основу полисе осигурања. Код регреса, осигуравач се појављује са одштетним захтевом према лицу које је осигурао од одговорности, а код суброгације захтев је усмерен на штетника који није осигуран од одговорности.<sup>41</sup> У случају регреса, осигураник је одговоран за штету, док је код суброгације осигураник оштећено лице.<sup>42</sup>

У области, нпр. осигурања од аутоодговорности, регрес означава право, по коме осигуравач од одговорности за употребу моторних возила, након исплате накнаде штете оштећеном, ступа у сва права оштећеног према лицу које је проузроковало осигурани случај, уколико надокнађена штета није обавеза осигуравача у складу с његовим условима о обавезном осигурању под којима обавља ову делатност.<sup>43</sup> Поред друштава за осигурање, ово право могу имати и носиоци социјалних

38 Борис Маровић, Небојша Жарковић, *Лексикон осигурања*, ДДОР Нови Сад ад. и ДП Будућност, Нови Сад, 2002, стр. 391-392.

39 Dennis S. Hansell, *Introduction to insurance*, LLP Reference Publishing, London/Hong Kong, 1999, стр. 205-212.

40 John Birds, *Essential business Law – Insurance*, Sweet & Maxwell, London, 1979, стр. 69-73; Ray Hodgkin, *Insurance Law (Text and materials)*, Cavendish Publishing Limited, London/Sydney/Portland, Oregon, 2002, стр. 641-649.

41 В. Чоловић, *нав. чланак*, стр. 240-241.

42 John Lowry, Philip Rawlings, *Insurance Law: Doctrines and Principles*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, стр. 287-303; John Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Sweet & Maxwell Limited, London, 2007, стр. 308; John F. Dobbyn, *Insurance Law in a Nutshell*, Thomson West Group, St. Paul, 2003, стр. 382.

43 Закон о обавезном осигурању у саобраћају (Сл. гласник РС, бр. 51/2009), чл. 28 ст. 2; Услови за обавезно осигурање власника моторних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима „ДДОР-а НОВИ САД“ а.д.о., компаније „Дунав осигурање“ а.д.о., „АМС осигурања“ а.д.о., „Таково осигурања“ а.д.о., сви из 2009. год., код свих чл. 10 ст. 2.

давања (фондови здравственог, инвалидског и пензијског осигурања), гарантни фонд, али и сам осигураник, уколико је и поред постојања валидног уговора о осигурању од аутоодговорности исплатио штету оштећеном лицу.

У пракси се ретко дешава да оштећени не потражује накнаду штете од осигуравача или солидарно од штетника и његовог осигуравача, већ тражи обештећење само од штетника (као економски знатно слабијег платиоца у односу на осигуравајућу компанију). Овакве ситуације углавном су осветнички мотивисане према штетницима, углавном код тежих саобраћајних несрећа, са трагичним исходом. Уколико оштећено лице захтева накнаду директно од осигураника или је од њега и добије, у вансудском или судском поступку, осигураник има право да се регресира од свог осигуравача од одговорности, јер се у циљу обезбеђења економске заштите и осигурао код њега.

Рок за застарелост овог осигураниковог права није промењен, оно застарева у року који је нормиран и за остала потраживања из уговора о осигурању.<sup>44</sup> Специфично је, међутим, уређен моменат од када застарелост почиње да тече. Рок се рачуна од дана подношења суду тужбе оштећеног, односно, када је осигураник сам обештетио оштећеног, рок тече од тог дана.<sup>45</sup> За почетак застарелости осигураниковог потраживања према осигуравачу, када је покренута парница, није неопходно да осигураник обавести осигуравача о судском спору, али би то свакако било корисно ради отклањања евентуалних приговора осигуравача о основаности или висини потраживања оштећеног. Осигураник је дужан да савесно и рационално поступа у таквом судском поступку, јер би му осигуравач накнадно могао приговорити да није адекватно водио спор, те да је проузроковао непотребно већи износ од оног који се жели регресирати.

Може се догодити да је потраживање осигуравача према оштећеном лицу застарело (у складу са ставом судске праксе да се тзв. „привилеговани“ рок застарелости не протеже и на осигуравача), а да је у кривичном поступку одговорност осигураника утврђена тек после вишегодишњег судског поступка. Поставља се питање, када обештети оштећеног, да ли је потраживање осигураника према свом осигуравачу такође застарело? Одредбе о почетку рачунања рока за регресно потраживање нормиране су као изузетак у односу на генерално правило о почетку рачунања рока застарелости, те из слова закона произлази да застарелост оваквог потраживања није везано за датум дешавања

44 ЗОО, чл. 380 ст. 1 и 2.

45 ЗОО, чл. 380 ст. 4; Драгослав Вељковић, *Уговори у привреди: са судском праксом, примерима уговора и њужбама за остваривање права из тих уговора*, Пословни биро ДОО, Београд, 2008, стр. 565; Д. Мркшић, З. Петровић, *нав. дело*, стр. 136.

саобраћајне несреће, тј. први дан после протекла календарске године када је потраживање настало или дан сазнања осигураника о томе да се осигурани случај догодио. С друге стране, судска пракса све више према осигуравачима примењује општи рок застарелости из чл. 376 ЗОО, те је њихова обавеза после три године, у односу на трећа оштећена лица, угашена. Како процесни положај дужника, чија је солидарност заснована на уговору, дозвољава да захтеви према неким од њих могу бити одбијени због застарелости,<sup>46</sup> одговорност осигуравача остаје активном само према његовом осигураннику, који је накнадио штету оштећеном. Ако се узме у обзир сврха осигурања (нарочито од одговорности) и, по правилу, хронична великвидност осигураника да из своје имовине исплате примерене износе оштећенима, није тешко претпоставити да ће трећа оштећена лица најчешће остајати без адекватне накнаде. Судска пракса није још заузела став о овом питању, а свакако би требало спорно питање прецизније регулисати новим грађанским закоником.

## V Закључци

1) Рок застарелости из члана 377 ЗОО може се применити само у односу на штетника који за штету одговара по основу кривице, док се за грађанску одговорност осигуравача који, по основу уговора о осигурању, одговара за свог осигураника, може применити само рок застарелости према општем пропису из члана 376 ЗОО.

2) Штетник и његов осигуравач од одговорности, према законодавним решењима нашег права, могу доспети у битно различите правне позиције у односу на оштећеног. У упоредном праву постоје ставови да се, у погледу обуставе и прекида застарелости, дејства према једном од дужника протегну и на другог дужника, против кога тужба није поднета. Било би целисходно нормирати и код нас, да застој и прекид застарелости према осигураннику има исто дејство и у погледу застарелости потраживања оштећеног према осигуравачу од одговорности, тј. да застој и прекид застарелости према осигуравачу има исто правно дејство у погледу застарелости и према његовом осигураннику.

3) Уколико је оштећени у парничном поступку издејствовао пресуду против осигураника, она не може имати правну снагу пресуђене ствари према лицу које у њој није учествовало. Стога она не може у том смислу да безусловно обавезује осигуравача. Међутим, ако би пресуда имала правни ефекат и на спор са другим дужником оштећеног лица, исходована пресуда, иако нема ауторитет пресуђене ствари, била би значајан доказ и утврђена чињеница у спору против осигуравача,

46 Л. Карамарковић, *нав. дело*, стр. 58.

која би у многоме утицала на став осигуравача према начину како треба поступати у парници и које још околности сматрати спорним или утврђеним. Новим Грађанским закоником требало би предвидети и да се дејства правноснажне пресуде донете према једном дужнику, протегну и на спор са другим дужником оштећеног лица. Тиме би се изједначио положај осигураника и његовог осигуравача, према трећем оштећеном лицу.

**Zoran ILKIĆ, PhD**

**Law Agent in Damages, „DDOR NOVI SAD“ a.d.o. Novi Sad**

## THE EFFECT OF LEGAL PROCEEDINGS ON EXPIRED INSURANCE CLAIMS

### Summary

*The obligation of insurance company is to pay for the damage according the law, based on insurance contract. It can expire, under conditions regulated by law. The author points out two possibilities relating insurance expiration. The first one is when the insured is under legal proceedings, which is stopped or the final sentence is given, so the impact of legal proceedings on expired insurance claims is being analyzed. The second situation is the case when so called “privileged” period of expiration is understood differently on court of law compared to legal position of the insurance company and right of recourse.*

**Key words:** *expiration, privileged period of expiration, effect of legal proceedings, recourse.*

др **Бојана ОГЊАНОВИЋ**

## ПРЕДЛОГ НОВЕ ДИРЕКТИВЕ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА

### Резиме

Европска комисија је издала Предлој нове Директиве о заштити потрошача, која се састоји из четири пренујно важеће директиве у прерађеном облику. Предносј уколико Предлој буде усвојен, шјо се очекује ујркос ошјрим критикама, биће мање администрајвној шерејш јри усклађивању јрава потрошача у свим државама чланицама, шјо би шребало да потштакне јрекојраничну шјровину. Поред шјоја би и заштитиш потрошача у мнојим обласјима била јојачана и јојуњене су још јонеке рује у садашњим јројисима. Иако Европска комисија овој јушш није шјврдила (као шјо је шјо раније био случај јриликом издавања друјих директива из обласји заштитиш потрошача) да је улјимашивни циљ овој Предлоја био боља заштитиш потрошача, јасно је да је равномерно унутрашње шјржишше виши јриоритетш од ојшшмалне заштитиш потрошача у целој ЕУ. Резултатш би мојао бити да шјоретшски нејпотрошачи имају већу заштитишу од потрошача и шјо је још више забрињавајуће, збој јринцишш максималне хармонизације потрошачи ће нека своја јрава изјубитиш. Уколико је шјо неизбежно, шребало би се потрошачима остшавишш дужи јериод да се навикну на нову јравну ситуацију с обзиром да су у неки јравни иншјрументшш део дује шјрадиције.

**Кључне речи:** потрошач, јраво заштитиш потрошача, Предлој нове Директиве о заштитиш потрошача.

## І Почеци

Свако друштво са развијеном тржишном привредом је било у потрази за законодавством које регулише и истовремено развија односе између продаваца и купаца. Тако се кроз векове елементи заштите потрошача (купаца) могу наћи у јавним, статутарним, законским и приватним прописима и стандардима. Већ у старом Риму купцу је осигурана адекватна заштита приликом закључења уговора – укључујући право да тражи накнаду за оштећену робу.

У еволуцији потрошачке политике у Европској унији заштита потрошача није била основана у уговору од самог почетка. Укидање јавно-правних трговинских баријера требало је да резултира великим тржишним слободама (као основне вредности европске правне традиције) и бољем животном стандарду и на тај начин неизбежно допринесе миру, стабилности и демократији. Због такве тржишно-либералне концепције у развој укључена идеја заштите потрошача није се нашла у Римском споразуму 1957.<sup>1</sup>

Међутим позивање на потрошаче могло се повремено наћи (посебно у вези са правилима везаним за право заштите конкуренције)<sup>2</sup> и до средине 1980-их већ је усвојено неколико за заштиту потрошача значајних европских акта.<sup>3</sup> Следећи корак је био Јединствен европски акт 1987, у којем члан 95 став 3 предвиђа да Комисија у својим предлозима на пољу здравља, безбедности, заштите животне средине и заштите потрошача мора да претпостави врло висок ниво заштите.<sup>4</sup>

Тек је Мастрихтски споразум у члану 129а УЕЗ<sup>5</sup> у вези са чланом 3 лит с УЕЗ<sup>6</sup> увео заштиту потрошача први пут као формалну законску надлежност Европске Заједнице.<sup>7</sup> Амстердамски споразум је то преформулисао и од тада заштита потрошача више није само

1 Hannes Rösler, „Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon“, *Europarecht* 2008, Heft 6, стр. 800.

2 Christine Riefa, „Consumer Protection in Europe“, *Global Consumer Protection Blog*, September 8, 2006, доступно на адреси: [www.clpblog.org](http://www.clpblog.org), 2.5.2010.

3 Као на пример Директива о довођењу у заблуду (RL 84/450/EWG), 10.9.1984; Директива о производној одговорности (RL 85/374/EWG), 25.7.1985; Директива о потрошачким кредитима (87/102/EWG), 22.12.1986, цитирано према: Gsell, „Entwicklung, Perspektiven und Struktur des privaten Verbraucherrechts“ у: Staudinger, *BGB – Neubearbeitung*, 2008, стр. 1.

4 Brigitta Lurger, Susanne Augenhofer, *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*, Springer, 2008, стр. 11.

5 Члан 153 УЕЗ ново.

6 Члан 3 lit t УЕЗ ново.

7 Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, цитирано према: Riefa, *нав. чланак*.

нупроизвод других политика.<sup>8</sup> Али Европска заједница тиме није добила искључиву надлежност за заштиту потрошача и остала је везана на принципе супсидијарности и пропорцијалности.<sup>9</sup>

Европски законодавац је од деведесетих година прошлог века усвојио секундарна правна акта на том пољу, која су пре свега штитила економске интересе потрошача. Регулисана су превасходно у облику директива, којима је потребно спровођење у национално право (члан 189, став 3 УЕЗ, данас: члан 249, став 3 ЕЗ),<sup>10</sup> не би ли узели у обзир принцип супсидијарности.<sup>11</sup>

Директиве углавном прате принцип минималне хармонизације<sup>12</sup> уведен Мастрихтским споразумом, који је у складу са филозофијом супсидијарности (стари члан 36 став 2 УЕЗ, нови члан 5 став 2 ЕЗ у вези са протоколом супсидијарности Амстердамског споразума).<sup>13</sup> Принцип минималне хармонизације је омогућио државама чланицама да поставе у националном праву виши ниво пружања заштите потрошача, што је довело до знатних разлика у законима у области потрошачких уговора.

Један такав пример су рокови једностраног раскида уговора, који се разликују у 27 земаља чланица од седам радних дана, осам дана, 10 дана, 10 радних дана, 14 дана и 15 дана. Поред тога постоје и различити облици раскида (неформално, писменим путем, препорученом поштом), разлике у томе, ко сноси трошкове повратног слања, компензације, изузеци, итд. Сходно томе исправна упутства, која би била усмерене на све потрошаче у Европи, била би превише компликована (27 различитих упутстава), сувише дуга и због тога нетранспарентна.<sup>14</sup> Због таквих разлика потрошачи нису сигурни каква су њихова права зато су веома скептични према куповинама у иностранству и не одлучује се за куповину преко границе.<sup>15</sup>

8 Н. Rösler, *нав. чланак*, стр. 805.

9 В. Lurger, S. Augenhofner, *нав. дело*, стр. 11.

10 Gsell, „Entwicklung, Perspektiven und Struktur des privaten Verbraucherrechts“ у: Staudinger, *BGB – Neubearbeitung*, 2008, стр. 1.

11 В. Lurger, S. Augenhofner, *нав. дело*, стр. 11.

12 Другачије пре свега Директива о производној одговорности, о томе ЕСП 25.4.2002, Rs C–52/00 (Комисија/Француска), RIW 2002, 787, 788; ESP 25.4.2002, Rs C–154/00 (Комисија/Грчка), Slg 2002 I, 3879; ESP 25.4.2002, Rs C–183/00 (González Sánchez), *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, стр. 574, 576; ESP 10.1.2006, Rs C–402/03 (Skov), *NJW*, 2006, стр. 1409; цитирано према: Gsell, *нав. чланак*, стр. 1.

13 Н. Rösler, *нав. чланак*, стр. 806.

14 Carsten Föhlisch, „Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht? – Auswirkungen der geplanten Europäischen Verbraucherrechtsrichtlinie“, *MMR*, 2009, стр. 75.

15 COM(2008) 614 final, стр. 2.

Европска комисија је 2004. покренула преиспитивање осам директива о заштити потрошача, које су биле део такозваног потрошачког *acquis*-а.<sup>16</sup> Циљ ревизије је био да се поједностави и употпуни важеће право као и замене административни услови са повољнијим прописима.<sup>17</sup>

Комисија је 8.2.2007. године објавила Зелену књигу за преиспитивање *acquis*-а везано за заштиту потрошача<sup>18</sup> и позвала заинтересоване да изразе своје мишљење.

Осам директива које су преиспитане су:

- Директива 85/577/ЕЕЗ Савета од 20. децембра 1985. везана за заштиту потрошача у случају закључења уговора изван пословних просторија,<sup>19</sup>
- Директива 90/314/ЕЕЗ Савета од 13. јуна 1990. о туристичким пакет аранжманима,<sup>20</sup>
- Директива 93/13/ЕЕЗ Савета од 5. априла 1993. о неправичним одредбама у потрошачким уговорима,<sup>21</sup>
- Директива 94/47/ЕЗ Европског парламента и Савета од 26. октобра 1994. о заштити потрошача код уговора о временски подељеном коришћењу некретнина (тајм-шеринг директива),<sup>22</sup>
- Директива 97/7/ЕЗ Европског парламента и Савета од 20. маја 1997. о заштити потрошача код уговора склопљених на даљину,<sup>23</sup>
- Директива 98/6/ЕЗ Европског парламента и Савета од 16. фебруара 1998. о истицању цена,<sup>24</sup>
- Директива 98/27/ЕЗ Европског парламента и Савета од 19. маја 1998. о судским/управним забранама за заштиту интереса потрошача<sup>25</sup> и

16 Важно је напоменути да оно што се уопштено назива „потрошачки-*acquis*“ не обухвата сво законодавство заштите потрошача у ЕУ. Тако на пример Директива о нелојалним пословним праксама није део потрошачког *acquis*-а, са друге стране многи прописи се налазе у специјалним ЕУ законодавствима, као на пример *e-commerce*, финансијске услуге.

17 Alison Harcourt, Stephen Weatherill, „The Consumer, the European Union, and Media Law“, *The Journal of Consumer Policy*, бр. 31/2008, стр. 3.

18 COM(2006) 744 final 8.2.2007.

19 ABl 1985 Nr L 372/31.

20 ABl 1990 Nr L 158/59.

21 ABl /EG 1993 Nr L 95/29.

22 ABl/EG 1994 Nr L 280/83.

23 ABl/EG 1997 Nr L 144/19.

24 ABl/EG 1998 Nr L 80/27.

25 ABl/EG 1998 Nr L 166/51.



- Директива 99/44/ЕЗ Европског парламента и Савета од 25. маја 1999. о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама.<sup>26</sup>

У Зеленој књизи је Комисија најавила да ће *acquis* бити прерађен не би ли се постигло стварно јединствено унутрашње тржиште за потрошаче,<sup>27</sup> „са високим нивоом заштите потрошача и конкурентним компанијама и истовремено ригорозно поштовањем принципа супсидијарности“.<sup>28</sup>

Након консултација са привредом, потрошачима и државама чланицама Европска Комисија је 8.10.2008. поднела Предлог за Директиву Европског парламента и Савета о правима потрошача.<sup>29</sup>

Предлог се односи само на права потрошача при куповини тако да су на крају само четири директиве прерађене.<sup>30</sup> Нацрт има за циљ да споји четири постојеће директиве у један правни инструмент за регулисање заједничких аспеката и уговорних права потрошача и да се систематски елиминишу постојеће недоследности и регулаторне празнине.<sup>31</sup> Пре него што ступи на снагу Директиву мора одобрити Европски парламент као и Савет министара влада држава чланица.

Те четири директиве су:

- Директива о уговорима склопљеним изван пословних просторија,
- Директива о неправичним уговорним одредбама,
- Директива о уговорима на даљину и
- Директива о одређеним аспектима куповине потрошачке робе и гаранција.

Предлог директиве је подељен на пет глава и има три анекса.<sup>32</sup>

Прве две главе су опште, а главе III до V односе се на специјалне уговоре. У глави I наводе се опште дефиниције и изрази (члан 2) и представљен је основни принцип максималне хармонизације (члан 4).

26 ABl/EG 1999 Nr L 171/12.

27 Marina Tamm, „Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, бр. 12/2007, стр. 757.

28 Зелена књига Комисије КОМ (2006), 744 final, стр. 3.

29 COM(2008) 614 final.

30 Theofanis Tacou, „Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? Der Vorschlag für eine Direktiva über Rechte der Verbraucher“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009, стр. 140.

31 COM(2008) 614 final 3.

32 COM(2008) 614 final 10ф.

Обавезе обавештавања трговаца регулисане су у глави II. Исте се односе и на посреднике, који закључују уговоре по налогу потрошача (члан 7). Глава III важи искључиво за уговоре на даљину и уговоре закључене изван пословних просторија (члан 8). За ту врсту уговора постоје и посебне обавезе обавештавања потрошача. Овде је и једнообразно регулисано право на једностранни раскид уговора. Пре свега се позива на стандардизован формулар једностраног раскида, који се налази у анексу I, одељак Б. Аспекти уговора о продаји робе регулисани су у глави IV. Прописи из директиве о уговорним клаузулама су у великој мери преузети у главу V. Ту се налазе и два списка неправичних уговорних одредби, чије разликовање би требало да допринесе правној сигурности. Први списак (Анекс II) односи се на уговорне одредбе, које се увек сматрају неправичним. Други списак (Анекс III) односи се на одредбе, које се сматрају неправичним уколико трговац не може да докаже супротно. Та два списка важе у свим државама чланицама и могу бити промењени само са директивом предвиђеном комитолошком процедуром.

## II Поље примене

### 1. Појам потрошача

Дефиниција из Директиве 2005/29/EЗ о непоштеним пословним праксама је у основи преузета у члан 2.<sup>33</sup> Потрошач је једнообразно и за државе чланице обавезујуће дефинисан као физичко лице, „које делује у областима уговора, које покрива ова Директива за сврхе које су ван његове делатности, пословања, заната или професије“.

Иако није постојао јединствен појам потрошача у европском праву, дефиниције које су се користиле у различитим директивама су веома сличне.<sup>34</sup> Већина потрошачких директива примењује дефиницију,<sup>35</sup> која је углавном коришћена у „*Shopping* директивама“<sup>36</sup> и слична је и дефиницијама које се користе у прописима међународног приватног

33 Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Direktiva über ‘Rechte der Verbraucher’, oder: ‘der Beginn des Endes einer Ära’“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, бр. 20(9), стр. 281.

34 В. Lurger, S. Augenhöfer, *нав. дело*, стр. 34.

35 На пример члан 1 став 2 лит а Директиве о потрошачким кредитима могао би се сматрати репрезентативним: „свако физичко лице“, које „делује са наменом, која не може да се окарактерише као његова пословна или занатска делатност“.

36 Jens Karsten, Gösta Petri, „Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: Commission’s 2004 Communication ‘European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward’“, *Journal of Consumer Policy*, бр. 28(1)/2005, стр. 41.

права.<sup>37</sup> И при међународним споразумима је норма позивање на приватни карактер потрошачких закључења уговора.<sup>38</sup>

Кључно питање је да ли је појам потрошача у члану 2 став 1 Предлога коначан и на тај начин забрањује државама чланицама да прошире заштиту изван уског обима, као што је на пример у случају *Di Pinto*<sup>39</sup> то било могуће. Предлог у овом случају не даје јасан одговор.<sup>40</sup>

Последице принципа максималне хармонизације би у овој области права биле парадоксалне, јер би били постављени обавезни уговорно-правни стандарди у областима, које овај Предлог не покрива. Непотрошачи би теоретски могли да уживају већу заштиту него потрошачи. Државе чланице могле би да избегну термин потрошач и уместо тога користе термин корисник или слично, што је већ предложено у различитим контекстима.<sup>41</sup>

### III Принцип максималне хармонизације

Европска комисија је већ у Стратегији потрошачке политике 2002–2006 најавила да ће право потрошачких уговора прећи са минималне хармонизације на максималну хармонизацију.<sup>42</sup> То је касније преузето са ЕУ Стратегијом потрошачке политике 2007–2013<sup>43</sup> и потврђено.<sup>44</sup>

37 Члан 15 став 1 Уредбе (ЕЗ) бр. 44/2001 о надлежности признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима (АВЛ 2001 Нр L 12/1), Уредбе бр. 1937/2004 (АВЛ 2004 Нр L 334/3) и Уредбе (ЕГ) бр. 2245/2004 (АВЛ 2004 Нр L 381/10) дефинишу потрошачки уговор као „уговор, којег је закључило лице, потрошач, са наменом, која не може да се окарактерише као његова пословна или занатска делатност“. Цитирано према: Jens Karsten, „Passengers, consumers, and travellers: The rise of passenger rights in EC transport law and its repercussions for Community consumer law and policy“, *Journal of Consumer Policy*, 2007, стр. 127.

38 На пример, Бечка конвенција, члан 2 лист а: „Овај споразум није примењив на продају робе за личну употребу или употребу у породици или домаћинству осим ако продавац при склапању уговора није знао и није морао да зна да је роба купљена за такву употребу“.

39 ЕСП 14.3.1991, Rs C–361/89 di Pinto, Slg 1991, I–1189: ЕСП је признао господину Ди Пинто право на једнострану раскид уговора из Директиве о куповини изван пословних просторија, са аргументацијом да занатлија при продаји његовог обрта нема нека посебна знања, која би га разликовала од приватног лица.

40 J. Karsten, *нав. чланак*, стр. 127.

41 Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a ‘Directive on consumer rights’“, *Common Market Law Review*, April 2009, Vol. 46, Issue 2, стр. 474.

42 АВЛ EG Нр C 137, стр. 2.

43 COM [2007] 99 final.

44 В. Lurger, S. Augenhof, *нав. дело*, стр. 15.

Прве директиве по том принципу биле су Директива о непоштеним пословним праксама,<sup>45</sup> нова Директива о потрошачким кредитима из 2008<sup>46</sup> и Директива о продаји на даљину финансијских услуга,<sup>47</sup> где се није користио претходно уобичајен принцип минималних захтева.<sup>48</sup> Строжи прописи заштите потрошача према томе нису дозвољени, „уколико директива има усклађене прописе“<sup>49</sup>.<sup>50</sup>

Последица принципа минималне хармонизације, што је значило да држава чланица приликом примене директиве у национално право може да регулише права потрошача строже (тј. омогући потрошачима више права) али никако мање строго него што је то предвиђено директивом, где је био регулисан такозвани минимални стандард, који свака држава чланица мора да понуди потрошачима, су били врло различити прописи у државама чланицама и зато се Комисија одлучила за принцип максималне хармонизације јер је у тренутној ситуацији прекогранична продаја могућа али су трошкови трговаца, не би ли прилагодили услове на сваки правни поредак, већи па се зато не одлучују на исту, што смањује избор потрошачима. Истовремено и потрошачи немају поверење у заједничко тржиште.<sup>51</sup>

Пре свега је циљ овог Предлога да се одстрани препреке на заједничком ЕУ тржишту и постигне се јединствено тржиште.<sup>52</sup> Прекогранични потенцијал куповине преко каталога (Интернета) који би требао да буде један од важнијих резултата заједничког тржишта, није био превише искоришћен насупрот огромном расту који је забележен у тој врсти продаје на националним тржиштима.<sup>53</sup> Та разлика у продаји на домаћем и страном тржишту још посебно је велика код Интернет продаје, где је потенцијал раста огроман, а разлог за такву разлику је различитост прописа у државама чланицама као последица минимал-

45 Директива 2005/29/ЕЗ Европског парламента и Савета од 11. маја 2005 о непоштеним пословним праксама на унутрашњем тржишту у пословном промету између трговаца и потрошача ABl/EG 2005 Nr L 149/22.

46 Директива 2008/48/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. априла 2008 о потрошачко-кредитним уговорима, ABl/EG 2008 Nr L 133/66.

47 Директива 2002/65/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. септембра 2002 о продаји на даљину финансијских услуга потрошачима ABl/EG 2002 Nr L 271/16.

48 Schmidt-Kessel, „Der Vorschlag im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa“, у: Briqitta Jud, Christiane Wendehorst, *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?*, Wien, 2009, стр. 27.

49 Директива о потрошачким кредитима, чл. 22, ст. 1.

50 В. Lurger, S. Augenhof, *нав. дело*, стр. 81.

51 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, образложење 7.

52 Oehler, „Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus deutscher Sicht“, у: В. Jud, С. Wendehorst, *нав. дело*, стр. 20.

53 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, образложење 5.

не хармонизације.<sup>54</sup> Због тога Предлог у члану 4 предвиђа да државе чланице не смеју да уведу прописе који одступају од ове директиве. Овај принцип ће са једне стране увести јединствени стандард, а са друге стране ће спречити државе чланице да имају сопствене стандарде.<sup>55</sup> Из тог разлога тај принцип је јако споран.<sup>56</sup> Као што је максимална хармонизација оправдана на неким пољима, са друге стране је проблематична за државе чланице које имају виши ниво заштите потрошача и морале би да га смање не би ли се прилагодиле на ЕУ стандардима.

Када се Комисија одлучила за принцип максималне хармонизације, настао је утисак да је тежиште на унутрашњем тржишту и не на оптималном нивоу заштите потрошача у целој ЕУ. То ће бити по многим и најспорнији део Предлога.<sup>57</sup>

Правило по којем би се почело са аспекта минималне хармонизације и само би одређени делови, где је то због унутрашњег тржишта потребно, били потпуно хармонизовани, делује много прихватљивије како за државе чланице тако и за тржишне partnere.<sup>58</sup> Такво решење биће препоручено и у компендијуму потрошачког права за прераду *acquis*-а.<sup>59</sup>

#### IV Обавезе обавештавања и предуговорне информације

Информације, које морају бити достављене пре закључења уговора служе пре свега јасноћи понуде, које аутоматски омогућавају потрошачима да упореде конкурентске производе и обезбеђују транспарентност тржишта.<sup>60</sup> Тиме би се и на тај начин повећало поверење у заједничко тржиште.<sup>61</sup>

54 Schulte-Nölke, „EG-Verbraucherrechtskompendium“, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_de\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_de_final.pdf), 5.5.2010, стр. 848.

55 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Direktiva über ‘Rechte der Verbraucher’, oder: ‘der Beginn des Endes einer Ära’“, стр. 280.

56 Smits, „Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights“, Tilburg, Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper 2009.

57 UK Government response to the Consultation Document on the EU Proposals for a Consumer Rights Directive, доступно на адреси: <http://www.berr.gov.uk/consultations/page48780.html>, 5.5.2010, стр. 9.

58 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights“, стр. 474.

59 Schulte-Nölke, EG-Verbraucherrechtskompendium, 855-857, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_de\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_de_final.pdf), 5.5.2010.

60 Dehn, „Allgemeine Informationspflichten nach Art 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher“, у: B. Jud, C. Wendehorst, *нав. дело*, стр. 42.

61 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, образложење 2.

Предлог прописује у члану 5 које врсте информација морају бити обезбеђене пре закључења уговора о продаји или услугама. Додатне информације које су потребне при продаји на даљину и изван пословног простора регулисане су у члану 9.<sup>62</sup> Тиме се уклањају веома различита правила у појединачним потрошачким директивама. С друге стране Предлог не помиње на којем језику морају бити те информације, иако се Европски суд правде већ више пута бавио проблемом језика.<sup>63</sup>

Није јасно у којем ће односу бити ова уско ограничена правила предуговорних обавеза обавештавања са много ширим концептима државе чланице као на пример *fraud* и *misrepresentation* у Великој Британији, *obligation de renseignement* у Француској или *culpa in contrahendo* у Немачкој и Аустрији.<sup>64</sup>

## V Уговори на даљину и уговори закључени изван пословних просторија

За ове две врсте уговора важи исти правни режим са разликама везаним за право на једностранни раскид и почетак рока за исти, изузетима од општих правила као и код прописа везаних за форму.<sup>65</sup> Оба поља су део језгра заштите потрошача од самог почетка. Док је електронско пословање релативно ново и од почетка интегрисано у право ЕУ, директни маркетинг има дугачку предисторију у различитим земљама чланицама. Принцип минималне хармонизације је дозволио да државе чланице задрже различите политике, а посебно су нове државе чланице имале врло либерална правила јер су желеле компанијама да понуде нове пословне могућности.<sup>66</sup> Електронско трговање биће изнова регулисано у оквиру свеобухватне реформе јер би куповина преко Интернета требала бити олакшана путем нових ЕУ директива.<sup>67</sup>

Предлог директиве за разлику од постојећих директива прописује још више информација које потрошач мора да добије пре куповине док државе чланице не смеју да усвоје строжа правила од прописаних.<sup>68</sup>

62 Van den Bulck, „European Commission proposes New Directive on Consumer Rights“, *European Business Law Update*, Volume 19, 2009, стр. 1.

63 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Direktiva über ‘Rechte der Verbraucher’, oder: ‘der Beginn des Endes einer Ära’“, стр. 282.

64 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Direktiva über ‘Rechte der Verbraucher’, oder: ‘der Beginn des Endes einer Ära’“, стр. 282.

65 Schauer, „Fernabsatzverträge“, у В. Jud, С. Wendehorst, *нав. дело*, стр. 109.

66 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights“, стр. 474.

67 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, образложење 13.

68 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, чл. 9–11.

Међутим, одређена поља захтевају детаљније информације, да би било гарантовано да ће потрошач бити добро информисан пре него што потпише уговор. То је пре свега случај код финансијских услуга. Из тог разлога Велика Британија захтева од понуђача финансијских услуга да испуне специјалне услове информисања, а понекад и да те информације понуде у стандардизованом формату да би се олакшало разумевање и упоређивање понуде. Велика Британија би по новом Предлогу директиве била у обавези да неке такве услове отклони, што би довело до смањења заштите потрошача.

Услови из Предлога не односе се на све уговоре на даљину и уговоре закључене изван пословних просторија<sup>69</sup> – као на пример уговоре везане за осигурање, продају некретнина и кредите, које регулише Директива 2008/48/ЕЗ.

Врло је споран предлог да важе различита правила за потрошачке кредите који потпадају и који не потпадају под Директиву о потрошачким кредитима као што је то предложено у Глави III. То би могло довести до забуне на страни и потрошача и компанија као и додатних трошкова за компаније, које би морале да обезбеде различите формуларе и процедуре за сваки тип кредита. Из тих разлога Велика Британија је предложила да се финансијске услуге у целини изузму из Главе III.<sup>70</sup>

Велики напредак у одстрањивању разлика у правима је члан 12 Предлога, који предвиђа рок од 14 дана широм ЕУ за једнострани раскид уговора. С обзиром да су ти рокови у неким земљама краћи, то ће повећати заштиту потрошача.<sup>71</sup> Компанија мора потрошачу вратити сав новац, који је примила, у периоду од тридесет дана од дана када је потрошач једнострано раскинуо уговор.<sup>72</sup>

Потрошач је по новом Предлогу дужан да обавести компанију о прекиду уговора на трајном носачу информација. Процедура за једнострану прекид уговора мора бити једнака свуда да би се смањили трошкови и повечало поверење потрошача.<sup>73</sup> Тренутно је у неким државама чланицама довољно да се роба само врати, што ће по новој Директиви ограничити заштиту потрошача.<sup>74</sup> Такође по Предлогу трошкове

69 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, чл. 20.

70 UK government response to the consultation document on the EU proposal for a consumer rights directive, доступно на адреси: <http://www.berr.gov.uk/consultations/page48780.html>, 7.5.2010, стр. 13,

71 Т. Тасоу, *нав. чланак*, стр. 141.

72 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, чл. 16.

73 Commission staff working paper, Report on the outcome of the public consultation on the green paper on the review of the consumer acquis, [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/acquis\\_working\\_doc.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf), 7.5.2010, стр. 9.

74 Н.-W. Micklitz, N. Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights“, стр. 474.

слања сноси потрошач осим ако трговац не жели да сноси исте и потрошач је дужан да плати за коришћење уколико је у периоду од 14 дана користио робу. Уколико о томе није био обавештен, не мора да плати обештећење за коришћење робе.<sup>75</sup>

## VI Продаја потрошачке робе

Директива 1999/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје робе и гаранције је најважнија директива потрошачког права, која је до сада примењена. Служила је као нека врста модела за будуће европско приватно право или барем трговинско право и изван потрошачких уговора.<sup>76</sup>

Директива 1999/44/ЕЗ је у члану 3 увела процедуру у два корака. Наиме, ако испоручена роба није саобразна уговору, потрошач има право да захтева од трговца да отклони несаобразност, без накнаде, оправком или заменом, а уколико то није могуће као други корак да захтева одговарајуће умањење цене или да раскине уговор у погледу те робе.<sup>77</sup>

ЕУ законодавство је претпоставило да ће се тај принцип преузети у свим државама чланицама, што није био случај, па је тако у Литванији остављен избор потрошачу, а у Енглеској је одбијање („*rejection*“) дозвољено одмах у првој фази, уколико су недостаци видљиви већ при испоруци.<sup>78</sup>

Предлог би тај систем променио. Сходно члану 26 став 2 трговац може да бира између оправке или замене у првом реду, а потрошач има само под ограниченим условима право на умањење цене или раскид уговора. То би значило да Енглеска мора да укине право на одбијање и то само код уговора између трговца и потрошача. Код уговора између трговца или уговора између потрошача би то и даље било дозвољено.<sup>79</sup>

Комисија се јасно изразила да неће узимати у обзир право на тренутно одбијање (*the right to reject*) у Енглеској, нити гаранцију за скривене недостатке (*vice caché*) у Француској.<sup>80</sup> Концепт максималне

75 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, чл. 17.

76 D. Staudenmayer, „Die EG-Direktiva über den Verbrauchsgüterkauf“, *NJW*, бр. 33/1999, стр. 2393.

77 Тако и српски Закон о заштити потрошача, чл. 54.

78 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Direktiva über ‘Rechte der Verbraucher’, oder: ‘der Beginn des Endes einer Ära’“, стр. 284.

79 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights“, стр. 474.

80 House of Lords – EU Consumer Rights Directive: getting it right, доступно на адреси: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/lddeucom/126/12609.htm>, 11.5.2010.



хармонизације, који је био оправдан због различитих очекивања потрошача у ЕУ, делује на први поглед као неспоран. Међутим државе чланице би требале саме да одлуче да ли желе да промене њихове традиционалне концепте да би се постигао једнак стандард гаранција у ЕУ.

Новина у предлогу је и члан 22, којим је регулисано право потрошача на испоруку у року од тридесет дана од закључења уговора. У супротном потрошач има право на повраћај новца у року од седам дана од дана испоруке.<sup>81</sup>

Директива о продаји робе је дозвољавала државама чланицама да уведу период од два месеца, у којем потрошач мора да обавести трговца о несаобразности. Пошто је то врло различито примењено Комисија је одлучила да отклони ову опцију и по новом Предлогу потрошач је обавезан да обавести продавца у року од два месеца од откривања несаобразности.<sup>82</sup>

Обавеза обавештавања као услов за остваривање права на гаранцију је отежавајућа за потрошаче и није увек могуће то постићи у захтеваном року зато је препоручено да рок од два месеца не буде обавезан.<sup>83</sup>

Са друге стране не постоји обавеза потрошача да прегледа робу. Рок од два месеца, у којем потрошач мора да обавести трговца о несаобразности је везан за моменат када је потрошач исту установио, а не за моменат када је требало да установи несаобразност, могао би да доведе до ситуације да потрошач годинама бесплатно користи робу, која можда има неки мали недостатак без да губи право на гаранцију. Из тог разлога члан 28 став 4 Предлога би требало или избрисати и представљене проблеме (застарелост и надокнада за коришћење) посебно решити или би обавеза о обавештењу требала бити допуњена са обавезом прегледа робе.<sup>84</sup>

Право на регрес последњег продавца према претходним добављачима сходно члану 4 Директиве о продаји робе Предлог није преузео иако је тај пропис довео до напретка посебно у земљама са принципом кривице у уговорном праву.<sup>85</sup> У Предлогу није образложено због чега овај пропис није био преузет иако одговарајући пропис на европском нивоу не постоји.<sup>86</sup>

81 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, чл. 22 ст. 2.

82 Предлог Директиве о праву заштите потрошача, образложење 43.

83 House of Lords – EU Consumer Rights Directive: getting it right.

84 Briqitta Jud, „Verbrauchsgüterkauf“, у: В. Jud, С. Wendehorst, *нав. дело*, стр. 138.

85 Schmidt-Kessel, *нав. чланак*, стр. 39.

86 Т. Тасоу, *нав. чланак*, стр. 142.

## VII Неправичне уговорне одредбе

Уговорне одредбе дефинишу права и обавезе уговорних страна. Код потрошачких уговора продавци и добављачи имају значајну супериорност у дефинисању услова уговора, који се не договарају појединачно. Стандардни уговори с друге стране олакшавају комерцијалне трансакције, а ако злоупотребе могу бити спречене они, такође, могу бити корисни за потрошаче.<sup>87</sup>

Право о неправичним одредбама уговора у Европи је релативно ново – кодификовано је тек у последње три деценије, зато су традиционалне структуре у законима држава чланица могле остати суштински непромењене.<sup>88</sup>

Нови предлог је преузео дефиницију неправичних одредби из Директиве 93/13. Постоји нова црна листа уговорних одредби, које се могу користити у ЕУ потрошачким уговорима. Сходно Директиви, на пример, предузетник не може једнострано да промени уговорне одредбе или карактеристике производа, без давања ваљаног разлога. Уговорне одредбе, као што су „трговац није одговоран за било какве грешке својих агената“ или „трговац ће испоручити робу, под условом да је његов лагер у предвиђено време испоруке још увек у функцији“ су забрањене. Црна листа се налази у Предлогу директиве у Анексу II.

Питање, које уговорне одредбе треба да се налазе на црној листи, било је једно од најспорнијих питања Директиве 93/13. На крају је постигнут компромис да црна листа буде само непотпуна, индикативна листа. У Предлогу се Комисија определила за јаснији приступ и увела две листе – једну црну и једну сива (сиве уговорне одредбе су у принципу забрањене али могу у неким случајевима да буду и дозвољене) – које се налазе у Анексу и морају бити санкционисане широм ЕУ.<sup>89</sup> У смислу максималне хармонизације нема места за националне одступајуће или употпуњене црне листе и тумачење обе листе се оставља Европском суду правде.<sup>90</sup>

Ново је правило Предлога које дозвољава употребу од стране трговца формулисаних уговорних одредби, које потрошач потврђује

87 Доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/unf\\_cont\\_terms/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/index_en.htm), 11.5.2010.

88 Zerres, *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrecht*, стр. 2.

89 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights“, стр. 474.

90 H.-W. Micklitz, N. Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Direktiva über ‘Rechte der Verbraucher’, oder: ‘der Beginn des Endes einer Ära’“, стр. 285.

потписом или кликом на прозор на интернет страници трговца, само ако је сагласност потрошача добијена експлицитно.

Уколико трговац није добио изричиту сагласност од потрошача него је то добијено тако што је користио поставке, које би требало да буду одбијене од стране потрошача, уколико жели да избегне додатно плаћање, онда би потрошач у складу са чланом 31. став 3. имао право на повраћај овог плаћања. Таква пракса је уобичајена код Интернет резервација авионских карата. Обично се аутоматски активира прозорчић за склапање путног осигурање. Потрошачу је по Предлогу Директиве одобрен повраћај плаћања везан за овакве додатне услуге, ако је потрошач желео да избегне та додатна плаћања.

Ова одредба нуди виши ниво заштите од садашње Директиве о куповини на даљину или националних прописа.<sup>91</sup> Предлог у овом делу није био критикован као у свим осталим деловима и после већ постигнутих компромиса очекује се да ће текст бити преузет без допуна и промена.

**Bojana OGNJANOVIĆ, PhD**

## ПРЕДЛОГ НОВЕ ДИРЕКТИВЕ О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА

### Summary

*The European Commission released a Proposal of a new Directive on Consumer Protection Law, which consists of four currently applicable directives in improved form. The obvious benefit for businesses will be the reduction of the administrative burden in complying with the consumer laws in each member state and this should encourage growth in business generated by cross-border sales. In addition consumer protection in many areas would be increased and some holes in the current legislation were filled. Although the European Commission did not claim this time (as it was the case before as some other directives of the Consumer Acquis were released) that a high level of consumer protection was the ultimate goal of this Proposal it is evident that the achieving the internal market is more important than ensuring an optimum level of consumer protection for the hole of the EU and as a result non-consumers could theoretically enjoy a higher protection than consumers and what is far more*

91 Т. Тасоу, нав. чланак, стр. 143.

*concerning – consumers will lose certain rights they were entitled to due to the full harmonization principle. If this is unavoidable, it should be left a longer period of time to consumers to adjust to the new legal situation since some of the legal institutes were a part of a long tradition.*

**Key words:** *consumer, consumer protection law, Proposal of a new Directive on consumer protection law.*

УДК 347.73(497.11)

мр *Светислав В. КОСТИЋ*, LL.M.  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## НАЧЕЛО ФАКТИЦИТЕТА У СВЕТЛУ ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О ТРАНСФЕРНИМ ЦЕНАМА И УТАЊЕНОЈ КАПИТАЛИЗАЦИЈИ У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

### Резиме

*Овај рад истражује однос између два кључна начела српског пореског права, начела фактициитета и начела „ван дохвата руке“ и покушава да ироникне у практичне последице њихове интеракције. Истраживањем могућих тумачења постојеће норме члана 9. ЗПППА којом је предвиђено начело фактициитета долази се до закључка да би је било потребно изменити иако да одсликава намеру законодавца да проише анти-абузивно правило, а не оштрије начело пореског постојка. Аутор затим наставља да указује на последице примене начела фактициитета по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, и тежи да утврди могуће домете њихове примене из угла пореских органа, али и пореских обвезника. Поред измене одредбе о начелу фактициитета аутор се залаже и за уношење изричитих законских правила за уређивање последица и постојка примене начела фактициитета по примени правила о утањеној капитализацији и трансферним ценама.*

**Кључне речи:** *начело фактициитета, начело „ван дохвата руке“, трансферне цене, утањена капитализација, дивиденде.*

## I Увод

Посебна правила везана за трансакције између повезаних лица у оквиру пореза на добит правних лица, одредбе о трансферним ценама и о утањеној капитализацији, у последње време су све више предмет пажње српских пореских органа, па самим тиме и наше пословне јавности. У Србији постоје веома ограничена искуства у наведеним областима пореског законодавства, што на првом месту указује на потребу њиховог непосредног детаљнијег уређења и разјашњавања бројних отворених питања која су везана за њихову примену. Међутим, једна од веома значајних последица примене одредби о трансферним ценама и утањеној капитализацији се јавља у њиховој интеракцији са начелом фактицитета (енгл. *substance over form principle*). Суштински, примена норми којима се уређују специфични аспекти пословних односа између повезаних лица не доводи до коначног одговора о њиховом свеобухватном пореском третману, већ представља само први корак који се у српском пореском праву мора завршити применом једног од његових општих начела – начела фактицитета.

Пред нама се постављају два кључна проблема. Први лежи у томе да одредбе о трансферним ценама и утањеној капитализацији на неки начин представљају еманацију начела фактицитета у погледу пореског третмана трансакција између повезаних лица, док је други присутан кроз чињеницу да смо у обе области суочени са готово потпуним одсуством домаћих извора који би нам помогли у разјашњењу њихове примене и међусобног односа. Циљ овог рада је да покуша да пружи одговор у погледу односа између примене начела „ван дохвата руке“, начела на коме су заснована правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, и начела фактицитета, као и предлоге за детаљније уређење ове области.

## II Правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији – начело „ван дохвата руке“

Закон о порезу на добит правних лица<sup>1</sup> прихвата начело „ван дохвата руке“ (енгл. *at arm's length principle*) као основу на којој се темељи порески третман пословних односа између повезаних лица, при чему предвиђа два међу собом повезана, али ипак различита, правила. Правила о трансферним ценама која су садржана у члановима 59–61 ЗПДПЛ обавезују пореског обвезника да у пореском билансу посебно искаже трансакције које је имао са повезаним лицима по ценама по којима су се

1 Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10; у даљем тексту: ЗПДПЛ.

оне одиграле (по трансферним ценама), као и да прикаже вредност истих трансакција по ценама које би се оствариле на тржишту таквих или сличних трансакција да се није радило о повезаним лицима (по ценама „ван дохвата руке“). Разлика између цене утврђене применом принципа „ван дохвата руке“ и обвезникове трансферне цене укључује се у пореску основицу, при чему се то чини само онда када она иде на штету пореске основице.<sup>2</sup> Управо у претходно наведеној обавези исказивања, односно провере да ли цене настале из трансакција са повезаним лицима одговарају онима које би се оствариле на слободном тржишту између обвезника који су међусобно независни, лежи суштина начела „ван дохвата руке“. Другим речима, као и велики број упоредних законодавстава<sup>3</sup> и српско поставља захтев да се за потребе пореза на добит трансакције између повезаних лица подвргну посебној провери, при чему оне могу бити прихваћене само уколико су у складу са начелом „ван дохвата руке“. У супротном, трансферне цене морају бити усклађене до вредности „ван дохвата руке“ и као такве служити за утврђивање опорезиве добити. Доследно се држећи начела „ван дохвата руке“ ЗПДПЛ предвиђа три методе<sup>4</sup> којима се утврђују цене трансакција које би се оствариле на тржишту таквих или сличних трансакција да се није радило о повезаним лицима, односно не поставља паушална ограничења за цене „ван дохвата руке“, већ захтева њихово посебно утврђивање у зависности од околности сваког конкретног случаја.

С друге стране, правила о утањеној капитализацији<sup>5</sup> одређују прихватљиви ниво задужености у случају зајмова између повезаних лица. За разлику од одредби о трансферним ценама, утањена капитализација се не бави ценом (у овом случају висином каматне стопе) која се плаћа између повезаних лица на позајмљени новац, него доводи у питање однос између износа зајма и дужниковог сопственог капитала. Наиме,

2 Види: члан 3 став 1 тачке 16, 21, 30 и 33 Правилника о садржају пореског биланса и другим питањима од значаја за начин утврђивања пореза на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 99/10, 8/11).

3 Види: *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Working Draft on Foreword*, стр. 1 (доступно на: [http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011\\_TP/TP\\_%20Foreword.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_%20Foreword.pdf)). Према подацима Подкомитета Уједињених нација за практична питања везана за трансферне цене до краја 2009. године у свету су посебна правила о трансферним ценама била присутна у законодавствима 53 државе (у које спадају готово све најразвијеније државе на свету). Види: *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Working Draft on Chapter1 – An Introduction on Transfer Pricing*, стр. 31 (доступно на: [http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011\\_TP/TP\\_Chapter1\\_Introduction.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_Chapter1_Introduction.pdf)).

4 Метода упоредиве цене на тржишту, предвиђена као примарна метода, а у случају немогућности њене примене користи се метода (цене) коштања увећане за уобичајену маржу или метода препродајне цене (види: чл. 61 став 2 ЗПДПЛ).

5 Види: чл. 62 ЗПДПЛ.

правила о утањеној капитализацији имају за циљ да спрече коришћење пореских погодности које могу настати из прекомерног финансирања повезаних лица путем зајмова уместо улагања у њихов капитал.<sup>6</sup> Законодавац поставља границу висине зајма од стране повезаног лица до које се, под условом каснијег потврђивања да је обрачуната каматна стопа у складу са начелом „ван дохвата руке“,<sup>7</sup> камата на такав зајам уопште може признати као дужников расход. С обзиром на то да ЗПДПЛ предвиђа паушалну формулу за утврђивање претходно поменутог ограничења висине зајма од стране повезаног лица за потребе признавања камате на такав зајам као дужниковог расхода,<sup>8</sup> може се поставити питање да ли су одребе од утањеној капитализацији у складу са начелом „ван дохвата руке“ или представљају одступање од овог принципа? Уколико начело „ван дохвата руке“ схватимо у ширем смислу, као захтев да сви односи између повезаних лица, за пореске потребе, буду засновани тако да одсликавају оне између независних обвезника, онда само ограничавање висине зајма од повезаног лица у односу на сопствени капитал дужника за потребе признавања камате на ове зајмове као расхода не би одступало од таквог захтева. Међутим, одређивање највишег износа зајма путем паушалне формуле се коси са начелом „ван дохвата руке“ из простог разлога што могу јавити примери у којима би тржишна (дакле „ван дохвата руке“) висина зајма разликовала од законом предвиђеног ограничења. Оно што можемо закључити је да српски законодавац, као што је то случај у значајном броју упоредних пореских права,<sup>9</sup> полази од начела „ван дохвата руке“ када уводи сам појам утањене капитализације, али од њега одступа постављајући паушално правило о ограничењу висине зајма уместо да ово питање утврђује у зависности од околности конкретног случаја и услова који постоје између неповезаних лица.

6 Види: Дејан Поповић, *Пореско право*, седмо измењено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 344–345.

7 Види: чл. 60 став 2 ЗПДПЛ.

8 Члан 62 став 1 и 2 ЗПДПЛ прописује да:

(1) *код дућа према повериоцу са стајусом повезаној лица из члана 59. овој закона, пореском обвезнику, изузев банци, признаје се као расход у пореском билансу износ камате и припадајућих трошкова на зајам, односно кредит до висине четвороструке вредности обвезниковој сопственој капиталу.*

(2) *за банке лимит из става 1. овој члана је десетоструки износ обвезниковој сопственој капиталу.*

9 Види: Alfred Storck, „The Financing of Multinational Companies and Taxes: An Overview of the Issues and Suggestions for Solutions and Improvements“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 65, No. 1, 2011, стр. 36; за више о упоредним приступима законског уређења утањене капитализације види: Stuart Weber, „Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A World Wide Survey“, *Tax Notes International*, Vol. 60, No. 9, 2010, стр. 683 *et. seq.*



### III Начело фактицитета

Српски Закон о пореском поступку и пореској администрацији<sup>10</sup> у члану 9. прописује начело фактицитета које се састоји из три правила:

- а) *пореске чињенице утврђују се према њиховој економској суштини;*<sup>11</sup>
- б) *ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао;*<sup>12</sup>
- в) *ада су на прописаном начину остварени приходи, односно стечена имовина, Пореска управа ће утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза.*<sup>13</sup>

Према мишљењу аутора уочава се да схваћено у ширем смислу начело „ван дохвата руке“ из правила о трансферним ценама и у некој мери о утањеној капитализацији одсликавају први захтев начела фактицитета да се пореске чињенице тумаче према њиховој економској суштини. Порески законодавац начелом „ван дохвата руке“ тежи да основа за порез на добит правних лица обвезника који има трансакције са повезаним лицима одсликава ону која би се остварила да су све те трансакције биле спроведене на потпуно тржишним основама између лица која немају могућност међусобне контроле и утицаја. Да би се начело „ван дохвата руке“ применило неопходно је да утврдимо економску суштину односа између повезаних лица и услова под којима су се трансакције између њих одвијале. Без разумевања економске суштине трансакција и односа између повезаних лица немогуће је исправно доћи до оних упоредивих параметара на основу којих би могли да установимо да ли је висина њихове добити складу са начелом „ван дохвата руке“.

Постојећи извори везани за тумачење начела фактицитета у српском пореском праву истичу да је одредба члана 9. ЗПППА *релевантна у оним ситуацијама које нису експлицитно уређене пореским законима*,<sup>14</sup> при чему је за утврђивање пореске обавезе на основу економске сушти-

10 Службени гласник РС, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10; у даљем тексту: ЗПППА.

11 Члан 9 став 1 ЗПППА.

12 Члан 9 став 2 ЗПППА.

13 Члан 9 став 3 ЗПППА.

14 Дејан Поповић, *Коментар Закона о пореском пословику и пореској администрацији*, ЦекосИН, Београд, 2003, стр. 18.

не, а не на основу појавног облика правног посла који је порески обвезник применио у конкретном случају потребно да се утврди постојање изигравања закона и евазионог мотива за такво поступање.<sup>15</sup> Правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији представљају специфично (експлицитно) уређење посебне области опорезивања у циљу спречавања пореске евазије до које може доћи кроз усклађивање пословних односа повезаних лица, па се поставља питање да ли на овом месту има простора за примену начела фактицитета? Међутим, уколико се приликом одређивања пореског третмана односа између повезаних лица зауставимо само на примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији долазимо да апсурдне ситуације да тиме кршимо начело фактицитета и да његово поштовање захтева још један корак, што ћемо показати у разради која следи.

На овом месту морамо поставити два питања везана за тумачење услова за примену начела фактицитета како су претходно изложени. Српски законодавац нигде није изричито предвидео услове за примену начела фактицитета и правна сигурност би налагала да се они пропишу како би се спречиле могућности за његову прешироку употребу од стране пореских органа. Начело фактицитета јесте *оружје* које је законодавац ставио на располагање пореским органима у сврху спречавања законите нелегитимне пореске евазије, али начин на који је члан 9 ЗПППА прописан даје простора да се оно посматра шире, као опште начело пореског поступка. Другим речима, порески обвезници нису онемогућени изричитом законском нормом да захтевају да се њихове пореске обавезе утврде у складу са начелом фактицитета, а у даљем тексту овог рада ћемо видети да се могу јавити ситуације када би им примена начела фактицитета у великој мери погодовала. Уколико доведемо у питање један од услова за примену начела фактицитета – постојање евазионог мотива, онда начело фактицитета прераста из анти-абузивне норме у опште начело пореског права које захтева од Пореске управе да пореске чињенице утврђује према њиховој економској суштини без обзира на то да ли то иде на штету или у корист пореског обвезника, док пореским обвезницима отвара могућност да захтевају утврђивање пореских обавеза према економској суштини, насупрот форми коју су они сами изабрали, у оним случајевима када би им то погодовало. Посматрано из перспективе циља начела фактицитета, овакво тумачење би било апсурдно, али је мишљење овог аутора да је оно према постојећој норми члана 9. ЗПППА потпуно могуће с обзиром на недостатак изричито предвиђеног захтева за постојањем евазионог мотива. Штавише у српској судској пракси постоји случај у коме је порески

---

15 *Ibid.*

обвезник успешно оборио решење пореске управе у коме је као основ за опорезивање узет облик правног посла који је сам порески обвезник употребио, при чему је суд применом начела фактицитета утврдио да је пореску обавезу требало одредити на основу економске суштине без обзира на употребљену форму, што је за последицу имало ослобођење од пореза.<sup>16</sup>

Управо у области примене начела фактицитета по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији можемо видети све опасности које се крију из прихватања начела фактицитета као општег начела пореског поступка, уместо као искључиво анти-абузивне норме. Стога би први закључак овог рада био да се одредба којом се уређује начело фактицитета измени тако да не оставља сумњу у њену основну сврху и домете примене, при чему би нови текст норме члана 9 став 1 и 2 ЗПППА могао да гласи:

*У случају да Пореска управа, тумачећи пореске чињенице према њиховој економској суштини, утврди да је одређеним симулованим правним послом прикривен неки други правни посао, при чему се може разумно тврдити да је један од основних разлога за прикривање дисимулованог правног посла пореска евазија, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.*

#### **IV Примена правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији као први корак примене начела фактицитета**

Примена правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији се огледа у могућој измени опрезивих прихода и расхода пореског обвезника уколико цене настале из трансакција са повезаним лицима нису у складу са начелом „ван дохвата руке“, односно уколико се не уклапају у законом постављена ограничења. Путем проучавања економске суштине трансакције између повезаних лица можемо да одредимо са којим се трансакцијама између неповезаних лица она може упоредити, а затим и да проверимо да ли је трансферна цена подударна оној оствареној из независних трансакција. У случају утањене капитализације, применом законом предвиђене формуле долазимо до највишег износа зајма према повезаном лицу на који се обрачуната камата може признати као расход пореског обвезника. Међутим, осим тога што нам налажу да у пореском билансу обвезника расход не признамо или да му увећамо опорезиве приходе, норме ЗПДПЛ нас не упућују шта су и да ли уопште постоје друге последице примене правила о трансферним ценама,

16 Види: пресуда Врховног суда Србије, У. 120/04 од 23. фебруара 2006. године.

односно утањеној капитализацији. С друге стране, начело фактицитета нам говори да се порески третман трансакција између повезаних лица не може ограничити на могуће измене пореског биланса пореског обвезника.

Претходно изложено се најједноставније може видети кроз пример пореског обвезника код кога је утврђено да је плаћао вишу цену свом повезаном лицу приликом набавке одређених добара. Применом правила о трансферним ценама могуће је утврдити цену те трансакције у складу са начелом „ван дохвата руке“, али се пред нас поставља питање шта представља онај део трансферне цене који је преко ове вредности и који неће бити признат као расход? Исти проблем се јавља и код норми о утањеној капитализацији, када обвезнику не буде признат као расход онај део камате који се обрачунава на део зајма изнад законом прописаног ограничења. Другим речима, самим одбијањем да се део стварно плаћене цене призна као трошак, односно увећањем стварно наплаћене цене за одређени износ, што су две могуће последице примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, отвара се недоумица у погледу природе и основе износа за који је расход умањен или приход увећан.

У случају примене одредби о трансферним ценама, односно начела „ван дохвата руке“ неопходно проучавање економске суштине трансакције између повезаних лица, би требало да нам или да одговор или добре полазне основе да дођемо до одговора на питање шта је то обвезник више плаћао у трансакцији са својим повезаним лицем или зашто је нешто наплаћивао мање него што би то чинио у односима са неповезаним лицем. Код утањене капитализације, предвиђена употреба паушалне формуле нам неће олакшати пут да дођемо до одговора шта представља онај део камате који је плаћен на део зајма преко законом предвиђеног ограничења, већ се морамо окренути извору и циљу саме норме. Међутим, правила о трансферним ценама и о утањеној капитализацији нас не упућују да трагамо за овим одговорима, нити нам осим посредно у том поступку не помажу. Тек уколико применимо други захтев начела фактицитета да ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао и спроведемо до краја утврђивање пореског третмана трансакције између повезаних лица можемо потпуно испунити његов први захтев да се пореске чињенице тумаче према њиховој економској суштини.

Оно што додатно говори у прилог ставу да ограничавање пореског третмана трансакција између повезаних лица искључиво на правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији доводи до кршења и начела фактицитета, али и начела „ван дохвата руке“ се види

из чињенице да би такво ограничавање довело до могућности за неоправдане пореске уштеде од стране пореских обвезника, што се може илустровати на једноставан начин.

Претпоставимо да је српско привредно друштво А зависно лице страног привредног друштва Б, при чему се једина трансакција између њих огледа у томе да привредно друштво А купује од свог матичног друштва Б одређене производе које препродаје на српском тржишту. Уколико би цена по којој привредно друштво А набавља наведене производе од свог матичног друштва била у складу са начелом „ван дохвата руке“ његова опорезива добит у овој години би износила 100. На тако остварену добит привредно друштво А би платило порез на добит правних лица од 10, док би на преосталих 90 који би били расподељени матичном друштву Б у облику дивиденде био обрачунат порез по одбитку од 18 до 4,5 у зависности од тога да ли се примењује искључиво ЗПДПЛ или између државе резидентства привредног друштва Б и Србије постоји уговор о избегавању двостурког опорезивања.<sup>17</sup> Другим речима, у случају да су односи између привредних друштава А и Б у складу са начелом „ван дохвата руке“ порески приход Србије би се кретао између 28 и 14,5. Међутим, у случају да су међусобни односи између А и Б били успостављени тако да привредно друштво Б свом повезаном лицу А продаје производе по далеко вишој цени од тржишне и то тако да његову добит сведе на 0, применом правила о трансферним ценама би опорезива добит привредног друштва А била поново доведена на 100 (тима што би само део расхода по основу цена плаћених за набавку производа био признат у пореском билансу привредног друштва А), а пореска обавеза на 10. Заустављање утврђивања пореског третмана трансакција између А и Б на примени правила о трансферним ценама доводи до уштеде пореза за привредно друштво Б за целокупан износ српског пореза по одбитку.

Када је у питању давање зајмова између повезаних лица пореска уштеда у односу на улагање у капитал се може остварити и поред примене правила о утањеној капитализацији. Наиме, иако због примене одредби о утањеној капитализацији расход по основу камате можда неће бити признат у пореском билансу обвезника, чиме ће бити увећана његова пореска основица, могуће је избећи или умањити порез по од-

17 Члан 40 став 1 ЗПДПЛ предвиђа да се дивиденде које резидентни обвезник исплаћује нерезидентном обвезнику опорезују порезом по одбитку по стопи од 20% која се примењује на основицу која је једнака бруто износу дивиденди. Уговори о избегавању двоструког опорезивања које Србија примењује са другим државама ограничавају право државе извора да дивиденде опорезује по одбитку, при чему се то ограничење, када је у питању висина пореске обавезе креће од 15 до 5% бруто износа дивиденди у зависности од одредби појединачних уговора.

битку на камате<sup>18</sup> у случају њене исплате повериоцу који је резидент неке од држава са којима Србија примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања, што не би било могуће да је уместо исплате камате дошло до расподеле дивиденде. Другим речима, правила о утањеној капитализацији неће бити довољна да успешно спрече пореске обвезнике – повезана лица да своје међусобно финансирање успостављају на начин који није у складу са оним на који наилазимо код међусобно независних лица из простог разлога што и поред наведених норми финансирање путем зајмова, нарочито у случајевима када је могуће у потпуности избећи порез по одбитку, има очигледне пореске предности у односу на улагање у капитал.

Претходна два примера који указују на недовољност завршетка утврђивања пореског третмана трансакција између повезаних лица на примени одредби о трансферним ценама и утањеној капитализацији везани су за прекограничне трансакције. Мада би правила о утањеној капитализацији и трансферним ценама код трансакција између повезаних лица која су сва домаћи резиденти требала да сведу опорезивање из угла пореза на добит правних лица на онај ниво који би се остварио у складу са начелом „ван дохвата руке“ и начелом фактицитета, односно да чак и увећају порески терет за оног обвезника на кога је добит пренета узимајући у обзир да дивиденде остварене од других пореских резидента Србије не улазе у опорезиве приходе резидентног обвезника пореза на добит правних лица,<sup>19</sup> и у овим случајевима се, додуше ретко, јављају могућности за неоправдане пореске уштеде које се једино могу спречити уколико се утврђивање пореског третмана трансакција између повезаних лица настави по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији. Међутим, како ће се код трансакција између два српска пореска резидента претходно описане могућности за неоправдане пореске уштеде јављати пре на терену других пореских облика него код пореза на добит правних лица, неопходан је додатни опрез у погледу примене начела фактицитета.

18 Као и у случају дивиденди, члан 40 став 1 ЗПДПЛ предвиђа да се камате које резидентни обвезник исплаћује нерезидентном обвезнику опорезују порезом по одбитку по стопи од 20% која се примењује на основицу која је једнака бруто износу камате. У неким од уговора о избегавању двоструког опорезивања које Србија данас примењује, држави извора је у потпуности одузето право да опорезује камате које њен резидент исплаћује резиденту друге државе уговорнице (за пример види: чл. 11. Уговора између СФРЈ и Краљевине Холандије о избегавању двоструког опорезивање у односу на доходак и имовину, са Протоколом, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* бр. 12/82), док је у већини уговора то право ограничено у погледу висине пореског оптерећења и то између 5 и 15% у зависности од одредби појединачних уговора.

19 Види: чл. 25 став 1 ЗПДПЛ.

## **V Примена начела фактицитета по окончању примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији**

По окончању примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији суочени смо са делимичним одговором у погледу свеобухватног пореског третмана трансакција између повезаних лица. Другим речима, као што је то објашњено у претходном делу овог рада, одређен је прихватљиви ниво прихода и расхода пореског обвезника из његових односа са повезаним лицима, али је и даље остало неодређено да ли и који посебан порески третман треба применити на онај део прихода и расхода за који је одређено да излазе из оквира начела „ван дохвата руке“.

Вратимо се сада основним претпоставкама за примену начела фактицитета. Примена општег правила садржаног у члану 9 ЗПППА неће бити спречено постојањем одредби о трансферним ценама и утањеној капитализацији зато што она не уређују порески третман, осим у погледу права на признавање расхода или обавезе да се увећају опорезиви приходи обвезника, оног дела прихода или расхода пореског обвезника који одступају од износа одређеног путем начела „ван дохвата руке“, односно правила о утањеној капитализацији. Другим речима, не постоји посебно правило које би дерогирало примену општег.

Да ли је у конкретном случају дошло до изигравања закона, односно да ли је порески обвезник употребио неки вештачки правни облик уместо онога који редовно одговара правној суштини, је веома тешко утврдити и било би изузетно опасно да порески органи олако сматрају да је овај услов за примену начела фактицитета испуњен. Међутим, у случају када цене пореског обвезника нису у складу са начелом „ван дохвата руке“, односно када је ниво његове задужености изнад онога који је прописан правилима о утањеној капитализацији, разумно је претпоставити да је трансферном ценом или каматом на део зајма преко ограничења за утањену капитализацију обухваћена и цена за неку другу трансакцију. Поред одређивања постојања одређене прикривене трансакције, последњи корак у провери испуњености услова за примену начела фактицитета лежи у утврђивању постојања евазионог мотива код пореског обвезника за примену структуре коју је употребио. Претходно изложене претпоставке нам могу послужити као основа за даљу анализу, при чему би трансферним ценама и утањеној капитализацији морали да приступимо одвојено.

## 1. Примена начела фактицитета по примени правила о утањеној капитализацији

У случају утањене капитализације срж норме се налази у спречавању повезаних лица да користе зајмове уместо улагања у капитал као облика финансирања на начин који би одступао од оног који налазимо код неповезаних лица. Другим речима, уколико је ниво задужености пореског обвезника већи од оног предвиђеног правилима о утањеној капитализацији поставља се питање шта представља онај део камате плаћен на део зајма преко ограничења и да ли му треба доделити посебан порески третман.

Узимајући у обзир циљ норми о утањеној капитализацији, као логичан закључак се изводи онај да у случају зајма одобреног од стране матичног друштва свом зависном повезаном лицу, део камате који се на признаје као расход у пореском билансу мора представљати дивиденду која је матичном друштву расподељена кроз исплаћену камату, што је последица приступа да износ зајма преко ограничења за утањену капитализацију према економској суштини представља улагање у капитал повезаног лица. С друге стране, могући су случајеви у којима је матично друштво дужник, а зависно поверилац, при чему би, тумачењем према економској суштини, камата на износ зајма преко ограничења постављеног правилима о утањеној капитализацији представљала улагање у капитал тог зависног повериоца од стране матичног друштва.

Уколико се подсетимо да је за примену начела фактицитета неопходно утврдити и постојање евазионог мотива, могуће је веома значајно сузити број случајева у којима би до описане *йреквалификације* зајма у капитал и сходно томе камате у дивиденду могло да дође. Наиме, у случају зајмова између два резидентна повезана лица, евазиони мотив по примени правила о утањеној капитализацији нестаје. Дужник више не може да одбије обрачунату камату као расход, док поверилац укључује у своје опорезиве приходе остварену камату, иако би да је уместо камате била расподељена дивиденда она имала третман непопорезивог прихода.<sup>20</sup> Исти закључак о нестанку евазионог мотива по примени правила о трансферним ценама би се могао извести и у случају зајмова које зависно друштво одобрава свом матичном друштву, где би применом начела фактицитета камата на део зајма изнад ограничења постављеног правилима о утањеној капитализацији представљала улагање у капитал зависног друштва од стране матичног друштва. Зависно друштво би наведену камату признало као приход, што не би био

20 Подсетимо се да према чл. 25 ЗПДПЛ дивиденде које један резидентни обвезник оствари од другог резидентног обвезника не улазе у његове опорезиве приходе.



случај да је уместо путем камате на зајам дошло до улагања у капитал, док матично друштво њу не би могло да призна као расход што би био случај да је исти износ уложило у капитал зависног друштва. Другим речима, по примени правила о утањеној капитализацији између два повезана резидентна лица, пореско оптерећење дужника ће бити једнако оном који би постојао у случају да је износ зајма, односно камате уложен у његов капитал, док ће пореско оптерећење повериоца бити веће.

У случају исплате камате од стране резидентног дужника нерезидентном повериоцу, исти закључак се може донети у случају када се између Србије и државе резидентства повериоца не примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања. С обзиром на недостатак разлике у висини пореза по одбитку који погађа камате и дивиденде, као и на то да је основица за порез по одбитку иста у случају оба облика прихода, по примени правила о утањеној капитализацији се пореско оптерећење дужника своди на оно које би постојало у случају исплате дивиденде, док се код повериоца пореско оптерећење не мења, с обзиром на то да је оно идентично и у случају камате и у случају дивиденде. Међутим, уколико се између Србије и државе резидентства повериоца примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања онда се може доћи до ситуација у којима је порески третман повериоца нерезидента повољнији од онога коме би био подвргнут у случају да је уместо зајма уложио у капитал свог повезаног лица и уместо камате остварио дивиденду по основу свог улагања и то првенствено у случају примене уговора о избегавању двоструког опорезивања са оним државама са којима је предвиђено опорезивање камате искључиво у држави резидентства повериоца.<sup>21</sup> С друге стране за српске пореске органе се у случају примене уговора о избегавању двоструког опорезивања може поставити питање да ли је можда за њих повољније да не улазе у преквалификавање зајма у капитал, односно дивиденде у камату. Наиме, у случају преквалификације постојала би могућност да нерезидентни порески обвезник оствари право на примену уговора о избегавању двоструког опорезивања, а тиме и право на примену ниже пореске стопе пореза по одбитку коју он предвиђа за дивиденде,<sup>22</sup> док би уговори о избегавању двоструког опорезивања по правилу омогућавали да се пореска стопа пореза по одбитку предвиђена домаћим правом (20%) примени на камату об-

21 Уговори о избегавању двоструког опорезивања са Немачком, Норвешком, Финском, Француском, Холандијом и Шведском.

22 С обзиром на то да српски порески органи до сада нису никада спровели преквалификацију зајма у капитал и камате у дивиденду по основу примене начела фактицитета и правила о утањеној капитализацији, морамо оставити отвореним питање да ли би они у описаној ситуацији дозволили примену одредби уговора о избегавању двоструког опорезивања које се односе на дивиденде.

рачунату на онај део зајма који није у складу са начелом „ван дохвата руке“,<sup>23</sup> што би у случају Србије увек било више од стопе која се према уговорима о избегавању двоструког опорезивања примењује на дивиденде (5–15%). Међутим, подсетимо се да српска правила о утањеној капитализацији не примењују начело „ван дохвата руке“ да би одредила највиши ниво задужености према повезаним лицима, па би стога пореским обвезницима била отворена могућности да доказују да је ниво њихове задужености у складу са начелом „ван дохвата руке“, што би, уколико би поступак доказивања био успешан, довело до тога да се, у одсуству преквалификације, и на део камате који се плаћа на део зајма изнад оног утврђеног применом правила о утањеној капитализацији примењује порески третман предвиђен уговором о избегавању двоструког опорезивања за камате.

Зајмови које би српско зависно друштво одобравало свом нерезидентном матичном друштву су веома ретки због строгих ограничења у погледу оваквих трансакција, при чему у њима нема места примени правила о утањеној капитализацији из простог разлога што дужник није подложен опорезивању добити у Србији (осим ако на њеној територији не обавља пословање преко сталне пословне јединице).

Наша претходна анализа је показала да би примена начела фактицитета по примени правила о утањеној капитализацији за српске пореске органа имала веома ограничени значај и то у суженом броју случајева који су везани за уговоре о избегавању двоструког опорезивања. Треба ло би приметити да би она можда пре погодовала пореским обвезницима који би могли да захтевају примену начела фактицитета по примени правила о утањеној капитализацији чиме би обезбедили да њихов порески третман и на нивоу повериоца и на нивоу дужника буде истоветан ономе који би постојао у случају да је уместо путем давања зајма повезаном лицу исти износ стављен на располагање кроз улагање у његов капитал.

## **2. Примена начела фактицитета по примени правила о трансферним ценама**

Као и у случају утањене капитализације и по примени правила о трансферним ценама се поставала питање шта представља онај део цене трансакција пореског обвезника са повезаним лицима који одступа од износа који би био ускладу са начелом „ван дохвата руке“, на које одговор можемо дати само применом начела фактицитета. Примена

23 Види: члан 11 став 6 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину.

начела фактицитета није спречена постојањем специфичног правила с обзиром на то да одредбе о трансферним ценама ЗПДПЛ не одређују порески третман оног дела цена трансакција које је порески обвезник имао са повезаним лицима који излази из оквира начела „ван дохвата руке“, осим што онемогућавају да се такав износ призна као расход или га укључују у опорезиве приходе обвезника.

Уопштавањем је могуће одредити две ситуације.

а) Уколико се утврди да је порески обвезник према свом повезаном лицу имао веће расходе или мање приходе од оних који би били остварени у складу са начелом „ван дохвата руке“, при чему није могуће пронаћи било коју прикривену пословну трансакцију са тим истим повезаним лицем која је била плаћена кроз трансферне цене, онда се као логичан закључак намеће став да непризнати расходи или увећани приходи представљају (конструктивну) дивиденду<sup>24</sup> и да би као такви требали да буду опорезовани. Треба имати у виду да се претходно изложени закључак може извести у случају непосредног односа између матичног и зависног друштва, али да ће он бити доведен у питање, или ће захтевати додатно претпостављање нових односа између повезаних лица, уколико се добит преноси са матичног друштва на зависно, односно између тзв. *сестринских* повезаних лица. У случају да се добит преноси са матичног друштва на зависно друштво, економска суштина би указивала на улагање у капитал тог зависног друштва уместо на расподелу дивиденде. Када су у питању односи између сестринских повезаних лица, пореске чињенице би према начелу фактицитета требало ускладити тако да одсликавају новонастале односе (расподела дивиденди кроз низ повезаних лица који је праћен улагањем у капитал у супротном смеру).<sup>25</sup> Порески органи не би имали обавезу да доказују да друга прикривена пословна трансакција не постоји, већ би терет доказа био на пореском обвезнику. У случају да је порески обвезник зависно друштво плаћао цене више или наплаћивао цене мање од оних које би биле у складу са начелом „ван дохвата руке“ свом нерезидентном матичном друштву, онда би на износ усклађења био дужан да обрачуна и плати порез по одбитку по стопи прописаној домаћим правом или евентуално уго-

24 Упоредно правно посматрано у оним државама које опорезују тзв. *секундарне трансакције* (енгл. *secondary transactions*), односно које доследно спроводе опорезивање по примени правила о трансферним ценама оног дела цене који је изван износа утврђеног применом начела „ван дохвата руке“, претежно се примењује приступ њиховог третмана као (конструктивне) дивиденде, док се ређе додељује третман (конструктивног) зајма и последично прихода од камате. Види: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris, 2010, стр. 152.

25 Види: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, стр. 152–153.

вором о избегавању двоструког опорезивања.<sup>26</sup> Међутим, у случају два резидентна повезана лица, онај порески обвезник на кога је добит пренета трансферном ценом би доследном преквалификацијом ових прихода у дивиденду остварио погодност умањења својих опорезивих прихода. Могућност за остваривање пореске погодности би се појавила и у случају када је добит са матичног друштва пренета на зависно друштво, где матично друштво не би могло да призна износ изван оног одређеног применом начела „ван дохвата руке“ као расход, али би зато зависно друштво могло да за кореспондентни део својих прихода захтева третман улагања у капитал што би водило умањењу његових опорезивих прихода.

С обзиром на то да у случају два резидентна повезана лица начелно није могуће препознати евазиони мотив по примени правила о трансферним ценама, порески органи не би имали могућност да примене начело фактицитета у случајевима када би то било у корист пореског обвезника, али се поставља питање да ли би то могли да захтевају порески обвезници имајући у виду неодређеност норме о начелу фактицитета у српском пореском праву. Штавише, уколико начело фактицитета посматрамо као опште начело пореског поступка за чију примену постојање евазионог мотива уопште није потребно, могуће је тврдити да Пореска управа има обавезу да доследно спроведе опорезивање по принципу економске суштине и на основу дисимуловане трансакције и да искључи из опорезивих прихода пореског обвезника онај део цене коју је остварио из трансакција са повезаним лицем за коју се може установити да представља дивиденду или улагање у капитал.

б) У случају када трансферна цена пореског обвезника за једну трансакцију одступа од износа утврђеног применом начела „ван дохвата руке“, али се утврђена разлика може образложити плаћањем или наплатом по основу неке друге трансакције са тим истим повезаним лицем, односно када је укупан резултат трансакција између два повезана лица у складу са начелом „ван дохвата руке“,<sup>27</sup> нема места даљој примени начела фактицитета у области опорезивања добити ових пореских обвезника по примени правила о трансферним ценама зато што нестаје евазиони мотив, нити би се било какво додатно опорезивање могло оправдати

26 Овакви случајеви се никада до сада нису појавили у српској пракси па стога не можемо дати одговор који би био приступ српских пореских органа према примени уговора о избегавању двоструког опорезивања у случају преквалификације.

27 Нпр. порески обвезник је продавао одређене производе свом повезаном лицу по цени од 100, при чему је утврђено да је цена тих производа у складу са начелом „ван дохвата руке“ 200, али је истовремено од свог повезаног лица примао услуге чија је трансферна цена 0, а цена „ван дохвата руке“ 100. Суштински кроз цену по којој је продавао своје производе порески обвезник је истовремено плаћао и услуге свом повезаном лицу.

економском суштином. Међутим, начело фактицитета може послужити да се спречи пореска евазија у области неких других пореских облика, првенствено пореза на додату вредност (ПДВ). Нпр. претпоставимо да порески обвезник свом повезаном лицу пружа две одвојене услуге, од којих једну за потребе његовог опорезивог промета (промета за који има право на одбитак улазног ПДВ-а), а другу за потребне промета који је ослобођен без права на одбитак. ПДВ који би пружалац услуге обрачунао на услугу која се користи за потребе промета који је ослобођен без права на одбитак представља чист трошак за примаоца услуге који ће сносити његов економски терет. Порески обвезник би могао да увећа цену за оне услуге за које примаоц има право на одбитак улазног ПДВ и да смањи цену оних за које нема, чиме умањује трошак улазног ПДВ за примаоца услуге. Закон о ПДВ<sup>28</sup> користи субјективни приступ утврђивању пореске основице и он не предвиђа могућност да порески органи усклађују цене које су уговорене између пореских обвезника,<sup>29</sup> али би у случају очигледне злоупотребе односа између повезаних лица за постизање нелегитимних пореских уштеда, било могуће ухватити се у коштац са оваквим појавама путем начела фактицитета.<sup>30</sup> Управо ће евазиони мотив бити кључан за раздвајање оних случајева у којима би примена начела фактицитета за последицу имала просту прераспodelу цена на различите трансакције без утицаја на висину пореског дуга, од случајева када би оно сводило пореско оптерећење обвезника на износ који би постојао да су трансакције биле уговорене на чисто тржишним основама.

## VI Закључак

Као што је то случај и са другим пореским законодавствима у свету и српски порески прописи полазе од основних начела. Нажалост, за разлику од развијених правних система у Србији још увек није дошло до надградње тих начела, било кроз активност законодавца или кроз оскудну праксу. Сам обим српских пореских прописа, односно њихова штурост указују да смо у великом броју случајева препуштени широком тумачењу као једином средству за одређивање одговарајућег пореског третмана. Ниједан закон на свету није толико савршен да не зах-

28 Службени гласник РС, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07.

29 Види: чл. 17–22 Закона о ПДВ.

30 За више о интеракцији између правила о трансферним ценама и ПДВ види: Emanuela Santoro, „Transfer Pricing and Value Added Tax in the European Community: Is there Room for Interaction and, If So Where?“, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 14, No. 3, IBFD, 2007, стр. 147 *et. seq.*

тева тумачење, али би правна сигурност у једном јавноправном односу захтевала далеко мањи степен могуће произвољности. Понекад уочено ниподаштавање према теоријским основама пореског права у Србији је посебно неоправдано, управо зато што су често сама начела једино што може да нас води у поступку примене пореских норми.

На првом месту морамо поновити закључак да сматрамо да начело фактицитета како је сада предвиђено у члану 9 ЗПППА не представља адекватно решење и да је неопходно именити га тако да недвосмислено представља искључиво анти-абузивно правило, а не опште начело пореског посупка које може служити супротно намери законодавца, односно циљу због кога је прописано.

Када је у питању међусобни однос начела фактицитета и правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, било би неопходно изричито прописати његове последице и поступак који пореска управа мора поштовати у даљем утврђивању пореског третмана односа између повезаних лица по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији. Постоје државе на свету које сматрају да је претходно описани поступак исувише захтеван и да отвара бројне недоумице и које су стога изабрале да се њиме уопште не баве, односно да по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији даље не утврђују могући порески третман трансакција између повезаних лица.<sup>31</sup> Међутим, у Србији у овом тренутку не постоји законска могућност да Пореска управа направи такав избор из простог разлога што је недвосмислено обавезана законом да утврђује пореске чињенице према њиховој економској суштини и да у случају симулованих трансакција као основ за опорезивање узима дисимуловане трансакције. С друге стране ни пореским органима, али ни пореским обвезницима српско пореско право не даје било какве ближе смернице на основу којих би могли да јасно утврде размере примене начела фактицитета и последичне обавезе које из њега произлазе, при чему би то у случају везе за правилима о трансферним ценама и утањеној капитализацији било могуће учинити. Законодавац би морао прво да процени фискални значај проблема, а да затим узимајући у обзир могућности пореских органа, донесе на аргумента засновану одлуку. У оба случаја он мора изменити законске одредбе, било тако што ће осигурати окончање утврђивања пореског третмана односа између повезаних лица на правилима о трансферним ценама и утањеној капитализацији, или тако што ће унети јасне смернице и претпоставке на основу који ће Пореска управа моћи да примењује своја овлашћења, а порески обвезници да испуњавају своје обавезе и процењују размере ризика коме су изложени.

31 Види: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, стр. 152.

**Mag. Svetislav V. KOSTIĆ, LL.M.**  
**Junior Faculty Member, Faculty of Law, University of Belgrade**

## **SUBSTANCE OVER FORM DOCTRINE IN LIGHT OF APPLICATION OF TRANSFER PRICING AND THIN CAPITALIZATION PROVISIONS IN SERBIAN TAX LAW**

### **Summary**

*This article examines the relationship between two key principles of Serbian tax law, the substance over form doctrine and the at arm's length principle, and attempts to determine the practical consequences of their interaction. By analyzing the potential interpretation of the provision of Article 9. of the Serbian Tax Procedure and Tax Administration Law a conclusion is reached on the need for amending it so that it reflects the intent of the lawmaker to prescribe and anti-abuse rule and not a general principle of tax procedure. The author then continues to present the consequences of the application of the substance over form doctrine following the application of the transfer pricing and thin capitalization provisions and strives to determine the possible reaches of such an application from the perspective of tax authorities as well as tax payers. In addition to amending the provisions on the substance over form doctrine, the author is advocating the introduction of explicit legal provisions on the regulation of the consequences of and the procedure for the implementation of the substance over form doctrine following the application of the transfer pricing and thin capitalization rules.*

**Key words:** *substance over form doctrine, at arm's length principle, transfer prices, thin capitalization, dividends.*

**мр Ивана РАКИЋ**  
стипендиста Министарства просвете и науке  
докторант Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРАВО ПРВОГ ИЗДАВАЧА СЛОБОДНОГ ДЕЛА

### Резиме

У раду се анализира право првог издавача слободног дела – ново сродно право које је у српско право уведено 2004. године, по уледу на Директиву Савета ЕУ о хармонизацији закона права ауторског права и одређених сродних права из 1993. године. Српски Закон о ауторском и сродним правима и Директива ЕУ предвиђају да лице које, по истеку имовинских права аутора, први пут законито изда или на други начин саопшти јавности дело које пре тога није било издато има имовинска права која одговарају имовинским правима аутора. То значи да ће издавач стешити ова права само ако објави дело које више није предмет ауторског правне заштите, ако објави дело које пре тога није било издато и када први пут законито изда или саопшти јавности ово дело. Његова права трају 25 година од дана првог издавања или првог саопштавања дела јавности на други начин.

Увођење права првог издавача је важно за власнике примерака ауторских дела, за издаваче и други лица која саопште дело јавности, будући да они нису мотивисани да објаве таква дела уколико не могу да заштите своја улања. То је ирилика и за приватне колекционаре, музеје и галерије, иако морају да буду опрезни ириком омоћавања ириситија својим колекцијама, како не би изгубили своја права. Увођење права је такође и у оштем интересу, јер одстиче објављивање и ширење стварих необјављених ауторских дела.

**Кључне речи:** први издавач, слободно дело, сродна права, интелектуална својина.



## I Уводне напомене

Право првог издавача слободног дела је ново сродно право које је у српско право уведено Законом о ауторском и сродним правима из 2004. године,<sup>1</sup> као део свеобухватног процеса усклађивања права интелектуалне својине са правом Европске уније. Реч је о праву које је уређено по угледу на истоветно право предвиђено Директивом Савета ЕУ о хармонизацији рока трајања ауторског права и одређених сродних права из 1993. године<sup>2</sup> и које је задржано и у новом Закону о ауторском и сродним правима из 2009. године, у чл. 141.<sup>3</sup> Право првог издавача пружа заштиту лицима која први пут издају или на други начин саопште јавности дело које до тада није било издато, а чији рок трајања ауторскоправне заштите је истекао. Наиме, лице које, по истеку имовинских права аутора, први пут законито изда или на други начин саопшти јавности дело које пре тога није било издато има имовинска права која одговарају имовинским правима аутора и која трају 25 година од дана првог издавања или првог саопштавања јавности на други начин.

У право Европске уније, право првог издавача је уведено Директивом из 1993. године, не само са циљем увођења јединственог рока трајања заштите, већ и са циљем усклађивања права држава чланица које су различито регулисале заштиту старих необјављених дела након њиховог објављивања.<sup>4</sup> Пошто у Директиви нису прихваћени рокови трајања ауторског права који се рачунају од дана првог објављивања дела после смрти аутора, одлучено је да се као компензација уведе право првог издавача слободног дела (тзв. *publication right*), које се заснивало на сличном праву које је постојало у немачком праву (тзв. *editio princeps*).<sup>5</sup> Право је предвиђено и новом директивом Европског парламента и Савета из 2006. године, која је заменила Директиву из 1993. године.<sup>6</sup>

1 Службени лист СЦГ, бр. 61/2004.

2 Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, *Official Journal*, бр. L. 290/1993.

3 Службени гласник РС, бр. 104/2009, даље у фуснотама: ЗАСП.

4 Kevin Garnett et al., *Copinger and Skone James on Copyright*, vol. 1, London, 1999, стр. 900 (наведено према: Simon Stokes, *Art and Copyright*, Oxford – Portland, 2001, стр. 60, фуснота 160; Anthony R. Reese, „Public but Private: Copyright’s New Unpublished Public Domain“, *Texas Law Review*, vol. 85, бр. 3/2007, стр. 633–634).

5 Dirk Visser, „Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights“, у: Thomas Dreier, P. B. Hugenholtz (уредници), *Concise European Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, 2006, стр. 297.

6 Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version), *Official Journal*, бр. L. 372/2006.

## II Значај увођења права

Смисао заштите коју пружа право првог издавача јесте омогућавање издавачима и другим привредним субјектима да заштите своја улагања поводом објављивања слободних дела, због чега им се даје искључиво право да одлучују о сваком облику економског искоришћавања дела које су издали или на други начин саопштили јавности. Полази се од тога да лице које прво проведе време и потроши новац за откривање и објављивање старих дела треба да буде награђено на неки начин, и то стицањем новог економског права сличног ауторском праву.<sup>7</sup> Стицањем права која одговарају имовинским правима аутора, први издавач је у могућности да забрани другим лицима да искоришћавају дело које је он објавио и да их спречи да на тај начин остварују имовинску корист. Уколико оваква заштита не би постојала, друга лица би након објављивања дела могла слободно да га искоришћавају, пошто се ради о делу које се налази у јавном домену и које свако може користити без ограничења, уз поштовање моралних права аутора. Први издавач, према томе, не би могао да оствари целокупну имовинску корист од објављивања дела, јер би његови приходи били умањени због конкурентског понашања других издавача или лица која на други начин искоришћавају дело. То значи да он не би био мотивисан да дело уопште објави, јер не би могао да поврати уложена средства нити да оствари одговарајућу добит.

Пошто су трошкови првог издавања или саопштавања дела изузетно високи, први издавач или лице које на други начин саопшти дело јавности мора да обезбеди значајна материјална средства како би предузео све неопходне радње у вези са објављивањем дела. Пре свега, он сноси трошкове откривања ауторских дела, уколико самостално или уз ангажовање истраживача врши претраживање одређених јавних институција како би пронашао дела која се могу објавити. Истраживачи или ове институције могу као накнаду за своје услуге да траже и део прихода од првог издавања или саопштавања дела. Затим, уколико није власник примерка ауторског дела, издавач сноси трошкове његовог стицања ако мора од власника да купи примерак дела или да плати одређену накнаду зато што му је омогућен приступ делу. На крају, издавач сноси трошкове заштите и чувања дела, трошкове припремања дела за објављивање, као и трошкове самог објављивања.<sup>8</sup>

Конкуренти првог издавача или лица које на други начин саопшти дело јавности налазе се у повољнијем положају, јер су њихови трошкови много нижи и обично се односе само на објављивање дела.

7 Peter Wienand, Anna Booy, Robin Fry, *A Guide to Copyright for Museums and Galleries*, London – New York, 2000, стр. 70.

8 Вид. A. R. Reese, *нав. чланак*, стр. 653.

Због тога су издавачи, власници примерака ауторског дела (нпр. приватни колекционари, музеји, галерије, архиви) и други привредни субјекти и јавне институције често незаинтересовани да први издају или саопште јавности дело које се налази у јавном домену и које није издато. Уколико процене да ће њихови интереси бити повређени и да ће трошкови објављивања бити виши од добити коју могу остварити, они ће одлучити да се не упуштају у ризична улагања и да не објаве дело. Зато се може закључити да увођење права првог издавача представља важан подстицај за издаваче и лица која на други начин саопште дело јавности.

Међутим, регулисање права првог издавача је и у општем интересу, јер се заштитом имовинскоправних интереса првог издавача и лица која на други начин саопште дело јавности директно подстиче објављивање дела из области књижевности, уметности и науке, а у интересу друштвене заједнице је да таква дела буду објављена. Објављивањем ауторских дела шире се идеје које представљају инспирацију другим ауторима за стварање нових дела, успоставља се својеврсна комуникација међу људима и унапређује друштво у културолошком, образовном и научном смислу, тако да је друштвена заједница заинтересована да ова дела буду доступна јавности и слободна за коришћење. На тај начин увођење права првог издавача доприноси развоју свих облика духовног стваралаштва и заштити општих интереса.<sup>9</sup>

### III Услови за стицање права првог издавача

На основу законске дефиниције права првог издавача могу се издвојити три услова које први издавач или друго лице мора да испуни да би стекло права која одговарају имовинским правима аутора. Прво, издавач мора да објави дело које више није предмет ауторскоправне заштите; друго, он мора да објави дело које пре тога није било издато; и треће, он ће уживати заштиту само ако први пут законито изда или саопшти дело јавности.

Први услов се односи на захтев да се изда или саопшти јавности *слободно дело* – дело које је пало у јавни домен и постало опште добро. То значи да је неопходно да је истекао рок трајања имовинских права аутора, односно да је од смрти аутора прошло најмање 70 година.<sup>10</sup> Пошто

9 „Увођење права првог издавача јесте признање да је ширење ауторских дела кључни елемент увећања културног богатства друштва.“ – Helen Simpson, David Booton, „The New Publication Right: How will it affect Museums and Galleries?“, *Art, Antiquity and Law*, vol. 2, бр. 3/1997, стр. 285.

10 Имовинска права аутора трају за живота аутора и 70 година после његове смрти (чл. 102 ст. 1 ЗАСП). Имовинска права коаутора престају по истеку 70 година од

се говори о *истеку* имовинских права аутора, подразумева се да су ова права била установљена и да је дело било заштићено ауторским правом. То даље значи да предмет заштите права првог издавача не може бити дело које никада није било предмет ауторскоправне заштите,<sup>11</sup> па се не може прихватити мишљење да није битно да ли је у време настанка дело било заштићено и да ли је таква заштита уопште постојала. Према овом мишљењу, израз „по истеку имовинских права аутора“ не значи да је ауторскоправна заштита морала било када постојати, тако да предмет заштите права првог издавача могу бити и дела која никада нису била заштићена ауторским правом зато што у време настанка дела таква заштита није постојала (нпр. римске скулптуре).<sup>12</sup>

Међутим, дела која никада нису била предмет заштите ауторског права не могу бити предмет заштите права првог издавача и због тога што систем заштите и начин њиховог коришћења могу бити уређени другим прописима, нпр. Законом о културним добрима.<sup>13</sup> Реч је о делима од општег интереса која уживају посебну заштиту, као и о делима за која се претпоставља да имају својства од посебног значаја за културу, уметност и историју.<sup>14</sup>

Да би се утврдило да ли је дело икада било заштићено ауторским правом, потребно је утврдити када је дело настало, прописе који су тада били на снази, као и прописе којима су касније регулисана права аутора.<sup>15</sup> Приликом овог утврђивања могу настати одређени проблеми ако су аутор и време настанка дела непознати (нпр. у случају појединих дела из музејских колекција) или ако је познат аутор, али не и време његове смрти.<sup>16</sup>

---

смрти коаутора који је последњи умро (чл. 103 ст. 1 ЗАСП). За филмско дело рок трајања ауторског права истиче 70 година од смрти режисера, сценаристе, аутора дијалога или композитора музике посебно компоноване за филм, зависно од тога ко од њих последњи умре (чл. 104 ст. 2 ЗАСП). За дела за која се рок заштите не рачуна од смрти аутора или коаутора, а која нису законито објављена током 70 година од њиховог настанка, заштита престаје истеком тог рока (чл. 105 ЗАСП).

11 Исто и Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, New York, 2001, стр. 153; Hugh Jones, Christopher Benson, *Publishing Law*, London – New York, 2002, стр. 57; Н. Simpson, D. Booton, *нав. чланак*, стр. 287; S. Stokes, *нав. дело*, стр. 60, фуснота 160; P. Wienand et al., *нав. дело*, стр. 72.

12 D. Visser, *нав. чланак*, стр. 298.

13 *Сл. ил. РС*, бр. 71/1994.

14 Закон о културним добрима, чл. 2 и 4.

15 Први национални законски пропис из области ауторског права је Закон о заштити ауторског права, усвојен 1929. године, у време Краљевине Југославије. Србија до тада није имала прописе о ауторском праву, а на територији старе Југославије су се примењивали аустро-угарски прописи.

16 Н. Simpson, D. Booton, *нав. чланак*, стр. 286.

Закон не издваја поједине врсте ауторских дела која могу бити предмет заштите права првог издавача, тако да ће заштиту уживати свако дело које испуњава услове предвиђене Законом, односно ако се може сматрати ауторским делом.<sup>17</sup> У енглеском праву је изричито предвиђено да ће се за потребе права првог издавача ауторским делом сматрати књижевно, драмско, музичко, уметничко и филмско дело.<sup>18</sup>

Други услов за стицање права првог издавача односи се на издавање или саопштавање јавности до тада *неиздајној* дела. Закон не предвиђа посебну дефиницију неиздатог дела које може бити предмет заштите права првог издавача, већ упућује на одредбе о издавању ауторског дела. Према Закону, ауторско дело је издато кад су примерци дела пуштени у промет од стране аутора, односно лица које је он овластио, у броју који, имајући у виду врсту и природу дела, може да задовољи потребе јавности. Дело ликовне уметности се сматра изда-

17 Ауторско дело је оригинална духовна творевина аутора, изражена у одређеној форми, без обзира на његову уметничку, научну или другу вредност, његову намену, величину, садржину и начин испољавања, као и допуштеност јавног саопштавања његове садржине. Ауторским делом сматрају се, нарочито: 1) писана дела (књиге, брошуре, чланци, преводи, рачунарски програми у било којем облику њиховог изражавања, укључујући и припремни материјал за њихову израду и др.); 2) говорна дела (предавања, говори, беседе и др.); 3) драмска, драмско-музичка, кореографска и пантомимска дела, као и дела која потичу из фолклора; 4) музичка дела, са речима или без речи; 5) филмска дела (кинематографска и телевизијска дела); 6) дела ликовне уметности (слике, цртежи, скице, графике, скулптуре и др.); 7) дела архитектуре, примењене уметности и индустријског обликовања; 8) картографска дела (географске и топографске карте); 9) планови, скице, макете и фотографије; 10) позоришна режија (чл. 2 ЗАСП). Незавршено ауторско дело, делови ауторског дела, наслов ауторског дела, прераде ауторских дела сматрају се ауторским делом ако испуњавају услове из члана 2 став 1 Закона (чл. 3 ст. 1 и чл. 4 ст. 1 ЗАСП). Ауторским делом сматра се и збирка, која с обзиром на избор и распоред саставних делова, испуњава услове из члана 2 став 1 Закона (енциклопедија, зборник, антологија, изабрана дела, музичка збирка, збирка фотографија, графичка мапа, изложба и сл.). Ауторским делом се сматра и збирка народних књижевних и уметничких творевина, као и збирка докумената, судских одлука и сличне грађе, која с обзиром на избор и распоред саставних делова испуњава услове из члана 2 став 1 Закона. Збирком се сматра и база података, без обзира да ли је у машински читљивој или другој форми, која с обзиром на избор и распоред саставних делова, испуњава услове из члана 2 став 1 Закона (чл. 5 ЗАСП). Ауторскоправном заштитом нису обухваћене опште идеје, поступци, методе рада, или математички концепти као такви, као и начела, принципи и упутства који су садржани у ауторском делу. Не сматрају се ауторским делом: 1) закони, подзаконски акти и други прописи; 2) службени материјали државних органа и органа који обављају јавну функцију; 3) службени преводи прописа и службених материјала државних органа и органа који обављају јавну функцију; 4) поднесци и други акти у управном или судском поступку (чл. 6 ЗАСП).

18 Уредба о ауторском и сродним правима из 1996. године (The Copyright and Related Rights Regulations), *Statutory Instrument*, бр. 2967/1996, 2498/2003, чл. 16(7).

тим и онда кад је оригинални примерак, или најмање једна копија дела учињена трајно приступачном јавности од стране аутора, односно лица са његовом дозволом (чл. 7 ст. 3–4).<sup>19</sup> Оваква дефиниција је у складу са Директивом ЕУ, иако Директива говори о необјављеним делима (*unpublished works*). Наиме, Директива усваја неке основне принципе и појмове предвиђене Бернском конвенцијом за заштиту књижевних и уметничких дела, па и појам објављивања треба тумачити у смислу Бернске конвенције, као издавање дела. Према Конвенцији (чл. 3 ст. 3), под објављеним делима треба подразумевати дела издата са пристанком њихових аутора, без обзира на начин израде њихових примерака, ако је стављање на располагање ових примерака било такво да задовољава потребе јавности, водећи при том рачуна о природи дела. Приказивање неког драмског, драмско-музичког или кинематографског дела, извођење неког музичког дела, јавно рецитовање књижевног дела, пренос или радио-дифузија књижевних или уметничких дела, изложба неког уметничког дела и изградња неког архитектонског дела – не представљају објављивање.<sup>20</sup> Због тога и Директиву треба тумачити тако да се под објављивањем сматра стављање дела на располагање јавности – његово умножавање и пуштање у промет.<sup>21</sup>

Предмет заштите права првог издавача у енглеском праву је такође претходно необјављено дело, али се за потребе права првог издавача примењује посебна дефиниција објављивања под којим се подразумева свако чињење дела доступним јавности, а нарочито стављање примерака дела у промет; стављање дела на располагање посредством електронских система за претраживање информација; давање примерака дела у закуп или на послугу; извођење, излагање или представљање дела јавности; или саопштавање дела јавности.<sup>22</sup> То значи да се дефиниције из Директиве и енглеског права разликују и да предмет заштите у енглеском праву може бити само дело које никада није на било који начин саопштено јавности.<sup>23</sup>

19 У оквиру појма ауторског дела предвиђене су и дефиниције објављеног дела и дела које је саопштено јавности. Ауторско дело је објављено кад је, на било који начин и било где у свету, први пут саопштено јавности од стране аутора, односно лица које је он овластио. Ауторско дело је саопштено јавности ако је учињено доступним већем броју лица која нису међусобно повезана родбинским или другим личним везама (чл. 7 ст. 1–2 ЗАСП).

20 Као извор је корићен Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела (Сл. л. СФРЈ, бр. 14/1975).

21 D. Visser, *нав. чланак*, стр. 298; S. Stokes, *нав. дело*, стр. 60, фуснота 161. Пошто Закон дефинише право првог издавача по узору на Директиву, остале услове из Директиве и Закона треба тумачити на исти начин.

22 The Copyright and Related Rights Regulations, чл. 16(2).

23 Исто и S. Stokes, *нав. дело*, стр. 60, фуснота 161. Вид. и Kevin Garnett et al., *нав. дело*, поглавље 17 и Hugh Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Design*, London,

Захтев да дело не сме бити издато односи се на све време до првог издавања или саопштавања на други начин, што значи да дело не сме бити издато како за време трајања ауторскоправне заштите, тако и по истеку имовинских права аутора. Ипак, у теорији је изражено мишљење да је могуће да дело буде издато за време трајања имовинских права аутора и да ужива заштиту на основу права првог издавача уколико га први издавач након истека ауторскоправне заштите први пут објави као *слободно дело*.<sup>24</sup> Међутим, овакво тумачење се не може прихватити, јер је смисао права првог издавача подстицање објављивања дела која никада нису била издата, како би се она учинила доступним јавности. Било би неоправдано поново омогућити остваривање користи од искључивог економског искоришћавања дела, јер су аутор и претходни издавач ту могућност већ искористили, а издато дело ставили на располагање јавности.

Уколико се деси да је након истека имовинских права аутора дело било издато, али незаконито (нпр. дело је издато без сагласности власника примерка дела или је примерак стечен незаконито), поставља се питање на који начин ће то утицати на стицање права првог издавача. Лице које је издало дело неће имати никаква права, јер није законито издало дело, али у Закону није прописано да ли ће због тога власник примерка дела бити лишен могућности да ужива заштиту ако први законито објави дело. Ипак, у таквој ситуацији требало би сматрати да дело није било издато, тако да власник примерка дела или лице које на основу његове сагласности објави дело може стећи право првог издавача. У енглеском праву је изричито прописано да се сматра неовлашћеном било која радња учињена без сагласности власника примерка дела,<sup>25</sup> тако да лице које први пут законито објави дело неће изгубити своје право због претходно неовлашћеног објављивања дела.

Пошто Закон само захтева да дело није издато, а не и да није саопштено јавности, заштиту може уживати и дело које је нпр. било само објављено или на други начин саопштено јавности, а није претходно издато.<sup>26</sup> У супротном би први издавач или друго лице било ускраћено за заштиту, што је неоправдано, јер само објављивањем или саопштавањем

2000, vol. 1, поглавље 11 (наведено према: S. Stokes, *нав. дело*, стр. 60, фуснота 161).

24 Слободан М. Марковић, Зоран Миладиновић, *Ауторско право и сродна права*, Крагујевац, 2008, стр. 237.

25 The Copyright and Related Rights Regulations, чл. 16(3).

26 Исто и С. М. Марковић, З. Миладиновић, *нав. дело*, стр. 237. Супротно Димитрије Милић, *Коментари Закона о ауторском и сродним правима*, Београд, 2005, стр. 198; Светислав Вуковић, *Коментари закона о интелектуалној својини*, Београд, 2009, стр. 184; Катарина Дамњановић, Владимир Марић, *Интелектуална својина*, Београд, 2009, стр. 125.

јавности дело није учињено трајно доступним јавности, а у интересу друштвене заједнице је да се и таква дела издају или поново саопште јавности. Тиме се потврђује да је смисао увођења права првог издавача не само заштита интереса лица која објаве дело, већ и подстицање објављивања дела која до тада нису било издата. Овакву могућност не пружа енглеско право због посебне дефиниције објављивања, тј. због услова да предмет заштите може бити само дело које никада није објављено.

Испуњавање трећег услова за стицање права првог издавача значи да заштиту ужива само лице које *први њих законично* изда или саопшти дело јавности које до тада није било издато. Уколико постоји више примерака дела, право се стиче када се први пут објави било који од тих примерака, односно право стиче оно лице које прво објави свој примерак, уколико се примерци дела налазе код различитих лица. Довољно је, према томе, да се дело на било који начин саопшти јавности, али то мора бити учињено законито и први пут након истека имовинских права аутора.

Иако Закон и Директива не предвиђају дефиницију законитог објављивања, требало би ускратити заштиту лицу које је незаконито или несавесно стекло примерак дела (нпр. крађом, силом, преваром, злоупотребом поверења) или које је објавило дело без сагласности власника примерка дела,<sup>27</sup> односно које није добило сагласност да примерак дела искоришћава на начин који представља објављивање дела. Енглеско право, као што је већ наведено, предвиђа да се сматра неовлашћеном било која радња учињена без сагласности власника примерка дела,<sup>28</sup> па се неовлашћеним објављивањем може сматрати објављивање без сагласности власника примерка дела или објављивање дела чији је примерак стечен незаконито или несавесно.

#### IV Садржина права

Испуњавањем услова за стицање права првог издавача, лице које објави дело стиче права које одговарају имовинским правима аутора. То значи да се не може стећи ниједно морално право, што је и разумљиво, јер лице које објави дело није аутор дела. Овим правом се штите интереси одређеног издавача или других лица, а не интереси аутора, тако да је реч о економском праву чија функција је да се првом издавачу или другом лицу које саопшти дело јавности обезбеди искључиво право да економски искоришћава дело које је објавио, као и дела настала преградом тог дела.

27 Исто и D. Visser, *нав. чланак*, стр. 298.

28 The Copyright and Related Rights Regulations, чл. 16(3).



Ово овлашћење је исто као и овлашћење аутора да дозволи или забрани искоришћавање свог дела и обухвата следећа имовинска права:

- 1) право на бележење или умножавање дела у целости или делимично на било који телесни или бестелесни, трајни или привремени, посредни или непосредни начин;
- 2) право стављања примерака дела у промет;
- 3) право давања примерака дела у закуп;
- 4) право давања примерака рачунарског програма на послугу;
- 5) право извођења;
- 6) право представљања;
- 7) право преношења извођења или представљања;
- 8) право емитовања;
- 9) право реемитовања;
- 10) право на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дела доступним јавности, жичним или бежичним путем, на начин који омогућује појединцу индивидуални приступ делу са места и у време које он одабере;
- 11) право на прилагођавање, аранжирање и другу измену дела;
- 12) право јавног саопштавања дела које се емитује на јавним местима као што су возила јавног саобраћаја, ресторани, чекаонице и сл. путем техничких уређаја као што су радио апарат или телевизор;
- 13) право јавног саопштавања дела са носача звука или слике уз помоћ техничких уређаја за репродуковање звука, односно слике.<sup>29</sup>

Поред ових права, лица која су објавила дела за која се, с обзиром на њихову природу, може очекивати да ће бити умножавана за личне некомерцијалне потребе на носаче звука, слике и текста (књижевна, музичка, филмска и др.) имају право на посебну накнаду од увоза, односно продаје техничких уређаја и празних носача звука, слике и текста за које се оправдано може претпоставити да ће бити коришћени за такво умножавање.<sup>30</sup>

На право првог издавача сходно се примењују одредбе Закона о ограничењима и исцрпљењу ауторског права,<sup>31</sup> као и одредбе о преносу ауторског права, јер је право првог издавача преносиво право.<sup>32</sup>

29 ЗАСП, чл. 20–33.

30 ЗАСП, чл. 39.

31 ЗАСП, чл. 144.

32 ЗАСП, чл. 145.

Право првог издавача слободног дела је ограничено и траје 25 година од дана првог издавања или првог саопштавања јавности на други начин.<sup>33</sup> Прихватајући стандарде предвиђене Директивом, законодавац је прихватио и рок трајања права првог издавача, иако ће то вероватно финансијски оптеретити домаће кориснике страних ауторских дела, пошто је Србија много више увозно орјентисана када је реч о ауторским делима него извозно.<sup>34</sup> Ипак, сматра се да је то оптималан рок трајања заштите, јер први издавач има довољно времена да економски искоришћава дело, а друштвена заједница није предуго лишена могућности да слободно искоришћава дело, мада је у њеном интересу да дело што пре постане опште добро.

## V Практичне последице увођења права првог издавача

Под претпоставком да су испуњени сви неопходни услови, право првог издавача се аутоматски стиче у моменту издавања дела или саопштавања дела јавности на други начин, без обавезе да се испуне било какви додатни услови формалне или процедуралне природе. Довољно је да се дело законито саопшти јавности, па да лице које је дело саопштило стекне искључиво право да забрани или дозволи другом лицу искоришћавање дела.

Међутим, прихватање принципа да се заштита одобрава без формалности може у пракси створити одређене проблеме за власнике примерка ауторског дела или лица у чијој се државини тај примерак налази уколико пре саопштавања дела омогуће другим лицима приступ примерку дела и дозволе им да на одређени начин искоришћавају дело. Уколико би такво искоришћавање представљало истовремено и саопштавање дела јавности, право првог издавача стиче лице које је користило дело, јер га је саопштило јавности, а не власник или држалац примерка дела. Наиме, сагласност за искоришћавање дела не мора бити у писаној форми, тако да је довољно да је власник или држалац дозволио искоришћавање на начин који се сматра саопштавањем дела јавности, а да истовремено није изричито захтевао да се након саопштавања дела право првог издавача пренесе на њега. Да власник или држалац не би изгубио своје право, неопходно је уговорити овакво објашњење, јер право првог издавача стиче оно лице које први пут изда или на други начин саопшти дело јавности.

Овакви проблеми могу посебно настати у следећим примерима стицања права првог издавача:

33 ЗАСП, чл. 147. ст. 6.

34 Весна Бесаровић, *Интелектуална својина: индустријска својина и ауторско право*, Београд, 2005, стр. 309.

- 1) када приватни колекционар, музеј или галерија (као власник неке старе слике или другог дела ликовне уметности) дозволи телевизији да сними слику и да, пре него што слика буде негде изложена, емитује прилог о томе – право стиче телевизија која ја емитовала прилог;
- 2) када приватни колекционар, музеј или галерија омогући приступ делу другим лицима (нпр. истраживачима, студентима, новинарима, фотографима, аукцијским кућама) и дозволи им да фотографије које су направили објаве посредством медија, у каталозима, преко постера и сл. – право стиче лице које је објавило фотографије;
- 3) када приватни колекционар да слику у закуп музеју или галерији да би се слика изложила – право стиче музеј или галерија која је изложила слику;
- 4) када власник старог рукописа или музичког дела закључи издавачки уговор – право стиче издавач;
- 5) када власник старог рукописа, музичког или драмског дела дозволи другим лицима (нпр. радиодифузним организацијама, музејима, библиотекама, позориштима) да објаве, представе или изведу дело – право стиче лице које је објавило, представило или извело дело.

На основу наведених примера може се закључити да власници примерака ауторских дела морају да буду опрезни приликом било каквог одобравања искоришћавања дела које они нису претходно саопштили јавности, уколико такво искоришћавање представља издавање дела или саопштавање дела јавности на други начин. Да би заштитили своја права, требало би да они буду први који ће саопштити дело јавности или да приликом давања писане сагласности за искоришћавање дела посебно уговоре да ће се право првог издавача пренети на њих.

Због тога се може упутити критика да усвајање права првог издавача оптерећује власнике примерака ауторских дела, који су принуђени да сарађују са другим лицима зато што нису у могућности да сами искоришћавају дело или зато што немају довољно финансијских средстава. У случају губитка овог права не само што неће моћи да остваре добит од објављивања дела, већ неће моћи у наредних 25 година да искоришћавају дело. То би нпр. отежало рад музеја или галерија због немогућности да излажу или на други начин искоришћавају дела која поседују или би их додатно оптеретило због обавезе да од лица које је објавило дело траже сагласност за искоришћавање дела и плате накнаду за то. Истовремено, због страха да не изгубе своје права, неке установе

би могле савесним лицима онемогућити приступ делима које поседују и тако негативно утицати на обављање њихових активности.<sup>35</sup>

Ипак, стицањем права првог издавача, ове установе су у прилици да искоришћавањем објављеног дела и давањем сагласности за његово искоришћавање остваре значајну добит и да ту добит уложе у друге активности. На тај начин ће се олакшати и унапредити обављање њихових основних делатности које су важне за културни развој друштвене заједнице. Зато се може рећи да, упркос одређеним недостацима, право првог издавача јесте значајно и вредно право које власницима примерака старих дела пружа прилику да зараде, а друштвеној заједници да обогати своју културну баштину.

## VI Закључак

Увођење права првог издавача је друштвено и економски оправдано, јер доприноси заштити општих интереса и интереса лица која издају или на други начин саопште јавности слободно дело које пре тога није било издато. Ипак, у теорији је изражено мишљење да је у одређеним случајевима пружање додатне заштите овим лицима непотребно и да је примена права првог издавача у таквим случајевима неоправдана.<sup>36</sup> Реч је о случајевима у којима није неопходно подстицати објављивање старих дела, јер трошкови објављивања дела нису високи, а могућност да конкуренти првог издавача искоришћавају дело је минимална.

Први издавач не мора увек да сноси све трошкове објављивања дела, јер често има финансијску подршку других лица и непрофитних установа (нпр. музеја, архива, универзитета) или су те установе оне које објављују дело и које није потребно подстицати, јер се залажу за што већу доступност дела јавности и за њихово слободно коришћење. Затим, конкуренти првог издавача некада носе исте трошкове као и први издавач, док први издавач не мора да сноси трошкове стицања примерка дела, јер наследници аутора или власници примерка могу да поклоне примерак дела или да без накнаде омогуће приступ делу. Истовремено, трошкови откривања и чувања дела могу бити умањени, јер лица која то раде не морају да траже накнаду за свој рад, а трошкови припремања дела за објављивање могу бити умањени због развоја технологије и коришћења интернета.

При томе, и сам издавач или лице које на други начин саопшти дело јавности може да спречи конкуренте да јефтино искоришћавају дело које је он већ објавио. Он може да објави својеврсну прераду слободног

35 Исто и Н. Simpson, D. Booton, *нав. чланак*, стр. 290.

36 Вид. А. R. Reese, *нав. чланак*, стр. 654.

дела и тако стекне ауторско право, због чега ће конкуренти морати да утврде изворни садржај дела, који није заштићен ауторским правом, јер само тај део могу слободно да користе. То ће увећати њихове трошкове, а издавачу прерађеног дела омогућити да за то време остварује добит. Први издавач ће бити у предности у односу на своје конкуренте и уколико пре њих задовољи потребе тржишта, а издавач који је нпр. власник старог рукописа неког познатог писца може прво да прода копије рукописа позоришним и филмским редитељима и продуцентима, па тек онда да изда дело. Спречавање конкурената да искоришћавају објављено дело могуће је и у случајевима када је за искоришћавање неопходан оригинални примерак дела. Први издавач тада може онемогућити приступ примерку дела или тражити високу накнаду за то.<sup>37</sup>

Иако сви наведени примери указују на то да је пружање заштите првом издавачу у одређеним случајевима непотребно, реч је о појединачним случајевима који не умањују значај права првог издавача. По правилу, потребно је пружити овакву заштиту да би се конкуренти првог издавача спречили да искоришћавају објављено дело, јер чим су примерци дела стављени на располагање другим лицима, израда додатних копија дела је за њих често јефтина.<sup>38</sup> То значи да су трошкови првог издавача ипак виши од од трошкова које у вези са објављивањем сноси његови конкуренти. Било би отуда лоше решење ускратити заштиту свим издавачима, а било би тешко пружити заштиту у појединачним случајевима. Зато се може закључити да је оправдано пружање заштите свим лицима која издају или на други начин саопште јавности слободно дело које до тада није било издато.

Да би се ублажиле негативне последице овакве заштите, право првог издавача се усваја као једно специјално, привремено право, јер ипак, заштита се пружа лицима која нису духовни ствараоци дела, и то обично привредним субјектима. Заштита им се пружа само у оној мери у којој је потребно да се подстакну да објаве дело и учине га доступним јавности. Због тога се може рећи да је право првог издавача прихваћено да би се на посредан начин заштитили општи интереси, јер се објављивањем слободних неиздатих дела унапређује духовно стваралаштво и увећава културно наслеђе друштвене заједнице. Остаје једино да се види да ли ће у пракси бити прилике да се право првог издавача примени и да ли ће оно остварити своју сврху, јер питање је колико ће слободних неиздатих дела бити откривено и да ли ће власници примерака тих дела заиста бити мотивисани да их објаве.

37 Више *ibid.*, стр. 654–659.

38 William M. Landes, Richard A. Posner, „An Economic Analysis of Copyright Law“, *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, бр. 2/1989, стр. 326.

**Mag. Ivana RAKIĆ**  
**Scholar of Ministry of Education and Science**  
**PhD Student, Faculty of Law University of Belgrade**

## **PUBLICATION RIGHT**

### **Summary**

*The article deals with the publication right which was introduced into Serbian law in 2004. It is a new related right which came from the Council Directive on harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights of 1993. The Serbian Law and Directive provide that any person who, after the expiry of copyright protection, for the first time lawfully publishes or lawfully communicates to the public a previously unpublished work, will benefit from a protection equivalent to the economic rights of the author. This means that publication right may only be acquired if the copyright in the work expired, if the work was previously unpublished and if a person lawfully publishes the work for the first time. The term of protection of publication right is 25 years from the time when the work was first lawfully published or lawfully communicated to the public.*

*The introduction of the publication right is important for the owners of the physical copies of the works, for the publishers and other persons who communicate the work to the public, because they are not stimulated to publish such works if they can not secure a copyright protection. It is an opportunity for private collectors, museums and galleries, although they need to be careful when allowing access to their collections, lest they lose the publication right. The introduction of the publication right is also in the public interest, because it encourages the greater dissemination of old unpublished works.*

**Key words:** *publication right, related rights, intellectual property.*

---

# СТРУЧНА МИШЉЕЊА

---

др *Мирослав ВРХОВШЕК*  
професор емеритус и научни саветник

## ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ И ПОРЕСКОЈ АДМИНИСТРАЦИЈИ

### Резиме

*Раг њред нама њредсѡавља насѡавак рага ѡореске секције са ѡрошлоодишњих сусреѡа удружења ѡравника у ѡривреди Србије усмерен на доношење шѡо бољих закона, ѡа ѡако и Закона о ѡореском ѡосѡујку и ѡореској админисѡрацији.*

*Овај раг, исѡовремено, доказује неѡсредни уѡицај научне мисли досѡѡнуѡе у ѡореској секцији на законодавца да изменама и дојунама дређеној закона, шѡо је и овде случај, ѡе мисли и оживоѡвори. Циљ измена и дојуна Закона о ѡореском ѡосѡујку и ѡореској админисѡрацији све од 2002. ѡодине, као дана њеѡвој доношења, ѡа до данас, оѡеда се у ѡовећању ефекѡивносѡи ѡримене ѡореској ѡосѡујка уз ѡуно ѡошѡовање законѡѡосѡи, маѡеријалне исѡине и начело саслушања сѡранке.*

*Како је овако ѡенерално ѡосѡављени циљ исѡуњен од сѡране законодавца најновијим изменама и дојунама Закона у ѡиѡању моћи ћемо да саѡедамо свеукујном њиховом анализом.*

**Кључне речи:** *облици јавних ѡрихода, ѡрава и обавезе ѡореских обвезника, ѡореска ѡријава, најлаѡа ѡореза, ѡорески ѡрекршаји.*

## I Разлози за измене и допуне ЗПППА

Народна скупштина Републике Србије је на седници одржаној 28. јула 2010. године, усвојила Предлог закона о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији (у даљем тексту: Закон), који је објављен у „Службеном гласнику РС“, бр. 53/2010, и ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у Сл. гласнику, тј. 5. августа 2010. године, с тим што се одредбе члана 12 и 15 примењују од 1. јануара 2011. године.

Овај закон усвојен је по хитном поступку ради неопходног усаглашавања са Законом о прекршајима („Сл. гласник РС“, бр. 101/05, 116/08 и 111/09) и Законом о уређењу судова („Сл. гласник РС“, бр. 116/08 и 104/09), сходно којима се још од 1. јануара 2010. године воде порескопрекршајни поступци (према ЗПППА то је било у надлежности Пореске управе).

Поред изнетог, било је неопходно да се прецизирају надлежности јединица локалне самоуправе у пореском поступку који те јединице воде ради утврђивања, наплате и контроле њихових изворних прихода а у складу са Законом о финансирању локалне самоуправе.

Осим поменутих, извршене су и друге битне измене и допуне, а најважније се односе на:

- 1) продужење рока за достављање измењене пореске пријаве на пет година;
- 2) редослед намирења пореских обавеза тако што се из уплаћених средстава прво намирује главна пореска обавеза, па камата и трошкови поступка – са применом од 1.1.2011. године;
- 3) увођење дужег рока за одлагање плаћања пореског дуга оним правним лицима над којима се спроводи реорганизација;
- 4) смањење висине каматне стопе на износ више или мање плаћеног пореског дуга – али од 1.1.2011. године;
- 5) увођење јединственог рока застарелости у трајању од пет година;
- 6) издавање потврде о резидентности које се преноси на организационе јединице Пореске управе;
- 7) увођење могућности изрицања заштитне мере забране вршења одређених делатности у трајању од шест месеци до три године, у одређеним случајевима и
- 8) остале измене које се тичу надлежности и организације пореске управе и јединица локалне самоуправе.



## II Анализа измена и допуна ЗПППА

Познато је да Закон о пореском поступку и пореској администрацији уређује порески поступак, односно поступак утврђивања, наплате и контроле јавних прихода на које се примењује, као и права и обавезе пореских обвезника, њихову регистрацију и пореска кривична дела и прекршаје. Управо због овако комплексне материје, извршене измене и допуне најлакше је сагледати пратећи њихов редослед, што ћемо и учинити у наставку излагања.

### 1. Облици јавних прихода

Изменом става 2 члана 2 прецизирано је да се ЗПППА примењује на споредна пореска давања, којим се сада сматра само камата по основу доспелог а неплаћеног пореза и трошкови поступка принудне наплате пореза. Наиме, прецизирањем норме избегнута је досадашња неусклађеност са Законом о прекршајима и Законом о уређењу суда, тако да је наплата новчаних казни у надлежности суда, а трошкови порескопрекршајног поступка нису трошак органа надлежног за наплату пореза, већ суда.

Измене и допуне члана 2а односе се на прецизирање и проширење права и обавеза надлежних органа јединица локалне самоуправе. Подсетимо се да је чланом 2а Закона о пореском поступку и пореској администрацији („Сл. 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 и 72/09-др. закон), прописано да надлежни органи јединица локалних самоуправа, код утврђивања, наплате и контроле пореза и споредних пореских давања које наплаћују, имају права и обавезе које по овом закону има и Пореска управа, осим права и обавеза која су у искључивој надлежности Пореске управе.

Извршеном допуном у ставу 2 прецизирано је да надлежни орган јединице локалне самоуправе има права и обавезе које има и Пореска управа и код подношења захтева за покретање прекршајног поступка за пореске прекршаје.

Органи јединица локалних самоуправа, за разлику од Пореске управе, немају овлашћење да спроводе:

- идентификацију и регистрацију пореских обвезника;
- процену пореске основице методом парификације и методом унакрсне процене;
- откривање пореских кривичних дела;

- решавање у другом степену у пореским стварима;
- остала права и обавезе Пореске управе садржане у одредбама члана 160 тач. 9, 116 и 12, члана 161, 164 и чл. 167–170 овог закона.

У овом таксативном навођењу, изменом у тачки 4, сада је прецизирано да ни Пореска управа нема право да решава у порескопрекршајним стварима, нити да пружа правну помоћ у пореским стварима.

Наиме, због неопходног усаглашавања са Законом о прекршајима („Сл. гласник РС“, бр. 101/05, 116/08 и 111/09) и Законом о уређењу судова („Сл. гласник РС“, бр. 116/08 и 104/09), надлежност за вођење порескопрекршајног поступка пренета је са Пореске управе на прекршајни суд (у првом степену), односно на Виши прекршајни суд (у другом степену), и то почев од 1. јануара 2010. године, што указује на кашњење у изменама Закона.

Новим чланом 26 ставом 1 прописано је да се одредбе ЗПППА којима су уређена овлашћења пореских инспектора и пореских извршитеља Пореске управе, односе и на овлашћења пореских инспектора јединице локалне самоуправе и пореских извршитеља јединице локалне самоуправе, у поступку утврђивања, наплате и контроле изворних прихода јединице локалне самоуправе на које се примењује ЗПППА.

Ставом 2 је прописано да се одредбе ЗПППА које уређују пренос права својине на покретним и непокретним стварима на Републику Србију у поступку принудне наплате јавних прихода који припадају буџету Републике Србије, сходно примењују и на пренос права својине на покретним и непокретним стварима на јединицу локалне самоуправе, такође у поступку принудне наплате изворних јавних прихода јединице локалне самоуправе.

Шта су изворни јавни приходи јединица локалне самоуправе регулисано је Законом о финансирању локалне самоуправе („Сл. гласник РС“, бр. 62/06). Према члану 2 став 1 тачка 1 овог закона, изворни приходи су приходи чију стопу, односно начин и мерила за утврђивање висине износа, утврђује јединица локалне самоуправе, при чему се законом може ограничити висина пореске стопе, односно утврдити највиши и најнижи износ накнаде, односно таксе, а који су то приходи прецизирано је чланом 6 овог закона.

## **2. Странке у пореском поступку**

Изменама члана 11. извршено је правно-техничко усаглашавање одредаба којима се уређује вођење пореског рачуноводства, па се пре-

цизира да се уместо „пореског књиговодства“ води пореско рачуноводство, а због усаглашавања са поменутиим законима прецизирано је да пореска управа не покреће и не води пореско-прекршајни поступак, већ само подноси захтев за његово покретање.

### 3. Права и обавезе пореских обвезника

Права и обавезе пореских обвезника регулисани су чл. 24 и 25 ЗПППА.

Члан 24 прописује која права, у складу са ЗПППА има порески обвезник. Извршеним изменама спроведена је техничка редакција у том смислу што је, као непотребно, брисано да права која обвезник остварује од пореске управе остварује и од пореског одељења јединица локалне самоуправе. Ово из разлога јер је чланом 2а прописано да надлежни органи јединица локалних самоуправа, код утврђивања, наплате и контроле пореза и споредних пореских давања које наплаћују, имају права и обавезе које по овом закону има и Пореска управа, осим права и обавеза која су у искључивој надлежности Пореске управе.

Члан 25 прописује које обавезе у складу са ЗПППА има порески обвезник. Изменом у тачки 1 је прописано да обавезу подношења пријаве за регистрацију Пореској управи имају само резидентна правна лица и резидентни предузетници за чију регистрацију, односно упис у регистар, није надлежна Агенција за привредне регистре.

Обавезу пријаве промене података по извршеном упису у регистар пореских обвезника поред ових обвезника имају и обвезници који се уписују у регистар преко Агенције за привредне регистре, ако се ради о промени података који се не евидентирају код Агенције.

Наиме, према одредбама става 13 члана 27 ЗПППА, ако порески обвезник не пријави све касније измене података у пријави за регистрацију, односно не поднесе документацију и не пружи информације које захтева Пореска управа у року од пет дана од дана настанка измене података, односно од дана пријема захтева за достављање документације и информација, Пореска управа решењем одузима пореском обвезнику додељени ПИБ до испуњења обавезе из члана 25 тач. 1 и 3 овог закона, а примерак решења доставља банци и организацији надлежној за принудну наплату из новчаних средстава на рачуну обвезника.

Правилником о пореском идентификационом броју („Сл. гласник РС“, бр. 68/03, 32/09 и 48/2010), чланом 6 прописано је да податке о променама регистрованим након регистрације оснивања привредних субјеката у регистар Агенције, као и податке о брисању привредних субјеката из регистра Агенције, Агенција доставља Пореској управи

у електронској или писаној форми, најкасније у року од 48 часова од регистрације.

Промене података које нису предмет регистрације у Агенцији порески обвезник је дужан да пријави Пореској управи у року од пет радних дана од дана настанка промене. Настале промене обвезник подноси на Обрасцу ППР-1 – Пријава за промену-допуну података о регистрацији правног лица и пословних јединица, Обрасцу ППР-2 – Пријава за промену-допуну података о регистрацији предузетника и Обрасцу ППР-3 – Пријава за промену-допуну података о регистрацији физичког лица нерезидента.

#### **4. Идентификација и регистрација пореских обвезника**

Измене члана 28 – Место и време регистрације пореских обвезника прописано је одредбама члана 28 ЗПППА. Извршеним изменама овог члана, прецизирано је да резидентно правно лице за чију регистрацију, односно упис у регистар, није надлежна Агенција за привредне регистре као и државни орган и организација, орган и организација територијалне аутономије или локалне самоуправе, без својства правног лица, подносе пријаву за регистрацију пореској управи према месту седишта. Када је у питању предузетник за чију регистрацију такође није надлежна Агенција, подноси пријаву за регистрацију пореској управи надлежној према седишту радње. Прецизирано је да се правна лица која су сврстана у велике пореске обвезнике воде у регистру организационе јединице пореске управе надлежне за велике пореске обвезнике.

Изменом је створена основа за промену критеријума за одређивање великих пореских обвезника. Доношењем новог Правилника о критеријумима за одређивање великих пореских обвезника и о врстама јавних прихода за које је надлежан Центар за велике пореске обвезнике („Сл. гласник РС“, бр. 43/2010) који је већ ступио на снагу, измењени су и критеријуми по којима Пореска управа утврђује својство великог пореског обвезника. По раније важећем правилнику, основни критеријум је био обим пореских обавеза.

#### **5. Пореска пријава**

Чланом 40 ЗПППА прописана је могућност подношења измењене пореске пријаве у случају када порески обвезник установи да пореска пријава, коју је раније поднео Пореској управи, садржи грешку или пропуст. При томе, а што је битно за пореског обвезника, ако у року утврђеном овим чланом, обвезник достави измењену пореску пријаву, сматраће се да грешком или пропустом у првобитној пореској пријави није учињено кривично дело или прекршај из ЗПППА.

Према извршеној измени овог члана, порески обвезник има могућност да измењену пореску пријаву поднесе одмах а најкасније до истека рока застарелости који, сагласно сада извршеној измени члана 114 ЗПППА, износи *йей* година.

Истовремено је извршеном изменом става 3 прописано да измењену пореску пријаву за исти порески период, обвезник може да поднесе највише *два* пута (према старом решењу – једном и то у року од 12 месеци).

Према прелазној одредби (члан 47 Закона), порески обвезници који установе да пореска пријава која је поднета до дана ступања на снагу овог закона (5. август 2010), садржи грешку или пропуст, измењену пореску пријаву подносе према раније важећим одредбама члана 40 ЗПППА, што значи да је за исти порески период могу поднети само једном и то у року од 12 месеци од дана подношења првобитне пореске пријаве.

Практично, ако узмемо за пример ПППДВ пријаву, као пријаву коју обвезници најчешће мењају, уколико ову пријаву за месец јул 2010. г. доставе до 5. августа 2010. године, измењену ће моћи да доставе до тог датума 2011. године, и то само једном. Али, уколико је доставе 15. августа 2010. могу је изменити два пута и то у периоду од наредних пет година, тј. до 15. августа 2015. године.

Да подсетимо да су остале неизмењене одредбе члана 40 ЗПППА које прописују да порески обвезник не може поднети измењену пореску пријаву после покретања поступка пореске контроле за контролисани порески период, и да се измењена пореска пријава не може послати електронским путем (чак ни велики порески обвезници).

## **6. Наплата пореза**

### *а) Наплаћа новчане казне*

Изменом члана 65 ЗПППА, брисањем става 2 који је прописивао рок доспелости наплате новчане казне, извршено је неопходно усаглашавање са Законом о прекршајима и Законом о уређењу судова, обзиром да је изменом члана 2 ЗПППА прецизирано да је наплата новчаних казни у надлежности суда, а трошкови порескопрекршајног поступка нису трошак органа надлежног за наплату пореза, већ суда.

### *б) Редослед намирења пореских обавеза – од 1.1.2011. г.*

Чланом 70 ЗПППА прописан је редослед намирења пореских обавеза. Извршена измена овог члана битна је за пореске обвезнике

јер мења редослед намирења доспелих пореза и споредних пореских давања. Наиме, новим решењем је прописано да се уплаћени износ дуга распоређује:

- прво на главну пореску обавезу,
- затим на камату,
- па на трошкове поступка.

Овом изменом, која се примењује од 1.1.2011. године, смањиће се трошкови неблаговременог измиривања доспелих пореских обавеза. Овакав приступ (намирење главног пореског дуга па камате), заступљен је у већини земаља ЕУ.

У прелазним одредбама, чланом 49. овог закона, прописано је да се распоред уплаћеног износа по основу доспелих пореза и споредних пореских давања до 31. децембра 2010. године, врши применом одредбе члана 70 став 2 ЗПППА („Сл. 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 и 72/09-др. закон), што значи да се прво намирују трошкови наплате, казна, камата, па износ главне пореске обавезе.

#### *в) Одлагање плаћања пореског дуга*

Члан 73 ЗПППА дефинише начин и поступак одлагања плаћања пореског дуга. Допуном става 1 прецизирано је да Пореска управа може, на писмени и образложени захтев пореског обвезника, у целисти или делимично, одложити плаћање пореског дуга, под условом да плаћање пореског дуга на дан доспелости за пореског обвезника представља непримерено велико оптерећење и наноси битну економско штету.

Уредбом о ближим условима за одлагање плаћања пореског дуга („Сл. гласник РС“, бр. 53/03, 61/04 и 71/05) коју је донела Влада у складу са ставом 2 овог члана ЗПППА, прописано је да плаћање дуга Пореска управа може да одложи пореском обвезнику ако дуг износи најмање, и то за:

- физичко лице – 10% од опорезивих прихода у години која претходи години у којој је поднет захтев за одлагање;
- предузетника и мало правно лице – 5% од укупног годишњег прихода исказаног у последњем финансијском извештају, односно годишњег паушалног прихода;
- средња и велика правна лица – 5% од обртних средстава исказаних у последњем финансијском извештају.

Извршеном изменом става 3 члана 73 ЗПППА, поред тога што је прецизније дефинисано да о одлагању плаћања пореског дуга, по

испуњењу услова одлучује министар или лице које он овласти, и то на основу писменог предлога руководиоца организационе јединице Пореске управе према главном месту пословања, односно месту пребивалишта пореског обвезника, прописано је да, када су у питању изворни јавни приходи јединица локалне самоуправе, одлуку доноси градоначелник, односно председник општине, односно лице које он овласти. Дакле, орган јединице локалне самоуправе надлежан је за одлучивање по захтеву пореског обвезника за одлагање плаћања пореског дуга по основу изворних прихода јединица локалне самоуправе.

Одлуком се може одобрити једнократно одлагање или плаћање пореског дуга на рате, али најдуже до 12 месеци.

Новим чланом 74а уведен је дужи рока за одлагање плаћања пореског дуга оним правним лицима над којима се спроводи реорганизација, у циљу стварања услова за наставак њиховог пословања и спречавање губитка запослења у њима.

Наиме, у циљу спречавање престанка обављања делатности у правним лицима над којима се спроводи реорганизација, плаћање пореског дуга тим лицима може се одобрити у дужим роковима од рокова у односу на право које имају сви други обвезници (који испуњавају прописане услове). За ове обвезнике одлагање плаћања дуга могуће је у једнаким ратама до 60 месеци, уз могућност коришћења одложеног плаћања за првих 12 месеци.

Истовремено, одлагањем плаћања дуга прекида се и застарелост права на његову наплату, а време за које је одлагање извршено не урачунава се у рок застарелости.

Као и код других обвезника, о одлагању плаћања пореског дуга одлучује лице из члана 73 став 3 ЗПППА.

У прелазним одредбама овог закона, чланом 48. прописано је да се пореском обвезнику над којим се спроводи реорганизација у складу са законом којим се уређује стечај, а коме је већ одобрено одлагање плаћање пореског дуга у складу са одредбама члана 73 ЗПППА („Сл. 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 и 72/09-др. закон), може такође одобрити додатно одлагање плаћања пореског дуга, под условом да поднесе захтев за одлагање у складу са чланом 74а, и то пре истека периода на који му је плаћање дуга већ одложено. Ово „додатно“ одлагање дуга, укупно са периодом на који је обвезнику плаћање већ одложено, може да биде најдуже до 60 месеци.

Камата се и овим обвезницима обрачунава за време док траје одлагање.

## 7. Камата

Чланом 75 ЗПППА прописана је висина камате и начин обрачунавања исте на износ мање или више плаћеног пореза и споредних пореских давања. До 31. децембра 2010. године, камата ће се обрачунавати као и до сада, тј. по стопи једнакој годишњој есконтној стопи централне емисионе банке увећаној за 15 процентних поена, применом конформне методе обрачуна, како је и прописано ставом 2 члана 49 овог закона – прелазне одредбе.

Извршеном изменом овог члана, смањена је висина каматне стопе, односно иста се добија увећањем годишње референтне стопе за десет процентних поена. На овај начин „оптерећење“ пореских обвезника који су у доцњи са измирењем пореске обавезе биће примереније него што је сада. Нов начин обрачунавања камате, односно нова стопа примењује се почев од 1. јануара 2011. године.

Када је порески дуг одложен у складу са чл. 73 и 74а, према одредби члана 76 камата се обрачунава по истој стопи и за време док траје одлагање, односно обустава.

## 8. Принудна наплата пореза

Чланом 83 ЗПППА прописан је износ и поступак наплате трошкова поступка принудне наплате пореза и трошкова порескопрекршајног поступка. Међутим, због већ објашњеног неопходног усаглашавања ЗПППА са Законом о прекршајима и Законом о уређењу судова, из члана 83 брисане су одредбе којима је било прописано да трошкове порескопрекршајног поступка одређује Пореска управа у висини од 5% од износа изречене новчане казне, а најмање у износу од 500 динара, као и да трошкови порескопрекршајног поступка падају на терет лица које је оглашено одговорним за прекршај.

Према члану 130 Закона о прекршајима, трошкови прекршајног поступка су издаци учињени поводом прекршајног поступка од његовог покретања до завршетка, и то: трошкови за сведоке, вештаке и тумаче; трошкови увиђаја; подвозни трошкови окривљеног; издаци за довођење окривљеног; подвозни и путни трошкови службених лица; нужни издаци оштећеног односно његовог законског заступника и награда и нужни издаци његовог пуномоћника; награда и нужни издаци браниоца; трошкови превођења, и паушални износи.

Чланом 104 ЗПППА прописан је поступак продаје покретних ствари а чланом 110 поступак продаја непокретности непосредном погодбом, а у циљу реализације принудне наплате пореског дуга. Изврше-



ним изменама и допунама наведених чланова прецизирано је и прописано да у случају када продаја заплених покретних ствари, односно непокретности није успела у складу са овим члановима, ствари и непокретности се преносе у својину Републике решењем Пореске управе, односно у својину јединице локалне самоуправе решењем надлежног органа јединице локалне самоуправе.

Непокретности и покретне ствари, које су правоснажним решењем пренете у својину Републике, Републичка дирекција за имовину Републике Србије преузима у државину у року од 30 дана од дана доношења решења, као орган надлежан за евиденцију непокретности и покретних ствари у државној својини. При томе, начин и поступак са стварима и непокретностима треба да се уреди актом Владе, чије се доношење, сходно члану 51 овог закона, очекује у року од 90 дана од дана ступања на снагу овог закона.

Прелазним одредбама овог закона, чланом 50 прописано је да у случају када је решење Пореске управе којим се у својину Републике Србије преносе непокретности, односно покретне ствари, из члана 104 став 18 и члана 110 став 5 ЗПППА („Сл. 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 и 72/09-др. закон), постало правоснажно до дана ступања на снагу овог закона, односно до дана почетка примене прописа који треба да донесе Влада, орган надлежан за евиденцију непокретности и покретних ствари у државној својини (Републичка дирекција за имовину Републике Србије) дужан је да, у складу са тим прописима, у року од 30 дана од дана почетка њихове примене, те непокретности и покретне ствари преузме у државину.

Новчаном казном од 5.000 динара до 50.000 динара казниће се за прекршај одговорно лице у Републичкој дирекцији за имовину Републике Србије, ако у наведеном року не преузме у државину непокретности и покретне ствари.

## **9. Остали облици престанка пореског дуга**

Извршеним изменама и допунама чл. 114–114г ЗПППА, уведен је јединствен рок застарелости у трајању од пет година за утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања, за остваривање права пореског обвезника на повраћај, рефакцију, намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза и на повраћај споредних пореских давања. Дакле, измењеним чланом 114 прописано је да право Пореске управе на утврђивање и наплату пореза и споредних пореских давања застарева за пет година од дана када је застарелост по-

чела да тече. Застарелост почиње да тече од првог дана наредне године од године у којој је требало утврдити порез и споредно пореско давање, односно у којој је обавеза пореског дужника доспела за плаћање. Исти рок застарелости, сходно члану 114а, прописан је за право пореског обвезника на повраћај и рефакцију, као и намирење доспелих обавеза по другом основу путем прекњижавања пореза и повраћај споредних пореских давања .

Обзиром да је чланом 114 сада прописана и застарелост права Пореске управе на наплату пореза и споредних пореских давања, новим насловом „Застарелост покретања и вођења прекршајног поступка за пореске прекршаје“ и измењеним чланом 114б прописано је да се прекршајни поступак не може покренути ако протекне пет година од дана када је прекршај учињен.

На питања застарелости која нису уређена овим законом примењују се одредбе закона којим се уређује прекршајни поступак.

Увођење овог рока је у складу са одредбом члана 76 став 5 Закона о прекршајима, којим је прописана могућност да се, изузетно од рока застарелости прописаног тим законом, између осталог, за прекршаје у области јавних прихода и финансија, може посебним законом прописати дужи рок застарелости гоњења (од рока који према том закону износи једну годину од дана када је прекршај учињен). Према томе, а у складу са овим предлогом, у року од пет година застарева и право на вођење прекршајног поступка за пореске прекршаје. Овом изменом, као непотребни, брисани су чланови 114в и 114г, који су дефинисали застарелост покретања и вођења порескопрекршајног поступка.

Чланом 115 прописана је могућност отписа пореза и споредних пореских давања. Поред већ постојећег решења по коме Влада може, на предлог министра, а поводом иницијативе министра надлежног за послове економије и регионалног развоја, да донесе одлуку о делимичном или потпуном отпису пореза и споредних пореских давања пореског обвезника који се продаје у поступку приватизације, односно који је у поступку реструктурирања, ново решење је да пореском обвезнику код којег је промењена власничка структура по основу преузетих уговорних обавеза од стране Републике, могућ је отпис пореза и споредних пореских давања, на основу одлуке Владе. Ово из разлога што су инвестициони пројекти од стратешког значаја за Републику Србију, при чему се страним улагањима битно доприноси развоју неке од привредних грана.

Члан 115а је брисан јер је усклађивањем са Законом о прекршајима и Законом о уређењу судова, подношење захтева за покретање порескопрекршајног поступка у поступку наплате у надлежности судова. Из истих разлога брисан је и члан 134а, јер је регулисао подношење захтева за покретање порескопрекршајног поступка у поступку пореске контроле.

## 10. Правна помоћ у пореским стварима

Чланом 159а прописано је да за потребе избегавања двоструког опорезивања, статус резидента државе са којом је закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања нерезидент доказује код исплатиоца прихода – резидента, потврдом о резидентности овереном од надлежног органа друге државе уговорнице чији је резидент и то на посебном обрасцу, док статус резидента Републике Србије, код иностраног исплатиоца прихода, резидент доказује потврдом на посебном обрасцу, осим у случајевима када се статус резидента доказује потврдом на обрасцу који прописује надлежни орган државе са којом је закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања.

Извршеном изменом и допуном овог члана, поступак и начин издавања потврда уређује се актом министра надлежног за послове финансија, а потврду о резидентности издају организационе јединице Пореске управе надлежне према месту седишта, односно пребивалишта, односно боравишта, подносиоца захтева (уместо Сектора за фискални систем у Министарству финансија). На овај начин олакшава се поступак и смањују трошкови обвезника. Подсећамо да је потврда о резидентности прописана Правилником о обрасцу потврде о резидентности („Сл. гласник РС“, бр. 86/09 и 91/09 (испр.)), о чему смо детаљно писали у Ревизору финансијском бр. 28/2009.

Новим чланом 159б прописана је обавеза за Пореску управу и друге државне органе и организације, да у року од 30 дана од дана пријема захтева, јединици локалне самоуправе, без накнаде, достављају податке до којих су дошли вршећи послове из своје надлежности, а који су од значаја за обављање послова из њихове надлежности. Иста обавеза већ је установљена за државне органе и организације органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, да Пореској управи достављају расположиве податке од значаја за утврђивање пореске обавезе, тако да је сада установљена размена података. При томе, уводи се ослобођење за јединице локалне самоуправе од плаћања такси, накнада и других трошкова – за радње и услуге које им у пореском поступку пружају државни и други органи и организације.

## 11. Надлежност и организација Пореске управе

Чланом 160 ЗПППА прописане су надлежности Пореске управе, односно она:

- 1) врши регистрацију пореских обвезника додељивањем ПИБ и води јединствен регистар пореских обвезника;

- 2) врши утврђивање пореза у складу са законом;
- 3) врши пореску контролу у складу са законом;
- 4) врши редовну и принудну наплату пореза и споредних пореских давања;
- 5) открива пореска кривчна дела и њихове извршиоце и у вези са тим предузима законом прописане мере;
- 6) подноси захтеве за покретање прекршајног поступка за пореске прекршаје;
- 7) одлучује о жалбама изјављеним против решење донетих у пореском поступку од стране организованих јединица Пореске управе;
- 7а) одлучује о жалбама изјављеним против решења донетих у пореском поступку од стране надлежних органа јединица локалне самоуправе;
- 8) стара се о примени међународних уговора о избегавању двоструког опорезивања;
- 9) развија и одржава јединствени порески информациони систем;
- 10) води пореско рачуноводство;
- 11) планира и спроводи обуку запослених;
- 11а) врши надзор над применом закона и других прописа од стране њених организационих јединица и по извршеном надзору предузима мере у складу са законом којим је уређен општи управни поступак;
- 11б) врши унутрашњу контролу рада и понашања пореских службеника и намештеника у вези са радом и у случајевима када се утврди противправно поступање или понашање покреће и води одговарајуће поступке ради утврђивања одговорности;
- 11в) обавља интерну ревизију свих организационих делова Пореске управе у складу са законом и међународним стандардима интерне ревизије у јавном сектору;
- 12) пружа стручну помоћ пореским обвезницима у примени пореских прописа, у складу са кодексом понашања запослених у Пореској управи;
- 13) обезбеђује јавност у раду;
- 14) обавља друге послове у складу са законом;
- 15) обавља и друге послове на основу закључених уговора уз накнаду, у складу са законом.

Као што се види из цитираног члана, извршене су измене ради усаглашавања са Законом о прекршајима, па је надлежност за вођење порескопрекршајног поступка пренета са Пореске управе на прекршајне судове, на тај начин што Пореска управа, не покреће и не води поступак, већ подноси захтеве за његово покретање и вођење, када постоји основана сумња да је учињен прекршај.

Допуна надлежности Пореске управе утврђена је тачком 11в као и тачком 15 којом јој је дато овлашћење да може обављати и друге послове на основу закључених уговора уз накнаду, у складу са законом (на пример, по захтевима за процену тржишне вредности непокретности за сврхе за које Пореска управа нема законом прописане надлежности, као што су захтеви за процену тржишне вредности непокретности за сврху формирања грађевинске парцеле, за потребе давања земљишта у закуп непосредном погодбом у поступцима легализације и сл.).

Допуном члана 162 ЗПППА прописано је да изглед службених легитимација инспектора и извршитеља у органу јединице локалне самоуправе уређује надлежни орган јединице локалне самоуправе, уз сагласност министра надлежног за послове управе.

Изменом члана 163 ЗПППА прецизирано је да Пореска управа води пореско рачуноводство, а садржину, поступак и начин вођења тог рачуноводства ближе уређује министар, на предлог Пореске управе. Дакле, очекује се доношење овог акта у року од 90 дана од дана ступања на снагу овог закона. Исправа издата на основу података из пореског рачуноводства сматра се јавном исправом.

Измене чл. 165 и 170 ЗПППА извршене су због неопходног усаглашавања ЗПППА са Законом о прекршајима, тако да поступак за изрицање новчаних казни и заштитних мера за пореске прекршаје више није у надлежности пореске управе.

## 12. Порески прекршаји

Изменама чл. 177 до 181 ЗПППА извршено је усаглашавање минималног износа новчаних казни са Законом о прекршајима и правно-техничко усаглашавање одредаба Закона.

Новим чл. 182а и 182б ЗПППА прописано је изрицања заштитне мере забране вршења одређених делатности у трајању од шест месеци до три године и то за обвезнике који учине одређену врсту истог пореског прекршаја у року од две године од дана правоснажности осуђујуће пресуде за исту врсту пореског прекршаја.

Наиме, ако порески обвезник у року од две године од дана правоснажности осуђујуће пресуде за прекршај из члана 177 ст. 1 и 5 (не под-

несе пореску пријаву прописану пореским законом, не обрачуна и не плати порез у законом прописаном року; не поднесе пореску пријаву, а обрачуна али не плати порез у законом прописаном року; поднесе пореску пријаву, а обрачуна али не плати порез; не поднесе пореску пријаву али обрачуна и плати порез у законом прописаном року; не поднесе пореску пријаву прописану пореским законом у случајевима када је законом прописано да се не спроводи самоопорезивање) учини исти прекршај, може му се, уз новчану казну, изрећи и заштитна мера забране вршења одређених делатности у трајању од шест месеци до три године.

Такође, према члану 182б, неће се подносити захтев за покретање прекршајног поступка, нити ће се изрећи казна за прекршај лицу, уколико плати порески дуг са припадајућом каматом обрачунатом у складу сав чланом 75 ст. 1 и 2 ЗПППА, код самоиницијативног пријављивања одређених врста пореских прекршаја, под условом да то изврши пре предузимања било које радње пореског органа, односно пре отпочињања пореске контроле или подношења захтева за покретање прекршајног поступка.

Ради се о плаћању пореског дуга на изложен начин, за већ поменути прекршаје из чл. 177, као и за прекршаје из 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.

Прекршаји из члана 179 ЗПППА су:

- ако правно лице не поднесу електронску пореску пријаву у смислу члана 38 став 10 ЗПППА;
- ако правно лице или предузетник не поднесу у прописаним случајевима, односно у прописаним роковима, збирну пореску пријаву, појединачну пореску пријаву и информативну пореску пријаву, или у њој наведе нетачне податке (чл. 41 и 42) ЗПППА.

Прекршаји из члана 180 ЗПППА су:

- ако физичка лица приликом подношења пореске пријаве или другог прописаног акта на прописаном месту не унесу свој ПИБ (члан 26 став 4);
- ако физичка лица пореској управи не поднесу, или не поднесу у законском или додатном року пореску пријаву, или ако је поднесу непотписану, или у пријаву унесу нетачне податке, а не исправе их у прописаном року, или је поднесу без потребне документације и доказа од значаја за утврђивање пореза (члан 25 тачка 2, члан 38 ст. 2, 3 и 5 и члан 40 став 1).

### III Закључна разматрања

Основни разлог за доношење овог закона, односно циљ који се Законом жели постићи, је потреба његовог усаглашавања са Законом о прекршајима и Законом о уређењу судова, према којима је надлежност за вођење порескопрекршајног поступка пренета са Пореске управе на прекршајни суд (у првом степену), односно на Виши прекршајни суд (у другом степену).

Разлог за доношење овог закона је и прецизирање надлежности јединица локалне самоуправе у пореском поступку који, у складу са Законом о финансирању локалне самоуправе, те јединице воде ради утврђивања, наплате и контроле њихових изворних прихода. Наиме, у складу са чланом 2а Закона о пореском поступку и пореској администрацији, надлежни органи јединица локалних самоуправа, код утврђивања, наплате и контроле пореза и споредних пореских давања које наплаћују, имају права и обавезе које по овом закону има и Пореска управа, осим права и обавеза која су у искључивој надлежности Пореске управе (на пример, идентификација и регистрација пореских обвезника, процена пореске основице методом парификације и методом унакрсне процене, откривање пореских кривичних дела...). С тим у вези, конкретизују се надлежности јединица локалне самоуправе, чиме се даје допринос правној сигурности.

Утврђено је да се уплаћени износ распоређује на износ главне пореске обавезе, а потом на камату и на трошкове поступка, као и да се смањи висина каматне стопе на износ више или мање плаћеног пореског дуга (уместо каматне стопе која се добија увећањем годишње есконтне стопе централне банке за 15 процентних поена, предлаже се да се каматна стопа добија увећањем годишње референтне стопе за десет процентних поена), ради примеренијег оптерећења пореских обвезника који су у доцњи са измирењем обавезе.

Наведени су дужи рокови за одлагање плаћања пореског дуга правним лицима над којима се спроводи реорганизација, у циљу стварања услова за наставак њиховог пословања и спречавање губитка запослења у њима.

У циљу подстицања финансијске дисциплине, уведена је могућност изрицања заштитне мере забране вршења одређених делатности у трајању од шест месеци до три године – за обвезнике који учине одређену врсту истог пореског прекршаја у року од две године од дана правоснажности осуђујуће пресуде за исту врсту пореског прекршаја. Такође, код самоиницијативног пријављивања одређених врста пореских прекршаја од стране лица које их је учинило уз плаћање дугованог износа поре-

за увећаног за прописану камату, извршено пре предузимања било које радње пореског органа, односно пре отпочињања пореске контроле или подношења захтева за покретање прекршајног поступка, неће се подносити захтев за покретање прекршајног поступка, нити изрећи казна за прекршај том лицу.

Ради постизања што веће доследности у примени Закона, извршено је прецизирање појединих законских решења и, с тим у вези, правно-техничко усаглашавање одговарајућих одредаба Закона, чиме се омогућава да се одредбе овог закона примењују са што мање тумачења.

Општи закључак је да се ради о добро и адекватно извршеним изменама и допунама Закона о пореском систему и пореској администрацији, са напоменом да ће законодавац и *de lege ferenda* бити у прилици да се код измена и допуна целокупног пореског система користи научним достигнућима оствареним у пореској секцији удружања правника у привреди Србије.



**Сшојан ЈОКИЋ**  
судија Врховног касационог суда

## **ПРАВО ПРИВРЕДНОГ СУБЈЕКТА И ПРАВНОГ ЛИЦА НА НАКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ**

### **I Уводне напомене**

У судској пракси судова опште надлежности све учесталије се сусрећемо са парницама покренутим тужбама физичких лица, за накнаду нематеријалне штете настале због повреде зајемчених права прописаних у члану 32 Устава Републике Србије. Та зајемчена права су право на правично суђење и суђење у разумном року.

Бројне су дилеме пред судовима опште надлежности у парницама за накнаду нематеријалне штете због повреде зајемчених права (права на правично суђење и суђење у разумном року). Постојеће дилеме утврдио сам анализом одлука које су ми судови опште надлежности доставили за потребе писања тематског рада: „Право на накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року.“ Основне дилеме и спорности тичу се у првом реду спорности правног пута за остварење права на ову штету, правног основа досуђења, непосредне примене Конвенције о људским правима (Конвенције), преурађености тужбених захтева, процесне дозвољености тужбе итд. Поменуте дилеме и спорности резултиране су неуједначеном судском праксом у идентичним и сличним чињеничним ситуацијама што резултира правном несигурношћу.

Тих дилема нема пред привредним судовима јер они (према подацима са којима располажем), до сада нису судили у парницама за накнаду нематеријалне штете због повреде права на правично суђење и суђење у разумном року. Све учесталији су и захтеви да се и привредним субјектима из члана 25 став 1 тачка 1 Закона о уређењу судова<sup>1</sup>

1 Службени гласник РС, бр. 116/2006; 104/2009; 101/2010 и 31/2011.

(домаћа и страна привредна друштва, предузећа, задруге, предузетници и њихове асоцијације (привредни субјекти)), утврди и исплати правична накнада на име повреде права на правично суђење и суђење у разумном року. Зато је за очекивати је да ће се ти спорови појавити и пред привредним судовима, независно од спорности њихове стварне надлежности за суђење у тим споровима. Ако се прихвати стварна надлежност, онда ће и привредни судови бити суочени са указаним дилемама и спорностима. Зато сам се одлучио да у тематском раду укажем на њих и покушам да понудим решења којима се дилеме и спорности разрешавају.

У судској пракси српских судова обзиром на постојећу законску непрописаност права правног лица и привредног субјекта на накнаду нематеријалне штете спорно је остварење права на ту штету. Покушао сам да у тематском раду укажем и на те дилеме и спорности и понудим по мојој оцени прихватљива и аргументована решења.

## II О праву на правично суђење

Право на правично суђење гарантује Конвенција о људским правима (Конвенција). Наша земља ратификовала је Конвенцију 26. децембра 2003. године, а ратификација је ступила на правну снагу 3. марта 2004. године.

Право на правично суђење гарантовано чланом 6 став 1 Конвенције је од основног значаја у сваком демократском друштву и у систему Конвенције има најзначајније место. Подносиоци представки Европском суду за људска права се најчешће позивају на кршење члана 6 став 1 Конвенције.

Свако има право на правично суђење. То право припада свим људима без разлике, и свака држава па и наша их мора поштовати. То је једно од основних људских права, па су државе потписнице Конвенције у обавези да то право заиста и заживи и у судској пракси буде и осигурано.

Оно представља и животни значај на људско право. Концепт правичног суђења захтева да се проводи расправни поступак у коме странке имају право да знају и да износе своје коментаре на супротна мишљења и доказе које у поступку прилаже противник. Код оцене да ли је поступак у целини био правичан, узима се у обзир како и на који начин су провођени докази те да ли је странки омогућено да се изјашњава на доказе проведене у поступку и оспорава их по потреби у току суђења.

Право на правично суђење подразумева следеће.

## 1. Право на једнакост пред законом

Људи имају право на једнакост пред законом. Право на једнакост пред законом подразумева да закони не смеју да буду дискриминишући и да судије не смеју да поступају на дискриминаторни начин у примени закона. Једнака заштита пред законом забрањује дискриминацију у праву или у пракси на било ком пољу које регулишу и штите представници власти. То право је иначе гарантовано чланом 7 Универзалне декларације.

## 2. Право на приступ суду

Право на приступ суду подразумева да свако има право да се обрати суду за решавање одређеног захтева о коме стварно надлежни суд мора да одлучује. Право на приступ суду зарад решавања одређеног захтева има *свако* и зато то треба посматрати у најширем смислу те речи.

## 3. Начело равноправности

Начело равноправности подразумева да свака странка у судском поступку треба да има иста процесна и материјална права и да њен противник у том поступку не сме бити фаворизован ни у ком смислу. То подразумева право на одбрану којом се даје право и могућност странки у поступку да се у својим аргументима супротстави захтевима противника и оспори његове аргументе. Начело равноправности повређује се и у процесној ситуацији у којој је странци онемогућено да се изјасни на писмени поднесак противника на који начин јој се онемогућује и да расправља пред судом. Свакоме се у судском поступку мора омогућити да расправља пред судом, јер само то подразумева процесну једнакост странака.

## 4. Независни и непристрасни суд установљен законом

Под независношћу суда подразумева се да он мора бити независан како од странака тако и од извршне власти.

Начело поделе власти подразумева независност и непристрасност суда. Припадници извршне власти не би смели да коментаришу судске одлуке на начин како се то понекад чини приговарањем суду да је погрешно применио закон доношењем од извршне власти оспораване судске одлуке. Држава не би смела да се меша у исход судског поступка, јер само то подразумева остварење начела независности суда и следом тога гаранцију права на правично суђење.

Судија у суђењу мора бити независан. Судијска независност је гарантована законом. Законом гарантована независност се и поштује.

## 5. Јавност суђења

Јавност суђења мора бити заступљена у најширем смислу изузев када је посебном законском нормом та јавност искључена. Путем јавности суђења постиже се и очување поверења у правосуђе.

Под јавношћу суђења подразумева се право странке да буде присутна на суду, дакле учествује у судском поступку и право да на суђењу присуствује јавност укључујући ту и штампане и електронске медије.

## III О суђењу у разумном року

Поступајући српски судови имају обавезу да започете судске поступке окончају у разумном року. Та обавеза постоји и за привредне судове који су у обавези да у разумном року окончају судеће предмете из своје стварне надлежности. Одмах се намеће и питање шта подразумева правни стандард разумног рока. Који су то његови атрибути? Чиме је дефинисан и ближе одређен? Које су му временске границе?

Правни стандард разумног рока није непроменљива константа са јасно одређеном дефиницијом која је применљива на сваки судећи предмет. То даље подразумева да се разуман рок суђења утврђује у сваком конкретном судећем предмету. Поменути правни стандард има правну природу „каучук“ стандарда. Растегљив је и утврђује се на основу опште прихваћена четири критеријума а они су:

### 1. Сложеност предмета

Сложеност судског поступка може бити резултирана бројним чињеницама, а оне су:

- непостојање или недовољно јасно прописане позитивне норме под које би се могао подвести захтев странке за признање и досуђење утуженог права;
- постављање више захтева из истог чињеничног и правног основа, било као алтернативни, било као евентуални, за које често нису испуњени ни процесни ни материјални услови за мериторно одлучивање;
- одбрана туженог заснована на злоупотреби процесних права, приговору ради пребијања, постављању противтужбеног захте-

- ва са тражењем утврђења права или чинидбе, које евентуално усвајање је резултирано одбијањем тужбеног захтева;
- број учесника – странака у судском поступку;
  - усложнено и тешко утврдиво чињенично стање на које утиче и старост догађаја (утврђење чињеница битних за пресуђење које су се давно дешавале);
  - сложено и нетипично вештачење;
  - смрт странке – странака у спору и следом тога процесно-правне претпоставке за настављање судског поступка;
  - статусне промене правних лица (подела, спајање и слично);
  - бројни докази које је неопходно провести зарад утврђивања чињеница битних за пресуђење.

## **2. Понашање и поступање странке у судском поступку у коме јој је повређено право**

Понашање странке у судском поступку у коме јој је према њеној тврдњи повређено право може утицати на дужину трајања судског поступка, па се и у зависности од тог поступања оцењује да ли је суђено у разумном року.

Ако је странка у поступку приватни тужилац у кривичном предмету, тужилац у парници, предлагач у ванпарничном предмету, извршни поверилац, тужилац у управном спору, она је пре свега обавезна да поднесак којим покреће судски поступак (приватну кривичну тужбу, парничну тужбу, ванпарнични предлог, предлог за извршење, тужбу управном спору) уреди у складу са процесним законима како би суд по поднеску којим је покренут судски поступак могао одмах и без процесних сметњи да поступа у складу са законом. Та странка је дужна да у реферату поднеска наведе јасне и релевантне чињенице на којима заснива захтев. Дужна је и да у поднеску предложи доказе који већ у поднеску потврђују или ће у проведеном поступку потврдити чињеничне наводе и следом тога и правни основ на коме се заснива право које се у поднеску тражи. Под неодговорним поступањем странке (тужиоца, приватног тужиоца, предлагача и извршног повериоца) у парничним, ванпарничним и извршним поступцима, подразумева се и неприсуствовање обавезним судским рочиштима на којима се одлучује о праву те странке. Неприсуствовање уредно позваног тужиоца на судском рочишту има за правну последицу и повлачење тужбе, која последица се потом покушава отклонити подношењем предлога за враћање у пређашње стање, чиме се парнични поступак кривицом тужиоца непотребно одуговлачи.

Странка која је покренула судски поступак утиче на дужину трајања тог поступка ако на судска рочишта – претресе долази неприпремљена, ако тражи да се расправа одложи зарад предлагања или извођења доказа који нису били предложени у поднеску којим је судски поступак покренут. Под неодговорним понашањем странке подразумева се и непоступање по позивним решењима суда, заступање без пуномоћника у сложеним чињеничним правним судским поступцима које та странка због недостатка стручног знања не може успешно да води, као и често мењање пуномоћника у судском поступку. Злоупотреба процесних права од стране странке која је покренула судски поступак се сматра неодговорним поступањем странке. То исто важи и за злоупотребу правног лека у коме странка у жалбеном поступку покушава да употреби нове чињенице, нове доказе које је морала предложити још у поднеску којим је покренула судски поступак.

Изнето упућује да странка која је покренула поступак зарад остварења права опредељеног у поднеску којим се судски поступак покреће у том поступку мора да учествује активно, јер она тражи да јој се утврди – досуди право опредељено у том поднеску.

Од туженог, противника предлагача, и извршног дужника се не очекује да активно учествује у судским поступцима, јер они предузимају радње у границама дозвољености у циљу оспоравања захтева противника и опструкције започетих судских поступака које наравно поступајући суд мора да спречи.

### 3. Понашање и поступање суда

Понашање суда је трећи критеријум на основу кога се одређује стандард разумног рока. Судија мора да поступа ажурно по поднесцима којима се покреће судски поступак. Хитност поступања одређена је и правном природим судских поступака. Законом је прописано који су то судски поступци по својој природи хитни а за које је законодавац прописао рокове за њихово завршење. Законом прописани судски рокови за предузимање одређених радњи у поступку треба и да се поштују. Судија мора да се припреми за судско рочиште – претрес. Мора да концентрише доказе у циљу могућег окончања спора на првом, евентуално другом рочишту – претресу, јер обзиром на број предмета у раду и оптерећеност првостепених судова не располаже са више времена за судећи предмет и исказивање очекиване ажурности. Не сме да се деси (а дешава се) да се поступак води без јасне оријентације у ком правцу га треба водити и које доказе треба проводити зарад правилног утврђења чињеница битних за одлучивање о захтеву странке. Без такве

орјентације, странке у зависности од свог умећа преузимају одлучујућу улогу у поступку, у правцу у коме оне то желе. То резултира непотребним и нецелисходним извођењем доказа као и непотребним одлагањем расправа-претреса што све утиче на дужину судског поступка.

„Празна“ рочишта која се често заказују само зарад привида да се „поступа“ у поступку, не смеју да се одржавају, а нажалост одржавају се. Расправе у правилу треба одлагати само када је то процесно оправдано, што важи и за доношење решења којим се рочиште неће одржати и расправа одлаже. Потребно и целисходно је, наравно уколико зато не постоје озбиљне сметње на рочишту – претресу на коме се расправа или претрес одлажу, заказати следеће рочиште – претрес. Налози вештацима морају бити јасни и конкретни. Вештаци морају да се изјашњавају о стручним питањима о којима суд нема потребна стручна знања (члан 249 ЗПП-а), а не и о правним питањима. Нејасни налози често буду резултирани тиме да вештаци „суде“ у предмету преузимајући улогу судије – суда. Суд – судија мора брижњиво да оцени налаз вештака и да га посебно критички оцењује као доказ. Често се дешава да се налаз вештака прихвата без приговора, иако за то нису испуњени потребни услови, па такво одлучивање потом у жалбеном поступку буде санкционисано укидним решењем. Без процесног основа донета решења о прекиду поступка зарад статистички приказаног решеног предмета који се наступањем новог извештајног периода по предлогу странке наставља, суд утиче на дужину трајања судског поступка што се може приписати непрописном понашању и одлучивању поступајућег суда – судије.

Рокови за израду судских одлука се, у толерантном одступању, морају поштовати. Жалбени или ревизијски суд у укидним решењима мора дати јасан и недвосмислен налог првостепеном суду како би исти у поновном поступку расправу – претрес могао да закључи на првом рочишту – претресу по враћању списа са укидним решењем. Не сме се злоупотребљавати процесни институт из члана 361 став 2 тачка 12 ЗПП и заступана фраза: „Кад „*мораш*“ да укинеш првостепену одлуку укини је на основу „*несајласја*“ из тачке 12 став 2 члана 365 ЗПП“. Рокови за решавање жалбених предмета и израду другостепених одлука би требало да важе и за другостепене судове. Наравно и за ревизијски суд који додуше решава у грађанском одељењу по ревизијама као ванредним правним лековима.

#### 4. Значај одлуке за лице коме је повређено право

За привредне субјекте значај одлуке цени се према висини захтева за исплату потраживања, значају извршених статусних промена и њиховим уписима у јавне регистре, обиму ограничења наложених привремених мерама итд.

На основу четири поменута критеријума цени се да ли је судски поступак окончан у разумном року. То подразумева да је разумна дужина трајања судског поступка релативна категорија која зависи од низа чинилаца који се морају узети у обзир у сваком појединачном судском поступку, оценом већ поменутих критеријума, па се следом свега тога одређује да ли је поступак окончан у оквиру разумног или неразумног рока. Стога, трајање судског поступка у правилу није ограничено временским релацијама од-до. Досадашња судска пракса, како Европског суда за људска права у Стразбуру, тако и Уставног суда РС (*Уставни суд*) није одредила временске границе. Још мање је то одредила за сада неискуствена судска пракса у судовима опште надлежности.

#### IV Искуствена судска пракса

Према подацима које сам покушао да прибавим за потребе писања тематског рада не постоји или постоји у незнатном делу искуствена судска пракса у вези са досудом нематеријалне штете привредним субјектима и правним лицима. Стиче се утисак да постоје стремљења да се нематеријална штета досуђује и правним лицима.

Прибавио сам податке о искуственој судској пракси у вези са парницама за накнаду нематеријалне штете настале повредом права на суђење у разумном року и из достављених ми судских одлука од стране судова опште надлежности утврдио да се ниједна одлука не односи на спорове по тужбама привредних субјеката и правних лица.

Ретке су и уставне жалбе правних лица по којима је Уставни суд одлучивао зарад утврђења повреде права на правично суђење и суђење у разумном року.

Пред Европским судом за људска права у Стразбуру (*Суд*) ретки су захтеви привредних субјеката и правних лица за признавање права на нематеријалну штету насталу повредом права на правично суђење и суђење у разумном року као и друге видове нематеријалне штете.

Ради постизања задатка из тематског рада и потпуног сагледавања ове проблематике одлучио сам се да прикажем одлуке из ове правне проблематике са којима сам био у прилици и да се упознам и то чиним како следи.

##### 1. Одлука Уставног суда по уставној жалби

Био сам у прилици да пронађем само једну одлуку *Уставног суда* донету по уставној жалби привредног субјекта, а због повреде права на суђење у разумном року.



*Одлука Уставног суда Уж 1063/2008 од 17. фебруара 2011. године<sup>2</sup>*

Одлуком Уставног суда усвојена је Уставна жалба ДОО „Резидијум“ и утврђено да је у поступку вођеним пред Општинским судом у Зрењанину у предмету Ив бр. 2084/07 (сада пред Основним судом у Зрењанину у предмету И 191/10/2007), повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року из члана 32. став 1. Устава Републике Србије, док је у преосталом делу Уставна жалба одбијена као неоснована.

Повреда права утврђена је зато што је подносилац Уставне жалбе 29.10.2007. године поднео предлог за извршење на основу извршне исправе – пресуде истог суда од 14.10.2005. године, којом је дужник обавезан да извршном повериоцу (жалиоцу), исплати дуговани и досуђени износ. Извршни суд је 31.10.2007. године И 2084/07 дозволио и одредио предложено извршење, због кога је дужник изјавио жалбу, а другостепени суд решењем од 20.01.2008. године, спис вратио са налогом да првостепени суд одржи рочиште и изведе потребне доказе и расправи питања истакнута у жалби дужника. Потом извршни суд заказује и одржава три рочишта и након тога извршни предмет са жалбом доставља другостепеном суду који решењем од 9. маја 2008. године, усваја жалбу и предмет враћа извршном суду на поновни поступак. Потом извршни суд, решењем од 9. јуна 2008. године, поново доноси решење о извршењу против кога дужник изјављује жалбу коју усваја другостепени суд решењем од 29.7.2008. године. Истим решењем одређено је да у поступку извршења поступа други извршни судија. У поновљеном поступку одржано је рочиште одређено вештачењем путем вештака финансијске струке након чега је поново донето решење о извршењу од 13.2.2009. године које другостепени суд у жалбеном поступку потврђује решењем од 8. маја 2009. године. И на крају решењем Основног суда Ив бр. 191/10 од 11.3.2010. године, утврђује се да је потраживање у целости намирено уплатом извршног дужника од 4. марта 2010. године, па је поступак извршења обустављен.

Уставни суд је оценио да у предмету извршења није било сложених чињеничних и правних питања и да жалилац није допринео дугом временском периоду извршног поступка, нити је предузимао процесне радње којима би одуговлачио поступак, а како је жалилац (извршни поверилац), две године и пет месеци онемогућен да оствари новчана средства која потражује од дужника на основу извршене исправе постоји несумњив материјални значај за жалиоца. Извршни поступак се оцењује као неоправдано и неразумно дугог трајања. Поступак извршења је хи-

2 Службени гласник РС, бр. 26/2011.

тан а у том поступку ни првостепени ни другостепени суд нису пред-узимали законом прописане процесне мере да се извршење ефикасно оконча. Правично задовољење је наложено тиме што ће се повреда пра-ва остварити објављивањем одлуке у Службеном гласнику Републике Србије, што је у границама поднетог захтева у Уставној жалби јер жали-лац није захтевао правично задовољење у виду накнаде нематеријалне штете.

## 2. Пресуде Европског суда за људска права у Стразбуру против Србије

У овом делу тематског рада приказујем четири пресуде *Суда* доне-те и објављене против Републике Србије у периоду март 2004. – април 2011. године.

### а) *Предузеће Евџи Ђроџив Србије и пресуда Суда од 21. јуна 2007. године*

Суд је представку прогласио прихватљивом, утврдио да је до-шло до повреде члана 6 став 1 Конвенције и члана 1 Протокола број 1, утврђено да држава треба да обезбеди одговарајућим средствима потпуно извршење правноснажне пресуде Привредног суда од 7. маја 1996. године и плати подносиоцу представке износ од 2.500 евра за претрпљену нематеријалну штету и износ од 3.000 евра на име трош-кова које је подносилац представке имао пред домаћим органима. Тако је одлучено зато што је правноснажном пресудом од 8. јуна 1996. го-дине тужени обавезан да подносиоцу представке као тужиоцу преда 87.480 кг кухињске соли и плати трошкове у износу од 2.850,00 дина-ра. Предлог за извршење на основу извршне исправе поднет је 21. јуна 1996. године. Решење о извршењу донето је 24. јуна исте године. Из-вршни суд 17.10.1996. године утврђује да дужник не може да испоручи со из извршне исправе и налаже да уместо предаје соли плати 218.700,00 динара. Извршни дужник је потом трансформисан у четири одвојене компаније – предузећа и извршни суд им решењем од 21. децембра 1998. године налаже да извршном повериоцу (подносиоцу представке), плате 218.700,00 динара са каматом почев од 30.10.1996. године и 4.850,00 ди-нара на име трошкова. Потом је извршни поверилац предлагао разли-чита средства извршења, пожурјујући поступак 11. јуна 2001. и 25. марта 2002. године. Извршни поверилац је потом 21. фебруара 2004. године, поштом послао жалбу суду Србије и Црне Гора која изгледа није при-спела у суд. Поступак извршења је само делимично спроведен исплатом извршном повериоцу 838.148,06 динара.

*б) Самарцић и АД „Пластика“ против Србије и пресуда Суда од 17. јула 2007. године*

Суд је делимично усвојио представку предузећа АД „Пластика“ утврдио повреду права из члана 6 став 1 Конвенције и државу Србију обавезао на исплату износа од 1.000 евра на име претрпљене нематеријалне штете, 1.000 евра на име трошкова. Представка је усвојена због дужине поступка и нематеријална штета због повреде права је утврђена и призната зато што је предузеће као извршни поверилац 11.10.1991. године покренуло поступак извршења пред надлежним привредним судом који је 30.10.1991. године дозволио предложено извршење против кога је дужник изјавио приговор против решења о извршењу донетог на основу веродостојне исправе, па је након приговора предлог сматран тужбом и преведен у парницу. Тужилац је потом четири пута преиначавао тужбени захтев након чега је Привредни суд 15.02.1995. године усвојио тужбени захтев доносећи 6.10.1995. године и допунску пресуду. Виши трговински суд усваја жалбу и 30. маја 1996. године, решењем укида првостепену пресуду и предмет враћа првостепеном суду на поновно суђење. У првостепеном поступку промењено је четворо судија, а последња промена извршена је 23. јануара 2003. године. Поновна првостепена пресуда донета је 13.2.2006. године и укинута је по жалби 3. новембра 2006. године, потом је поступак прекинут јер је над предузећем чија представка је усвојена отворен поступак стечаја.

*в) Предузеће ЗИТ против Србије и пресуда Суда од 27. новембра 2007. године*

Суд је представку прогласио прихватљивом, утврдио да је дошло до повреде члана 6 став 1 Конвенције и члана 1 Протокола број 1 и члана 13 Конвенције, и утврђено да Држава Србија треба да исплати подносиоцу представке 1.200 евра на име претрпљене нематеријалне штете, а преостали део захтева за правично задовољење је одбијен. Тако је одлучено зато што је пред првостепеним судом од 15. јула 2000. године закључено поравнање са обавезом дужника, на основу кога је 21. марта 2002. године, поднет захтев за извршење, проценом и продајом земљишта и намирењем повериоца које је одређено 28.3.2002. године. У поступку извршења учињена је спорном својина на земљишту на коме је извршни поверилац (подносилац представке), уписао хипотеку, па је зарад утврђења тих чињеница прекинут поступак и прекид је трајао до 21.10.2004. године.

У поступку пред надлежним привредним судом окончаним између истих странака, исти дужник је обавезан да плати досуђена

потраживања правноснажном пресудом од 9. јануара 2004. године. Стварно надлежни Општински суд је по предлогу за извршење донео решење о извршењу 18. јула 2003. године, а намирење је требало да се проведе продајом једног броја парцела дужника. Предмети извршења пред извршним судом су спојени и одређена продаја непокретности зарад намирења потраживања. Јавна продаја је одложена 23. марта 2005. године. Поновна јавна продаја заказана за 17. март 2006. и на њој признато извршном повериоцу сувласништво на једном делу парцела које су раније биле у сувласништву дужника. Решењем од 4.4.2006. године, наложена је укњижба сувласништва и преостало намирење наплатом новчаних средстава са рачуна дужника.

*и) Прегузеће „Кин-Стиб“ и Мајкић против Србије и пресуда Суда од 20. априла 2010. године*

У предмету „Кин-Стиб“ и Мајкић против Србије, утврђена повреда права подносиоцима представке због делимичног неизвршења арбитражне одлуке која је донета 10.4.1996. године. Извршење је одређено 7.6.1996. године, а арбитражна одлука није извршена у делу у коме је наложена предаја казина у посед. Поступак извршења је обустављен (прекинут), због покренутог поступка реструктурирања извршног дужника као субјекта приватизације. На име нематеријалне штете због повреде одређено је правично задовољење у износу од 8.000 евра подносиоцима представке на терет Државе Србије.

### **3. Пресуда Врховног суда Србије**

Напоменуо сам да у судској пракси судова опште надлежности не постоје одлуке донете по тужбама привредних субјеката и правних лица за накнаду штете због повреде права на правично суђење и суђење у разумном року, нити постоје парнице у току по тужбама за накнаду такве штете.

Обзиром на постојеће спорности у вези са правом привредног субјекта на исплату нематеријалне штете одлучио сам се да прикажем и једну ревизијску одлуку донету по тужби привредног субјекта за накнаду нематеријалне штете. То је једина судска одлука која ми је при прикупљању података за писање тематског рада била доступна.

*Пресуда Врховног суда Србије Рев бр. 265/07 од 10. јула 2008. године*

Поменутом изреком пресуде усвојена је ревизија тужене Републике Србије, Министарство финансија – Пореска управа, Филијала у

Лесковцу, преиначене пресуде Вишег трговинског суда у Београду од 4. априла 2008. године у ставу 1 изреке и пресуда Трговинског суда у Лесковцу од 26.10.2005. године у делу става 1 изреке којим је обавезана тужена да тужиоцу накнади нематеријалну штету насталу противзаконитим одузимањем робе од тужиоца, противзаконитим затварањем апотеке, затварањем магацина великопродаје и затварањем малопродајних објеката у 1993. години а у износу од 430.000,00 динара са каматом по стопи из Закона почев од 26.10.2005. године па до исплате и пресуђено да се тако опредељени а нижестепеним пресудама досуђени износ одбије као неоснован. Истом пресудом одбијена је као неоснована ревизија тужиоца изјављена против другостепене пресуде којом је преиначена првостепена пресуда и одбијен тужбени захтев, којом првостепеном пресудом је тужени обавезан да тужиоцу исплати 430.000,00 динара са каматама на име накнаде нематеријалне штете настале противзаконитим одузимањем робе од тужиоца, противзаконитим затварањем апотеке и затварањем магацина велепродаје и затварањем малопродајних објеката и у 1994. години. Нижестепени судови досуђују нематеријалну штету, зато што је роба враћена тужиоцу после пет година, рачунајући од дана одузимања, што су власници ослобођени кривичне одговорности седам година по одузимању робе, што су дневни листови извештавали о активностима Финансијске полиције, стварајући неосновану негативну слику у јавности о незаконитом пословању тужиоца и његових власника, што је због незаконитих радњи Финансијске полиције тужилац имао негативне ефекте из настале ситуације у погледу утицаја на стварање и ширење исконструисане афере у вези са пословањем тужиоца, јер такав утицај је објективно утицао на информисање јавности и стварање заблуде у пословању тужиоца и нарушавање угледа тужиоца и његовог пословног кредибилитета. Разлоге за такво одлучивање прихвата и другостепени суд истичући да су радње туженог биле противзаконите. Ценећи при том значај повређеног добра, циљ коме служи накнада, досуђујући накнаду на основу одредбе члана 200 став 1 и 2 ЗОО. Захтев за утврђење повреде пословног угледа извршеног у току 1994. године, другостепени суд одбија због усвојеног приговора застаревања.

Одлучујући по ревизији тужене ВСС следом свог усвојеног правног схватања преиначује нижестепене пресуде и тужбени захтев одбија као неоснован. Изражава став да право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде угледа има само физичко лице, јер само оно може претрпети и трпети душевне болове. Такве болове не трпи и правно лице коме законом није признато право на ту штету. Накнада те штете може бити досуђена само по промени Закона о облигационим односима. У образложењу ревизијске пресуде ВСС се осврнуо и на ревизијске разлоге, истичући да се не може

прихватити став да накнада нематеријалне штете причињена повредом угледа правним лицима, има правно утемељење у међународно признатим правним стандардима исказаним у одлукама Суда које се помињу у ревизији. Евентуална повреда пословног угледа извршена је у току 1993. и 1994. године, тј. у времену када СРЈ није била чланица Савета Европе, па је зато ни не обавезује судска пракса Европског суда. Указано је и да се испуњеност става за накнаду нематеријалне штете цени искључиво према важећим законима који су били на снази у моменту учињене повреде.

## **V О праву правног лица на накнаду нематеријалне штете у Републици Србији**

У позитивном законодавству Републике Србије само Закон о облигационим односима<sup>3</sup> прописује и накнаду нематеријалне штете. То право прописано је у члану 200 који цитирам:

- „1) За претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица, као и за страх суд ће ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству.
- 2) Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.“

Овако законом прописана позитивна норма, резултирана је правним закључцима и схватањима највиших судских инстанци у време њиховог усвајања. У излагању које следи наводим усвојене правне закључке и правна схватања.

### **1. „Правно призната нематеријална штета“**

Под нематеријалном штетом у смислу Закона о облигационим односима подразумевају се физички бол, психички бол и страх. Стога се оштећеном новчаном накнадом на име нематеријалне штете може до-

<sup>3</sup> Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Службени лист СРЈ, бр. 31/93.

судити само ако се повреда манифестовала у једном од наведених видова те штете и под условом да јачина и трајање болова и страха и друге околности то оправдавају, да би се код оштећене успоставила нарушена психичка равнотежа.<sup>4</sup>

## 2. „Основ нематеријалне штете“

Оштећеном се због повреде (нематеријалних права личности), новчана накнада може досудити само кад су се последице те повреде манифестовале у једном од видова нематеријалне штете. И када је неки од видова нематеријалне штете настао, оштећеном се новчана накнада може досудити само када јачина и трајање болова и страха или друге околности случаја то оправдавају, да би се код оштећеног успоставила нарушена психичка равнотежа.<sup>5</sup>

## 3. Нематеријална штета због повреде пословног угледа правног лица и привредног субјекта

„Правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета.“<sup>6</sup>

### *Образложење њравној схвајања*

„У судској пракси постоје различите одлуке о томе да ли правно лице има право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, па се показује потребним заузимање правног става о томе.

Извршавањем наведене дилеме треба имати у виду да када је посебним законом (на пример Законом о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања у члану 117), прописано да штетник одговара по општим правилима о накнади штете или да по истим правилима оштећени има право на накнаду штете, то не значи да сваки оштећени има право на сваку законом прописану накнаду штете. У питању је упућујућа норма, а то у овом случају значи да се пре свих

4 Закључак са Саветовања представника Савезног суда, врховних судова, република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете од 15. и 16. октобра 1986. године.

5 Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, Врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године.

6 Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 5. фебруара 2001. године.

морају имати у виду одредбе члана 155 и 200 став 1 Закона о облигационим односима. Према одредбама члана 155 Закона о облигационим односима, штета је и наношење другог физичког или душевног бола или страха (нематеријална штета), а према одредбама члана 200 став 1 истог закона, суд ће досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и њеном одсуству и за претрпљене болове због повреде угледа. Из таквих одредби по логици ствари следи да право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде угледа има само физичко лице, јер само оно може претрпети душевне болове. Такве болове због повреде угледа не трпи правно лице, само због тога наведена накнада није законом призната.

Из свега изложеног следи закључак да правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета. Тиме се не оспорава право свакоме да заговара законско признање тог права правном лицу уз напомену да је тешко пронаћи оправдане научне и животне основе за то.“

Резиме изнетог упућује на то да српски судови заступају правни став да правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете. Међутим, у поменутој одлуци Уставног суда утврђена повреда права на суђење у разумном року, које утврђење подразумева и право на накнаду нематеријалне штете која у уставној жалби није тражена. То право признато је на основу непосредне примене члана 32 став 1 Устава.

Право на накнаду нематеријалне штете утврђује и признаје и Суд у приказаним одлукама. То право утврђује и признаје Суд на основу одредбе члана 6 став 1 Конвенције иако признање тог права не кореспондира са називом Конвенције „Европска конвенција о људским правима“. Не кореспондира то право ни са називом Суда „Европски суд за људска права“.

Из одредби нашег Устава не произлази директна заштита евентуалних права правних лица па и права на накнаду нематеријалне штете.

Из изнетог следи да се устрајава на проширењу права на накнаду нематеријалне штете на привредне субјекте и правна лица и да се у том смислу утврђују међународни стандарди који ће се морати прихватити и у будућој судској пракси наших судова и на основу њих одлучивати о захтевима привредних субјеката и правних лица за накнаду нематеријалне штете.

Правна теорија и упоредна судска пракса заступају правна становишта из којих произлази право правног лица на накнаду нематеријалне



штете. Суд у Стразбуру је у фусноти приказаним одлукама признао право на накнаду нематеријалне штете правним лицима.<sup>7</sup>

Из наше досадашње судске праксе јасно произлази да правним лицима није признавано право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, што је чини се супротно међународним стандардима, а Законом призната штета необухвата и нематеријалне штете због повреде конвенцијских и конституционалних права, иако се држава Србија међународним актима обавезала да њихово остварење заштити и по овом основу пред националним органима.

Устав то и прописује:

*Члан 16 сй. 1 и 2:*

„Опште прихваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори, саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују.

Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.“

*Члан 194 сй. 3 и 4:*

*Хијерархија домаћих и међународних ојшћих љравних акаџа*

„Потврђени међународни уговори и опште прихваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом.

Закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и опште прихваћеним правилима међународног права.“

7 У предмету УМД в. Украјина, представка бр. 72713/01 од 29. марта 2005. године, подносилац представке је правно лице, које је проглашено одговорним за клевету пред националним судом „успостављена је судска пракса да суд може да додели надокнаду на име нематеријалне штете правном лицу ... и предузећу доделио пуну своту тражене надокнаде на име нематеријалне штете 33.000 евра.“ Види: *Правни билџен*, бр. 64/2005, Људска права у Европи Центре, Лондон, стр. 10–13.

Или случај *Comingesoll S. Av. Portugal* од 6.4.2000. године у коме је изражено становиште да правно лице може претрпети нематеријалну штету која одговара оној коју трпи физичко лице.

Или случај *Sovranosato Holding v. Ukrajina* од 2.10.2003. године – представка бр. 48553/99, када је суд предузећу подносиоцу представке досудио поред материјалне и нематеријалну штету од 75.000 евра, јер предузеће подносилац представке није имало правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом због многобројних мешања украјинских власти у поступак, као и због повреде права на мирно уживање имовине.

Судска пракса судова опште надлежности проширује право на накнаду штете у оквиру права на накнаду штете због повреде права личности (општа забрана дискриминације, заштита личних података, заштита права на лично име и друго), најчешће на основу посебних закона – као извора облигације на накнаду нематеријалне штете и упућујућих норми из ових посебних закона и еластичнијим тумачењем одредаба Закона о облигационим односима – кроз заузимање правних ставова. То даље подразумева да се право на накнаду нематеријалне штете у предстојећем новелирању Закона о облигационим односима мора објективизирати и ослободити условљавања везаних за личност појединца и његову психичку сферу. То управо важи за права на накнаду нематеријалне штете привредним субјектима и правним лицима.

Следом реченог постоји потреба и тежња да се већ споменуто правно схватање Врховног суда Србије преиспита обзиром на указану праксу Суда и позитивним законским нормама јасно пропише то право.

У штампаним медијима у негативном смислу помињана Комисија за изradу грађанског законика оформљена од стране Владе Републике Србије, у преднацрту Грађанског законика Републике Србије у књизи Другој – облигациони односи, у одељку V – 5 „Накнада неимовинске штете“ у члану 226 изнад кога је наслов Посебна накнада прописује:

„Правна лица имају право на правичну накнаду штете због повреде угледа или других вредности које произлазе из природе њиховог субјективитета.“

По ступању на правну снагу овако прописане законске нормe биће разрешене дилеме везане за право привредног субјекта и правног лица на накнаду нематеријалне штете.

## **VI Правни пут за остварење права на накнаду нематеријалне штете због повреде права на правично суђење, суђење у разумном року и правни основ за њену досуду**

Анализом судских одлука судова опште надлежности, у парницама за накнаду штете због суђења у разумном року, закључује се да је споран и правни пут за остварење права на накнаду штете учињену повредом тог права. То подразумева да је споран и правни пут за остварење права на накнаду штете због повреде права на правично суђење. Поменута анализа судских одлука, упућује на то да је преовлађујућа и може се рећи готово јединствена судска пракса у којој се изражава став да се

право на накнаду штете може остварити безусловно и директно у парници покренутој пред надлежним судом. Мериторно донете одлуке на то упућују, а то произлази и из парница које су у току које сам за потребе писања тематског рада такође анализирао. Не помиње се спорност правног пута за остварење права на накнаду ове штете. У мериторно донетим пресудама у којима је истакнут приговор стварне надлежности, судови изражавају правни став да и после ступања на правну снагу Устава, тужилац коме су повређена ова права, није у обавези да се претходно обрати Уставном суду, подношењем уставне жалбе, па уколико се жалба уважи, захтевом за споразумно утврђење штете Комисији, па тек онда по потреби тужбом надлежном суду. На такав закључак упућује извршена анализа парница у току. То даље подразумева да према преовлађујућој судској пракси судова, странка у судском спору којој је учињена повреда ових права има право да оптира у избору правног пута за остварење права на накнаду штете. Следом тога, преовлађујућа судска пракса изражава правни став да постоји право на избор правног пута за остварење права на накнаду ове штете.

Само у две судске одлуке изражен је јасан правни став, супротан преовлађујућем или готово јединственом правном ставу судова опште надлежности. Такав став изражен је у решењу Вишег суда у Зрењанину Гж бр. 1155/10 од 11.2.2011. године и пресуди Апелационог суда у Крагујевцу Гж бр. 93/11 од 31. марта 2011. године. Тужбе за накнаду нематеријалне штете због повреде права на суђење у разумном року су у поменутим одлукама одбачене. У укидним решењима Апелационог суда у Новом Саду Гж бр. 8854/10 од 1. октобра 2010. године и Апелационог суда у Крагујевцу Гж бр. 4058/10 од 7. фебруара 2011. године помиње се споран правни пут за остварење права на штету и евентуална недозвољеност тужби.

У поменутим другостепеним решењима тужбе су одбачене на основу израженог правног става да не постоји право на оптирање – избор правног пута за остварење права на накнаду ове штете. Изражен је правни став да су захтеви из тужби преурањени и то зато што у предмету Гж бр. 1155/10 тужилац није испоштовао прописани правни пут за остварење права за накнаду штете, док је у предмету Гж бр. 93/11 тужилац поднео и уставну жалбу за утврђење повреде права на суђење у разумном року о којој Уставни суд тада није одлучио.

Супротно већинској и готово јединственој судској пракси судова опште надлежности заступам другачији правни став. Правни став изражен у поменуте четири другостепене одлуке. Сматрам да не постоји право на избор правног пута за остварење права на накнаду штете настале повредом права на правично суђење и суђење у разумном року.

Једини дозвољени и прописан правни пут је: обавеза странке која сматра да јој је повређено право изјављивање уставне жалбе о којој одлучује Уставни суд, а потом уколико је одлуком по уставној жалби утврђена повреда права са захтевом Комисији уколико се не постигне споразум о накнади било у целости, било делимично подношењем тужбе надлежном суду. Непоштовање прописаног правног пута мора бити резултирано одбацивањем тужбе. Следом реченог, уколико се странка која сматра да јој је повређено право на остварење права на накнаду штете тужбом обрати надлежном суду, а да претходно није поступила по прописаном правном путу, њена тужба је недозовљена. При том мислим и да надлежни суд који поступа по таквој тужби није ни стварно надлежан за суђење по њој. Стога, судија који буде задужен парничним предметом у коме се тражи накнада штете настале повредом ових права, већ је у поступку припремања главне расправе а по пријему тужбе или претходном испитивању тужбе (члан 274 став 1 и 2 ЗПП-а), морао да утврди ову битну чињеницу на основу које ће уколико буду испуњени процесни услови донети решење из члана 279 став 1 тачка 1 а у вези са чланом 1. ЗПП-а. То процесно овлашћење засновано је на члану 277 ЗПП-а. Тек након тога и уколико за одбацивање тужбе нису испуњени процесни услови поступиће по члану 281 ЗПП-а и тужбу са прилозима доставити туженом на одговор. То подразумева да се ова битна чињеница утврђује из реферата тужбе или доказа на којима је тужбени захтев заснован. Уколико се то на тај начин не може утврдити, поступајући судија ће позивним решењем позвати тужиоца да се изјасни на ову битну чињеницу која условљава потребу за одбацивањем тужбе као недозвољене или обавезом мериторног одлучивања по тужби. Након што на несумњив начин утврди да тужилац није поступио по прописаном правном путу за остварење права на накнаду ове штете, одлучиће на начин прописан чланом 277 ЗПП-а. Нецелисходно је да се та битна чињеница утврђује у каснијој фази поступка по пријему одговора на тужбу или на припремном рочишту, односно на рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није одржано (члан 280 ЗПП-а). У претпостављеној процесној ситуацији судија за одржавање рочишта доноси решење чија изрека гласи:

„Тужба се одбацује.“

Процесни основ за одлучивање као у приказаној изреци решења, постоји и у одредби члана 15. став 1, члана 277 и члана 279 став 1 тачка 1 а у вези са чланом 1 ЗПП-а. У основним одредбама члана 1 ЗПП-а, прописано је да:

„Овим законом уређују се правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује приликом решавања

грађанско-правних спорова из личних, породичних, радних, трговачких, имовинско-правних и других грађанско-правних односа, *осим спорова за које је посебним законом предвиђена друга врста институција.*“

Непоштовање посебним законом прописаног поступка за остварење права на накнаду ове штете је процесни основ за одбацивање тужбе. Правни пут за остварење права утврђењем права на правично суђење и суђење у разумном року, а потом и права на накнаду штете прописан је у члану 82, 89 и 90 Закона о Уставном суду.

Повреду права на правично суђење и суђење у разумном року може једино да утврђује Уставни суд у поступку по Уставној жалби који одлучује и о евентуалном захтеву за накнаду штете због повреде овог права, уколико је исти у Уставној жалби и опредељен. Судови опште и посебне надлежности нису стварно надлежни да утврђују повреду овог права. То подразумева да уколико тужилац у посебно прописаном поступку није остварио утврђење повреде права да судови опште и посебне надлежности нису стварно надлежни за суђење у парницама по тужбама за накнаду ове штете и да се такве тужбе морају одбацивати. Тужбе треба одбацивати и у парницама по овим тужбама које су у току уколико су за то испуњени поменути процесни услови.

Тужба се не може поднети директно и без поштовања већ помињаног прописаног правног пута ни кад тужилац у спору тужбени захтев заснива на непосредној примени члана 6 став 1 Конвенције. Таква правна конструкција мора бити резултирана одбацивањем тужбе.

У нашем Устава у члану 32 став 1 прописане су идентичне одредбе садржане у члану 6 став 1 Конвенције, а поменуте одредбе налазим за потребно да цитирам:

*Члан 6 став 1:*

„Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона...“

*Члан 32 став 1:*

„Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.“

Важећи Закон о парничном поступку прописало је у општим начелима право странке на разумни рок што је прописано и у важећем Законику о кривичном поступку:

*Члан 10 ЗПП:*

„Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року.

Суд је дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова.“

*Члан 16 шачка 1 ЗКП:*

„1) Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку.“

Након што се на прописан начин и од стране Уставног суда утврди повреда права па потом не постигне споразум са Комисијом отвара се правни пут за парнични поступак у коме се накнада штете заснива на одредби члана 172 став 1 ЗОО којом законском нормом је прописано:

„1) Правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.“

Право правног лица на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа и евентуално других видова нематеријалне штете неостварује се на начин прописан за остварење наканде нематеријалне и материјалне штете настале повредом права на правично суђење и суђење у разумном року. То подразумева да се право правног лица на накнаду остале нематеријалне штете остварује у парници по тужби и пред надлежним судом.

---

# ПРИЛОЗИ

---

др Душан ПОПОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ – ХРОНИКА –

### И Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије усвојила Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки

Савет Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије усвојио је 9. јуна 2011. године Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки.<sup>1</sup> Упутство је сачињено по узору на Упутство Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД) за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки,<sup>2</sup> и усвојено је у циљу смањења могућности за појаву намештених понуда путем детаљног уређивања поступка јавних набавки и благовременог откривања договора током спровођења оваквих поступака. У упутству које је усвојила Комисија за заштиту конкуренције указује се на неопходност сарадње ове институције са Управом за јавне набавке Републике Србије у откривању ове врсте повреда конкуренције.

Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки садржи дефиниције најчешћих облика намештања понуда. Симулирана или фиктивна понуда се тако дефинише као понуда која је осмишљена да одаје утисак праве конкуренције и представља најчешћи начин примене намештених понуда. Подразумева договор понуђача да неки од њих поднесу понуде које укључују бар један од следећих

---

1 Доступно на сајту Комисије за заштиту конкуренције: [www.kzk.gov.rs](http://www.kzk.gov.rs).

2 Доступно на сајту Организације за економску сарадњу и развој: [www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf).

критеријума: а) понуда је виша од понуде унапред одређеног (договореног) понуђача; б) понуда је очигледно превисока да би била прихваћена; в) понуда садржи специјалне услове за које се унапред зна да су неприхватљиви за наручиоца. Потом, уздржавање од подношења понуда је дефинисано као споразум између учесника на тржишту којим се један или више понуђача саглашавају да се уздрже од подношења понуде или да повуку већ поднету понуду, тако да омогуће унапред одређеном понуђачу да буде изабран на тендеру. Уздржавање од понуда значи да понуђач и не подноси понуду која треба да буде предмет финалног разматрања. Даље, ротирајућа понуда је дефинисана тако да подразумева да учесници у намештој понуди настављају са учешћем у поступку, али прихватају да се смењују у случају да један од њих буде изабран на тендеру. Начини на који се уговори из ротирајућих понуда примењују могу бити различити (нпр. учесник у ротирајућој понуди може изабрати да додели приближно исти новчани износ из једне групе уговора сваком предузећу које није успело). Најзад, подела тржишта дефинисана је као поступак који подразумева да понуђачи деле тржиште, прихватајући да се не надмећу код одређених наручилаца или у одређеним географским подручјима (нпр. учесници могу доделити специфичне наручиоце или категорије наручилаца различитим предузећима, тако да та предузећа не учествују у надметању или подносе само „покривајућу“ понуду уколико нису у питању „њихови“ наручиоци).

У Упутству се наводе најчешћи индикатори намештених понуда: а) мали број понуђача (већа је могућност договора око намештања понуде); б) отежан улазак на тржиште (препреке уласку на тржиште доприносе одржавању малог броја тржишних учесника, што повећава могућност договора око намештања понуде); в) тржишни услови (предвидљив ток тражње од стране јавног сектора повећава ризик намештања на тендерима); г) привредна удружења (ова удружења се понекад могу користити од стране њихових руководилаца као покриће за договоре о начинима и облицима за закључивање и примену тајних споразума); д) поновљена понуда (понављање тендера повећава могућност тајних споразума); е) истоветни или слични производи или услуге (када су производи или услуге хомогени, лакше се постиже споразум о структури заједничке цене); е) мало могућих супститута (уколико има мало могућих супститута, учесници који дају намештену понуду, знајући за поменути чињеницу, у већој мери су осигурани, па њихови напори да повећају цене имају много више изгледа за успех); ж) мале или никакве технолошке промене (мале или никакве технолошке промене у производима или услугама помажу предузећима да постигну договор и да га се придржавају током дужег времена).

Како би се смањиле могућности за намештање понуда у поступцима јавних набавки, Комисија за заштиту конкуренције препоручује да



се услови спровођења јавних набавки утврде јасно и свеобухватно. Посебно треба имати у виду следеће: а) дефинисати захтеве што је могуће јасније у тендерској документацији; б) применити критеријуме који се односе на карактеристике производа пре него на описе производа, и јасно навести шта се тражи; в) избегавати покретање тендерског поступка уколико је уговор у почетној фази специфицирања потреба; г) избегавати предвидљивост у захтевима из уговора, размотрити спајање или раздвајање уговора у зависности од обима и временског оквира тендера; д) радити заједно са надлежнима за јавне набавке у другим јавним секторима и покретати заједничке поступке јавних набавки; ђ) избегавати уговоре са истоветним износима који лако могу бити подељени између учесника. Упутством које је усвојила Комисија за заштиту конкуренције указује се на значај осмишљавања тендерског поступка на начин да се смањи комуникација између учесника, као и на значај пажљивог избора критеријума за оцену и доделу уговора на тендеру. Указује се и на нужност подизања свести код запослених о ризицима намештања понуда у поступцима јавних набавки.

Упутство садржи и списак околности које могу наступити у поступку јавне набавке, о којима одмах треба обавестити Комисију за заштиту конкуренције: а) увек исти понуђач даје најнижу понуду; б) одређени понуђачи учествују само на одређеним географским подручјима; в) понуђач који се редовно јавља на тендере не подноси понуду за коју се очекује да је поднесе; г) неочекивано и изненадно повлачење понуде; д) одређени понуђачи увек подносе понуде али никад не побеђују; ђ) два или више предузећа подносе заједничку понуду иако би бар један од њих могао да поднесе самосталну понуду; е) победник унајмљује подизвођача који је један од оних који нису победили; ж) победник не прихвата да закључи уговор али се касније појављује као подизвођач; з) редовни сусрет конкурената непосредно пред истек рока за подношење понуда. Такође се наводи када, примера ради, тендерска документација може указати на сумњу да је у питању договорен наступ понуђача: а) истоветне штампарске грешке или исти рукопис у тендерској документацији поднетој од стране различитих привредних друштава; б) документација различитих привредних друштава је поднета са истог броја факса или из исте поште; в) понуде различитих понуђача садрже значајан број истоветних процена трошкова или истоветне грешке у рачуну; г) тендерска документација различитих понуђача садржи бројне преправке начињене коректором или физичка оштећења. Најзад, у Упутству се наводе примери ситуација у којима цена може бити сигнал да је понуда намештена: а) изненадна или истоветна повећања цене од стране понуђача која се не могу објаснити порастом трошкова; б) изненадно укидање очекиваног рабата или попушта; в) цене понуђача

које су исте у дужем временском периоду, цене које су првобитно биле различите једна од друге, повећање цена које није праћено оправданим повећањем трошкова и др; г) велика разлика у цени понуђача који је победио и осталих понуђача; д) одређена понуда садржи високу цену у односу на цену за исти или сличан уговор; ђ) значајно снижена цена у понуди новог понуђача или понуђача који ретко учествује на тендеру; е) локални понуђач означава вишу цену у понуди за локалну понуду него за понуду која се односи на удаљену дестинацију; ж) понуђени су слични трошкови транспорта спецификовани за локална предузећа и предузећа која нису локална.

Комисија за заштиту конкуренције реаговала је и пре усвајања Упутства на одређене поступке који могу водити намештању понуда приликом спровођења јавних набавки. Тако је у мишљењу на закључак Владе и Листу лекова који се прописују и издају на терет средстава обавезног здравственог осигурања,<sup>3</sup> Комисија препоручила да се преиспита Закључак Владе и Правилник о Листи лекова Републичког завода за здравствено осигурање, имајући у виду да одредба чл. 52 Закона о јавним набавкама изричито доводи у предност домаће произвођаче применом дискриминаторских услова који ограничавају конкуренцију. Савет Комисије закључио је том приликом да је мером заштите домаћих произвођача – скидањем са Листе лекова одређених страних лекова – и одредбом чл. 52 Закона о јавним набавкама превише заштићен домаћи произвођач лекова, што ће прво осетити порески обвезници издвајајући више средстава за набавку лекова, односно издвајајући исти износ средстава за набавку мање количине лекова.<sup>4</sup>

## **II Управни суд Републике Србије потврдио решење о изрицању процесног пенала због недостављања података за потребе поступка пред Комисијом за заштиту конкуренције**

Управни суд Републике Србије потврдио је решење Комисије за заштиту конкуренције о изрицању мере процесног пенала у износу од

3 Мишљење бр. 1/0–06–357/09–3 и 1/0–06–358/09–3 од 2. октобра 2009. године на Закључак Владе 05 број 54–4255/2009–1 од 7. јула 2009. године и на Правилник о листи лекова који се прописују и издају на терет средстава обавезног здравственог осигурања.

4 Закључком Владе се прихвата Информација о потреби привременог обустављања финансирања и скидања са Листе лекова одређених лекова који се прописују и издају на терет средстава обавезног осигурања, док траје економска криза. У Информацији се препоручује да се док траје економска криза не финансирају и не користе лекови страних произвођача уколико на Листи лекова постоје лекови истог или сродног генеричног својства домаћих произвођача, осим уколико се ради о оригиналном леку.

26.500 евра (у динарској противвредности) привредном друштву Веропулос због недостављања података за потребе поступка пред Комисијом. Комисија је од привредног друштва Веропулос затражила достављање података потребних током испитивања пријаве концентрације коју је поднело друштво *Delhaize The Lion Nederland B.V.* ради стицања контроле над друштвом *Delta Maxi d.o.o.* Привредно друштво Веропулос је поступало супротно налогу Комисије укупно 53 дана током маја, јуна и јула 2011. године. У том периоду, није захтевано продужење рока за достављање података, нити је на било који други начин Комисија била обавештена о разлозима непоступања по налогу. Приликом одређивања висине мере процесног пенала, Комисија је поступала у складу са чл. 70, ст. 1, тач. 1 Закона о заштити конкуренције, којим је прописано да се учеснику на тржишту одређује мера плаћања процесног пенала у износу од 500 до 5.000 евра (у динарској противвредности) за сваки дан понашања супротно налогу Комисије.

### III Европска комисија одобрила концентрацију Мајкрософта и Скајпа

Европска комисија одобрила је 7. октобра 2011. године концентрацију привредних друштава Мајкрософт (*Microsoft*) и Скајп (*Skype*), утврдивши да она неће довести до значајног ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције на тржишту Европског економског простора<sup>5</sup> нити на неком од његових саставних делова.<sup>6</sup> Мајкрософт је привредно друштво активно у области развоја и производње рачунарских програма, оперативних система и сродних услуга. Скајп је привредно друштво које пружа услуге аудио и видео комуникације путем интернета. Комисија је посебно испитала могућност да Мајкрософт умањи постојећу интероперабилност Скајпових услуга са конкурентским сервисима, као и могућност да Мајкрософт повеже сопствене производе, а нарочито оперативни систем Виндоуз (*Windows*), са Скајпом, тиме ограничавајући тржишну утакмицу. У погледу услуга намењених физичким лицима, Комисија је утврдила да Мајкрософт неће имати интереса да умањи постојећу интероперабилност Скајпа са конкурентским сервисима. Напротив, како би се Скајпове услуге даље развијале, Мајкрософт ће имати интереса да оне буду присутне на што више конкурентских платформи, због чега ће морати не само да одржава већ и да увећава степен интероперабилности Скајпа. Комисија је утврдила да на тржиш-

5 Европски економски простор обухвата Европску унију, Лихтенштајн, Исланд и Норвешку.

6 Европска комисија, *Microsoft/Skype*, предмет бр. М.6281.

ту комуникационих услуга намењених физичким лицима постоји изражена конкуренција, наводећи као доказ и недавни улазак Гугла (*Google*) на ово тржиште. Због тога преклапање између Мајкрософтовог сервиса Месинџер (*Windows Live Messenger*) и Скајпа до кога ће спровођењем ове концентрације доћи, по виђењу Комисије неће довести до нарушавања конкуренције на релеватном тржишту. У погледу ризика од везане продаје, Европска комисија је оценила да већина корисника који купе персонални рачунар са већ инсталираним програмом Скајп јесу већ регистровани корисници Скајпових услуга, као и да већина корисника након куповине персоналног рачунара самоиницијативно инсталира другу (новију) верзију овог програма. Због тога, по виђењу Комисије, намеравана концентрација неће утицати на постојеће већинско понашање корисника. Најзад, Европска комисија је утврдила да Скајп тренутно не пружа услуге правним лицима (тзв. корпоративне услуге), тако да евентуална везана продаја Мајкрософтових и Скајпових услуга не би утицала на тржиште корпоративних комуникационих услуга. Комисија је утврдила да на поменутом тржишту већ постоји значајна конкуренција, као и да је Мајкрософтова комуникациона корпоративна услуга Линк (*Link*) изложена значајној конкуренцији од стране сервиса ког је развило привредно друштво Сиско (*Cisco*).

др Љубинка КОВАЧЕВИЋ  
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

### 50 година Европске социјалне повеље

Каталог људских права и основних слобода које уживају заштиту под окриљем Савета Европе допуњен је гарантијама основних економских и социјалних права 18. октобра 1961. године. Тада је, у име заштите људског достојанства, аутономије, једнакости и солидарности, у Торину отворена за потписивање Европска социјална повеља (Повеља).<sup>1</sup> Упркос називу „повеља“, овај акт не представља пуку декларацију (прокламацију) економских и социјалних права, већ уговор држава чланица Савета Европе у којем су садржане гарантије 19 основних права „друге генерације“ и утврђен специфичан надзорни механизам. Истовремено, ваља имати у виду да је Повеља у више наврата новелирана, и то, у правцу ширења каталога зајемчених права и унапређења (и „оживљавања“) надзорног механизма. Предметне новеле усвојене су у форми протокола 1988.,<sup>2</sup> 1991.<sup>3</sup> и 1995. године,<sup>4</sup> док је 1996.

1 European Social Charter (*European Treaty Series*, No. 35). Повељи је посвећен мали број радова на нашем језику, а овде скрећемо пажњу на два: Борис Кривокапић, *Евројска социјална повеља*, Центар за антиратну акцију, Београд, 2002; Бранко Лубарда, *Ревидирана евројска социјална повеља: Обавезе држава и улога социјалних њарјинера њосле рајшификације*, Социјално-економски савет Републике Србије/Swiss Labour Assistance, Београд, 2009.

2 Additional Protocol to the European Social Charter (*European Treaty Series*, No. 128).

3 Protocol amending the European Social Charter (*European Treaty Series*, No. 142). Будући да га нису прихватиле све државе уговорнице Повеље (што је услов за његово ступање на снагу), Протокол формално још увек не производи правно дејство. Ипак, државе примењују већину одредаба овог протокола, у складу са Одлуком Комитета министара од 11. децембра 1991. године.

4 Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints (*European Treaty Series*, No. 158).

године усвојена и Ревидирана европска социјална повеља (Ревидирана повеља),<sup>5</sup> која гарантује чак 31 економско и социјално право, што је чини међународном конвенцијом са најсвеобухватнијим и најпотпунијим каталогом економских и социјалних права не само у регионалним, већ и у универзалним размерама.

У литератури, с правом, преовлађује становиште да Повељу треба разумети као „мерило основних социјалних права“, „један од угаоних камена европског социјалног модела“,<sup>6</sup> па, и као „социјални устав за Европу“.<sup>7</sup> Упркос томе, чини се да шира јавност није довољно упозната са кључним аспектима Повеље, макар не у мери у којој су јој позната решења Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.<sup>8</sup> Стога се, у години када се обележава пола века од усвајања Повеље, чини важним подсећање на овај акт Савета Европе. Ово тим пре ако се имају виду промене које су се последњих деценија десиле у друштву (економска криза, промене у демографској структури, интензивирање процеса глобализације и др.), створивши нове ризике за делотворно остваривање економских и социјалних права, уз потискивање основних, социјалних циљева радног и социјалног права (социјална правда, друштвена кохезија) у корист циљева који се непосредно или посредно тичу задовољавања основних потреба тржишне привреде.

Повељом, односно Ревидираном повељом зајемчена су безмало сва права која се у модерној Европи сврставају у групу социјалних права. У улози титулара највећег броја ових права налазе се радници, док је број права загарантованих у корист других друштвених категорија сразмерно мањи (деца и омладина, старија лица, лица са инвалидитетом и др.). Зајемчена права могу се класификовати према више различитих критеријума, па се, тако, према предмету регулисања, разликују права која се односе на становање, здравље, образовање, запошљавање, социјалну заштиту и забрану дискриминације или, општије посматра-

5 European Social Charter (revised), *European Treaty Series*, No. 163.

6 Rolf Birk, „Human rights at the workplace and the work of the Council of Europe“ у: Alan C. Neal (ed.), *The changing face of European labour law and social policy*, Kluwer Law International, 2004, стр. 55.

7 Olivier de Schutter (coord.), *The European Social Charter: A social constitution for Europe*, Université catholique de Louvain/Bruylant, Bruxelles, 2010.

8 Одредбама Конвенције зајемчена су, превасходно, грађанска и политичка права, али и нека права „друге генерације“, попут забране принудног рада (члан 4), слободе синдикалног удруживања (члан 11), права својине (Протокол 1, члан 1) и права на образовање (Протокол 1, члан 2). Поред набројаних одредаба, као релевантне за остваривање економских и социјалних права нарочито треба навести и одредбе Конвенције које се односе на забрану дискриминације у уживању Конвенцијом загарантованих права и слобода (члан 14), право на правично суђење (члан 6) и право на поштовање приватног живота (члан 8).

но, права која се тичу рада, односно професионалне активности и права која се непосредно или посредно односе на друге аспекте друштвене кохезије.<sup>9</sup> Могућа класификација повељама зајемчених права може се извршити и у светлу одредаба које уређују обавезе држава уговорница, односно услове и поступак ратификације повеља. Сагласно овим одредбама, могу се разликовати најзначајнија права, која се обавезно преузимају ратификацијом („*core*“ *rights*) и друга (остала) права из тог корпуса („*non-core*“ *rights*), будући да је за стицање својства уговорне стране довољно преузимање само дела прописаних обавеза.<sup>10</sup> Тако су тзв. чврстим одредбама Повеље загарантована следећа најзначајнија економска и социјална права: а) право на рад (члан 1); б) право на организовање (члан 5); в) право на колективно преговарање (члан 6); г) право на социјалну сигурност (члан 12); д) право на социјалну и медицинску помоћ (члан 13); њ) право породице на социјалну, правну и економску заштиту (члан 16); е) право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ (члан 19). Одредбама Ревидиране повеље овај списак проширен је и правом деце и омладине на заштиту (члан 7) и правом на једнаке могућности и једнако поступање у запошљавању (члан 20).

*Надзор над сировођењем њовеља* остварује се применом двају инструмената – извештаја држава уговорница и колективних притужби. У оба случаја, поступак надзора окончава се одлуком Комитета министара Савета Европе, као јединог тела које може да упути препоруке државама чланицама ове организације. И поред тога, главна улога у вршењу надзора припада *Евројском комитету за социјална њрава*, независном експертском телу састављеном од 15 стручњака за социјалну политику и социјално право које Комитет министара именује са списка стручњака који предлажу државе уговорнице.

9 Council of Europe, *European Social Charter – Short guide*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, стр. 16.

10 Поступак ратификације повеља одликује флексибилност и оригиналност, будући да државе могу да се обавезу само неким њиховим одредбама (тзв. прихватање одредаба „*à la carte*“), под условом да одредбе дела I прихвате као циљеве које ће остваривати свим одговарајућим средствима и да прихвате један минимални број одредаба у одређеним областима. Потоњи захтев подразумева прихватање најмање 10 од 19 чланова (или најмање 45 од 72 нумерисана става) Повеље, односно најмање 16 од 31 члана (или најмање 63 од 98 нумерисаних ставова) Ревидиране повеље, као и прихватање најмање пет од седам чврстих одредаба Повеље, односно најмање шест од девет чврстих одредаба Ревидиране повеље. Преостале, нератификоване, одредбе повеља за државе уговорнице представљају одредбе програмског карактера које их не обавезују, осим као циљ чијем остваривању треба да теже. У литератури се као *ratio legis* тако уређеног поступка ратификације наводе значајне разлике које су, у време израде њиховог нацрта, постојале између држава чланица Савета Европе у погледу њиховог нивоа привредног и социјалног развоја.

Основни инструмент надзора над спровођењем Европске социјалне повеље представља *испитивање њериодичних извештаја држава уговорница*. Примена овог инструмента претпоставља обавезу држава уговорница да сваке друге године подносе извештај о примени ратификованих чврстих одредаба Повеље, сваке четврте године подноси се извештај о примени ратификованих меких одредаба Повеље, док Комитет министара може захтевати од држава и извештаје који се тичу неприхваћених одредаба. Поступак испитивања извештаја о прихваћеним одредбама, при том, има за циљ да се утврди ниво усклађености законодавства и праксе државе уговорнице са преузетим уговорним обавезама, док испитивање извештаја о неприхваћеним одредбама (којем се у пракси ретко прибегава) треба да омогући сагледавање разлога који одвраћају државе од ратификације, уз њихово охрабривање да у будућности прихвате преостале одредбе Повеље. Извештаје држава чланица, заједно са примедбама националних социјалних партнера, разматра Европски комитет за социјална права, уз помоћ представника Међународне организације рада (као консултанта), и то, са задатком да, са правног становишта, оцени усклађеност законодавства и праксе одређене државе уговорнице са одредбама Повеље. Као резултат те оцене, Европски комитет за социјална права усваја закључке, који се, заједно са извештајем и евентуалним примедбама на извештај, прослеђују Владином комитету Савета Европе. Тиме започиње друга фаза поступка (*follow-up* поступак), у којој потоње тело, на основу социјалних, економских и других критеријума, идентификује ситуације у којима је потребно усаглашавање са стандардима Савета Европе. Поступак се окончава достављањем закључака Европског комитета за социјална права и извештаја Владиног комитета Комитету министара, који двотрећинском већином гласова усваја препоруке, позивајући одређену државу да предузме све мере које су потребне за правилну и доследну примену повеља. Ове препоруке су документи политичке природе и немају правнообавезујућу снагу, већ обавезују државе уговорнице снагом аргумената на којима почивају и ауторитетом органа који их је упутио. С тим у вези, ваља приметити да поступак надзора над применом повеља значајно зависи од држава уговорница, будући да су представници њихових влада укључени чак у две фазе поступка (посредством Владиног комитета и Комитета министара), што се може разумети као својврсна слабост основног надзорног механизма.<sup>11</sup>

11 Urfan Khaliq, Robin Churchill, „The European Committee of Social Rights: Putting flesh on the bare bones of the European Social Charter“ у: Malcom Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2008, стр. 431.



Допунским протоколом од 1995. године, механизам надзора над применом Повеље допуњен је и оснажен увођењем новог надзорног инструмента. Реч о *коллективним пријужбама* (енгл. *collective complaints*), које представљају допуну разматрању извештаја држава уговорница. Као њихово основно обележје треба уочити *ојшии каракѿер ѿужбеној захѿева*, будући да предмет колективне притужбе не могу бити појединачне ситуације.<sup>12</sup> Колективна притужба се, уместо тога, мора односити на незадовољавајућу примену ратификованих одредаба Повеље у некој држави уговорници. Поступак по притужби, отуда, нема за циљ утврђивање повреде неког Повељом зајемченог права, већ (само) верификацију усклађености законодавства и праксе државе уговорнице против које је притужба поднета са одредбама Повеље.<sup>13</sup> То, даље, значи да физичка лица која сматрају да нека држава уговорница не примењује Повељу на задовољавајући начин нису легитимисана за подношење притужбе, већ активна легимитација припада само овлашћеним организацијама. Број тих субјеката није мали и одговара обиму каталога зајемчених права, као и разноврсности области које чине предмет регулација Повеље, тако да право на подношење притужбе имају следеће организације: а) међународне организације послодавца и запослених које у поступку испитивања националних извештаја имају статус посматрача на састанцима Владиног Комитета (Европска конфедерација синдиката /ETUC/, *BusinessEurope* /ранији назив: UNICE/ и Међународна организација послодавца /IOE/); б) друге међународне невладине организације са консултативним статусом у Савету Европе, које су уврштене у списак овлашћених подносилаца колективне притужбе; в) национална репрезентативна професионална удружења запослених и послодавца из држава уговорница; г) друге репрезентативне националне невладине организације надлежне за питања „покривена“ Повељом, под условом да им је држава дала допуштење за подношење колективне притужбе (што је, до данас, учинила само Финска). Поступак одлучивања по притужби подразумева учешће двеју странака и примену начелâ контрадикторности и јавности (али не и начелâ *res iudicata* и *ne bis in idem*), због чега се овај поступак може квалификовати као квази-судски поступак.<sup>14</sup> Он започиње подношењем притужбе Генералном секретару Савета Европе, који је, без одлагања, прослеђује Европском комитету за социјална права. Поступак пред Европским комитетом за социјална права може укључити и консултовање социјалних

12 Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, стр. 102.

13 *Ibid.*

14 Polonca Končar, „Iztožljivost socialnih pravic s poudarkom na vlogi Evropskega odbora za socialne pravice“, *Delavci in delodajalci*, бр. 2–3/2010, стр. 162.

партнера, а завршава се мериторним одлучивањем о притужби и сачињавањем извештаја, који се доставља Комитету министара, ради разматрања. Ако је Европски комитет за социјална права закључио да држава не примењује Повељу на задовољавајући начин, Комитет министара двотрећинском већином гласова усваја препоруку, док се у случају да је закључено да држава испуњава своје уговорне обавезе, простом већином гласова усваја одговарајућа резолуција.

И, најзад, ваља приметити да је Европски суд за људска права, и поред тога што обезбеђује само заштиту права зајемчених Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, у неколико случајева, посредно, „заобилазним путем“, обезбедио и заштиту једног од основних повељама зајемчених права.<sup>15</sup> Реч је о праву на социјалну сигурност, које је, почевши од случаја Гајгузус (*Gaygusuz*) против Аустрије,<sup>16</sup> третирано као *аспект права на неометано уживање имовине*, и то, у вези са клаузулом забране дискриминације у уживању имовине. У литератури се, стога, указује да би ова пракса могла имати одређени значај за међународну заштиту права на социјалну сигурност, а да Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода има солидан потенцијал за заштиту појединих права „друге генерације“, пре свих права на социјалну сигурност.<sup>17</sup>

15 Frans Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, third edition, Kluwer Law International, The Hague/London /Boston, 2001, стр. 254. О заштити права на социјалну сигурност пред Европским судом за људска права вид. Conseil de l'Europe, *La sécurité sociale comme droit de l'homme – La protection offerte par la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007.

16 Спор је покренуо турски држављанин Џеват Гајгузус, тврдећи да му је повређено право на социјалну престацију коју, у складу са аустријским Законом о осигурању за случај незапослености, остварују сва лица која више не испуњавају услове за коришћење помоћи за случај незапослености (тзв. пензијска аконтација). Будући да је са прекидима био запослен у Аустрији 11 година, подносилац представке је испуњавао све услове за остваривање ове престације (укључујући услов који се тиче уплате доприноса за социјално осигурање), осим једног услова – није имао аустријско држављанство. Суд је закључио да се различито поступање према домаћим држављанима и странцима приликом додељивања предметне социјалне престације „не заснива ни на једном објективном и разумном разлогу“ и да због тога постоји повреда члана 14 Конвенције (забрана дискриминације) у вези са чланом 1 Протокола 1 (право на неометано уживање имовине). Суд је, дакле, стао на становиште да право на престацију која се финансира доприносима за социјално осигурање има својство имовине чије несметано уживање гарантује Протокол 1 и да је, због тога, забрањена дискриминација на основу држављанства у погледу стицања ове престације. Вид. пресуду у случају Гајгузус против Аустрије од 16. септембра 1996. године (представка бр. 17371/90).

17 Thilo Marauhn, „Social rights beyond the traditional Welfare State: International instruments and the concept of individual entitlements“ у Eyal Benvenisti, Georg Nolte (eds.), *The Welfare State, globalization, and International Law*, Springer Academic Press, 2004, стр. 308.

Премда је била скопчана са бројним ограничењима и проблемима, полувековну примену Европске социјалне повеље ваљало би оценити као успешну. О томе сведоче, између осталог, и 43 ратификације Повеље, односно Ревидиране повеље, док се њихов практичан утицај на законодавство и праксу држава уговорница битно разликује од једне до друге државе – у неким од њих тај утицај је био само симболичан, док се у другим државама испојио у новелирању радног законодавства у циљу усклађивања са европским стандардима (нпр. измене правила о заштити материнства у кипарском законодавству или измене правила о запошљавању странаца у Аустрији). Поред врлина које баштине, ове акте одликују и одређени недостаци. Први од њих тиче се овлашћења уговорница да бирају одредбе које ће ратификовати. Када је реч о „меким одредбама“, такво решење доводи уговорнице у неједнак положај, посебно што се гаранције заштићених економских и социјалних права усвајају у „блоковима“ који су опредељени по нејасним критеријумима. Ово *a fortiori* вреди за могућност уговорница да не прихвате и неке од тзв. чврстих одредаба Повеље, односно Ревидиране повеље, упркос томе што су у њима садржане гаранције најважнијих економских и социјалних права!<sup>18</sup>

Обележавање јубилеја наткриљује и сенка неостваривања свих потенцијала и функција ради којих су повеље и усвојене. Тај закључак нарочито вреди за примену система колективних притужби, који би значајније могао да оснажи поштовање економских и социјалних права, будући да обезбеђује интензивније учешће (међународних и националних) социјалних партнера и невладиних организација. Капацитети овог надзорног механизма се, међутим, не користе у довољној мери, јер државе имају само могућност (не и обавезу) прихватања система колективних притужби, што је до данас искористило само 14 држава, док су активно легитимисана лица поднела свега 73 колективне притужбе. Ограничено прихватање и прибегивање систему колективних притужби није једино што се надзорном механизму може приписати као слабост. Тако се може разумети и чињеница да Комитет министара није увек вољан да подржи закључке Европског комитета за социјална права и учини одговарајуће препоруке.<sup>19</sup> Ипак, ове слабости не превладавају значај повеља, посебно што државе све више обраћају пажњу на европске (некомунитарне) стандарде, као и на одговарајуће препоруке Комитета министара, и, на-

18 Један број аутора, међутим, упозорава да су поједина права зајемчена тзв. чврстим одредбама Повеље не зато што су најважнија, већ зато што такво решење може да обезбеди постизања какве-такве равнотеже између различитих група права. Вид. U. Khaliq, R. Churchill, *нав. дело*, стр. 429.

19 Régis Brillat, „La Charte sociale européenne et le contrôle de son application“ у: Nikitas Aliprantis (éd.), *Les droits sociaux dans les instruments européenne et internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2009, стр. 48–49.

рочито, на праксу Европског комитета за социјална права. У том смислу, ваља уочити да независни стручњаци из састава потоњег тела, приликом тумачења (и прецизирања значења) одредаба повеља, представљају, управо, интересе повеља као инструмената за унапређење услова живота и рада грађана у Европи, а не интересе држава из којих долазе. Посебан квалитет „јуриспруденције“ Европског комитета за социјална права,<sup>20</sup> при том, представља настојање да се одредбе Повеље не тумаче као теоријски, већ стварни, инструмент за заштиту људских права, и то, у светлу развоја националног права држава чланица Савета Европе и одговарајућих извора права међународног порекла.<sup>21</sup>

Пред изазовом усклађивања законодавства и праксе са европским некомунитарним стандардима налази се и Република Србија, која је 22. марта 2005. године потписала, а 14. септембра 2009. године и ратификовала Ревидирану повељу.<sup>22</sup> Приликом савладавања тог изазова не сме се губити из вида да заштита социјалних права није само политички избор, већ и правна и морална обавеза. Ово посебно стога што социјална правда и заштита од сиромаштва, и данас, као и пре 50 година, представљају кључне предуслове друштвене кохезије, социјалног мира и привредног и друштвеног напретка. У том смислу се и поштовање повеља усвојених под окриљем Савета Европе може разумети, између осталог, и као моћан инструмент за савладавање последица економске кризе и заштиту социјалне димензије људског достојанства.

20 „Јуриспруденцију“ Европског комитета за социјална права чине закључци о стању националног законодавства и праксе држава уговорница сачињени приликом разматрања националних извештаја, одлуке донете поводом колективних притужби и интерпретативна мишљења о појединим члановима Повеље усвојена у оквиру система разматрања националних извештаја, која се сваке године објављују у збиркама закључака. Богата пракса Комитета може се претраживати и консултовати на интернет адреси <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?language=en>; за анализу ове праксе вид. Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2<sup>e</sup> édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002.

21 Стога се у литератури пледира за циљни и тзв. динамични приступ у тумачењу Повеље, који подразумева да „Повеља мора бити тумачена на начин да основна социјална права (могу да) заживе и добију смисао“, док „сва ограничења права треба објашњавати рестриктивно, то јест, разумети их тако да сачувамо недодирљивим суштину одређеног права, остварујући намеру Повеље“. Р. Кошћар, *нав. чланак*, стр. 163–164.

22 Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље објављен је у *Службеном гласнику РС*, бр. 42/09.

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

## ПРАВО ОСИГУРАЊА

### I На дневном реду у свету и код нас

#### 1. На захтев Европске комисије Европско удружење осигуравача и реосигуравача одговара о правном оквиру корпоративног управљања<sup>1</sup>

У одговору на консултацију Европске комисије о правном оквиру корпоративног управљања у Европској унији, удружење европских осигуравача и реосигуравача истиче да се осигуравачи посматрају из два угла: као компаније и као институционални инвеститори у другим компанијама. Након ступања на снагу *Solvency II* ће увести нове захтеве као елемент корпоративног управљања у сектору осигурања. Систем управљања биће кључни део у новом систему заснованом на управљању ризиком, чији је циљ обезбеђење ефикасности капитала и снажног система контроле.

Удружење европских осигуравача и реосигуравача је дало одговор на следећа питања:

1. Да ли мере корпоративног управљања ЕУ треба да узму у обзир величину котиране компаније и како? Да ли треба успоставити различит и пропорционалан режим за мале и средње котиране компаније? Ако се определимо за то, да ли постоје одговарајуће дефиниције или прагови? У одговору на ово питање, удружење осигуравача и реосигуравача ставља акценат

---

<sup>1</sup> CEA response to the EC consultation on the EU corporate governance framework, CEA Press Release, 19 July 2011. Доступно на адреси: [www.cea.eu](http://www.cea.eu).

- на флексибилност система корпоративног управљања и његову прилагођеност величини, комплексности и типу компаније, при чему се величина сматра мање важном од специфичних активности управљања ризиком компаније. Будући да између законодавстава држава чланица ЕУ још увек постоје разлике у погледу корпоративног управљања, било која законодавна иницијатива мора бити заснована на уважавању тих разлика.
2. Да ли треба предузимати мере корпоративног управљања на нивоу ЕУ када је реч и о некотираним компанијама? Да ли ЕУ треба да се фокусира на унапређење развоја и примену кодекса у погледу некотираних компанија? За разлику од котираних компанија – које имају додатну одговорност према акционарима – са некотираним компанијама то није случај, тако да не постоји потреба за посебним мерама корпоративног управљања у овим компанијама у сектору осигурања. Удружење европских осигуравача и реосигуравача подсећа да су мере управљања режима *Solvency II* детаљне и довољне за некотиране осигуравајуће компаније.
  3. Да ли у ЕУ треба тежити раздвајању функција председника управног и извршног одбора? Представници осигурања се не залажу за регулаторну забрану ове комбинације функција, јер сматрају да у одређеним случајевима може бити погодно комбиновати ове две функције (нпр. када се ради о малим компанијама). Наспрам томе, у великим компанијама треба усвојити правило о раздвајању ових функција, али уз могућност одступања (у поступку избора новог председника извршног одбора, када председник управног одбора може привремено вршити његову функцију).
  4. Да ли политика избора лица на управљачким позицијама треба да буде конкретнија у погледу жељеног профила директора, тј. обезбеђења избора лица која поседују тачно одређене особине, као и обезбеђења одговарајуће диверзификације борда? На ком нивоу легислативе треба предузети ову акцију: националном, ЕУ или међународном? Представници осигурања сматрају да је веома тешко постићи хармонизацију политике избора на нивоу ЕУ. Док у неким државама постоји тест компетентности за директоре, у другим тако нешто не постоји. Осим тога, у многим државама не постоји развијено тржиште директора, што је додатни разлог да се не инсистира на увођењу овог услова.
  5. Да ли котиране компаније треба да буду обавезане да открију да ли спроводе политику диверзификације и да о томе састављају

- извештаје? Удружење осигуравача и реосигуравача залаже се против увођења овакве обавезе.
6. Да ли котиране компаније треба да обезбеде бољу полну диверзификацију и како? Удружење европских осигуравача и реосигуравача залаже се да управни одбор као целина буде састављен од лица који поседује одговарајућа знања и вештине, али је против увођења индивидуалних ограничења било које врсте, јер сматра да би могла бити препрека ангажовању способних појединаца.
  7. Да ли треба донети мере на нивоу ЕУ којима се ограничава број мандата неизвршних директора? У асоцијацији осигурања и реосигурања влада уверење да уместо увођења ограничења мандата за неизвршне директоре, треба увести принцип да се од директора захтева да имају довољно времена за сваки управни одбор. Исто тако, треба правити разлику између директора који врше мандат у компанијама у оквиру исте групе и оних чији мандат је у потпуно различитим компанијама. Једино у овом другом случају се захтева додатно време и напор за вршење функције директора.
  8. Да ли котиране компаније треба да буду охрабрене да редовно спроводе екстерну евалуацију (нпр. на три године)? Представници осигуравајућег сектора се не слажу са увођењем обавезне евалуације, јер нису убеђени у њену делотворност и начин на који је треба спровести.
  9. Да ли треба да буде обавезно објављивање политике накнада, годишњи извештај о накнадама и индивидуална накнада извршних и неизвршних директора? Удружење европских осигуравача и реосигуравача сматра да ово питање треба да буде усклађено са текућим стањем у законодавству држава ЕУ и са будућим европским законодавством осигурања (*Solvency II*).
  10. Да ли треба да буде обавезно да се политика накнада и извештај о накнадама ставе на гласање на скупштини акционара? Удружење европских осигуравача и реосигуравача признаје да осигуравачи као институционални инвеститори имају изражени интерес да се избегне расипничка политика накнада. Стога сматра да је кључни принцип да структуром накнада треба прилагодити интерес менаџера дугорочном интересу акционара.
  11. Да ли управни одбор треба да одобрава и преузима одговорност за управљање ризиком и да о томе извештава акционаре? У осигурању сматрају да и приликом регулативе овог питања треба узети у обзир решења режима *Solvency II*.

12. Који је најбољи начин да се на нивоу ЕУ олакша сарадња међу акционарима? Према мишљењу представника осигуравајућег сектора, није неопходно уводити нове мере са циљем унапређења сарадње међу акционарима, јер већ постоји много начина комуникације међу њима.
13. Да ли је мањинским акционарима потребна додатна заштита како би се њихови интереси боље штитили у компанијама са контролним или доминантним акционарима? Удружење европских осигураваача и реосигураваача изражава уверења да таква заштита већ постоји.

## **2. Немачки осигураваачи остварили зараду од 187 милијарди евра у 2010. години<sup>2</sup>**

Према подацима из немачке привреде осигурања, произлази да немачки осигураваачи покривају финансијске ризике скоро сваког грађанина и сваког привредног друштва. Како су они у претходној (2010.) години остварили приходе од преко 187 милијарди евра – што је одличан приход и повећање резерви осигурања у корист осигураника – закључује се да модерно друштво не може функционисати без приватног осигурања.

Њихов приход на основу 450 милиона уговора о осигурању износио је 179 милијарди евра у 2010. години. Са учешћем од 30% у светском тржишту осигурања, Немачка се сматра међународно водећом силом реосигурања. Као значајни инситуционални инвеститори са капитал учешћем од скоро 1,25 билиона евра осигураваачи континуирано снабдевају привреду финансијским средствима.

## **3. Захтев да се раздвоји системско утврђивање ризика у осигурању и банкарству**

Асоцијације осигурања, које представљају четири петине светског осигурања и реосигурања, упутиле су захтев групи G-20 да обезбеде да се системска процена ризика у осигурања раздвоји од посла на утврђивању глобално значајних финансијских институција у банкарству. Док је тај посао увелико окончан у области банкарства, идентични процес тек треба да отпочне у области осигурања.

---

2 Neues Statistische Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2011 – Jährliche Versicherungsleistungen über 187 Milliarden Euro – Versicherer decken Risiken von Haushalten und Unternehmen. Доступно на адреси: [www.gdv.de](http://www.gdv.de).



#### **4. Удружење европских осигураваача и реосигураваача о „Европском уговорном праву за потрошаче и непотрошаче“<sup>3</sup>**

Удружење европских осигураваача и реосигураваача подржава напоре Европске комисије и рад на унапређењу кохерентности европског уговорног права са циљем повећања заштите потрошача, уклањања препрека прекограничног промета и интеграције унутрашњег тржишта. Удружење оцењује оно што је група експерата урадила као значајан корак у жељеном правцу. Али, како овај документ директно не помиње осигурање, представници осигурања подсећају на следеће: „осигуравајуће компаније још увек не могу понудити јединствене производе осигурања на јединственом европском тржишту, засноване на унификованом европском правном оквиру. Данашње разлике између националних права значе да осигураваачи, вољни да пруже прекограничне услуге осигурања, још увек морају да мењају одредбе полисе како би задовољили захтеве локалног права, што ствара значајне трошкове и води правној несигурности. Међутим, разлике између уговорног права су само једна од многобројних сметњи развоју прекограничног промета, међу којима су и језик, локални кулурни и социолошки фактори, као и обичаји и праксе. Уклањање бар једне од препрека прекограничног промета може олакшати његово обављање, али свакако не може довести до суштинског повећања ових трансакција.“

#### **5. Хрвати прошле године издвојили 8, а Словенци чак 200 евра за полису додатног здравственог осигурања<sup>4</sup>**

Словенац је прошле године за полису додатног, односно приватног здравственог осигурања уговорену с неким од друштава осигурања издвојио готово 200 евра, док је Хрват за исту намену 2010. потрошио тек осам евра. Са 2.100 евра на врху лествице међу европским земљама су Холанђани, а веће појединачне уплате од Словенаца имају само Швајцарци, и то 750 евра, као и Немци 390 евра.

Европска индустрија осигурања у 2010. остварила је 108 милијарди еура премије на здравственим осигурањима, што је у односу на годину пре раст од шест посто, док је у Хрватској премија досегла 37 милиона евра и била 4,6 посто мања него у 2009, известила је председница Управе Уника осигурања Саша Крбавац на округлом столу „Здравствено осигурање – отворено о приватном и јавном“ у организацији часописа

3 CEA views on „A European contract law for consumers and business“ (results of the feasibility study carried by the Expert Group on European contract law), CEA Press Release, 30 June 2011. Доступно на адреси: [www.cea.eu](http://www.cea.eu).

4 Доступно на адреси: [osiguranje.hr](http://osiguranje.hr).

Банка. У структури осигурања у оквирима Европе на полисе здравства отпада 25 посто од укупно уговорене премије, што тај производ позиционира као други највећи у скупини неживотних осигурања. Однос државне и приватне потрошње унутар укупног годишњег трошка за здравство на нивоу ЕУ је 74 према 26 посто, док у Хрватској 86 посто отпада на државну и 14 посто на приватну потрошњу. Укупан трошак приватног здравства у хрватском БДП-у суделује са 0,6%, док у ЕУ износи око 7%. Честе промене прописа и услова пословања, нејасна граница између обавезног и добровољног здравственог осигурања, укидање пореских олакшица и удар рецесије успоравају развој тржишта, истичу кључне проблеме осигуравачи.

## **6. Право потрошача на накнаду штете узроковане картелским понашањем осигуратеља<sup>5</sup>**

Група италијанских грађана, потрошача производа и услуга осигурања, покренула је тужбу за накнаду штете против осигуравача који се прикључио једном картелском споразуму (осигуравачи су се договорили о висини премије на одређеном подручју), тврдећи да је такав споразум противан начелу слободне тржишне утакмице и да им је нанео штету која се састоји у томе да су морали плаћати повећану премију. Међутим, проблем је искрснуо око питања како доказати да је и колико је плаћена већа премија. Суд је – уз поштовање свих правила о терету доказа настале штете и права осигуравача да својим аргументима докаже супротно – стао на становиште да се током поступка накнаде штете може узети у обзир велики степен вероватноће да је понашање осигуравача довело до штете потрошачима (дакле постојање узрочне везе између приступа споразуму и непотребног повећања премије), а саму висину одштете досудити по начелу правичности, конкретизирајући је у постотку од стварно плаћене премије.

## **7. Осигурање од одговорности адвоката новина у српском праву**

Једно од најзначајнијих обележја и свакако системски битна новина новог Закона о адвокатури<sup>6</sup> је увођење осигурања од професионалне одговорности адвоката. Реч о још једној врсти осигурања од професионалне одговорности, које се код нас уводи у форми обавезног и регулише у оквиру одељка о дужностима адвоката. Међутим, законодавац

5 Италијански Касациони суд, III грађанско одељење, 18.12.2009., бр. 26748. Доступно на адреси: [osiguranje.hr](http://osiguranje.hr).

6 Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

само у основним цртама регулише ово осигурање, због чега постоји потреба да се скрене пажња на места која могу представљати „слабе тачке“ у будућој примени новог типа осигурања. Наиме, законска одредба гласи: адвокат је дужан да закључи уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности код организације регистроване за ову врсту осигурања. Адвокатска комора може закључити уговор о колективном осигурању од професионалне одговорности за све адвокате уписане у њен именик адвоката. Адвокатска комора Србије утврђује минималну суму осигурања за штету од професионалне одговорности. Адвокатска комора ускратиће издавање или продужење важења адвокатске легитимације адвокату који није закључио уговор о осигурању, осим у случају осигурања из става 2 овог члана.<sup>7</sup>

Ако оставимо по страни недовољно добро коришћење терминологије и техничке омашке (попут оне о томе да се осигурање прибавља код организације регистроване за ову врсту послова осигурања), сматрамо да су кључне следеће мањкавости поменуте одредбе:

- 1) закон оставља две могућности у погледу закључења уговора: индивидуално и колективно осигурање. Али, имајући у виду да право на упис у именик адвоката може бити ускраћено адвокату или адвокатском друштву које не достави доказ о прибављеном осигурању, чини се да би у овом тренутку било мудро препустити адвокатској комори закључење уговора о осигурању;
- 2) што се тиче момента настанка обавезе закључења овог осигурања, он је везан за почетак бављења адвокатуром. Питање момента настанка обавезе закључења уговора о осигурању мора бити посебно регулисано за још неколико у пракси врло честих и значајних ситуација. Прво, моменат настанка обавезе за адвокате који приступају адвокатским канцеларијама или адвокатским друштвима уписаним у именик адвоката. Друго, моменат настанка обавезе за адвокате који настављају да се баве адвокатуром након привременог прекида у смислу ЗА, као и након истека привремене забране бављења адвокатуром. Регулисањем свих ових питања спречиће се настанак празнина у покрићу;
- 3) законом није одређено ко се сматра трећим оштећеним лицем у смислу овог осигурања. Непрецизирањем круга оштећених лица обухваћених осигуравајућом заштитом омогућава се да осигуравачи условима осигурања измене законом прописану заштиту. Како се ради о потпуно новом типу осигурања, ова опасност је утолико већа;

7 Закон о адвокатури, чл. 37.

- 4) закон користи формулацију осигурање од професионалне одговорности када говори на шта се односи обавеза осигурања, али не прецизира које штете могу (и морају) бити обухваћене њиме;
- 5) закон не одговара на питања ко још осим адвоката, односно адвокатских друштава може бити обухваћен покрићем. Како на основу облигационих прописа произлази и одговорност других лица запослених или ангажованих у адвокатској канцеларији, то мора бити решено питање покрића њихове одговорности;
- 6) закон прописује обавезу адвокатске коморе да пропише минималне суме на које осигурање од одговорности адвоката мора бити закључено. Ова одредба је само у извесној мери добра. Добра страна наведене одредбе огледа се у томе што доприноси практичном функционисању овог осигурања. С обзиром на праксу домаћих друштава осигурања да практикују врло ниске суме осигурања, адвокатска комора мора обезбедити минималне суме које ће бити гарант пружања адекватне заштите како адвокатима као професионалцима изложеним све већем ризику утужења, тако и корисницима њихових услуга као потенцијално оштећеним лицима. Поставља се питање које тј. колике су то суме осигурања, односно да ли ће адвокатска комора бити у стању да их квалификовано одреди. Једно од питања повезаних са минималним сумама осигурања је, да ли је поред везивања исте за осигурани случај, потребно и одредити колико највише може да износи минимална сума осигурања за све осигуране случајеве који настану у току једне године. Сматрамо да је двоструко прецизирање минималне суме осигурања јако корисно за државу која тек уводи ово осигурање;
- 7) једна од мањкавости новог закона је и недовољно разрађена одредба о обавезном осигурању од одговорности адвоката по питању искључених штета. Иако је у пракси осигурања уобичајено да се сваки нови тип осигурања детаљно разрађује посебним условима, сматрамо да је – ради избегавања уношења у посебне услове неприхватљивих искључења – било корисно у поменути одредбу унети још један став, којим се императивно одређује круг штета које обавезно морају бити обухваћене осигуравајућим покрићем. То је прилично распрострањена пракса у упоредном праву, која има за циљ да осујети осигураваче у намери да круг искључених штета одреде прешироко и тиме изиграју сврху овог осигурања.

Поменути недостаци законског режима обавезног осигурања од одговорности адвоката су такви да доводе у питање делотворност будуће осигуравајуће заштите. Ако се жели спречити обезвређивање тако значајног института, осигуравачи морају мудро политиком израде услова овог осигурања надоместити све поменути недоречености.

## 8. Усвојен нови Закон о привредним друштвима

Српски парламент изгласао је 25. маја нови Закон о привредним друштвима, који почиње да се примењује од 1. фебруара 2012. године.<sup>8</sup> Бројне новине којима се знатно мења систем корпоративног управљања двоструко су значајне за сектор осигурања. Прво, њима се утиче на корпоративно управљање у друштвима осигурања, будући да се овај закон примењује као *lex generalis* за сва статусна питања која нису уређена Законом о осигурању. Друго, одредбе поменутог закона о одговорности директора представљају велики помак у односу на важећи закон и делују подстицајно на увођење корпоративног осигурања.

## II Речник и појмови осигурања

### Чекић клаузула („*Hammer clause*“) у осигурању од одговорности и осигурању правне заштите

Стручњаци за право осигурања признају да језик и клаузуле полисе осигурања од одговорности директора могу бити прилично непрецизни и двозначни и да потписивање исте без пажљивог читања и разумевања свих одредби може довести до добијања много мање заштите од оне на коју је осигураник претендовао. Једна од клаузула која се у том смислу може сматрати парадигматичном је клаузула о поравнању. Реч је о клаузули којом осигуравач регулише услове и начин одбране осигураника, међу којима је највише простора посвећено поравнању. Наиме, у не малом броју случајева, сценарио поступка је следећи: осигураник пристаје да његову одбрану води бранилац, кога је именовано осигуравач. У току поступка осигураник добија понуду да се судски или вансудски поравна за износ који његов бранилац оцени прихватљивим по друштво за осигурање. Међутим, он сматра понуду апсолутно неприхватљивом, јер тврди да нема места одговорности и да ће га суд ослободити одговорности која му се ставља на терет. Поставља се питање шта ће се, при оваквом стању ствари, догодити. Да ли ће осигураник ипак (!), под притиском осигуравача, морати да пристане на понуђено поравнање или ће

8 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011.

моћи да остане при свом ставу и посвети се својој одбрани? Уколико се определи за другу опцију, каква ће бити његова позиција у погледу доступности осигуравајуће заштите?

Према овој клаузули, ако је осигуравач спреман да прихвати одређену пресуду или понуду за поравнање, а осигураник на то не пристане, он може осигуранику платити износ на који пресуда, односно поравнање гласи и ослободити се даљих обавеза накнаде штете, трошкова поступка и уопште одбране осигураника. Из језичког тумачења клаузуле произлази да се она може применити како у случају поравнања, тако и у случају пресуда које гласе на износ који осигуравач сматра прихватљивим. Међутим, у пракси се много више примењује у случају поравнања. Ово зато што осигуравачи показују више интересовања за исход поступка када сазнају да постоји могућност поравнања. Међутим, суштина „чекић“ клаузуле није само у индиректном обвезивању осигураника да прихвати поравнање под условима које осигуравач сматра пожељним, већ у активном укључивању осигуравача у одбрану осигураника.

Не оспоравајући значај ове клаузуле за осигуравача и њену подређеност његовим чисто материјалним интересима, поставља се питање њене етичности? Позивом на клаузулу о поравнању, осигуравајућа компанија врши притисак на осигураника да прихвати поравнање, јер ако то не учини осигуравач неће покривати његову одговорност. Иако осигураник – бар деклараторно – има право да самостално одлучи да ли ће се приклонити ставу осигуравача, тешко је очекивати да, осим у изузетним случајевима (када је апсолутно сигуран у своју невиност или је финансијски врло „јак“), он одбаци понуду осигуравача. Осигураник, који би решио да не прихвати поравнање или пресуду коју осигуравач сматра „разумном“, нашао би се у ситуацији да мора сам да сноси све трошкове који настану у даљем поступку. Он би, дакле, остао без осигуравајућег покрића у мери у којој даљи исход поступка доведе до прекорачења износа понуђеног поравнања.

---

# ПРАВНА ПРАКСА

---

*Гордана АЈНШИЛЕР ПОПОВИЋ*  
судија Привредног апелационог суда

## РЕШЕЊЕ НЕКИХ СПОРНИХ ПИТАЊА У ПОСТУПКУ ПО УНАПРЕД ПРИПРЕМЉЕНОМ ПЛАНУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Унапред припремљени план реорганизације је нови институт стечајног права, уведен у наше законодавство Законом о стечају, чија је примена почела 23.1.2010. године. Стога су се у примени истог поставила многа питања, која судска пракса мора да реши.

Одговори на нека од њих дата су кроз исказана мишљења у дискусијама судија или образложењима одлука а за нека су усвојени и одговори на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда.

### **I Ко су овлашћени подносиоци унапред припремљеног плана реорганизације?**

Унапред припремљени план реорганизације може поднети само и једино стечајни дужник.

### **II Време подношења унапред припремљеног плана реорганизације**

Унапред припремљени план реорганизације се према одредбама Закона о стечају може поднети само истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка.

Као спорно питање у судској пракси поставило се и да ли стечајни дужник може на рочиште за испитивање испуњености стечајног разлога заказаном у поступку по предлогу повериоца за покретање стечаја, поднети унапред припремљени план реорганизације. Привредни апелациони суд је дао одговор на ово питање усвојен на седници Одељења за привредне спорове 9. и 10.11.2010. године.

„Одредбом члана 43 став 1 Закона о стечају (у даљем тексту Закон), је прописано да се стечајни поседујач покреће предлојом овлашћених предлајача. У члану 55 став 1 Закона (под насловом „овлашћени предлајачи“) је прописано да се поседујач покреће предлојом повериоца, дужника или ликвидационог управника, док је садржина предлоја прописана одредбама члана 56 Закона. Ставом 2 члана 43 Закона је прописано да поверилац подноси предлој за покретање стечајног поседујача у случају посудојача трајније неспособности плаћања, неспособноћа по усвојеном плану реорганизације и уколико је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин. Стечајни дужник подноси предлој за покретање стечајног поседујача у случају посудојача једног од стечајних разлога из члана 11 став 2 овог Закона (1. трајнија неспособност плаћања; 2. прелајач неспособност плаћања; 3. презадуженост; 4. неспособност по усвојеном плану реорганизације и ако је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин). Такође, стечајни дужник је овлашћен да поднесе и предлој за покретање стечајног поседујача у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, сходно члану 158 став 1 Закона о стечају.

Сходно члану 60 став 1 Закона, стечајни судија је дужан да у року од три дана од дана достављања предлоја за покретање стечајног поседујача донесе решење о покретању прелиминарног стечајног поседујача и да сходно члану 68 став 1 Закона закаже рочиште ради расправљања о посудојачу стечајног разлога за отварање стечајног поседујача најкасније у року од 30 дана од дана пријема предлоја за покретање стечаја. У ставу 2 истог члана је прописано да ако стечајни судија не донесе решење о покретању прелиминарног стечајног поседујача, заказује рочиште ради расправљања о посудојачу разлога за отварање стечајног поседујача у року од десет дана од дана пријема предлоја за покретање стечајног поседујача.

Из садржине постављеног питања, произлази да је стечајни дужник, након поднесеног предлоја од стране повериоца за покретање стечајног поседујача над дужником и доношења решења стечајног судије о заказивању рочишта ради расправљања о посудојачу стечајног разлога, односно на рочишту ради расправљања о посудојачу стечајног разлога, поднео предлој за покретање стечајног поседујача у складу са унапред припремљеним планом реорганизације.



*Један од услова за подношење унапред припремљеног плана реорјанизације је да се унапред припремљени план реорјанизације подноси истовремено са предлозом за покретање стечајне реорјанизацијом, сходно члану 158 став 1 Закона, који прописује да ако стечајни дужник истовремено са подношењем предлога за покретање стечајне подстиупка поднесе унапред припремљен план реорјанизације, у предлозу се мора јасно назначити да се предлаже покретање стечајне подстиупка реорјанизацијом, у складу са унапред припремљеним планом реорјанизације.*

*Према наведеном, стечајни дужник је поднео предлог за покретање стечајне подстиупка у фази када је предлог већ поднет од стране повериоца, као овлашћеног предлађача и када је у току подстиупак за утврђивање подстиупања стечајне разлога за отварање стечајне подстиупка над истим лицем (стечајним дужником).*

*У насталој ситуацији, стечајни судија ће из садржине предлога унапред припремљеног плана реорјанизације утврдити да ли је истим обухваћен и поверилац који је поднео предлог за покретање стечајне подстиупка над дужником и по чијем предлозу је заказано рочиште ради расправљања о подстиупању стечајне разлога, па ће истом повериоцу наложити да се изјасни да ли оступаје при поднетом предлозу за покретање стечајне подстиупка над дужником.*

*Ако поверилац остане при свом предлозу, стечајни судија ће решењем одбацити предлог стечајне дужника за покретање стечајне подстиупка у складу са унапред припремљеним планом реорјанизације и наставити подстиупак по раније поднетом предлозу повериоца за отварање стечајне подстиупка над дужником.*

*Ако исти поверилац искористи овлашћење из члана 58 Закона о стечају и повуче предлог за покретање стечајне подстиупка над дужником, суд ће обуставити подстиупак по предлозу повериоца и затим би по предлозу стечајне дужника сровео подстиупак по одредбама чл. 159–160 Закона (уз примену осталих одредаба које се односе на подстиупак реорјанизације из члана 155–166 осим чл. 161–164 Закона).“*

### **III Шта је обавезна садржина унапред припремљеног плана реорјанизације?**

Обавезна садржина унапред припремљеног плана реорјанизације, предвиђена је Законом тако што се регулише да поред свих елемената који су предвиђени као обавезни, сваки план реорјанизације мора имати и додатну садржину која према изричитим одредбама Закона о стечају представља:

1. навођење да ће повериоци односно њихова потраживања која нису обухваћени планом бити намирени на исти начин и под истим условима као потраживања других поверилаца њихове класе,
2. потписане изјаве већинских поверилаца по вредности потраживања сваке планом предвиђене класе, да су сагласни са садржином плана и спремни да гласају за његово усвајање,
3. изјаву стечајног дужника о веродостојности података и информација наведених у плану,
4. податке о поступку припреме плана реорганизације укључујући и податке о познатим обавештењима, доступности информацијама повериоцима и току преговора,
5. ванредни извештај ревизора са стањем пословних књига утврђених најкасније 60 дана пре подношења предлога, са прегледом потраживања и процентуалним учешћем сваког повериоца у одговарајућој класи плана,
6. изјаву ревизора или лиценцираног стечајног управника да је план изводљив и
7. извештај о очекиваним догађајима у пословању и преглед обавеза које достављају у року од 90 дана и предвиђени начин њиховог намирења.

#### **IV Да ли је обавезно насловљавање предлога као предлога по унапред припремљеном плану реорганизације?**

При подношењу предлога за покретање стечајног поступка по унапред припремљеним планом реорганизације, мора се изричито у предлогу нагласити да се предлаже покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације. Стога није довољно да се из садржине самог поднетог плана, може закључити да се предлаже стечај по унапред припремљеном плану реорганизације, већ то мора бити и формално наглашено у предлогу.

#### **V Шта се мора доставити уз предлог за стечај по унапред припремљеном плану реорганизације?**

Стечајни дужник је обавезан да уз предлог за покретање стечајног поступка по унапред припремљеном плану реорганизације поднесе и доказ о постојању неког од стечајних разлога који су дефинисани чла-

ном 11 Закона о стечају, што значи да је дужан да сам докаже постојање стечајног разлога.

Стечајни судија ће по службеној дужности или по примедби заинтересованих лица одбацити предлог за покретање стечајног поступка уз унапред припремљени план реорганизације, ако:

- оцени да исти није у складу са законом,
- ако планом нису обухваћени повериоци који би да су обухваћени планом могли да својим гласањем утичу на одлуку о усвајању плана,
- у ситуацији када је план непотпун или
- неуредан, а нарочито ако нису поштоване одредбе Закона о овлашћеним подносиоцима, садржини и року за покретању плана реорганизације, а недостаци се не могу отклонити или нису отклоњени у примереном року који је одредио стечајни судија.

Оваква обавеза за поступање стечајног судије постоји и ако суд утврди да не постоји стечајни разлог из члана 11 Закона о стечају.

На наведени начин стечајни судија заправо врши оцену дозвољености и потпуности плана, као и његове законитости у складу са одредбама овог закона. Санкција за изостанак неког од наведених елемената по закону је одбачај плана.

## **VI Који је поступак за отклањање недостатака унапред припремљеног плана реорганизације?**

Ако при разматрању предложеног плана стечајни судија утврди да постоје неки недостаци који су отклоњиви, он ће закључком наложити дужнику да исте у року од осам дана отклони. Уколико недостаци буду отклоњени суд ће наставити поступак по плану. Уколико, међутим, у остављеном року стечајни дужник не поступи и не отклони наведене недостатке стечајни судија ће одбацити предлог као неуредан.

## **VII Поступање по унапред припремљеном плану реорганизације**

Чланом 159 Закона о стечају дефинисан је претходни поступак за утврђивање испуњености услова за покретање стечајног поступка по унапред припремљеном плану реорганизације.

Стечајни судија у року од три дана од дана подношења уредног предлога за покретање стечаја по унапред припремљеном плану реорганизације, доноси решење о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја по унапред припремљеном плану реорганизације и заказује рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану. На наведено рочиште суд обавезно позива све повериоце. Рочиште се одржава у року предвиђеном за окончање претходног поступка.

Оглас о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја са унапред припремљеним планом реорганизације, израђује стечајни судија одмах по доношењу решења и објављује га на огласној табли суда и у Службеном гласнику Републике Србије, као и у најмање три високотиражна дневна листа.

Подносилац, односно предлагач сноси трошкове објављивања огласа, као и друге трошкове у износу који одреди суд. Предлагач мора уплатити трошкове у року од три дана од дана добијања судског налога. Циљ објављивања огласа на огласној табли и у високотиражним листовима је да се што већи број поверилаца обавести о поднетом предлогу, за стечај по унапред припремљеном плану реорганизације, да би се обезбедила транспарентност тог поступка и избегла могућа злоупотреба, односно намерно изостављање неких поверилаца.

Стечајни судија је дужан да одбаци предлог уколико стечајни дужник као предлагач не положи предујам трошкова стечајног поступка, у складу са налогом суда.

Садржина огласа којим се објављује покретање претходног поступка изричито је законом дефинисана. Циљ огласа је да се најшири могући круг евентуалних поверилаца упозна са намером дужника за покретање стечаја уз унапред припремљени план реорганизације, као и садржином плана односно предложеним начином измирења обавеза, као и да се сва заинтересована лица позову да доставе своје примедбе на предлог унапред припремљеног плана реорганизације.

Као спорно питање поставило се у пракси и ко сноси трошкове објављивања огласа и како поступа суд у случају неуплате трошкова.

Привредни апелациони суд је усвојио одговор на ово питање на седници 9. и 10.11.2010. године.

*„У члану 159 Закона о стечају (у даљем тексту: Закон) у ставу 1 је предвиђено да стечајни судија у року од три дана од дана подношења уредног предлога из члана 158 овог закона, доноси решење о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова*

за отиварање постојка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, којим заказује рочиште за одлучивање о предлоу и ласане о плану на које позива све познате повериоце. Рочиште се одржава у року предвиђеном за окончање преходне постојка. У ставу 2 је одређено да олас о окретању преходне постојка за испиивање испуњености услова за отиварање постојка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, израђује стечајни судија одмах по доношењу решења из става 1 овог члана. У ставу 3 је одређено да се олас из став 2 овог члана објављује на оласној табли суда и у „Службеном ласнику Републике Србије“, као и у најмање три високоираж-на дневна листа који се дистрибуирају на целој територији Републике Србије. Трошкове објављивања оласа као и друге трошкове преходне постојка из став 1 овог члана, дужан је да предујми предлач у износу који одреди суд, а у року од три дана од дана добијања судског налоа. У ставу 4 исто члана је прописано да у случају да предлач не улашти предујам у року из став 3 овог члана, стечајни судија обуставиће преходни постојак и предлог објави.

Постојање стечајне судије је јасно одређено наведеним одредбама члана 159 Закона о стечају: стечајни судија је дужан да у року од три дана од дана подношења уредне предлога из члана 158 овог закона, донесе решење о окретању преходне постојка за испиивање испуњености услова за отиварање постојка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације; истим решењем одредиће висину предујма трошкова преходне постојка; решење о окретању преходне постојка оласиће на оласну таблу суда даном доношења; одмах по доношењу решења (по се може тумачиши – исто дана), стечајни судија ће посебним закључком наложиши предлачу (у конкретној ситуацији по је стечајни дужник) да у року од три дана од дана добијања судског налоа улашти предујам трошкова одређених у наведеном решењу, уз уозорење на последице неопстојања из члана 159 став 4 – обуставу преходне постојка и објаву предлога.

Уколико предлач у одређеном року изврши улашту на име предујма трошкова, стечајни судија ће припремљени олас доставиши ради олашавања „Службеном ласнику РС“ и у три високоираж-на дневна листа који се дистрибуирају на целој територији Републике Србије, а ако предлач у одређеном року не изврши улашту на име предујма трошкова, стечајни судија ће решењем обуставиши преходни постојак и предлог објави.“

### **VIII Примедбе на унапред припремљени план реорганизације**

Примедбе којима се оспорава садржина унапред припремљеног плана, а нарочито основ и висина планом обухваћених потраживања, достављају се стечајном дужнику и надлежном суду у року који не може бити краћи од 15 дана од дана објављивања огласа у Службеном гласнику Републике Србије.

Стечајни судија ће наложити подносиоцу предлога да оглас објави и у међународним средствима информисања, уколико по евиденцији дужника има и поверилаца са седиштем ван територије Републике Србије.

### **IX Претходни поступак по унапред припремљеном плану реорганизације**

Претходни поступак по предлогу стечаја уз унапред припремљени план реорганизације траје најмање 30, а највише 45 дана. Стечајни судија закључком може продужити наведени рок за још највише 15 дана, односно до највише 60 дана, уколико за то постоје разлози сложености пословања и дужничко поверилачког односа у вези са стечајним дужником, или потребе поступања по примедбама поверилаца на унапред припремљени план реорганизације, као и ако је то потребно ради поступања стечајног дужника по налогу суда.

Стечајни судија у току трајања претходног поступка, може именовати привременог стечајног управника или ангажовати друга стручна лица у циљу утврђивања тачности података из унапред припремљеног плана или на предлог подносиоца плана одредити забрану извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовине стечајног дужника. Трошкове ангажовања привременог стечајног управника сноси сам подносилац предлога, односно стечајни дужник. Овлашћења привременог стечајног управника су обављање послова у складу са решењем о његовом именовању.

Жалба против решења о именовању стечајног управника и обиму његових послова и овлашћења није дозвољена, јер се ради о процени суда да је исти неопходан ради заштите интереса поверилаца, односно ради заштите имовине стечајног дужника, и радњама које је потребно предузети у том циљу.

Уколико стечајни судија утврди да нису испуњени услови за отварање стечајног поступка по унапред припремљеном плану реорганизације, он у току претходног поступка, најкасније пет дана пре одржавање роцишта за гласање по унапред припремљеном плану реорганизације може да одбаци предлог за покретање поступка.

Стечајни судија је овлашћен и да одреди забрану извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини дужника до одлуке о унапред припремљеном плану реорганизације.

## **Х Гласање по унапред припремљеном плану реорганизације**

Члан 160 Закона о стечајном поступку регулише гласање по унапред припремљеном плану реорганизације. За потребе гласања сматра се да су све обавезе стечајног дужника доспеле на дан одржавања рочишта за гласање за план. Поступајући по захтеву заинтересованих лица стечајни судија може извршити процену висине потраживања за потребе гласања.

Исход гласања о плану може бити следећи:

- усвајање унапред припремљеног плана реорганизације, у ком случају ће судија решењем истовремено отворити стечајни поступак, утврдити усвајање унапред припремљеног плана реорганизације и обуставити стечајни поступак, због усвајања унапред припремљеног плана, или
- неусвајање унапред припремљеног плана реорганизације у ком случају ће стечајни судија решењем одбити предлог за покретање стечајног поступка по унапред припремљеним планом реорганизације.

Ако је подносилац плана у току претходног поступка издејствовао меру забране извршења у смислу члана 159 став 8 Закона о стечају довођењем у заблуду, тако што је приказао нетачне податке о својим дуговањима, односно пропустио да наведе податке који су од значаја за одлуку суда, подносилац предлога је у обавези да накнади штету која је повериоцима проузрокована таквом забраном.

Трошкове настале од подношења предлога до усвајања плана сноси подносилац плана, односно сам стечајни дужник.

Код анализе последица усвајања плана важно је имати у виду и одредбе члана 167 став 5 Закона о стечају којима је предвиђено да уколико је унапред припремљеним планом реорганизације обухваћено непостојеће потраживање или потраживање у износу који је већи од стварно постојећег потраживања, стечајни дужник, повериоци обухваћени усвојеним планом, као и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања плана, а који нису обухваћени планом, могу оспорити такво потраживање у року од годину дана од дана доношења решења о потврђивању усвајања унапред припремљеног плана реорганизације тужбом, противтужбом или истицањем приговора у парници.

Могућност унапред припремљеног плана реорганизације у поступку услед дуготрајне неспособности плаћања

Посебно је спорно у судској пракси било питање – да ли је могуће поднети унапред припремљени план у поступку покренутом због дуготрајне неспособности плаћања и који је редослед и начин поступања суда у том случају.

Одговор на то питање Привредни апелациони суд усвојио је на седници Одељења 9. и 10.11.2010. године и исти гласи:

*„Одредбом члана 43 став 1 Закона о стечају (у даљем тексту Закон) је прописано да се стечајни поступак покрене предлојом овлашћених предлагача.*

*Обавештење организације која сироводи поступак принудне наплате, достављено надлежном суду у смислу члана 150 став 1 Закона предсавља иницијални акт којим се покрене посебан поступак у случају дуготрајне неспособности за плаћање, реулисан одредбама ставе X Закона о стечају у чл. 150–154.*

*Одредбом члана 150 став 4 Закона је прописано да по пријему обавештења из става 1 овог члана, стечајни судија по службеној дужности доноси решење о покретању предходног стечајног поступка у коме се утврђује и настојање правног интереса поверилаца за сировођење стечајног поступка, с тим што сходно члану 151 став 1 Закона стечајни судија истим решењем одређује висину предума трошкова и рок од 60 дана од дана објављивања решења у коме повериоци или стечајни дужник могу тражити сировођење стечајног поступка и положити предум.*

*Ако у року из члана 151 став 1 овог закона буде улаћен предум, стечајни судија, сходно члану 152 став 1 Закона без одлагања заказује рочиште ради расправљања о настојању стечајног разлога за отварање стечајног поступка. У ставу 2 истог члана је одређено да се у случају из става 1 овог члана, на даљи ток поступка примењују одредбе овог закона о отварању и сировођењу стечајног поступка.*

*У члану 55 став 1 Закона (под насловом „овлашћени предлагачи“) је прописано да се поступак покрене предлојом повериоца, дужника или ликвидационог управника.*

*Чланом 158 став 1 Закона, је прописано да ако стечајни дужник истовремено са подношењем предлога за покретање стечајног поступка поднесе унапред припремљен план реорганизације, у предлоју се мора јасно назначити да се предлаже покретање стечајног поступка реорганизацијом, у складу са унапред припремљеним планом реорганизације.*

*Даћа је могућности стечајном дужнику да судски поступак оконча не са унапред припремљеним планом, у коме је по основу детаљне анали-*



зе и пружио праве моћности за остварење циља стечаја. Истовремено са предлоом за покрепање стечајној постојка, подноси се и предлој унапред припремљеној плана реорганизације; предлој унапред припремљеној плана реорганизације се подноси након преговора дужника и поверилаца, при чему је за одношење плана реорганизације неопходна и сагласност поверилаца са садржином плана.

Подношење унапред припремљеној плана реорганизације указује на одређење приоритетној стечајној дужника да по основу сагласане ситуације уочи кључне проблеме у пословању и предложи начин решавања тих проблема. У односу на план реорганизације поднећ након остварања стечајној постојка, унапред припремљени план реорганизације даје моћности да се сви проблеми детаљно анализирају и повериоци и дужник унапред договоре о начину њиховој решавања и одределе за мере и средства којима ће се најбрже и најповољније постићи циљ постојка. То значи да ће се реорганизација спровођи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје економски услови за наставак дужничковој пословања.

Имајући у виду да суд, по обавештењу надлежној орђана, решењем покреће преходни стечајни постојак у коме се утврђује постојање правној интереса поверилаца за спровођење стечајној постојка, а да у остављеном року и повериоци и стечајни дужник моју изражити спровођење стечајној постојка и положити предлајам, по нема сметње да у истом року стечајни дужник, као овлашћени предлајач, поднесе предлој за покрепање стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације, након чега ће суд спровести постојак по одредбама чл. 159–160 Закона (уз примену осталих одредаба које се односе на постојак реорганизације из члана 155–166 осим чл. 161–164 Закона).“

## XI Примена одредаба о реорганизацији

Одредбе Закона о стечају којима је регулисана реорганизација примењују се и на предлог стечаја по унапред припремљеном плану. Изузетак су одредбе којима је дефинисано ко су овлашћени подносиоци плана, одредаба о трошковима подношења плана реорганизације, одредбе о роковима за подношење плана реорганизације, одредбе о одбацавању предлога плана реорганизације и одредбе о расправи о плану реорганизације, јер су ове фазе поступка другачије дефинисане у поступку по унапред припремљеном плану.

У примени унапред припремљени план реорганизације, поставиће се пред судску праксу још многа спорна питања, на која ће она морати да да одговоре.

---

# СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

---

**Свeйислав ЈАНКОВИЋ, мастер**  
докторант на Правном факултету Универзитета у Београду

## ПРОБЛЕМ ОДГОВОРНОСТИ ЈАВНЕ ГАРАЖЕ ЗА НЕСТАНАК ВОЗИЛА ИЗ ГАРАЖНОГ ПРОСТОРА

### Резиме

*Већ се из самог наслова може наслутии да се чланак бави крајње практичним проблемима, питањима везаним за свакодневни живот сваког појединца. Чланак се, пре свега, бави квалификацијом правног посла који се склади између јавне гараже као пружаоца услуга и имаоца возила као корисника њених услуга. Одређивањем правне природе овог посла, даје се решење за одговорност јавне гараже за нестанак возила из њеног простора. Разматрајући квалификацију овог правног посла, аутор се служи аналозијом са другим правним пословима као што су посао банкарској сефи, ујосишeљске ошeаве, ускладишeња и закупа простора. Долази се до закључка да је српска судска пракса у погледу одговорности јавне гараже неусклађена са важећим правилима. Такође, уочава се и неусклађеност на релацији подзаконски акт – законски акт, где одлуке о јавним паркиралишима (које се доносе на нивоу градова) садрже одредбе које одричу било какву одговорност јавних гаража за паркирано возило. На крају рада, предлаже се компромисно решење у виду осигурања одговорности јавних гаража чија би се премија финансирала из незнатно увећане цене паркирања.*

**Кључне речи:** одговорност јавне гараже, ујосишeљска ошeава, складишeње, клаузуле ејзонeрације, осигурање од одговорности.

## I Увод

У погледу материје одговорности јавних гаража у Републици Србији, ситуација је следећа. Имаоци аутомобила смештају своје аутомобиле у јавне гараже добијајући при томе паркинг карту, коју ће при наплати цене коришћених услуга показати, платити цену и одвести се из гараже. С обзиром на конклюдентан начин закључивања уговора о гаражирању аутомобила, власници аутомобила нису најчешће ни свесни потпуне садржине тога уговора, тј. њихових права и обавеза.<sup>1</sup> Њима је важно да у гаражу сместе своје возило и да знају колика је цена тога, а занемарују и не антиципирају несрећан епилог њихове сарадње са јавном гаражом. Но, у случају настанка такве ситуације, конкретно нестанка или оштећења возила, настаје тачка спорења између власника возила и јавне гараже. Власник гаражираног аутомобила се обраћа јавној гаражи у нади да ће му она помоћи око немиле ситуације која га је задесила, али јавна гаража се ограђује од свега, искључује своју одговорност што аргументује унетом клаузулом ослобођења од одговорности на паркинг карту. Паркинг карта се, иначе, по правилу, предаје власнику возила приликом закључивања уговора, односно приликом уласка у гаражу.

Корен проблема одговорности јавне гараже налази се са једне стране у незаконитој пракси судова, а са друге у нескладу подзаконских аката са законом. Постоје веома јасне норме Закона о облигационим односима које утврђују одговорност јавне гараже за нестанак возила (чл. 729 ЗОО) и које ускраћују правну снагу клаузулама егзонерације (чл. 727 и 265 ЗОО) које оне користе.<sup>2</sup> Такође, постоје и посебне узансе у туризму које ову законом уведено одговорност још више разрађују. Но, с друге стране, видљива је очигледна неусклађеност Одлуке Града Београда о јавним паркиралиштима са поменутиим члановима Закона о облигационим односима. Она пориче одговорност јавне гараже утврђену Законом о облигационим односима чиме долази под критику да као незаконита не сме остати у правном систему.

Решавајући описани проблем, прво ће се поћи од утврђивања правне природе гаражног посла, тј. од одговора на питање да ли тај по-

1 У садржини рада на појединим местима биће коришћени термини као што су *гаражирање*, *гаражер*, *гаражни њосао*. Наведени термини представљају супституте за јавну гаражу (*гаражер*), правни посао који склапају јавна гаража и њен корисник, а којим се јавна гаража обавезује да пружа уговором предвиђене услуге (*гаражирање*, *гаражни њосао*). Термини се у раду користе у недостатку адекватне законске терминологије за посматрани правни посао.

2 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО).

сао заиста заслужује законски третман уподобљен угоститељској остави путем кога се, у ствари, установљавају нове врсте оставе као што су гаражна и болничка. Даље ће бити пружена материјална и формална легитимација става да клаузуле ослобођења од одговорности не смеју имати правно дејство у гаражном послу. На крају ће се предложити компромис у виду осигурања јавне гараже за случај одговорности, као институт који прети да супституише грађанску одговорност.

## II Правна природа гаражног посла

### 1. Увод

Чини се да одговор на питање о одговорности јавне гараже за не-станак аутомобила лежи у правној природи уговора који она закључује са власником возила, као корисником њене услуге. Тај одговор, зависно од комплетног чињеничног стања које му је подлога, може имати своју укореењеност или у уговору о закупу или у уговору о остави. Приликом правног квалификовања гаражног посла увек треба имати на уму озбиљност ове мисаоне радње, с обзиром да се уговори о закупу и остави дијаметрално разликују у погледу правних последица. Они се јасно разликују првенствено по различитом третману ствари која је предмет уговора, иако до нејасног разликовања може доћи код правних послова као што је гаражни. Управо та нејасност чини одговор на питање правне природе гаражног посла тежим, али не и мање извесним.

### 2. Појам јавне гараже

Пре упуштања у подробније квалификовање гаражног посла потребно је дефинисати јавну гаражу као субјект уговора који се са корисником њених услуга закључује и као објект у који корисник услуга смешта своје возило.

Према српском позитивном праву, испољеном у Одлуци Града Београда о јавним паркиралиштима, нужно је разликовати општа од посебних јавних паркиралишта.<sup>3</sup> *Општим паркиралиштима* се сматрају делови коловоза, тротоара, као и друге саобраћајне површине које су посебно обележене од стране локалних власти за паркирање моторних возила.<sup>4</sup> Са друге стране, *посебна паркиралишта* су објекти и површи-

3 Одлука о јавним паркиралиштима – даље ОЈП (*Службени лист града Београда*, бр. 18/2003), од 17.07.2003. године који је, иначе, донет у складу са чланом 13. Закона о комуналним делатностима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 16/97 и 42/98), чл. 3.

4 ОЈП, чл. 4.

не уређени и грађени за паркирање моторних возила са контролисаним уласком и изласком возила.<sup>5</sup> Контрола уласка и изласка са посебног паркиралишта врши се постављањем рампе и изградњом или постављањем објекта за наплату. Посебна паркиралишта су, у ствари, оно што се ословљава *јавном гаражом* у овом раду.

Већ се из овако сумарног дефинисања општих и посебних паркиралишта може увидети да разлика међу њима није мала и, испоставиће се касније, да је та разлика један од кључних фактора приликом квалификације гаражног посла. На овом месту се може прејудицијелно рећи да је гаражни посао закуп кад у њему учествује опште паркиралиште, а да је остава кад у њему учествује посебно паркиралиште. Одговор на питање зашто и из којих разлога биће пружен у наставку рада.

### 3. Да ли је гаражни посао закуп (простора)?

Уговор о закупу (простора) представља облигацију у којој је закуподавац дужан да обезбеди простор, а купац да плаћа закупнину. Дефиниција посла закупа ствара даље последице и на плану одговорности за оштећење/нестанак ствари које купац уноси у закупљени простор. Ту одговорност по редовном току ствари не сноси закуподавац, јер је он закупцу изнајмио простор над којим ће убудуће (док траје закупни однос) државину имати купац. Дакле, обавеза закуподавца престаје стављањем на располагање закупцу предметног простора над којим ће он имати државину, и то како над њим, тако и на свему што унесе у њега.

Повезујући ово уопштено разматрање посла закупа са темом овога рада долази се до кључног проблемског питања. Да ли је јавна гаража закуподавац простора кориснику њене услуге? Одговарајући на ово питање морамо се прво сустрести са две различите врсте јавних паркиралишта, од којих је једна опште, а друга посебно паркиралиште, тј. јавна гаража у ужем смислу. Како је опште паркиралиште, у ствари, отворен улични простор који нико не контролише било каквим физичким средствима, тако се може већ сада тврдити да смештање возила у тај простор представља закуп тог простора. Разлози за ову тврдњу могу се наћи у томе да „Паркинг сервис“, као предузеће које је надлежно за тај простор, нема могућност физичке контроле уласка и изласка возила и да, према томе, нема ни државину над возилом које се налази у том простору. Државина над предметом уговора је конститутивни и кључни елемент од чијег ће присуства или одсуства зависити правац квалификације гаражног посла.<sup>6</sup> Уколико постоји државина над возилом, утолико ће

5 ОЈП, чл. 5.

6 John E. Adamson, *Law for Business and Personal use*, seventeenth edition, Thompson – South Western, Ohio 2005, стр. 286.

се гаражни посао сматрати оставом. У случају општег паркиралишта, „Паркинг сервис“ има државину над предметним простором све док и само док он не буде заузет неким возилом. У том тренутку државина над конкретним општим паркиралиштем прелази са „Паркинг сервиса“ на имаоца возила, чиме се искључује могућност да „Паркинг сервис“ има државину над возилом, а тиме и одговорност за његов нестанак.

Како је ситуација која се тиче посла са општим паркиралиштем јасна, то се не би могло рећи за посао са посебним паркиралиштем, тј. јавном гаражом. Посебно паркиралиште као такво има контролу над паркинг простором не само за време док је он упражњен, него и када је испуњен конкретним аутомобилом, јер поседује себи својствену моћ контроле уласка и изласка возила из целокупног простора. Ово је уједно и кључна разлика посебног паркиралишта према општем, јер опште паркиралиште чином заузимања простора губи државину над конкретним паркинг простором, а тиме и могућност за државину над аутомобилом. Дакле, јавна гаража задржава државину над паркинг простором и након његовог заузимања конкретним аутомобилом. Ово је квалитативна разлика која даје за право да се размишља у правцу има ли јавна гаража државину над возилом у њу смештеним.

#### 4. Има ли јавна гаража државину над аутомобилом?

Део америчке правне теорије сматра да јавна гаража нема државину над возилом и да, стога, посао у питању није остава ако је власник аутомобила понео кључеве удаљавајући се од возила након што га је паркирао.<sup>7</sup> Овакав став они образлажу тиме што је државина над предметом оставе битан елемент уговора о остави, а пошто се кључеви од аутомобила као симболизација државине над њим и даље налазе код власника, посао у питању није остава, већ закуп, јер јавна гаража нема у поседу кључеве од паркираног возила. Ако би их власник возила оставио јавној гаражи, онда би се без већих тешкоћа посао могао оквалификовати као остава, јер би јавна гаража у том случају имала државину над предметом оставе, тј. возилом.

Међутим, посматрајући ситуацију у вези гаражног посла само на овај начин, испушта се из вида да су кључеви само једно од могућих (иако једино легално) средстава уласка у возило и његовог активирања. Увиђајући да постоји више начина за стављање аутомобила у активно стање, а не само путем кључа, може се доћи до закључка да државину над возилом има свако оно лице које поседује неки од могућих начина

7 Henry R. Cheesman, *Contemporary Business Law*, 3rd edition, Prentice hall, New Jersey 2000, стр. 854; Len Young Smith, Gale G. Roberson, *Business Law*, Volume one, West Publishing co., Chicago 1958, стр. 362.

уласка у возило (и његовог активирања). Јасно је да се не би смела овако екстензивно тумачити државина над возилом, али је исто тако јасно да се она не сме тумачити ни тако рестриктивно, путем јединственог држаоца кључа од возила. Ако се узме за пример крадљивац возила смештеног у јавну гаражу, доћи ће се до закључка да је након крађе једини држалац возила лопов, иако он у тим тренуцима не поседује кључеве од аутомобила.<sup>8</sup> На тај начин се компликује ситуација са кључевима аутомобила као пресудном чињеницом за формирање државине над возилом. Истовремено се отвара пут за размишљање у правцу да можда јавна гаража има државину над возилом (иако нема кључеве возила) и то ако не искључиву, а оно барем заједничку са власником возила (држаоцем кључева). Када би се следио тај правац до краја, дошло би се до схватања да се чином смештања возила у јавну гаражу ствара заједничка државина над возилом између јавне гараже и власника и да је и један и други субјект могу вршити на свој начин. Јавна гаража је физички приснија са возилом, јер је оно смештено у простор над којим она и даље има ексклузивну контролу. Са друге стране, власник је функционално повезан са возилом, тако да се оно може ставити у погон на уобичајен начин само уз његову асистенцију (тј. путем кључева које само он поседује). Оваквом расподелом улога, јавна гаража и власник возила су упућени једно на друго како би остварили сврху посла због кога су се и повезали. Зато је најправилније рећи да они имају заједничку државину над возилом, која је иначе довољна да се изврши квалификација њиховог односа као оставе и да се јавна гаража учини одговорном за нестанак аутомобила из њеног простора.

## 5. Закључно о „закупној“ природи гаражног посла

На крају, ваља истаћи аргументацију става (донекле погрешног) српске судске праксе у прилог томе да гаражни посао није остава, већ закуп.<sup>9</sup> Наиме, имајући у виду да се оставопримац приликом закључивања уговора о остави обавезује да ствар прими, чува и врати у примљеном стању, српски судови тврде да јавна гаража не преузима такву обавезу поводом паркираног аутомобила. Штавише, по схватању српског судства, јавна гаража ту обавезу изричито искључује

8 У прилог томе да је лопов једини (непосредни) држалац украдене ствари видети код Миодраг Орлић, Обрен Станковић, *Стварно право*, Номос, Београд 2004, стр. 33.

9 Пресуда Врховног суда Србије, Rev. 4129/2003 од 17.12.2003. године; Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 9488/2007 од 7.5.2008. године; Пресуда Врховног суда Србије, Прев.–478/95 од 20.4.1996. године; Ж. Латинковић, „Пракса Врховног суда Србије“, *Право и њивреда*, бр. 1–2, 1996, стр. 122.

стављајући себе (једностраним чином) тако у положај простог закуподавца простора.<sup>10</sup> Међутим, видеће се касније, није довољно само једнострано изопштити себе из неког положаја да би се било у другом – повољнијем положају, нарочито ако се има у виду неравноправни однос уговорних страна.

## 6. Да ли је гаражни посао остава?

Да би се тачније одговорило на ово питање претходно се мора разјаснити шта уговор о остави подразумева и које правне последице носи са собом. Уговор о остави је двострани правни посао путем кога се оставопримац обавезује да прими, чува и врати у примљеном стању ствар која је предмет оставе. Ако оставопримац не буде био у могућности да врати ствар која је предмет овог посла, онда ће бити одговоран оставодавцу за њен нестанак. Предуслов одговорности оставопримца за нестанак ствари и уопште предуслов за извршење обавеза из уговора о остави је државина предметне ствари. У већини случајева када је у питању класични посао оставе није проблем утврдити постојање државине на страни оставопримца. Међутим, ако се у сферу посматрања стави јавна гаража (као могући претендент на статус оставопримца), појавиће се одређени проблем приликом утврђивања има ли она или не државину над возилом паркираним у њеном простору. Подсетимо се, позитивно одговарајући на питање има ли јавна гаража државину над возилом, добиће се одговор и на питање правне квалификације гаражног посла – да је то уговор о остави и, сходно томе, да је јавна гаража одговорна за нестанак возила из њеног простора.

Претходно је речено да јавна гаража има неку врсту заједничке државине над паркираним возилом коју дели са власником возила, тј. држаоцем кључева од аутомобила. То је довољно да створи обавезу јавне гараже да чува паркирани аутомобил и да одговара његовом власнику за штету уколико буде украден. Међутим, српска судска пракса у својим одлукама пориче овакав статус јавне гараже упркос очигледним (чињеничним) аргументима у прилог томе да посебна паркиралишта (јавне гараже) имају државину над аутомобилом и, сходно томе, да је гаражни посао остава. Да ствар буде гора, српски судови игноришу експлицитне законске норме које установљавају одговорност јавне гараже, тј. које гаражни посао сматрају аналогним угоститељској остави.<sup>11</sup> Одлучујући у случајевима у којима се разматра одговор-

10 Детаљније о разлици посла складиштења (као комерцијалне оставе) и закупа видети код Михаило Велимировић, *Привредно право*, Правни факултет у Српском Сарајеву, 2001, стр. 360.

11 ЗОО, чл. 729.



ност јавне гараже, српски судови поричу примењивост члана 729 ЗОО на гаражни посао, иако се у том члану изричито каже да се законске одредбе о угоститељској остави сходно примењују и на гараже.<sup>12</sup> Да би се на темељан начин увидело погрешно одлучивање судова у овим случајевима, неопходно је утврдити постоје ли суштинске везе између посла угоститељске оставе и гаражног посла.

## 7. Угоститељска остава и гаражни посао

Суочавање гаражног посла и угоститељске оставе, изведено с обзиром на донете ствари у угоститељски објекат, настало је као реакција на пресуду Врховног суда Србије у једном случају релевантном за гаражни посао. Прецизније речено, поређење настаје као реакција поводом аргумента Врховног суда Србије да јавна гаража није упозната са идентитетом возила и његовог власника и да, стога, не би требала да има обавезу чувања према нечему што и сама не зна шта је.<sup>13</sup> Компарацију ова два правна посла би требало почети са разликовањем *донетих* и *предатих* ствари у угоститељски објекат.<sup>14</sup> *Предате* ствари су оне ствари које су дате угоститељу на чување, које је угоститељ прихватио да чува и за које одговара неограничено по обиму, а по основу – објективно (без обзира на кривицу). Са друге стране, *донете* ствари су оне које путник носи са собом, доноси их код угоститеља, а за које угоститељ не мора ни да зна да би се формирала правна веза поводом њих. Угоститељ одговара за интегритет донетих ствари чак и онда када није знао за њихово постојање, врсту, вредност, облик, власништво... Његова одговорност за донете ствари је по основу објективна (исто као у случају са предатим стварима), а по обиму ограничена – осим у случају да је угоститељ намерно оштетио госта поводом донетих ствари, када ће и за њих одговорати неограничено.

Оно што се на овом месту чини релевантним је истоветан положај угоститеља поводом донетих ствари и јавне гараже поводом возила. Како је Врховни суд квалификовао, јавна гаража не треба да одговара

12 Занимљиво је да поменути члан 729. ЗОО не проширује сходну примену одредаба о угоститељској остави само на *јавне* гараже, него на гараже уопште, што ће рећи и на *приватне*. Ако се узме у обзир да се јавна гаража смештањем возила у свој простор бави као сталном комерцијалном делатношћу – на супрот приватним гаражама, утолико је став српског судства неутемељенији, имајући у виду да ЗОО намеће одговорност и приватној гаражи, која смештање возила не обавља као своју делатност.

13 Пресуда ВСС, бр. Прев.–478/95 од 20.4.1995. године; Жељко Латинић, „Пракса Врховног суда Србије“, *Право и привреда*, бр. 1–2, 1996, стр. 122.

14 Вјеслав Шмид, „Угоститељска остава“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5, 1978, стр. 648.

за аутомобил, јер ни не зна о ком је аутомобилу реч и чије је он власништво. Слично, а и различито, угоститељ, такође, не зна за идентитет донетих ствари, можда чак не зна и да постоје, а опет одговара за њихов нестанак. Као јасан закључак из наведеног поређења намеће се да би и јавна гаража требала да одговара за нестанак аутомобила из њених просторија. И то у најблажем случају по њу, а најтежем по њеног корисника, исто као угоститељ за донете ствари – објективно по основу, а ограничено по обиму. Међутим, ако у овај мозаик сличности и разлика унесемо елементе попут тога да је јавној гаражи примарна делатност смештање возила, док то код хотелијера није случај са донетим стварима и да јавна гаража врши своје услуге искључиво из лукративних побуда, док хотелијер дозвољава доношење ствари из конкурентских побуда, добићемо јасну слику различитости ова два посла. Таква различитост говори у прилог одговорности јавне гараже за интегритет у њу смештених возила, а против одговорности хотелијера за донете ствари. Иако би се такав третман хотелијера могао бранити (посматран у релацији спрам јавне гараже), чињеница могућности приступа његовог особља донетим стварима (и законско решење) одлучно и јасно говори против тог става. Ипак, и поред тога, угоститељ је често спреман да на несумњив начин покаже прихват такве одговорности, путем установљења паркинг простора испред свог објекта, а ради веће конкурентности. Обрнут је случај код јавне гараже. Њој би се лако могао наћи основ за одговорност, а она не само да не прихвата ту одговорност, него се ње чак и ограђује експлицитном клаузулом егзонерације. Путем инструментаријума какви су адхезиони уговор и надређени – монополистички статус, она се налази у положају да (једнострано) наметне клаузуле којима искључује своју одговорност, што је из перспективе Закона облигационим односима директно *contra legem*. То нам све даје за право да и без њеног обавезивања да чува возила и са њеним, самовољним, искључивањем одговорности, наметнемо одговорност за нестанак возила. Когентне норме у уговорном праву управо томе и служе. Оне помажу да се вастпостави (поврати) равнотежа тамо где је она поремећена и то баш путем једног од темељних принципа облигационог права, путем слободе уговарања. Зато је овде, у случају јавне гараже, и легитимно и легално да се прокламује њена одговорност.

Аргумент више у прилог одговорности јавне гараже за нестанак возила добија се ако се зна да угоститељ одговара за нестанак аутомобила са паркинга/гараже, који је он направио у сврху већег комфора госта. Овакав режим је установљен Посебним узансама у туризму које је 2003. године донела Привредна комора Србије као разраду и допуну законских одредаба о угоститељској остави. Штавише, путем ових узанси се ствара одговорност угоститеља не само за нестанак паркираног ау-

томобила, него и за његово оштећење, као и за повреду унутрашњости возила.<sup>15</sup> Зато још више чуди став судства о одрицању одговорности јавне гараже за нестанак возила, ако се та ситуација упоредо посматра са одговорношћу угоститеља за возило паркирано испред његовог објекта. Чини се да је одговорност јавне гараже унеколико оправданија, јер се она смештањем возила бави као примарним послом, за разлику од угоститеља који се таквом делатношћу бави само успутно, ради веће конкурентности. За разлику од јавне гараже, чија је пажња искључиво усмерена (концентрисана) на гаражни објект и возило, пажња угоститеља је дисперзована широким спектром услуга које пружа госту, а од којих је само један мањи део обезбеђење паркинга за возила. Угоститељ би из тог разлога можда могао да буде блаже третиран у погледу одговорности за интегритет гостовог возила, али чињеница велике вредности коју аутомобил као ствар има не дозвољава олако прелажење преко дужности чувања гостове *донетје* ствари (па макар она и не била физички спојена са зградом угоститеља у којој је он одсео). Суочавајући се са оваквим аргументима још је легитимније оптеретити јавну гаражу одговорношћу за нестанак возила (али не и за оштећење), упркос чврстом и незаконитом ставу српског судства о одсуству такве одговорности.

## 8. Закључак о правној природи гаражног посла

На основу напред изнетитих аргумената може се доћи да сумарног закључка да ће правна природа гаражног посла у највећем делу зависити од конкретних околности које, иначе, могу бити двојачке.

Са једне стране, овај правни посао треба окарактерисати као уговор о закупу уколико се у њему као објекат/површина за паркирање појављује опште паркиралиште. Разлози за овакву квалификацију се налазе у одсуству било какве контроле уласка и изласка са конкретне паркинг површине. Одсуство таквих радњи представља ослобођење од обавезе чувања паркираног возила за правне субјекте који су надлежни за регулисање паркинг простора (у Београду је то „Паркинг сервис“). Објашњење је просто – „Паркинг сервис“ губи државину над општим паркиралиштем чином смештања возила у тај простор, те како нема државину над тим простором, још мање је може имати у погледу возила које га је заузело. Државина је, иначе, конститутивни елемент оставе, а тиме и обавезе чувања предмета посла, односно одговорности за штету поводом тог предмета.

Са друге стране, посао паркирања возила треба окарактерисати као оставу, уколико се у том послу као објекат за паркирање појављује по-

15 Посебне узанзе у туризму (Службени гласник Републике Србије, бр. 33/01), узанса 53.

себно паркиралиште, тј. јавна гаража. Разлози за овакву квалификацију се налазе у присуству контроле уласка и изласка из конкретног паркинг простора коју јавна гаража врши путем постављене рампе или на други пригодан начин. Када је контрола уласка и изласка присутна, аутоматски је присутна државина у погледу паркинг простора онога ко тај простор контролише. Као практична последица државине над простором у коме се налази паркирано возило, проистиче и могућност државине над тим возилом. Већ је речено да је најправилније да се државина над паркираним возилом сматра заједничком, подељеном између јавне гараже и власника возила. Удео јавне гараже у тој заједничкој државини је довољан да створи обавезу „надгледања“ над возилом, која даље повлачи за собом одговорност у случају неваљаног извршења те обавезе – конкретно, нестанка аутомобила. Идентичан став спрам правног третмана смештања возила у посебно паркиралиште има и група америчких аутора Фокс, Андерсон, Твоми. Они сматрају да је приликом квалификације поменутог посла неопходно *реалистичније* погледати у дате чињенице и да има више него довољно аргумената за превагу депозитног карактера гаражног посла над закупним.<sup>16</sup> Посебно образлажу свој став тиме да, иако је власник понео кључеве возила са собом и тако онемогућио јавној гаражи функционалну државину возила, јавна гаража ипак има могућност спречавања сваког неовлашћеног лица да уђе и изведе конкретни аутомобил. Та могућност, пружена, пре свега, путем државине над целим гаражним објектом, довољна је да створи обавезу спречавања одвожења возила из гараже од стране неовлашћених лица. Тако би се створила обавеза чувања паркираног возила, пандан оној коју има складиштар према ускладиштеној ствари. Такође, тим начином размишљања могло би се поставити питање могућности да јавна гаража одговара за нестанак аутомобила мимо правне природе посла који склапа, као и законских норми које установљавају сходну примену угоститељске оставе на гаражни посао. Компарација гаражног посла и уговора о сефу могла би да послужи као полигон за размишљање о одговорности јавне гараже за нестанак возила, не узимајући у обзир при томе законска правила и већ објашњену правну природу посла.

### III Уговор о сефу и гаражни посао

Премда постоји мишљење да гаражни посао није остава, него да је закуп и, сходно томе, да јавна гаража не треба да одговара за нестанак возила из њеног простора, у овом одељку неће бити покушано

16 Fox, Anderson, Twomey, *Business Law*, South Western Publishing co., Cincinnati, 1987, стр. 406.

оповргавање овог става који се тиче правне природе гаражног посла. Овде ће се изнети аргументација за одговорност јавне гараже за нестанак возила, упркос томе што се тај посао не квалификује као остава. Биће понуђена конструктивна компарација са уговором о сефу и адекватна аналогија на гаражни посао.

Иако *давалац сефа у закупи* не зна за садржај којим је сеф испуњен након закуплывања, могло би се тврдити да је уговор о сефу специфична врста оставе.<sup>17</sup> Сама чињеница да давалац сефа у закуп нема приступ унутрашњости сефа не говори против тврдње да је посао сефа, у ствари, остава (или да давалац сефа у закуп треба да има обавезе једнаке по врсти и квантитету какве има оставопримац). Следећа аргументација би требала да допринесе поткрепљивању овог става. Неспорно је да на спољњем делу сефа државину има и даље његов давалац у закуп, јер се сеф налази у његовом простору. Такође, неспорно је да код складиштења контејнеризоване робе, државину над контејнером има складиштар.<sup>18</sup> Ако би се тврдило да државину над садржајем сефа и контејнера имају онај које изнајмио сеф и оставодавац, доспело би се у абсурдну и неодрживу ситуацију да поводом једне целине два субјекта имају међусобно искључиве државине. Решење ове апсурдне ситуације треба тражити у суживоту ових државина, њиховој комплементарности (допуњивости), а не ексклузивности. Једино на тај начин ти послови могу испуњити сврху свог настанка. Међутим, оваква ситуација води мишљењу да давалац сефа у закуп и складиштар контејнера имају *какву њакву* државину довољну за конституисање каквих таквих обавеза поводом те ствари и сходно томе, њихове одговорности за нестанак садржаја сефа и контејнера. Иако нису упознати са садржајем сефа и контејнера, чињеница државине над екстеријером тог садржаја, стипулише за њих обавезу спречавања сваког непозваног (неовлашћеног) лица да приступи том садржају. Уколико би садржај нестао, то би значило да је прекршена напред наведена обавеза закуподавца сефа и складиштара, и да их то чини одговорним.

Доста сличности са овим случајевима има и гаражни посао што даје за право извлачењу адекватне аналогије. Ако би се, наиме, замислила јавна гаража као велики сеф који се састоји из мноштва преграда (гараж-

17 Више о уговору о сефу видети код Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 312.

18 О складишном послу видети код Ивица Јанковец, *Привредно право*, Службени лист, Београд, 1999, стр. 416; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 128; Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Савремена администрација, Београд, 1989, стр. 318; Славко Царић, Владимир Капор, *Уговори робној промету*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад, 1996, стр. 257; Јасна Дошен, *Уговор о складишном послу у нашем и ујоредном праву*, магистарски рад, Нови Сад, 2003, стр. 145.

них места) за изнајмљивање, онда би се врло брзо схватила утемељеност предложене аналогије. Власници јавних гаража, иначе највећи протагонисти да је гаражни посао прост закуп простора и ништа више, тврде да јавна гаража не сноси никакву одговорност за нестанак возила из закупљеног простора. У тим стремљењима им свесрдно помаже и помало залутала судска пракса у Србији, тврдећи да јавна гаража не треба да одговара за нешто чији идентитет и не зна. Међутим, и једни (власници) и други (суд) губе из вида да и при оваквој квалификацији посла гаражирања, јавна гаража сноси одговорност за нестанак возила.<sup>19</sup> Јавна гаража задржава државину над целим објектом, а то је довољно да конституише обавезу *сиречавања ирисџиуа* неовлашћеним лицима гаражи и тако, истовремено спречи крађу возила из „закупљеног“ простора.<sup>20</sup> Кључан доказ о постојању овлашћених лица и оваквој обавези јавне гараже је паркинг карта која представља *conditio sine qua non* одвожења возила из јавне гараже. Пошто само оставодавац возила има паркинг карту, једино је он овлашћен да приступи возилу у гаражи, односно другачије речено, једино је њему јавна гаража дужна да омогући приступ возилу у њу смештеном. Уколико се догоди другачије, утолико постоји индиција и (не)оборива претпоставка да је јавна гаража своју обавезу прекршила и да ће као реакција на то, одговорати власнику за нестанак аутомобила.

Дакле, и када би се услишале и озакониле жеље власника јавних гаража да је гаражни посао закуп, а не остава, опет би се дошло да истог правног ефекта у случају нестанка возила. Опет би јавна гаража била одговорна, само сада на утемељеном основу који је створила аналогија са послом сефа и складиштењем контејнеризоване робе.

#### IV Паркинг карта и складишница

Сличност паркинг карте и складишнице се огледа у традиционалном карактеру ових исправа путем којих се може овластити неко друго лице (а не оно којем је нека од ових исправа иницијално издата) на „подизање“ складиштених/остављених ствари/аутомобила. Међутим, разлика је у томе што је предмет складиштења најчешће генерична ствар (роба), а предмет гаражирања појединачна ствар (аутомобил). Такође,

19 Међутим, охрабрује новија српска судска пракса (прва деценија 21. века) која и поред оспоравања депозитног карактера гаражног посла уме да препозна одговорност јавне гараже за нестанак возила из њеног простора. Видети Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 9488/2007 од 7.5.2008. год.; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3498/2004 од 17.2.2005. год.; сличан пример код Небојша Јовановић, *Практикум из облигационог права*, Досије студио, Београд, 2008, стр. 165.

20 L. Y. Smith, G. G. Roberson, *нав. дело*, стр. 277.

разлика постоји и на плану власничког капацитета између складишнице и паркинг карте, као хартија од вредности. Док се преносом складишнице преноси и право својине на ускладиштеној роби са старог на новог имаоца складишнице, дотле се преносом паркинг карте својина на возилу никако не може пренети.<sup>21</sup> Сама функција складишнице је да својим преносивим својством учини привредни промет живим, јер се ускладиштеном робом може „трговати“ путем преноса складишнице, иако она не излази из складишта.

Но, мора се признати да се без складишнице и паркинг карте ускладиштена роба и возило не могу преузети. Оне као такве представљају *conditio sine qua non* преузимања односних ствари и у одсуству њих постаје јако тешко доћи до остављене робе/возила. Овај став најбоље потврђује законско правило које у својој диспозицији претпоставља ситуацију да лице које је оставодавац робе није власник те робе и да власник те робе захтева њено „издавање“ од складиштара, након што је она ускладиштена.<sup>22</sup> У том случају законско правило каже да складиштар није овлашћен да преда робу власнику, премда му је он доказао своје власништво над робом (путем, на пример, власничког листа ако постоји, плаћене фактуре...), јер власник нема складишницу која је услов без кога се роба не може преузети са складишта. Једино што закон обавезује складиштара, при оваквом чињеничном склопу, јесте да обавести надлежни суд и оставодавца, те да њима остави да расправе и утврде конкретно право. Дотле ће он (складиштар) фигурирати као нека врста (уговорног?) секвестра.<sup>23</sup> Мислим да би се ова норма Закона о облигационим односима могла сходно применити и на гаражни посао. Али, мора се признати да је јавна гаража ипак флексибилнија према оставодавцу који је изгубио паркинг карту, а своје власништво над конкретним возилом је доказао релевантним јавним исправама којима је то, иначе, примарна сврха. Међутим, може се заиста догодити ситуација у којој се истовремено пред јавном гаражом налазе два лица од којих оба претендују на власништво над возилом, а од којих само једно има паркинг карту. У том случају јавна гаражи би требала да поступи онако како препоручује (или заповеда?) референтни члан 713 Закона о облигационим односима и да препусти суду да утврди власништво над паркираним возилом. Од тренутка обавештавања суда јавна гаража би

21 Детаљније о складишници видети код, Светислав Аранђеловић, *Уговор о ускладишћењу*, Институт друштвених наука, Београд, 1990, стр. 66 и даље.

22 ЗОО, чл. 713.

23 Секвестар је оно лице код кога се налази спорна ствар, тј. за коју још није утврђено коме припада, па док се то право буде „утврђивало“, он ће бити дужан да се стара о њој. Више о појму и улози секвестра видети код Слободан Перовић, *Облигационо право*, Привредна штампа, Београд, 1990, стр. 754.

се преобратила у секвестра и у том статусу остала све док се процес утврђивања власништва не оконча. Дакле, исто као складиштар кога је оспоравање права власништва над ускладиштеном робом ставило у тај статус, а све због постојања складишнице у конкретном послу која је као и паркинг карта презентациона исправа, у чијем одсуству се ствар не може преузети.

Сама чињеница недешавања или врло ретког дешавања напред описане ситуације са јавном гаражом и два или више претендента на власништво над возилом, не сме бити пресудна да се о овој ситуацији не заузме став. У суштини тај став већ постоји у Закону о облигационим односима, али је потребно подсећати на њега, и то пре свих судове, јер досадашње недешавање оваквог чињеничног склопа не значи да се оно у будућности неће догодити. Право као целовит регулаторни систем који егзистира у једном времену мора имати одговор на сва чињенична/животна питања која се у току његовог важења могу поставити. Вишеструко подсећање на референтне одредбе Закона о облигационим односима јавља се као реакција на судско игнорисање ових одредби приликом одлучивања у односним случајевима, а упркос томе да је Закон о облигационим односима *sedes materiae* за ову област.

## V Незаконитост клаузула ослобођења од одговорности јавне гараже

Закључујући уговор са корисником својих услуга јавна гаража инкорпорише у тај уговор клаузулу којом измешта себе из позиције одговорности за нестанак или оштећење аутомобила који је смештен у њен простор. Оваква клаузула, која је, у ствари, интегрални део општих услова пословања јавне гараже, не би привлачила пажњу да није очигледно противзаконита. Савремена убрзаност правног промета довела је до тога да адхезиони уговори (уговори по приступу) представљају доминантну форму приликом закључивања уговора. Та тенденција се испољава и на гаражном послу у виду коначне и неизмењиве понуде коју јавна гаража упућује потенцијаном кориснику њених услуга коју он може само прихватити или неприхватити (енгл. *take it or leave it*). Не може је мењати, нити преговарати о њој. Међутим, овакву легитимну усклађеност са савременим тенденцијама у погледу закључивања уговора квари очигледан несклад са Законом о облигационим односима, који је, иначе, најпозванији у регулацији целокупног уговорног права. Клаузула егзонерације, коју јавна гаража користи, неусклађена је са односним законом у више погледа.

Пре свега, уопштено гледајући, постоји неусклађеност овакве клаузуле са чл. 265 ст. 2 ЗОО који стипулише право подређене стране



уговорнице да захтева поништење оваквих клаузула уколико су оне настале као резултат монополистичког положаја/понашања стране која их је унела у уговор (или, пак, уопште неравноправног односа уговорних страна). Оправданост примене ове опште норме поменутог закона на гаражни посао доказује неспорна надређеност јавне гараже над корисником њених услуга. Неравноправност је видљива по организационом, али и по економском критеријуму. Али, српско судство није умело да тумачењем увиди примењивост ове опште норме референтног закона и због тога није давало на значају захтевима подређених уговорница. Зато је Закон о облигационим односима, антиципирајући овакав епилог, дагу ситуацију регулисао конкретније у одредбама о уговору о остави. Члан 727 ЗОО ускраћује било какво дејство клаузулама егзонерације које угоститељ истиче у својим просторијама, а поводом ствари госта. Како је чланом 729 ЗОО установљена сходна примена норми о угоститељској остави на гаражни посао, српски судови не би требали да тако грубо игноришу постојање ове законом утврђене аналогije. Пресуђујући у оваквим случајевима они одричу примењивост поменутих правила о остави на гаражни посао, простим објашњењем да јавна гаража није прихватила обавезу чувања паркираног аутомобила. Но, питање је да ли јавна гаража може једнострано, својом вољом, изменити већ утврђени императивни законски режим. Јасно је да она то не може, јер то не може ни уговор као сагласна изјава воље, а тим пре то не би могла једнострано, наметнута воља. Управо је због могућности појављивања такве воље таквих уговорних страна закон нормирао ово правило у поменутих члановима. Зато чуди како судови нису успели да схвате овако једноставну логику српског права. Можда нису ни желели да схвате? Било који разлог да је у питању неспорно је да се ова пракса мора променити, односно вратити на правац правилног тумачења правне норме. Штавише, то тумачење не треба да буде ни натегнуто, ни екстензивно, већ просто језичко тумачење којег судови треба првог да се прихвате.

Занимљиво је да судови у овој ситуацији не носе целу кривицу, иако на њих „отпада“ највећи део. Подзаконодавци (паразаконодавци) на које је делом пренесена нормативна (подзаконска) надлежност врло често, под утицајем крупног капитала, доносе правила која су у директној колизији са законом. Тако, у Одлуци Града Београда о јавним паркиралиштима стоји да „Паркинг сервис“ као надлежан за послове паркирања није одговоран за нестанак возила из јавне гараже и да „одговорност“ треба да буде пребачена на власника возила (вероватно по принципу – случај шкоди оном кога погоди). Још је забрињавајуће да је овакво правно правило, као својеврсни правни трансплант, инкорпорирано у аналогне одлуке<sup>24</sup> о јавним паркиралиштима у другим градо-

24 Мисли се на одлуку као форму подзаконског акта.

вима у Србији.<sup>25</sup> Очигледно је да овакав пропуст не би смео да се догоди правним стручњацима који персонификују „градског законодавца“, јер је и студенту прве године Правног факултета јасно да подзаконски акти морају да буду у складу са законским, а никако у супротности са њима. Чини се невероватним то да је „градски законодавац“ приликом доношења ове одлуке имао пред собом и одредбе Закона о облигационим односима (чланови 265, 727 и 729) и правила испољеног у референтним узансама, а да је ипак донео норму која се директно њима противи. Неспорно је, дакле, да се ова Одлука града Београда (али и одлуке других градова које су пандан београдској) мора променити у правцу сагласности и конзистентности са законом и узансама. Препоручљиво је да би неопходност промптне измене незаконитог акта требала да доминира над трагањем за кривцима и узроком ове незаконитости (неправде, јер Правда често зна да се преобрати у свој антипод Неправду, ако прекасно стигне).

## VI Примена осигурања од одговорности на гаражни посао

Можда би више него у осталим делатностима било оправдано осигурање јавне гараже од одговорности за случај нестанка/штете на возилима у њу смештеним. На тај начин би се добило једно одрживо и за стране у питању обострано прихватљиво решење проблема. Помоћу таквог решења јавна гаража, пре свега, не би више стрепела за свој положај у критичној ситуацији нестанка возила из њеног простора и могуће одговорности поводом тога. Такође, не би имала потребу да натегнутим конструкцијама уговора и путем флагрантно нелегалних клаузула егзонерације покушава да свали штету на власника возила, по принципу „случај шкоди ономе кога згоди(погоди)“. Са друге стране, а што је иначе и најважније, корисник услуга јавне гараже би по настанку за њега немиле ситуације био брзо и адекватно обештећен.

Овакав, за српске услове идеалан и могуће утопистички режим, могао би заживети путем прости премије осигурања као инструмента за његово спровођење у дело. Оваквом режиму посебно погодује то да основ одговорности јавне гараже, као оставопримца, лежи у њеној кривици (претпостављеној), што је истоветно положају складиштара по Закону о јавним складиштима из 1930. године (по коме је постојало обавезно законско осигурање ускладиштене ствари). Наиме, премија

25 Одлука о јавним паркиралиштима – даље ОЈП (*Службени листи града Ужица*, бр. 6/2009), чл. 24; ОЈП (*Службени листи града Крајевца*, од бр. 6/2003 до 34/2010), чл. 14; ОЈП (*Службени гласник Пчињској округу*, бр. 3/2009, 18/2009), чл. 18; Одлука о уређењу мирујућег саобраћаја на територији града Панчева (*Службени листи града Панчева*, бр. 9/2010), чл. 57.

осигурања јавне гараже од одговорности би се у крајњем случају превалила на кориснике услуга јавне гараже кроз цену паркирања по часу трајања уговора. Тако би се кроз незнатно повећање цене паркирања знатно повећала корист и за јавне гараже, а и за њихове кориснике. Добијено побољшање ситуације би се испољило како на плану тада утврђене правне извесности и сигурности, тако и на имовинском плану не угрожавајући имовинске капаците заинтересованих страна.<sup>26</sup>

## VI Закључак

Овим радом се жели доказати постојање одговорности јавне гараже за нестанак возила из њеног простора. У том циљу је прављена конструктивна подела између гаражног посла као закупа и гаражног посла као оставе. У првом случају је реч када је објекат за паркирање опште јавно паркиралиште, а о другом када је тај објекат посебно јавно паркиралиште, тј. јавна гаража. Тежиште разлике та два случаја се налази у контроли уласка и изласка возила из паркинг простора коју врши само посебно паркиралиште, али не и опште. Та разлика даље имплицира обавезу јавне гараже да „мотри“ на возило док је у њеном простору, а сходно тој обавези се активира и одговорност јавне гараже уколико возило нестане из њеног простора.

Пошто је чињенично стање такво да се јавна гаража увек „ограђивала“ од своје одговорности према власнику возила у случају дешавања најгорег сценарија по њега, суд је био једина могућност за решавање њиховог проблема. Међутим, српски судови своју дужност примене права нису вршили на ваљан начин у оваквим случајевима. Они су, и поред експлицитних норми којима је утврђена одговорност јавне гараже, пресуђивали да те одговорности нема. Рационално, никако легитимно, објашњење за овакво очигледно незаконито поступање српског судства може се пронаћи само у разлозима какви су корупција, нестручност и инертност. Корупција потиче од монополистичког положаја и понашања „јавних гаража“, нестручност од лошег судског кадра који је истовремено разлог инертности у доношењу судских одлука, које се најчешће доносе по принципу линије мањег отпора и слепог праћења ставова виших судова у ранијим одлукама. Не сме се заборавити да у Србији, али и на целом европском континенту судска пракса није извор права – макар не формални, па се, стога, не сме сматрати пресудном у доношењу судских одлука.

26 Михаило Константиновић, „Осигурање и одговорност“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/82, стр. 562; Предраг Шулетић, *Право осигурања*, Правни факултет, Београд, 2005, стр. 391.

На крају рада се предлаже нека врста компромиса у решавању супротстављених тежњи између јавних гаража и власника аутомобила. Предлаже се да јавна гаража буде осигурана од одговорности за случај нестанка возила, а да се премија тог осигурања плаћа кроз незнатно увећање цене паркирања. Тиме би се истовремено побољшали положаји обеју заинтересованих страна, тако што би се штедела имовина јавне гараже (у случају да су испуњени услови за њену одговорност), а у исто време би се поштовало право на обештећење власника возила (које би се у овом случају остваривало знатно брже у односу на ситуацију када тог осигурања јавне гараже од одговорности нема).

Мотив писања овог рада се не налази у ауторовом доживљавању непријатности у вези пружања услуга јавне гараже (која се, до сада, никад није догодила), већ у свести о постојању константно нерешеног проблема у пракси, који у крајњем случају води ка угрожавању људских права корисника услуга јавне гараже.

**Svetislav JANKOVIĆ, M.A.**

**Postgraduate Student, Faculty of Law University of Belgrade**

## **THE LIABILITY PROBLEM OF PUBLIC GARAGE FOR STOLEN CAR OF ITS CLIENT**

### **Summary**

*The main goal of this paper is to prove that public garages liability for the vehicle is the same with bailee's liability for the deposited goods. At the beginning, the author is explaining why this matter is so relevant in Serbian law. First and foremost reason for explaining this matter is unacceptable inconsistency between Serbian jurisprudence and Serbian legislation. In previous work Serbian courts have illegally proclaimed in their decisions that public garage is irresponsible for compensation for damaged and stolen cars. Author wants to believe that after this work cited inconsistency would be increasingly rare. In trying to justify his approach, during the work he makes viability connection between different law institutes like bailment, bank safe, liability of innkeepers and rent of space. Also, he indicates similarity between parking ticket and warehouse receipt. Finally, in conclusion, it would be shown practical solution of this problem expressed in public garage insurance of liability in case of stolen and damaged vehicle.*

**Key words:** *public garage, bailment, rent of space, liability, insurance of liability, parking ticket.*

**Николина РАЈЧИЋ**

дипломирани правник – мастер пословног права

## **ПРОЦЕДУРА ОСТВАРИВАЊА ПРАВА НЕСАГЛАСНИХ АКЦИОНАРА НА ИСТУПАЊЕ ИЗ ДРУШТВА**

### **Резиме**

*Право несагласних акционара на истуцање из друштва представља иривредно и уједно крајње средство заштите мањинских акционара. Са моћним значајним последицама како за друштво тако и саме акционаре, процедура остваривања овог права захтева прецизну и свеобухватну законску регулативу. У том смислу, Закон о иривредним друштвима из 2011. године је учинио значајан помак у решавању проблема који су се јављали у примени овог института, а који су настајали као последица иривредности и недоследности Закона о иривредним друштвима из 2004. године, али и нова, оригиналнија решења, би могла имати позитиван ефекат на квалитет остваривања права.*

*У наведеном смислу, рад се бави процедуром остваривања права на истуцање несагласних акционара, како у поступку пред друштом, тако и у судском поступку и поступку који води Централни регистар хартија од вредности. Такође, указује се на типичне проблеме у примени и евентуалне могућности њиховог решавања, посебно се бавећи иривредностима које ће донети нови Закон о иривредним друштвима, као и решењима из уредног права.*

**Кључне речи:** мањински акционари, несагласни акционари, право истуцања, право на откуп акција, стицање сопствених акција.

## I Увод

У Србији је последњих година, услед све већег броја како новооснованих тако и приватизованих акционарских друштава, а и доласка све већег броја страних инвеститора, дошло до развијања акционарства, па самим тим све већу примену имају и правила о заштити мањинских акционара, која су нарочито битна у односу на инвестиционе фондове и друге институционалне инвеститоре које законодавац принудно чини мањинским акционарима.<sup>1</sup> Ово тим пре што у нашем праву, као и у већини земаља континенталне правне традиције преовлађују акционарска друштва са концентрисаним акционарством где се управа налази у рукама једног или малог броја акционара који имају својинску контролу над друштвом и чији су интереси доминантно заступљени, док мањински акционари остају незаштићени, обзиром да управа ради директно у интересу контролног акционара.<sup>2</sup>

Закон о привредним друштвима из 2004. године прати савремене тенденције заштите права мањинских акционара, те им даје и право на иступање из друштва у случају несагласности са прописаним одлукама друштва. Међутим, Закон се не бави темељно самом процедуром остваривања права, што је у пракси довело до проблема у његовој примени. Поред празнина које су остављене на тумачење судовима, постоји и одређен број недоследности где једна одредба у одређеним случајевима може искључити другу, те се поставља питање којој дати предност. Све то прати и неразвијена пракса у решавању конкретних проблема, како у поступку пред судовима, тако и у реализацији законских одредби од стране самих друштава.

У наведеном смислу, Закон о привредним друштвима из 2011. године је учинио битан помак у ефикасности заштите акционара и отклањању недостатака који су представљали проблем у пракси, те су нова решења окренута ка отклањању управо ових мана тренутно актуелног Закона.

## II Право иступања

Право несагласних акционара на иступање спада у широк спектар права мањинских акционара и многа законодавства га не познају

1 О положају инвестиционих фондова на тржишту капитала види: Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, стр. 157–166.

2 Мирко Васиљевић, „Стратегија регулативе у решавању другог проблема корпоративног управљања“, у Слободан Перовић (уредник), *LIBER AMICORUM THOMAS MEYER*, Београд, 2009, стр. 106–115; Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (уредници), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Београд, 2008, стр. 235–265.

или га познају у врло ограниченом облику и прописују за врло мали број основа. Настало као последица еволуције компанијског права у којој се тежило све већој либерализацији тржишта и привлачењу инвеститора, право иступања несагласних акционара се прво јавило у САД, да би данас постало институт заштите акционара у многим европским законодавствима.<sup>3</sup> Њиме се врло ефикасно штите акционари преференцијалних акција чије се акције по правилу не котирају на берзи, те је располагање њима знатно отежано. Акционари затворених акционарских друштава такође немају могућност трговања својим акцијама на берзи, те им ово право пружа већу сигурност у улагања у акције таквог друштва.

Ипак, треба имати у виду да су праву откупа акција од несагласних акционара склоније земље САД, где се ово право јавља у готово свим законима земаља чланица, а разликују се само модалитети његовог остваривања и случајеви у којима се даје. Европске земље се у већој мери окрећу стандардима за заштиту мањине од погрешних одлука већинског акционара, а које се ослањају на фидуцијарну дужност руководства и већинског акционара у системима који обезбеђују доношење одлука у којима се не занемарују интереси мањинских акционара.<sup>4</sup>

### III Основи права несагласних акционара на иступање

Први услов који мора бити испуњен да би уопште дошло до примене института иступања несагласних акционара се односи на питања о којима се доноси одлука и који заправо представљају основе за иступање.

Одлуке друштва које заправо активирају остваривање права на иступање су следеће:<sup>5</sup>

- 1) промена оснивачког акта која погађа права акционара конкретне класе акције. Нови закон овај основ дефинише као промену статута којом се умањују права акционара предвиђена статутом или законом, што је уобичајени начин регулисања и

3 О историјском настанку и развоју права несагласних акционара на откуп акција види интернет адресе: <http://www.fool.com/Rogue/1997/Rogue970425.htm> и <http://www.fredlaw.com/articles/litigation/dissentersrightsMN.pdf>.

4 Reinier H. Kraakman, Paul Davies, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus J. Hopt, Hideki Kanda, Edward B. Rock, *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, Oxford University press, 2004, стр. 141.

5 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004; даље у фуснотама: ЗПД (2004)), чл. 444 ст. 1 тач. 1–5.

у упоредној регулативи.<sup>6</sup> Решење новог закона је прецизније у смислу дефинисања да се ово право односи само на смањивање права акционара, док је дефиниција старог закона о погађању права акционара била подложна различитим тумачењима;

- 2) реорганизација привредног друштва у форми статусних промена;
- 3) реорганизација привредног друштва у виду промене правне форме;
- 4) посао стицања или располагања имовином велике вредности;
- 5) било која друга одлука друштва која мења права акционара, ако је оснивачким актом друштва одређено да акционар има право на несагласност и на накнаду тржишне вредности акција у складу са законом. Нови закон је задржао ову одредбу, с тим што је потребно да се ово право предвиди статутом.<sup>7</sup> Обзиром да је овим законом предвиђено да се исплаћује највећа вредност узимајући у обзир књиговодствену, тржишну и процењену вредност, то је све три вредности требало предвидети и у овој одредби, уместо што се задржава само на тржишној вредности.

<sup>8</sup> Нови Закон о привредним друштвима уводи још два нова основа:

- 6) промена времена трајања друштва обзиром да се, за разлику од Закона из 2004, изричито предвиђа могућност продужења времена трајања акционарског друштва које је основано на одређено време; и
- 7) повлачење једне или више класа акција са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговачке платформе у смислу закона којим се уређује тржиште капитала.

Закон из 2011. године уводи значајну новину у погледу одговорности за исплату несагласних акционара, те одлука скупштине мора садржати одредбу да ступа на снагу давањем писане изјаве од стране председника одбора директора, као и председника надзорног одбора друштва ако је управљање друштвом дводомно, да су сви несагласни акционари у целости исплаћени у складу са законом.

<sup>6</sup> Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011; даље у фуснотама: ЗПД (2011)), чл. 474 ст. 1 тач. 1.

<sup>7</sup> ЗПД (2011), чл. 474 ст. 1. тач. 6.

<sup>8</sup> ЗПД (2011), чл. 474 ст. 1 тач. 4 и 7.



У упоредној регулативи се може уочити широк спектар основа права несагласних акционара. У неким државама се ово право даје само по једном основу (нпр. Хрватска), док већина законодавстава која прописују право иступања, то чине за већи број основа.<sup>9</sup>

Поједина права предвиђају врло специфичне основе права на откуп акција од стране друштва.

У Великој Британији, несагласни акционари немају много могућности за иступање путем откупа акција. Највећу примену ово право има у случају када се друштво добровољно гаси путем преноса свог пословања на друго друштво, у ком случају сваки акционар који је гласао против одлуке којом се такав поступак спроводи, може тражити откуп својих акција по цени која се утврђује путем арбитраже.<sup>10</sup>

Кинески закон даје право иступања акционарима поред осталог и у случају када компанија не исплаћује дивиденде акционарима пет узастопних година, а остварује профит,<sup>11</sup> док Закон о привредним друштвима Црне Горе предвиђа ово право поред других основа и у случају када је скупштина ограничила или укинула приоритетно право акционара да упише акције или стекне заменљиве обвезнице.<sup>12</sup>

Наше законодавство се определило за шири спектар основа права несагласних акционара који се често налазе и у другим правима која познају овај институт (појединачно или заједно), те у том смислу нису неуобичајени.

## IV Поступак пред привредним друштвом

### 1. Процедура при доношењу одлуке

Процедура остваривања права несагласних акционара је прецизно прописана како старим, тако и новим законом. Међутим, строгост и компликована процедура на страни акционара, која се састоји из низа радњи које се морају испоштовати, напуштена је новим законским решењем којим су обавезе акционара сведене на минимум, док су

9 Хрватски закон о трговачким друштвима (*Народне новине*, бр. 111/93, 34/99, 52/00, 118/03; даље у фуснотама: ХЗТД), чл. 562 и 570.

10 Gino Menchola, „Minority shareholders and corporate restructurings: an international overview of some important principles and provisions“, стр. 24, доступно на интернет адреси: <https://www.law.kuleuven.be/cals/llm/papers/Y0405/GinoMenchola.pdf>.

11 Q. Wang, „Shareholders exit remedies in Chinese close companies“, доступно на интернет адреси: <http://www.rug.nl/gradschoolgsl/publications/Wang.PDF?as=pdf>.

12 Закон о привредним друштвима Црне Горе (*Службени лист РЦГ*, бр. 6/2002 и *Службени лист ЦГ*, бр. 17/2007 и 80/2008 даље у фуснотама: ЗПДЦГ), чл. 32а ст. 1 тачка 4.

обавезе друштва незнатно повећане. Закон о привредним друштвима из 2011. године указује на значајан помак и у прописивању одредби које су усмерене на сужавање простора у коме би било места за значајно различитим тумачењима у примени права несагласних акционара.

Поступак одлучивања скупштине акционара и доношење одлуке на којима несагласни акционари заснивају своја права мора бити отворен, те су и прописана правила у складу са тим начелом.<sup>13</sup>

#### *а) Обавештење акционара*

Као први корак који представља обавезу друштва у поступку доношења конкретних одлука на скупштини је обавеза да у обавештењу о сазиву скупштине, на којој ће се одлучивати о питањима која представљају основ права на несагласност, обавесте акционаре да имају таква права и упуте их на та права.<sup>14</sup>

У овом делу, новим законом је предвиђено да саставни део материјала за седницу скупштине мора садржати поред обавештења о правима несагласних акционара и формулар захтева за остваривање тог права са обавезним законом прописаним елементима (поља у која се уноси име, односно пословно име акционара и његово пребивалиште, односно седиште, као и број и класа акција чији откуп захтева) као и податак о књиговодственој вредности акција, податак о тржишној вредности акција утврђеној у складу са законом и податак о процењеној вредности акција утврђеној у складу са законом, при чему се те вредности утврђују на дан доношења одлуке о сазивању седнице скупштине.<sup>15</sup> Оваква одредба је повољнија за несагласне акционаре те се њоме уводи већи степен сигурности да ће исплаћена вредност бити и реална вредност акција.

Ово је свакако први корак ка поједностављењу процедуре остваривања права и смањивању могућности за пропустима, док је значајан корак учињен и у правцу омогућавања што боље обавештености о праву на иступање већ у самом тренутку позивања на седницу.

#### *б) Упућивање обавештења друштву о намери коришћења њихова*

Акционар који намерава да користи ово право мора о томе обавестити друштво у прописаном преклузивном року од 30 дана.<sup>16</sup> Закон

13 Мирко Васиљевић, *Коментар закона о привредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 807.

14 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 4.

15 ЗПД (2011), чл. 475 ст. 1 тач. 1.

16 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 5.

из 2004. године изричито прописује да у случају пропуштања ове радње акционар губи право откупа акција.

Новим законом ова обавеза акционара је искључена у складу са општом тежњом олакшавања акционарима остваривања права и укидања обавеза које су се у пракси показале као сувишне.

#### *в) Обавеза њрошвивљења њриликом доношења одлуке*

Приликом доношења одлуке на скупштини, акционар може гласати против или се уздржати од гласања, што је задржано и у новом законском решењу.<sup>17</sup> Логично би било да је акционар обавезан да гласа против предметне одлуке, те нека права као нпр. хрватско и црногорско то и прописују, не дајући могућност уздржавања од гласања акционара који жели користити ово своје право.<sup>18</sup>

#### *и) Ујућивање захтјева за оћкуј акција*

Према Закону из 2004. године, уколико је на скупштини акционара донета предметна одлука, акционари који су раније обавестили друштво о намери коришћења права откупа, дужни су да упуте друштву писани захтев за откуп акција. У захтеву се наводи име, тј. пословно име акционара, пребивалиште односно седиште као и број и класа акција чији се откуп тражи (што је Законом из 2011. саставни део формулара који се доставља уз позив за седницу). Рок у коме се подноси писани захтев је 30 дана од дана доношења одлуке скупштине.<sup>19</sup>

И овде је новим законом учињена значајна промена у смислу унапређења ефикасности. Акционар који жели да користи право на иступање у обавези је да захтев који је добио уз позив за седницу (закон то изричито не предвиђа, али претпоставља се да исти мора бити уредно попуњен) достави на самој седници на којој је донета одлука и то председнику скупштине, тј. лицу које исти овласти или у року од 15 дана од дана закључења седнице.<sup>20</sup>

#### *г) Исцлајта акционара*

По упућивању писаног захтева акционара за откуп акција, по Закону из 2004. године, друштво је дужно да у року од 30 дана од дана

17 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 5; ЗПД (2011), чл. 474 ст. 1.

18 ЗПДЦГ, чл. 32а ст. 1; ХЗТД, чл. 562 ст. 1.

19 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 6.

20 ЗПД (2011), чл. 475 ст. 2 тач. 1 и 2.

подношења захтева исплати акционару вредност акција за коју верује да је тржишна вредност.<sup>21</sup>

По новом закону, друштво је у обавези да у року од 60 дана од дана истека рока од 15 дана у оквиру кога се захтев може упутити, исплати вредност акција које су предмет захтева, а која је једнака највишој од три вредности које су биле наведене у позиву за седницу скупштине.<sup>22</sup> Овим се друштву даје више времена за прикупљање средстава за ове сврхе, обзиром да и сама одлука која је донета може бити финансијски оптерећујућа за друштво, а вероватно се и имало у виду да је по ранијем закону друштво морало бити унапред обавештено о могућности иступања акционара, те је у том смислу имало и више времена за обезбеђивање средстава за ту сврху.

### *ђ) Немогућности побијања одлуке од сйране несагласних акционара*

Закон из 2004. године предвиђа да акционар који има право коришћења права на откуп акција, не може оспоравати одлуку на којој заснива ово своје право, осим у случају да је одлука преварна или ако је противна закону или представља повреду правила о дужности пажње и пословне процене у складу са законом.<sup>23</sup> Ова одредба није најпрецизније одређена, обзиром да сви несагласни акционари имају право на откуп акција (што не значи да ће га сви и користити), те би се језичким тумачењем ове одредбе могло закључити да и акционар који није користио ово право не може оспоравати предметну одлуку. Део „одлуку на којој заснива ово своје право“ упућује да се заправо ради о несагласним акционарима који су и користили право откупа акција.

Нови закон је кориговао ову одредбу прописујући да акционар који затражи од друштва да од њега откупи акције у складу са законом не може оспоравати одлуку друштва на којој заснива то своје право.<sup>24</sup> Међутим, истом одредбом се и искључују до сада постојећи изузеци у којима је несагласни акционар ипак имао право побијања ове одлуке. Ово решење се чини логичним, обзиром да акционар који иступа из друштва нема интереса да напада предметну одлуку по било ком основу, а то свакако могу урадити остали акционари који остају у друштву и којих се донета одлука и директно тиче. Осим тога, избегава се процедурална компликација у којој би постојала могућност да лице које је престало да буде акционар води поступак побијања одлуке друштва.

21 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 7.

22 ЗПД (2011), чл. 475 ст. 3.

23 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 2.

24 ЗПД (2011), чл. 474 ст. 3.

## 2. Права несагласних акционара након захтева за откуп акција

Према закону акционаром се сматра, у односу према акционарском друштву и трећим лицима, лице које је уписано у Централни регистар хартија од вредности.<sup>25</sup> У том смислу, акционар који се изјаснио као несагласан, те отпочео процедуру откупа акција, би имао сва права као и остали акционари, укључујући и право гласа, све док се процедура откупа и прекњижења акција не оконча.

Обзиром да је несагласни акционар поднео захтев за иступање из друштва, нема логике да у међувремену учествује у одлучивању заједно са осталим акционарима и утиче на даље пословање друштва. У том смислу, чини се да би требало императивно регулисати да несагласни акционари, након подношења захтева за откуп акција, имају само право потраживања од друштва тржишне вредности акција, док им се остала права гасе. Овакво решење је предвиђено у праву САД.<sup>26</sup>

## 3. Законска ограничења

### а) Цензус о ограничења

Питање које се поставља већ на почетку процедуре остваривања права несагласних акционара је како поступити у случајевима када акционари са капитал цензусом испод прописаног не учествују у раду скупштине, тј. немају право гласа.

Закон из 2004. године не предвиђа могућност увођења минималног броја или номиналне вредности акција које дају право присуства скупштини, али је ни не забрањује, па велика друштва неретко уводе овакав цензус својим интерним актима.<sup>27</sup> Ови акционари свакако имају право гласа по свим одлукама које доноси скупштина. Могућност увођења оваквог цензуса предвиђа и нови Закон о привредним друштвима.<sup>28</sup> По правилу, у случајевима прописивања цензуса за учешће у скупштини, акционари могу учествовати преко заједничког пуномоћника или гласати у одсуству.

Међутим, многа друштва својим интерним актима прописују цензус и за право гласа у скупштини, те акционари који поседују мањи

25 ЗПД (2004), чл. 207 ст. 1, ЗПД (2011), чл. 249 ст. 1.

26 *New York Business Corporation Law* (даље у фунотама: NYBCL), чл. 623 (Е). У складу са овим одредбама би требало усагласити и правила Централног регистра по коме откуп и прекњижавање акција покреће искључиво акционар, те дати ту могућност и друштву, о чему ће бити речи даље у раду.

27 Р. Бусарац, Д. Мухић, *нав. дело*, стр. 314.

28 ЗПД (2011), чл. 328 ст. 2.

капитал цензус од прописаног могу гласати само удруживањем до прописаног цензуса преко заједничког пуномоћника.<sup>29</sup> И поред ових ограничења, сваки акционар мора бити обавештен о скупштини акционара на прописан начин.

Закон из 2004. године прописује да право на откуп акција и излазак из друштва има сваки акционар који је по прописаним одлукама имао право гласа. Наведеним цензус ограничењима се не одузимају предметна права акционара већ се само одређује начин њиховог вршења.<sup>30</sup> Овакав став је заузела и судска пракса.<sup>31</sup> У том смислу и ако не поседује прописани цензус који му омогућава гласање, акционар би могао да користи право на откуп акција, с тим што би се одредбе о обавези гласања против или уздржавања од гласања морале занемарити уколико акционар није имао могућност гласања.

Нови Закон о привредним друштвима је изоставио из дефиниције несагласних акционара део који говори о имању права гласа по наведеним питањима, већ се само задржао на чињеници негласања тј. уздржавања од гласања, при том наглашавајући да право да захтева откуп акција има и акционар који није присуствовао седници скупштине на којој је донета предметна одлука.<sup>32</sup> И ова одредба може створити недоумице, јер није разјашњено да ли овај акционар мора гласати у одсуству, те је можда и ово требало директно нагласити обзиром да се право иступања везује за гласање против или уздржавање од гласања по предметној одлуци.<sup>33</sup>

#### б) Ограничење стицања сопствених акција

Закон из 2011. године је регулисао и проблем стицања сопствених акција у поступку откупа акција од несагласних акционара.

Закон из 2004. године прописује поступак и цензус ограничења за стицање сопствених акција од стране друштва.<sup>34</sup> Применом наведених ограничења, друштво може доћи у ситуацију да откупом акција од несагласних акционара прелази наведени цензус поседовања сопствених акција, те се постављало питање како поступити у конкретној ситуацији и које законске одредбе занемарити, обзиром да је немогуће истовремено поштовати и одредбе о правима несагласних акционара и оне које се тичу наведених ограничења.

29 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2007, стр. 347.

30 *Ibid.*

31 Пресуда Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 9598/07 од 27.5.2009.

32 ЗПД (2011), чл. 474 ст. 1. и 2.

33 ЗПД (2011), чл. 475 ст. 1.

34 ЗПД (2004), чл. 220–221.

У наведеном случају се радило о очигледном законском пропушту, те је нови Закон отклонио ову недоследност изричито предвиђајући да се ограничења у стицању сопствених акција не односе на случај остваривања права несагласних акционара.<sup>35</sup>

#### в) Ограничење плаћања сопственим акционарима

Закон прописује и ограничења плаћања сопственим акционарима у законом наведеним случајевима, те постоји дилема да ли се ова ограничења односе и на случај откупа акција од несагласних акционара.<sup>36</sup>

У случају остваривања права несагласних акционара, исти у законом прописаном поступку, заправо постају повериоци друштва, те се исплата у циљу откупа акција не може третирати као друге исплате акционарима (нпр. дивиденди). Чињењем низа појединачних законом прописаних радњи, несагласни акционари и друштво заправо долазе у двострано-обавезни уговорни однос, чиме се ствара дужничко поверилачки однос, те би исплату друштво вршило по правилима која важе за повериоце, без ограничења за исплате сопственим акционарима.<sup>37</sup>

У случају да до исплате ипак не дође, несагласни акционари могу своје право на исплату прописане цене акција остваривати пред судом, након чега ће и дефинитивно добити статус повериоца друштва, чиме би наведено ограничење било искључено.

### 4. Поједностављени поступак статусних промена

Поједностављени поступак статусних промена подразумева спровођење реорганизације друштва без одлуке скупштине друштва стицаоца.<sup>38</sup>

Овде се јавља отворено питање да ли мањински акционари и у овом случају имају право на откуп акција и иступање из друштва, обзиром да се процедура спровођења тог права везује искључиво за одржавање скупштине, као и на који начин би се то право остварило.

Поједностављени поступак, који пре свега има циљ избегавање непотребне, компликоване процедуре и уштеду времена и трошкова, не може бити препрека праву иступања несагласних акционара, те им се мора омогућити његово коришћење.

35 ЗПД (2011), чл. 285 ст. 1 тач. 1.

36 ЗПД (2004), чл. 230–231; ЗПД (2011), чл. 275.

37 Љиљана Рајновић, „Отворена правна питања акционарства“, у Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 274.

38 ЗПД (2004), чл. 391 и 415; ЗПД (2011), чл. 501.

Решење би могло бити да несагласни акционари који желе иступити из друштва, морају о томе упутити писмено обавештење друштву, те би у том случају друштво морало омогућити остваривање овог права акционарима иако нису имали прилику да гласају о спајању.<sup>39</sup> Овде се међутим поставља и питање да ли акционари који желе да користе ово своје право морају да захтевају одржавање скупштине као предуслов његовог остваривања. Уколико би одговор био потврдан, то би значило да несагласни акционари који испуњавају услов од најмање 5% капитал учешћа морају захтевати одржавање скупштине, док би онима са мањим процентом остваривање права на несагласност морало бити омогућено без одржавања скупштине.

Дакле, требало би сматрати да несагласни акционари морају имати могућност остваривања свог права на иступање, без обзира на одржавање или неодржавање скупштине и могућност њиховог изричитог гласања о спајању. Ово тим пре, ако се узме у обзир да наше право одступа од одредби Треће директиве која капитал цензус за сазивање скупштине у овом случају везује за највише 5% (а не најмање 5%, као у нашем праву, што је задржано и у новом закону<sup>40</sup>), што јасно указује на настојање да се акционари заштите и у случају знатно мањег капитал учешћа.<sup>41</sup>

Када је у питању поједностављени поступак спајања са припајањем када друштво стичалац поседује најмање 90% акција са правом гласа подређеног друштва, већина права САД изричито предвиђа да ће у овом случају право на откуп акција имати само акционари подређеног друштва, тј. друштва које се припаја, док је акционарима матичног друштва ово право ускраћено.<sup>42</sup>

Иако се овакво решење чини донекле логичним ако се узму у обзир околности да не постоји велика могућност угрожености акционара матичног друштва, обзиром да исто већ поседује тако велики део подређеног друштва, чини се да би и овде требало предвидети могућност да мањински акционари у оба друштва могу да из одређених разлога не буду сагласни са спајањем, те би им требало омогућити право откупа акција ако се узме у обзир да право то иначе предвиђа у поступку спајања. Уколико је законодавац сматрао да је право на иступање из друштва адекватна заштита мањине, требало би такво право омогућити и у овом случају.

39 Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштва у праву ЕУ*, Београд, 2010, стр. 270.

40 ЗПД (2011), чл. 501 ст. 1 тач. 3.

41 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 545.

42 *Model Business Corporation Act USA 1984*, (даље у фуснотама: МВСА), чл. 13.02, ((a) (1) ii); NYBCL, чл. 910 ((1) (A) i).



## V Улога суда

Након доношења одлуке на скупштини и подношења захтева за исплату од стране акционара, друштво несагласним акционарима у прописаном року исплаћује прописану вредност акција (ону за коју верује да је тржишна – по старом закону, највише од књиговодствене, тржишне или процењене вредности – по новом закону).

Уколико друштво пропусти да изврши плаћање или у случају да акционар сматра да је плаћени износ нижи од оног који му се по закону треба исплатити (било због погрешног утврђивања вредности или због делимичне исплате, што је посебно прецизирано новим законом), ради остваривања свог права у року од 30 дана од дана исплате или од дана доцње у исплати, може поднети тужбу суду. Акционар је по старом закону био дужан да у тужби наведе своју процену вредности акција, док је новим законом ова обавеза изостављена у смислу опште тежње смањивања обавеза несагласних акционара, а и узимајући у обзир да ће суд у поступку свакако утврђивати вредност акција.<sup>43</sup> Стари закон прописује и обавезу друштва да о тужби обавести све остале несагласне акционаре на начин на који се обавештавају акционари за сазив скупштине, док је нови закон ову обавезу изоставио, али прописује да се поступци спајају уколико је поднето више тужби по овом основу.<sup>44</sup>

Закон из 2004. године прописује да суд може одредити овлашћеног процењивача или другог стручњака у циљу утврђивања сагласности цене акција коју је одредило друштво са тржишном вредношћу акција.<sup>45</sup> Закон овде наводи да суд може ангажовати стручно лице ради процене тржишне вредности акција, али га не обавезује на то, што је у супротности са одредбама закона где се прописује да лица (под којима се мора сматрати и суд) која утврђују тржишну вредност акција морају ангажовати стручног процењивача у случају да је плаћање захтевано по основу права несагласних акционара на откуп акција од стране друштва.<sup>46</sup> Новим законом ова одредба је оправдано изостављена као сувишна.

Уколико суд установи да је захтев акционара оправдан, обавезаће друштво на исплату разлике до прописане вредности акција, односно исплату пуне вредности акција у складу са законом.<sup>47</sup>

Одлука суда се односи и на акционаре који нису поднели тужбу, тј. на све несагласне акционаре по старом и све акционаре исте класе

43 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 9; ЗПД (2011), чл. 476.

44 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 8 и 9.

45 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 10.

46 ЗПД (2004), чл. 445 ст. 5.

47 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 10.

по новом закону, те им је друштво дужно исплатити цену тј. разлику у цени утврђену судском одлуком, чиме се ствара нека врсте колективне тужбе.<sup>48</sup> По новом закону би дакле, акционари сваке класе акција морали појединачно да траже одлуку суда, што је оправдано, обзиром да акције различитих класа могу имати различиту вредност. Истим чланом је прописано и да овај захтев акционари могу остваривати судским путем, уколико друштво не поступи по наведеној обавези.<sup>49</sup>

Одредба о обавезном објављивању одлуке суда по правилима о сазиву скупштине је Законом из 2011. године изостављена, што можда и није сасвим оправдано обзиром да се на овај начин обавештавају несагласни акционари о могућим правима по предметној одлуци, те могу и деловати у том смислу.<sup>50</sup>

У упоредној регулативи, законодавства дају различиту улогу суду у поступку остваривања овог права. У неким правима суд нема скоро никакву улогу или је она ограничена на крајње средство, док се у другима поступак у основи заснива на судској процени вредности акција.<sup>51</sup> У сваком случају, увек је прва и најбоља могућност да несагласни акционари и друштво постигну споразум о вредности акција која ће бити исплаћена.

Модел корпорацијског закона САД предвиђа да уколико акционари не буду задовољни процењеном вредношћу акција од стране друштва, могу одредити вредност за коју сматрају да је правична (тржишна) и захтевати њену исплату. Уколико друштво и несагласни акционар не постигну споразум о цени акција, друштво је дужно да покрене судски поступак за процену вредности акција.<sup>52</sup> За разлику од нашег права, овде постоји обавеза на страни друштва да покрене судски поступак. Овакво решење умногоме олакшава посао несагласним акционарима, јер ће трошкове поступка сносити друштво, а не акционари. Скупи трошкови поступка које у почетној фази сноси тужилац тј. акционар представљају главну препреку која онемогућава несагласне акционаре да траже судску заштиту.

Закон државе Делавер предвиђа искључиво судску процену која је саставни део процедуре, те трошкове поступка сноси друштво. Наравно, акционари и друштво увек могу постићи споразум о износу по којем ће се акције откупити. Друштво подноси извештај централном регистру о акционарима са којима није постигнут споразум, те суд као

48 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 11; ЗПД (2011), чл. 476 ст. 4.

49 ЗПД (2011), чл. 476 ст. 5.

50 ЗПД (2004), чл. 444 ст. 11; ЗПД (2011), чл. 476.

51 Gino Menchola, *нав. дело*, стр. 26.

52 МВСА, чл. 13.30.

први корак пре процене вредности, одређује који акционари имају право на процену.<sup>53</sup> Након процене, суд наређује новооснованом друштву да исплати несагласним акционарима правичну вредност акција заједно са каматом уколико на њу имају право.<sup>54</sup>

Хрватско право даје могућност акционарима да се споразумно договоре о вредности акција, а ако не постигну договор вредност акција одређује суд на предлог друштва или акционара.<sup>55</sup>

У пракси, до покретања судског поступка не долази лако. Главни разлог томе су високи судски трошкови које је потребно финансирати до доношења главне одлуке и увек могући ризик губитка спора. Уколико друштво вредност акција одреди у складу са законом, мало је вероватно да се у судском поступку добије битно већа вредност акција, те је ризик улагања у вођење судског поступка велики.

Са друге стране, судски поступак има највише смисла у случају да друштво уопште не исплати акционаре или их не исплати у целости.

## VI Последице непоштовања прописане процедуре

Права несагласних акционара на откуп акција могу бити угрожена непоштовањем прописане процедуре за доношење одлука (несазивањем скупштине на прописан начин, необавештавањем акционара о могућности коришћења права, доношењем одлуке без одлучивања скупштине). Обзиром да акционар губи право у случају свог пропуста неке од радњи у процедури, битно је регулисати последице непоштовања процедуре од стране друштва.

### 1. Побиање одлуке скупштине акционара

Уколико друштво донесе неку од одлука ван прописане процедуре, те на тај начин онемогући акционарима коришћење права на откуп акција, таква одлука се може побиајати применом општих правила о праву на побиање одлуке скупштине. Одлука се побиаја пред надлежним судом уколико су испуњени одређени услови, а тужбу може поднети сваки акционар који је гласао против предметне одлуке, као и онај који није био прописно позван на седницу.<sup>56</sup> Пресуда којом се побиаја одлука

53 G. Menchola, *нав. дело*, стр. 27.

54 *Ibid.* Треба имати у виду да је у Делаверу право процене доступно само у случају спајања.

55 ХЗТД, чл. 570 ст. 2.

56 ЗПД (2004), чл. 302; ЗПД (2011), чл. 376.

скупштине акционара делује према свим акционарима и обавезујућа је за односе акционара и друштва.

Побијањем одлуке скупштине, несагласни акционар неће аутоматски остварити своје право на иступање и откуп акција, али би то могао у поновљеном поступку након поништаја одлуке и правних последица поништене одлуке.

Када је у питању посао стицања или располагања имовином велике вредности, судска пракса не заузима став о ништавости правног посла насталог без одлуке скупштине друштва, па самим тим и без поштовања правила о несагласним акционарима, што је у пракси често кршење закона, нарочито због могућности различитих тумачења повезаних послова, које Закон из 2004. године није прецизно дефинисао.<sup>57</sup> У случају када је тужбом тражено да се утврди ништавост уговора којим је друштво располагало имовином велике вредности, а приликом потписивања уговора није поштована процедура која је прописана за таква располагања, суд је заузео становиште да се такав уговор не може сматрати ништавим.<sup>58</sup> Као образложење своје одлуке суд наводи да нигде у прописаној процедури није предвиђено да ће непоштовање исте водити ништавости правног посла, као и да у смислу одредби Закона о облигационим односима уколико дође до закључења уговора који је забрањен само једној страни уговор остаје на снази уколико законом није шта друго предвиђено.<sup>59</sup> Независно од тога, суд сматра да непоштовање процедуре у конкретном случају никако не може водити ништавости правног посла обзиром да се не ради о правном послу који је противан неком принудном пропису.

Овакво тумачење води правној несигурности и обесмишљавању права несагласних акционара. Ради се о законским ограничењима која као таква делују на трећа лица, те се морају поштовати.<sup>60</sup> Иако је нацрт новог Закона о привредним друштвима предвиђао ништавост правног посла стицања или располагања имовином велике вредности, уколико није испоштована прописана процедура, усвојени текст Закона не садржи ову одредбу, те је једина последица доношења овакве одлуке без одлуке скупштине, солидарна одговорност одбора директора, тј. надзорног одбора у дводомном систему управљања.<sup>61</sup>

57 М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 799.

58 Пресуда Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 283/08(2) од 20.8.2008.

59 Закон о облигационим односима (*Службени лист СРЈ*, бр.29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99 и 36/02), чл. 103.

60 М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 801.

61 ЗПД (2011), чл. 47. ст. 3.

## 2. Остваривање права иступања судским путем

Поставља се питање да ли несагласни акционари у случају онемогућавања права на неслагање и откуп акција од стране друштва, могу тужбом тражити да им друштво откупи акције, обзиром да закон изричито даје ово право акционарима само у случају да нису сагласни са ценом која им је исплаћена тј. да им акције нису уопште исплаћене.

Право несагласних акционара на иступање путем откупа акција од стране друштва у прописаној процедури је право које је директно засновано на закону. У том смислу акционар коме је конкретно право повређено може исто остваривати тужбом у парничном поступку. На овакав начин се ефикасније постиже циљ института иступања несагласних акционара, те би конкретни акционари остварили ово своје право једноставније него у поступку у коме би се прво побијала одлука скупштине, а затим се иста доносила у поновљеној процедури. На основу пресуде, привредно друштво би било обавезно да изврши исплату несагласним акционарима, а Централни регистар, у поступку извршења, прекњижавање акција на власнички рачун друштва.

## 3. Деликтна одговорност као последица повреда права несагласних акционара

Законом из 2004. године предвиђено је да повреда права акционара на неслагање и откуп акција представља привредни преступ друштва за који је прописана новчана казна, како за привредно друштво тако и за одговорно лице у друштву.<sup>62</sup>

Комисија за хартије од вредности наглашава да сукцесивно доношење одлука које су законом или оснивачким актом опредељене као одлуке против чијег доношења несагласни акционари могу користити права на откуп, а да истовремено по претходно донетим одлукама нису исплаћени несагласни акционари, представља злоупотребу овог института и на исту се примењују правила о привредном преступу.<sup>63</sup>

Нови Закон терет одговорности са привредног друштва директно пребацује на одговорна лица, прописивањем да одлука скупштине која представља основ за иступање несагласних акционара, мора садржати одредбу да ступа на снагу тек по давању писане изјаве од стране председника одбора директора, као и председника надзорног одбора друштва ако је управљање друштвом дводомно, да су сви несагласни акционари у целости исплаћени за вредност својих акција у складу са законом.<sup>64</sup> За

62 ЗПД (2004), чл. 450 ст. 1 тач. 20.

63 Мишљење Комисије за хартије од вредности, број: 2/0–03–303/3–10, 27.05.2010.

64 ЗПД (2011), чл. 474 ст. 4.

непоштовање ове одредбе у смислу давања неистините изјаве, Законом из 2011. године је прописана кривична одговорност.<sup>65</sup>

## VII Поступак преноса акција на друштво

Правилима пословања Централног регистра и Корисничким упутством Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности прописан је поступак преноса акција са рачуна несагласних акционара на рачун друштва.<sup>66</sup>

Акционар друштва је дужан да преко члана Централног регистра достави прописану документацију како би се спровео поступак преноса акција. На основу поднете документације Централни регистар врши прекњижење акција на терет несагласних акционара, а у корист друштва.

Обавеза друштва се, у складу са наведеним актима, састоји само у томе да обезбеди новчана средства за исплату акционара, док цео поступак пред Централним регистром води несагласни акционар.

У пракси се дешава да акционар одбија да достави налог за пренос акција иако се изјаснио да ће користити права која има као несагласни акционар. У таквој ситуацији Централни регистар сматра да не може извршити прекњижење са власничког рачуна несагласног акционара на власнички рачун друштва.<sup>67</sup> Комисија за хартије од вредности је поводом наведеног питања заузела став да се проблем може решити само изменом подзаконског акта Централног регистра.<sup>68</sup>

Дешава се и да привредна друштва изврше директну исплату несагласним акционарима, ван процедуре прописане правилима Централног регистра, те да акционари који су примили уплату за своје акције касније одбијају да доставе налог за пренос.<sup>69</sup> У таквој ситуацији, када ни друштво ни акционари нису испоштовали прописану процедуру, друштву остаје једино покретање судског спора.

Комисија за хартије од вредности сматра да би за успешно спровођење поступка преноса акција и неутралисање наведених потенцијалних проблема, било неопходно закључење уговора о купо-

65 ЗПД (2011), чл. 581.

66 Правила пословања Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности – ППЦР (*Службени гласник РС*, бр. 113/2006, 24/2008, 70/2008 и 17/2009), чл. 86; Корисничко упутство централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности, чл. 117 и 118.

67 Љ. Рајновић, *нав. чланак*, стр. 274.

68 Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0–237/2–06 и бр. 2/0–03–139/4–06.

69 Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0–03–139/4–06.

вини акција од несагласних акционара обзиром да се ради о трговини акцијама ван организованог тржишта. Уговор би требало да садржи и одредбу да је друштво овлашћено да изда налог за пренос акција на свој рачун без посебне писане сагласности акционара, ако поднесе доказ Централном регистру да је извршило своју обавезу из уговора – уплату тржишне вредности акција. На овај начин акционар би практично овластио друштво да поднесе налог за пренос акција на свој рачун.

Међутим, чини се да оваквим решењем проблем у пракси не би био решен. Несагласни акционар који не жели да достави налог за пренос акција са свог рачуна на рачун друштва вероватно неће желети ни да потпише уговор у коме би за предузимање ове радње овластио друштво.<sup>70</sup>

Теорија, међутим, заузима став, да у поступку откупа акција од несагласних акционара, долази до уговорног односа између друштва и несагласног акционара, те да након прописно спроведеног поступка, не постоји реални основ за инсистирањем Централног регистра да несагласни акционар мора потписати налог за пренос акција на друштво – купца.<sup>71</sup>

Треба имати у виду да је институт откупа акција намењен пре свега заштити несагласних акционара, међутим морају се створити законски предуслови који би онемогућили злоупотребу овог института од стране истих.

Једна од могућности која би постигла сврху је прописивање законског рока у коме несагласни акционар може повући свој предлог за откуп акција (нпр. до дана пријема обавештења друштва о пријему захтева и испуњености услова за откуп), док би након тог рока била потребна сагласност друштва. Након спроведеног поступка пред друштвом, требало би дати могућност и друштву да покрене поступак плаћања и прекњижавања акција пред Централним регистром, уместо што је ово овлашћење резервисано искључиво за несагласне акционаре.

Наведена процедура ће морати да буде усаглашена са одредбама новог закона, те се отвара могућност за решавањем наведених проблема. Ефикасан поступак пред Регистром ће имати значајнију улогу него до сада, обзиром да нови закон прописује да одлука скупштине (која је била основ за остваривање права несагласних акционара на иступање) може ступити на снагу тек по давању писане изјаве од стране председника одбора директора, као и председника надзорног одбора друштва ако је управљање друштвом дводомно, да су сви несагласни акционари у целости исплаћени за вредност својих акција.<sup>72</sup>

70 Љ. Рајновић, *нав. чланак*, стр. 274.

71 *Ibid.*

72 ЗПД (2011), чл. 474 ст. 4.

*Nikolina RAJČIĆ*, Master of Law

## THE PROCEDURE OF ENFORCEMENT OF THE NON-CONSENTING SHAREHOLDERS' APPRAISAL RIGHT

### Summary

*The appraisal right of non-consenting shareholders represents a preventive and simultaneously the ultimate instrument of minority shareholders' protection. Causing potentially significant consequences both for the company and the shareholders, this right's enforcement procedure requires precise and comprehensive legislation. In terms of that, the 2011 Company Law made significant progress in resolving those problems arising from the implementation of this institute, which resulted from the imprecision and inconsistency of the 2004 Company Law. However, also new, more innovative solutions could make an exceptionally positive effect to the right's enforcement quality.*

*Therefore, the paper addresses the procedure of enforcement of the non-consenting shareholders' appraisal right both in the proceedings before the company, and the court as well as in the proceedings conducted by the Central Securities Depository and Clearing House. The paper also points out the potential problems relating to the implementation and possible options for the solutions thereof, highlighting the advantages the new Company Law shall generate, as well as the solutions contained in the comparative legislation.*

**Key words:** *minority shareholders, non-consenting shareholders, appraisal right, buy-out right, acquisition of company own shares.*



---

# БЕСЕДЕ

---

**Снежана ПАВЛОВИЋ**

дипл. правник

Саветник директора АД „Планинка“ из Куршумлије

## БЕСЕДА ПОВОДОМ ДОБИЈЕНИХ ЗАХВАЛНИЦА НА XX КОНГРЕСУ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Поштовани председниче Удружења, колегинице, колеге и драги гости,

Дозволите ми да вам се у прелепој Врњачкој Бањи обратим са пар речи поводом добијених захвалница у знак признања за посебан вишегодишњи допринос успешном раду и афирмацији нашег Удружења.

Мислим да на оваквом месту не би били многи велики умови Србије и света. Међу правницима се не би нашли Јоаким Вујић који је изучио права, Јован Јовановић Змај који је студирао права у Пешти, Прагу и Бечу, а потом постао службеник у новосадском магистрату. Са нама не би био ни Милутин Ускоковић који је у Београду завршио студије права, а у Женеви одбранио дисертацију из међународног права о царинама, ни Милан Кујунџић Абердар који се прво уписао на правни одсек Лицеја у Београду, ни Бранислав Нушић који је дипломирао на Правном факултету у Београду, као ни Бранко В. Радичевић који је у Београду завршио Правни факултет, ни Бранко Радичевић који је уписао студије права у Бечу, али је након три године студија одустао од факултета. Тешко да бисмо на оваквом скупу видели Зорана Радмиливића који је по очевој жељи прво уписао студије права у Београду.

Да смо на оваквом скупу у свету са нама не би био један Оноре де Балзак који је похађао Правни факултет у Паризу, Јохан Волфганг фон

Гете који је студирао право на Универзитету у Лајпцигу, а у Франкфурту једно време радио као адвокат, Федерико Гарсија Лорка који је у Мадриду студирао права, Петар Иљич Чајковски који је прво запослење, као правник, добио у Министарству правде, а ни Бил Гејтс који је уписао Универзитет у Харварду намеравајући да добије звање правника.

Нека вас не насмеје, али остали смо само ми, верни овој професији, која углавном не доноси заслужену хвалу и славу.

Остали смо у професији у којој нам је, ако смо адвокати, реч алат. Нисмо добијали аплаузе, позитивне критике или награде какве су добијали песници, музичари и глумци.

Ми смо у професији у којој је храброст део сваке одлуке, а као судије нисмо добијали похвале да смо храбри људи.

Остали смо ту и бавимо се професијом у којој је најчешће бар једна страна незадовољна.

У нашем занимању нема ни ментора, ни режисера, ни тренера. Ми смо сами са својом савешћу, знањем и законом. После учествовања у тешким борбама никада нисмо слављени као победници.

Ми се бавимо послом у коме је теже да заборавимо законе и чита-ве правне системе који више не важе, него да научимо оно што у праву важи сада.

Питам се да ли има још таквих професија у којима има мање званичних награда за успешан рад.

Ако је реткост вредност, како нас уче економисти, утолико су ове захвалнице за све нас веома значајне.

Уосталом, има ли веће награде од оне коју разумемо као једно једноставно, људско и велико хвала? На томе смо безмерно захвални Удружењу и њеном сјајном председнику, академику проф. др Мирку Васиљевићу.

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италик).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

## I Појам

### 1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

## ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

### 1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

*Пример:* Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

*Пример:* Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

*Пример:* Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

## 2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

*Пример:* Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für 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 привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

*Пример:* В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

*Пример:* Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

### 3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

*Пример:* Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

*Пример:* чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима, чл. 7.  
ЗРПС, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције ([www.seio.gov.rs](http://www.seio.gov.rs)).

#### 4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курсивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financial-markets/docs/clearing/first\\_giovannini\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf), 21.10.2008, стр. 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је припремила текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.



**УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ**

**И**

**ЧАСОПИС „ПРАВО И ПРИВРЕДА“**

**организују Двадесетпрви сусрет  
правника у привреди Србије  
са уобичајеним тематским областима**

**Време: 23–25. мај 2012. године**

**Место: Врњачка Бања – конгресни центар хотела „ЗВЕЗДА“**

**Уредник Сусрета: проф. др Мирко Васиљевић**

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343



## ЧЛАНЦИ:

*John Glover*

Anti-formalism and the Structure of Anglo-American Commercial Law

*Дијана Марковић-Бајаловић*

Заштита права корисника услуга електронских комуникација

*Veronika Efremova*

Interaction between Competition and Consumer Policy in South East European Countries

*Зоран Илкић*

Дејство кривичног процесуирања на застарелост потраживања према осигуравачу

*Бојана Огњановић*

Предлог нове Директиве о заштити потрошача

*Светислав В. Костић*

Начело фактицитета у светлу примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији у српском пореском праву

*Ивана Ракић*

Право првог издавача слободног дела

---

### Претплата за 2011. годину

- правна лица . . . . 9.100 динара
- физичка лица . . . 4.550 динара
- иностранство . . . 100 САД долара

Претплата се врши на текући рачун

Удружења правника у привреди Србије

број: 355-1028874-46, Војвођанска банка, уз назнаку:

Претплата за часопис „Право и привреда“